



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LAS PRUEBAS TESTIMONIAL Y PERICIAL EN EL DERECHO PROCESAL MERCANTIL MEXICANO. (ESTUDIO DE LAS REFORMAS PUBLICADAS EL DIA 24 DE MAYO DE 1996, EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION).

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RAFAEL GARCIA MENDIOLA

ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres, Rafael y Gabriela, en tributo del inmenso cariño e incasable apoyo brindado a lo largo de mi vida.

A mi esposa, Eréndira, por su infinito amor, fuente de mi inspiración.

A mis hermanas, Erika y Aydee, por su firme amistad.

A la universidad y a sus maestros, por las enseñanzas transmitidas.

A mi asesor, por su invaluable instrucción.

Índice.

Introducción.....	5
Capítulo Primero.....	6
Teoría General de la Prueba.....	6
1.1. <i>Noiones Generales</i>	6
1.1.1. Concepto.....	6
1.1.2. Sujeto de la Prueba.....	9
1.1.3. Objeto de la Prueba.....	10
1.1.4. Medios de prueba.....	12
1.1.5. Procedimientos Probatorios.....	15
1.2. <i>Sistemas Probatorios</i>	17
1.2.1. Sistema de la Prueba Libre.....	17
1.2.2. Sistema de la Prueba Legal.....	18
1.2.3. Sistema Mixto.....	19
1.3. <i>Las Cargas procesales en Materia de Prueba</i>	19
1.3.1. La carga de la Prueba.....	19
1.3.2. Principios Generales.....	21
1.3.3. Distribución de la carga de la Prueba.....	23
1.3.4. Excepciones de la necesidad de probar.....	26
1.4. <i>La Valoración de la Prueba</i>	28
1.4.1. Concepto.....	28
1.4.2. Sistemas de valoración de Pruebas.....	28
Capítulo Segundo.....	33
La Prueba Testimonial.....	33
2.1. <i>Noiones generales</i>	33
2.1.1. Concepto.....	35
2.1.2. Testigo.....	37
2.1.3. Clasificación.....	47
Capítulo Tercero.....	50
La Prueba Testimonial en el Derecho Procesal Mercantil Mexicano.....	50
3.1. <i>Antecedentes</i>	50
3.1.1. Código de Comercio de Laredo (1854).....	51
3.1.2. Código de Comercio de 1884.....	53
3.1.3. Código de Comercio de 1889.....	54
3.2. <i>Estudio del Código de Comercio Reformado</i>	55
3.2.1. Procedimiento probatorio.....	56
3.2.2. Fuerza probatoria del testimonio.....	79
3.2.3. Criterios Jurisprudenciales.....	81

Capítulo Cuarto.....	84
I.a Prueba Pericial.....	84
4.1. <i>Noiones generales</i>	84
4.1.1. <i>Concepto</i>	84
4.1.2. <i>Naturaleza jurídica</i>	87
4.1.3. <i>Requisitos</i>	88
4.2. <i>Peritos</i>	92
4.2.1. <i>Requisitos</i>	94
4.2.2. <i>Deberes</i>	98
4.2.3. <i>Derechos</i>	102
Capítulo Quinto.....	103
I.a Prueba Pericial en el Derecho Procesal Mercantil Mexicano.....	103
5.1. <i>Antecedentes</i>	103
5.1.1. <i>Código de Comercio de I.ares (1854)</i>	103
5.1.2. <i>Código de Comercio de 1884</i>	104
5.1.3. <i>Código de Comercio de 1889</i>	105
5.2. <i>Estudio del Código de Comercio Reformado</i>	105
5.2.1. <i>Procedimiento probatorio</i>	106
5.2.2. <i>Fuerza probatoria del dictamen pericial</i>	128
5.2.3. <i>Criterios Jurisprudenciales</i>	130
5.3. <i>Conclusiones</i>	132
Bibliografía.....	136

Introducción.

Hubo un tiempo en los procesos mercantiles en que las pruebas testimonial y pericial, perdiendo la esencia de su fin, eran dolosamente utilizadas por los abogados de la parte demandada con el sólo ánimo de retardar la impartición de justicia. No se recurría a ellas, para lograr el cercioramiento del Juzgador sobre los hechos discutidos. Salvo raras excepciones, el justiciable disponía de un sinnúmero de recursos que por el tiempo *ganado* le permitían incluso evadir las acciones legales ejercidas en su contra.

Los expedientes judiciales eternamente en suspenso, se constituían en verdaderos libros de tácticas dilatorias o, mejor dicho, en esmerados cursos de chicanas, según el argot admitido entre nuestros congéneres.

Hoy el escenario es distinto, las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 24 de mayo de 1996, según su iniciativa, tienen por propósito lograr un nuevo marco legal que promueva y fomente las actividades productivas en la micro, pequeña y mediana empresa; además buscan reducir costos económicos y especialmente tiempo, pues se pretende simplificar y hacer más accesible el cumplimiento de las obligaciones y, principalmente, erradicar prácticas de mala fe o corrupción.

Por ello, se instauran reglas más puntuales en el ofrecimiento y desahogo de pruebas para evitar que se conviertan en un factor de retraso del juicio; y también se adicionan los requisitos respecto a la prueba testimonial y pericial a fin de impedir el uso indiscriminado.

Sin embargo no todas las enmiendas son benéficas, toda vez que se considera pierden de vista aspectos importantes de la esencia de los medios de prueba, a grado tal de apartarlas de principios doctrinarios; que rompiendo esquemas clásicos, se estima perjudican a las clases menos privilegiadas.

En virtud de lo anterior, y no sin antes establecer a lo largo de cinco capítulos la naturaleza, definición, elementos y principios de cada una de las pruebas citadas, el presente trabajo tiene por objeto aplicar los conocimientos adquiridos a través de mi formación profesional y la breve experiencia práctica adquirida en los tribunales, para realizar un estudio comparativo entre la anterior y actual legislación, que tienda a exponer las perspectivas y criterios particulares de que adolecen las reformas de mérito.

Capítulo Primero.

Teoría General de la Prueba.

1.1. Nociones Generales.

El Derecho Procesal, es generalmente definido de la siguiente forma: "conjunto de normas que establecen los requisitos y efectos del proceso; que consta, principalmente, de tres partes: de las leyes sobre la organización judicial, del Derecho probatorio y de las leyes de procedimientos"¹

En atención al tema de que se trata, es procedente indicar, que el Derecho probatorio se integra por el conjunto de normas jurídicas, encargadas de regular el perfecto desarrollo de la prueba judicial dentro del proceso; resultando que tal agrupación de reglas sobre su producción, procedencia y valoración, conforman "la teoría general de la prueba, [que] puede decirse, es un mero capítulo de la lógica aplicada"²

Por lo tanto, el Derecho probatorio es un conjunto de directrices procesales que postulan los principios de la prueba, que se extienden, desde los aspectos generales hasta el tratado de cada medio de prueba en forma particular.

En este concepto, comparto la postura del maestro Sentís Melendo, al afirmar: "la temática probatoria [Derecho probatorio] debe dividirse en dos partes: una general y otra especial que comprendería, esta última, el estudio de los diferentes medios de prueba en particular; en la primera parte, tendríamos los siguientes temas: a) Concepto de prueba; b) Objeto, tema, materia de prueba; c) Fuentes y medios de prueba; d) Sistemas probatorios; e) Cargas y facultades (quien ha de probar); f) Adquisición procesal; g) Procedimiento probatorio; y h) Apreciación o valoración de prueba"³

1.1.1. Concepto.

La prueba es un elemento esencial en el proceso, que se erige como un artificio, del cual se obtienen los fundamentos necesarios para dictar una resolución conforme a derecho; o mejor dicho "el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas. [En consecuencia] la palabra prueba, o bien designa los medios probatorios o elementos de convicción en sí mismos, y en este sentido se dice que una parte se halla o no asistida de prueba, [. . .] o bien expresa el grado de convicción o la certidumbre que operen en el entendimiento del juez aquellos elementos."⁴

¹ De Pina Vara, Rafael. Tratado de las Pruebas Civiles. 3ª ed. Editorial Porrúa. México. 1981. Pág. 11.

² Dellepiane Antonio. Nueva Teoría de la Prueba. Reimpresión 9ª ed. Temis. Bogotá. Colombia. 1989. Pág. 1.

³ Sentís Melendo, Santiago. Introducción al Derecho Probatorio en Estudios Procesales en Memoria de Carlos Viada. Prensa Castellana. Madrid. España. 1965. Pág. 565.

⁴ Bentham Jeronías. Cit. por José de Vicente y Caravantes. Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil. Librería Gaspar y Roig Editores. Madrid. España. 1958. Tomo II. Pág.125.

En atención del criterio prescrito, debe considerarse que un Abogado postulante basa su talento, en la capacidad que tiene para fundamentar los argumentos de su representación en Derecho, como en su habilidad para utilizar los medios de prueba para demostrar la verdad. De esta suerte, aún más convencido sobre la importancia del tema, inicio el presente estudio.

a. Significado Etimológico.

En sentido etimológico al término *prueba* se le atribuyen dos orígenes. Existen autores que afirman que dicha palabra deriva del "adverbio latino *probe*, que significa honradamente, en virtud de que consideran que actúa con honradez quien prueba sus pretensiones. Para otros tratadistas el término *prueba* dimana de la palabra *probandum*, que significa: recomendar, probar, hacer fe, experimentar, patentizar, etc. Y esta afirmación la fundan en distintas leyes del Derecho romano.⁵

b. Significado Gramatical.

*Prueba. f. Acción y efecto de probar. Argumento, razón, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. Indicio, muestra o seña que se da de una cosa. Experiencia o ensayo que se hace de una cosa.⁶

c. Concepto Jurídico.

En el ámbito del derecho procesal, los Juristas han establecido definiciones diversas sobre el significado de este término, entre las que destacan:

*Prueba. (*Preuve*). Demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, en las formas admitidas por la ley⁷

*Por prueba se entiende, principalmente, según la define la Ley de Partida, la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa (Ley 1ª, Título XIV, Partida 3ª) o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez del litigio, y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en pleito.⁸

[. . .], Giuliani sostiene que fue Cicerón quien, en sus tópicos, proporcionó la definición más madura de la concepción clásica de prueba como argumento: *argumentum est ratio quae rei dubiae faciat fidem* (argumento es la razón que da certidumbre en las cuestiones dudosas)⁹

Para Eduardo Pallares "el sustantivo prueba refiere al medio o instrumento de que se sirve el hombre para evidenciar la verdad o falsedad de una proposición, la existencia o inexistencia de algo"¹⁰; aseerón que, se asimila con una de las acepciones que para esta expresión, ha pronunciado Dellepiane, consistente en la identificación de la "prueba" o medios de prueba, con los

⁵ De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 27.

⁶ Pérez Palma, Rafael. Diccionario de Juristas. Porrúa. México. 1988. Pág. 1100.

⁷ Capitant Henri. Vocabulario Jurídico. Tr. Aquiles Horacio Guaglianone. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1966. Pág. 451.

⁸ De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 27.

⁹ Ovalle Favella, José. Teoría General del Proceso. 6ª ed. Harla. México. 1991. Pág. 310.

¹⁰ Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 13ª ed. Porrúa. México. 1981. Pág. 657.

distintos elementos de juicio, aportados por las partes a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso, es decir que ambos conceptos convienen en calificar a la prueba como un elemento.

En el decir de Chioyenda, probar significa "formar el convencimiento al Juez acerca de la existencia o no de hechos de importancia en el proceso"¹¹, de lo transcrito con anterioridad, considero pertinente realizar las siguientes reflexiones:

i. La definición transcrita, resulta uniforme a otra de las acepciones que, para el concepto materia de estudio, ha pronunciado Dellepiane, y por virtud de la cual afirma: "En estricto sentido, la prueba es la obtención del cercioramiento del Juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hechos expresadas por las partes"¹²; de lo cual se infiere que uno y otro autor asienten en reportar a la prueba, ya no como un sustantivo como "algo" de existencia real, sino como un resultado subjetivo en el ánimo del juzgador derivado de una conducta.

ii. Así también, la definición señalada, refiere la existencia o ausencia de hechos; circunstancia que será el punto de partida para la concepción de los principios de la carga de la prueba, que en apartados posteriores serán objeto de análisis.

iii. De igual forma, es necesario destacar la importancia que tal concepto otorga a la intervención de los órganos jurisdiccionales para la resolución de la controversia planteada; premisa que enfocada a los sujetos de la prueba, será objetivo del inciso correspondiente.

Una última cita sobre el tema, es la definición recabada por Mateos Alarcón, de acuerdo al siguiente orden: "a nuestro juicio, es superior a estas definiciones la que da Laurent, por su extremada precisión y claridad: La prueba, dice, es la demostración legal de la verdad de un hecho."¹³

Por todo ello, en opinión personal, es totalmente aceptable el criterio de los modernos autores, al afirmar que la locución *prueba* recibe en su exposición, diversas acepciones, a saber:

- a. Es la carga procesal para las partes, cuyo ejercicio es necesario para el logro del propio interés, a fin de obtener una resolución favorable de acuerdo a las pretensiones que se reclamen.
- b. Es utilizada para referirse a la actividad tendiente a lograr ese cercioramiento, independientemente de que se logre o no.
- c. Se emplea para designar los medios, decir, los instrumentos sean objetos materiales o conductas, con los que se pretende lograr el cercioramiento del Juzgador acerca de los hechos discutidos en el proceso.

¹¹ Chioyenda, José. Principios de Derecho Procesal Civil. Reus. Madrid. España. 1922. Tomo II. Pág. 312.

¹² Ovalle Faveta, José. Op. cit. Pág. 305.

¹³ Laurent. Cit. por Mateos Alarcón, Manuel. Las pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal. 5ª ed. Cárdenas Editor Distribuidor. México. 1998. Pág. 2.

- d. Con ese término, se hace referencia al resultado positivo obtenido con la actividad probatoria.

En este orden de ideas, se puede concluir que la prueba, es el resultado de actividades judiciales promovidas por las partes o el Juez, ajustándose a los términos y demás requisitos establecidos por la ley, que tienen por objeto el reproducir un hecho o cosa del que se infiera la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en juicio, a fin de determinar la procedencia o improcedencia del derecho que se ejercita.

1.1.2. Sujeto de la Prueba.

La divergencia de los autores sobre el cuestionamiento ¿Quién es el sujeto de la prueba? se encuentra polarizada básicamente en dos corrientes, una de carácter restringida y otra de sentido amplio.

En el seno de la primera orientación, cabe destacar la opinión del maestro Carnelutti, que apoyado en la acepción gramatical del vocablo *prueba* afirma, "que: siendo la prueba una actividad del espíritu [una acción] destinada a la verificación de un juicio, el sujeto de la prueba puede ser el hombre o el grupo de hombres que procede a tal verificación. [Por lo tanto] Entiende que, fuera del proceso el sujeto de la prueba puede ser un sujeto cualquiera, pero que dentro del proceso solo puede serlo el Juez."¹⁴

En afiliación a la presente postura, se halla Eduardo Pallares, quien concibe que el sujeto de la prueba es el ser al cual se encausa su propio desahogo, con el propósito de infundir su ánimo respecto de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, por lo que, el ente que funge como sujeto de la prueba es, invariablemente, un juez o árbitro.

De esta suerte, resulta fácil comprender que la postura de los doctrinarios que sustentan la corriente restringida, estriba tan sólo en concebir al Juzgador como sujeto exclusivo de la prueba.

En línea diversa, se ubica la tesis de Jaime Guasp, que sostiene: "en la prueba aparecen tres clases de sujetos, el activo, o persona de quien proceden las actividades probatorias; el pasivo, o persona que soporta o sobre quien recaen tales actividades, y el destinatario, o persona a quien van funcionalmente dirigidas."¹⁵

A juicio propio, el discernimiento del autor *supra* citado, resulta de mayor eficacia didáctica para la exposición del presente tema, en virtud de que involucra a las partes que efectivamente intervienen en un proceso, de acuerdo al siguiente orden:

- a. El sujeto activo de la prueba, es siempre el oferente.
- b. El sujeto pasivo, es la contraparte que permite el desahogo de la prueba, o la persona sobre quien recae la actividad probatoria, v. gr. Tratándose de la prueba testimonial serán sujetos pasivos tanto la parte que permite el desahogo, como las personas señaladas como testigos.

¹⁴ Carnelutti. Cit. por De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 51.

¹⁵ Guasp. Cit. por De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 52.

c. El destinatario de la prueba es el Juez, por que el ofrecimiento y desahogo de un medio de prueba, tiene por objetivo formar su convicción respecto de la existencia o inexistencia de un hecho en controversia.

En suma a lo anterior, es procedente añadir que la calidad de sujeto activo y de receptor de la prueba puede conjugarse perfectamente en la persona del Juez, en virtud de las disposiciones legales que lo facultan para ordenar el desahogo de pruebas para mejor proveer.

1.1.3. Objeto de la Prueba.

El objeto de la prueba, alude a la interrogante ¿Que debe probarse?. En respuesta de tal reflexión, se afirma que el principal objeto de la prueba son los hechos o más exactamente las afirmaciones de hechos o afirmaciones fácticas.

En efecto, la generalidad de la doctrina tiende a aceptar a los hechos como objeto de la prueba, criterio que es ilustrado por el tratadista Carlos Arellano García, al citar a José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, para sostener que "el objeto de la prueba, ésta constituido por los hechos dudosos o controvertidos."¹⁶

Empero, la diversidad de hechos que son factibles de suscitarse determina que los autores tiendan a buscar un concepto de "hecho" que los involucre a todos. En este orden, se ha dicho que objeto de la prueba judicial son los hechos pasados, presentes o futuros y los que pueden asimilarse a ellos (ley extranjera o costumbre). Por lo tanto se procura adoptar el término en sentido amplio y no gramatical.

Así, en su significación gramatical, la voz "hecho" es el participio pasado irregular del verbo hacer. En su forma substantivada, el vocablo en cita, indica acción u obra; asunto o materia de que se trata; caso sobre el que se litiga.

Además, en la usanza ordinaria, da idea de algo acontecido, pasado o realizado.

En lo concerniente, a la ley extranjera recordemos que el artículo 284 Bis del Código de Procedimientos Civiles, así como el numeral 1197 del Código de Comercio, la confronta a un hecho. Toda vez que, al requerirse la prueba de la ley foránea, se requiere la prueba de una serie de hechos, a saber: la existencia de la norma, su texto, su vigencia y aplicación a la cuestión sustancial debatida.

La razón en que se funda el supuesto establecido es obvia, "pues los funcionarios nacionales no son órganos de esas leyes, y además, al invocar un individuo como fundamento de su derecho los preceptos de ella, hace una afirmación, y el que afirma tiene el deber de probar."¹⁷

La suerte de los usos y costumbres, como objeto de la prueba, debe calificarse en igualdad de circunstancias, en virtud de que su aplicación impone a quien la invoca, el deber de acreditar la conducta reiterada en el tiempo, así como la conciencia social que determina su obligatoriedad.

¹⁶ Arellano García, Carlos. Práctica Forense Mercantil. 13ª ed. Porrúa. México. 2000. Pág. 351.

¹⁷ Maleos Alarcón, Manuel. Op. cit. Pág. 10.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, es posible afirmar que el contenido del término *"hecho"* ha sido estudiado con el propósito de establecer el mayor número de acepciones, en el intento de abarcar la mayor cantidad de situaciones de posible planteamiento.

En nuestro sistema legal, la regla general antes puntualizada se encuentra inserta, en el artículo 284 en relación con el numeral 284 Bis del Código de Procedimientos Civiles, así como el 1197 del Código de Comercio, que a la letra rezan:

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

Artículo 284 Bis. El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero invocado.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que le ofrezcan las partes.

Artículo 1197. Sólo los hechos están sujetos a prueba, el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras; el que invoca debe probar la existencia de ellas y que son aplicables al caso.

Al margen de la regla, el derecho positivo mexicano, sustentándose en diversos principios doctrinarios, ha establecido que no son objeto de prueba dentro del proceso mercantil, los siguientes:

- a. Los hechos admitidos, confesados o reconocidos por las partes; en virtud del principio jurídico "a confesión de parte, relevo de prueba".
- b. Los hechos fuera de litis, atento al supuesto previsto en el artículo 285 del Código adjetivo Civil, que determina que el tribunal debe recibir las pruebas que se le presenten las partes siempre que estén permitidas y se refieran a los puntos cuestionados.

En este punto, vale afirmar que la prueba respecto de los hechos descritos en los incisos precedentes, ha sido tachada de inútil e impertinente, de lo cual se deduce que impertinente es la prueba que no se refiere, ni directa ni indirectamente, a los hechos que conforman la litis en el proceso. Y en consecuencia "se llama inútil a la prueba que, aún en el supuesto de un resultado positivo no tendría eficacia para los fines del proceso en el que hubiera de practicarse."¹⁸

- c. Los hechos imposibles o inverosímiles, toda vez que por simple lógica para que un hecho sea admitido como objeto de prueba se requiere que sea materialmente posible su

¹⁸ De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 42.

realización. Amén, del principio de la economía procesal que rechaza la admisión de los hechos imposibles o impertinentes o inútiles.

"Hecho imposible es aquel que, alegado por cualquiera de las partes pertenece al mundo de la imaginación, sin que en el orden material de las cosas quepa racionalmente aceptar que pueda concretarse en una realidad perceptible, bien sea producto de una anomalía mental del sujeto que lo alega, bien por un propósito malicioso del mismo."¹⁹

El artículo 1828 del Código Civil asigna el adjetivo de imposible al hecho que no puede existir por que es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

- d. Los hechos negativos, a excepción de los supuestos previstos en el artículo 282 del Código de Procedimientos Cíviles, en antitética posición al principio "el que afirma, debe probar".
- e. La presunción legal. El artículo 1280 dice: El que tiene a su favor una presunción legal sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción., claro esta salvo que se trate de una presunción "juris tantum", en cuyo caso la carga de la prueba es a cargo de la parte que pretenda destruir sus efectos.

Finalmente, la doctrina francesa apunta: "las condiciones necesarias para que los hechos tengan que ser probados son las siguientes: a). Que sean negados; b). Que no sean tenidos legalmente por verdaderos; c). Que no esté prohibida la prueba de los mismos; d). Que sean admisibles."²⁰

1.1.4. Medios de prueba.

"La ciencia de derecho, dejando a la Psicología el estudio de los órganos del conocimiento humano y la Lógica el de los procesos intelectuales íntimos, para llegar al conocimiento, se limita a reconocer la existencia de una necesidad práctica, a saber, que en las controversias civiles es menester probar los hechos alegados ante el Juez; por eso probar significa hacer conocidos para el Juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su modo preciso de ser."²¹

1.1.4.1. Concepto

Los medios de prueba son todas aquellas cosas o actividades que pueden ser útiles para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos materia de controversia, con el propósito de que el Juzgador se encuentre en posibilidad de pronunciar su sentencia.

En este sentido, el procesalista Eduardo Pallares "... entiende por medio de prueba, todas aquellas cosas, hechos o abstenciones que puedan producir en el ánimo del Juez certeza sobre los hechos litigiosos."²²

¹⁹ *Idem* Pág. 41.

²⁰ Garsonnet y Cesar-Bru. Cit por De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 42.

²¹ Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. 16ª ed. Porrúa. México. 1999. Pág. 106.

²² Pallares, Eduardo. Cit. por Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. 6ª ed. Unam. México. 1983. Pág. 301.

Por consiguiente, debe asentirse que los medios de prueba son los elementos aportados al Juzgador, de los cuales deriva las razones o causas (*motivos de prueba*), que lo inducen, previa convicción, a impartir justicia.

En adición, se apunta que tales medios de prueba en virtud de su naturaleza (ya sea conducta o instrumento) pueden ser circunscritos en el género personal (confesión, testimonial, inspección judicial, etc.) o real (documentos, objetos, etc.).

De tal forma, el numeral 1205 del Código mercantil vigente, incluida la reforma del día veintitrés de mayo del dos mil; determina que son admisibles como medios de prueba, *"todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad."* De lo que puede inferirse que la enumeración de mérito es enunciativa, más no limitativa.

No obstante, existe una limitación consagrada por el artículo 1198 *in fine* del ordenamiento legal en cita, que decreta como excepción para la admisión de los medios probatorios, que los mismos no se encuentren prohibidos por la ley o sean contrarios a la moral.

Por lo que se refiere a la prohibición que establece la ley, no existe dificultad alguna, en virtud de que jurídicamente hablando todo lo que no esté prohibido está permitido.

Pero en lo que concierne a la moral, ¿A quien le toca determinar si equis prueba se adecua a la moral o va en contra de ella? La única persona indicada para hacerlo, es el juzgador, debido a que es a él a quien corresponde resolver en último término cada uno de los asuntos que se le plantean, y según su prudente arbitrio decidirá si las pruebas que se le aportaron pugnan o se ajustan a la moral, por ello, puede presentarse el caso de la existencia de pruebas apegadas a la ley, pero que se encuentran en desacuerdo con la moral.

En mi opinión, el ánimo que debe conducir al juez para la estimación acerca de la moralidad o inmoralidad de una prueba, es la probanza en sí, al mismo tiempo de que deberá también tomar en cuenta la conducta y los fines que se propongan las partes.

1.1.4.2. Clasificación.

Los tratadistas; en relación a las pruebas, son acordes en establecer dos categorías: pruebas propiamente dichas, y presunciones.

El Código de Comercio, en sus artículos 1277, 1278 y 1279; dispone, y aún define implícitamente, estas últimas, señalando: Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deduce de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido; la primera se llama legal y la segunda humana. Hay presunción legal cuando la ley la establece expresamente y cuando la consecuencia nace inmediatea y directamente de la ley; hay presunción humana cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquel.

Las pruebas, comulgando con el maestro José Becerra Bautista, se clasifican en:

a. Prueba directa e indirecta. La citada en primer orden, es aquella que se percibe de forma inmediata, [sin interferencias de ninguna clase, por lo tanto] sin ningún esfuerzo de razonamiento, como es el caso de la confesión, la inspección, etc.; las indirectas se distinguen por un trabajo de razonamiento para su obtención, de lo que se procede de lo desconocido o poco conocido a lo conocido, tal es el caso de la pericial o bien de la presuncional.

b. Prueba preconstituida y simple. La primera es la que se crea o prepara antes de la existencia del proceso y con el fin de demostrar luego en él, el hecho que se refiere, tal es el caso de la documental pública. La simple es la que se produce cuando ya está iniciado el proceso, en este caso la pericial sería un ejemplo.

c. Prueba histórica y crítica. La histórica se caracteriza por la representación del hecho real o imaginario [observación personal del juez frente al hecho a probar o en la de terceras personas aptas para representarlo ante él] por ejemplo, el relato de un testigo o la fotografía de un suceso. La prueba crítica es el discurso o razón [operación lógica] que sirve para deducir su existencia o inexistencia, por ejemplo, un dictamen pericial.

d. Prueba permanente y transitoria. La permanente es aquella que tiene la eficacia de conservar la realización de los hechos, independientemente de la memoria del hombre; mientras que la transitoria se basa en la memoria del hombre, reconstruye los hechos con elementos puramente subjetivos.

e. Prueba mediata e inmediata. La primera es aquella que se basa de forma mediata en la memoria del hombre y que para darla a conocer requiere manifestarse por otros medios, tal es el caso de la testimonial, en tanto que la inmediata es la representación que se produce de los hechos en documentos, grabaciones, fotografías, etc.

f. Prueba real y personal. La primeramente citada son proporcionadas por cosas: documentos, fotografías, copias fotostáticas, etc.; las segundas tienen su origen en declaraciones de personas: testimoniales, confesionales, periciales.²³

En suplemento de la división anterior, considero pertinente señalar las clases siguientes:

i. Prueba nominada e innominada. La prueba nominada es la prevista por la ley adjetiva, es decir los "medios de prueba" enunciados en el ordenamiento legal aplicable; las innominadas son las que no están reglamentadas y quedan bajo el prudente arbitrio del juez su aceptación.

ii. Prueba pertinente o impertinente. Esta clasificación sirve para determinar las pruebas que tienen relación con los hechos controvertidos (pertinentes) y aquellas que sólo se ofrecen con la finalidad de retardar el procedimiento y que por ende no tienen relación alguna con los hechos controvertidos.

iii. Prueba moral e inmoral. Esta atiende a la intención sana o morbosa, con se ofrezca u ordene la probanza.

²³ Becerra Bautista, José. Op. cit. Pág. 100.

1.1.4.3. Legislación.

El Código de Comercio, establece que son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsimiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

1.1.5. Procedimientos Probatorios.

En preámbulo, a la explicación del presente apartado, es oportuno evocar la popularizada incorrección de "identificar el procedimiento y el proceso. [Accidente impropio, debido que] Este último es un todo o si se requiere una institución. [Y] Esta formado por un conjunto de actos procesales que se inician con la presentación y admisión de la demanda, y terminan cuando concluye por las diferentes causas que la ley admite. El procedimiento es [en cambio] el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a que está sujeto, la manera de substanciarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, sumarísima, breve o dilatada, escrita o verbal, con una o varias instancias, con periodo de prueba o sin él, y así sucesivamente."²⁴

Reflexionando sobre el particular, se dice que el proceso es la secuela regulada por ley de aquellos actos progresivos que tienen por objeto dimitir una controversia judicial, en cambio el procedimiento es el desarrollo real de un caso, atendiendo a sus posibles variantes.

Por ende, "las vicisitudes de la vida real harán que, dentro de los causes legales que previenen el proceso, cada procedimiento presentará aspectos de gran singularidad, al grado de que todo procedimiento, en el caso concreto, será diferente a cualquier otro. No hay dos procedimientos iguales aunque estén regidos por los lineamientos legales que corresponden a un determinado proceso."²⁵

En tal distinción, debe enunciarse que, el procedimiento probatorio, interpretado como el modo en que va desplegándose el proceso en lo referente al periodo probatorio, es el complejo de las actividades necesarias para situar al juez en comunicación con los medios de prueba, con el propósito de acreditar la existencia de los hechos controvertidos.

Así, el tema del procedimiento probatorio atiende a los actos inexcusables, para que los medios probatorios producidos se consideren validos. Empero debe advertirse que tales reglas se dividen en dos categorías: la primera de carácter general, que involucra el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las pruebas; y la segunda, de condición especial, que señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba.

Al punto, y en virtud del tema de la tesis que se propone, pero en especial del presente capítulo, procedo a la referencia del procedimiento de las pruebas en su carácter general, para en su momento puntualizar sobre las reglas afines a la prueba testifical y de pericia.

²⁴ Pallares Eduardo, Op. cit. Pág. 635.

²⁵ Arellano García, Carlos. Teoría General del Proceso. 10ª ed. Ponúa. México. 2001. Pág. 4.

De esta suerte, "los procedimientos probatorios, propiamente dichos, son todas aquellas actividades o estadios procedimentales, inherentes a todo juicio y necesarios, bien para obtener la atendibilidad o realización de una prueba, o bien para poner al juez en comunicación con los medios de prueba que al efecto concede la ley."²⁶

Coligiendo, el procedimiento probatorio, es el método de cómo probar en juicio, entendiendo por método la forma de hacer una cosa con orden y según ciertos principios, consiguientemente los actos a desarrollar, son del tenor siguiente:

- a). El ofrecimiento o proposición de los medios de prueba, que incumbe a las partes contendientes;
- b). La admisión o el desechamiento de los medios de prueba, a cargo del juzgador, basándose en la idoneidad o falta de aptitud de los medios de prueba para acreditar los hechos y la relevancia de estos para la decisión del litigio;
- c). La preparación de los medios admitidos, que corresponde a las partes oferentes;
- d). La ejecución, práctica o desahogo de las pruebas admitidas y preparadas, la cual se lleva a cabo en la audiencia correspondiente,
- e). La valoración o apreciación de las pruebas practicadas, que realiza el juzgador en la sentencia.

Al tiempo de los actos indicados, figuran las formalidades prescritas por la ley para la adecuada realización de los medios de prueba, y que se instituyen como principios rectores del procedimiento probatorio, a saber:

- i. El denominado principio de intermediación, consagrado entre otros, en el artículo 299 del Código de Procedimientos Civiles, así como los numerales 1224, 1225 e incluso 1272 del Código de Comercio vigente; por virtud del cual se determina que el juez que ha de sentenciar es el que debe recibir personalmente las pruebas, excepto en el caso en que las pruebas deban rendirse fuera de su jurisdicción.

En mi opinión, el principio referido consiste esencialmente en el hecho de que el juez del conocimiento esté en contacto personal con las partes.

- ii. El principio del debate contradictorio, que reclama que la rendición de pruebas se realice con citación a la contraria, para darle la oportunidad de tener una participación directa y en su caso haga valer sus derechos.

La violación del principio citado, así como del anterior, produce la nulidad de la pruebas.

²⁶ Bañuelos Sánchez, Froylan. Práctica Civil Forense, 3ª ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México. 1974. Pág. 305.

iii. El principio de publicidad, establecido en el artículo 387 del Código de Procedimientos Civiles, que obliga al Tribunal a recibir el desahogo de las pruebas admitidas en audiencia pública.

La publicidad puede ser prohibida por el juez cuando haya temor de que su desarrollo trastorne el orden público por ofender la moral pública o se ataquen las buenas costumbres.

En resumen, el procedimiento probatorio es el orden metódico impuesto por ley para poder probar en juicio, a través de los siguientes actos progresivos: ofrecimiento de los medios de prueba; admisión o deserción; preparación; desahogo y valoración, que obligatoriamente deben cumplir, entre otros, con los principios de inmediación, debate contradictorio y publicidad.

1.2. Sistemas Probatorios.

Los sistemas concernientes al problema de la posición del juez en la apreciación de los medios de prueba, tradicionalmente han sido divididos en tres órdenes, a saber: sistema de la prueba libre, sistema de la prueba legal o tasada y sistema mixto.

En este sentido, el presente apartado pretende señalar brevemente la posición o síntesis doctrinal de cada uno de ellos, adelantándonos en apuntar por ahora, que el último de los sistemas invocados, es el admitido por Legislación mercantil mexicana.

1.2.1. Sistema de la Prueba Libre

El sistema de la prueba libre se caracteriza, por otorgar al juez una absoluta libertad en la estimación de los medios probatorios; a grado tal, que no solo se confiere al juzgador la facultad de tasarlos sin impedimento legal alguno, sino que a demás, esta potestad se extiende a la libertad en la selección de las *máximas de experiencia* que sirven para su valoración.

En razón de lo dicho, debe señalarse que Eduardo J. Couture, define a las *máximas de experiencia* como "el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio"²⁷. En adición perfecciona su concepto, estableciendo que las *máximas de experiencia* son normas de valor general, independientes del caso específico; pero en virtud de extraerse de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie. Además aclara que no constituyen motivo de declaración especial en la sentencia, sino que sirven de criterio y de guía para la resolución en el caso especial.

Por consiguiente, el sistema de la libre apreciación de la prueba, es aquel en que la convicción del juez no se doblega a un criterio legal alguno, por lo que se conforma según una valoración personal y libre. Este sistema ha sido llamado también de la persuasión racional del juez.

Sobre el tema, el ilustre Camelutti, "reconoce que la libre apreciación de la prueba es, sin duda, al menos, cuando la haga un buen juez, el mejor medio para alcanzar la verdad; pero, agrega, que, no obstante, tiene sus inconvenientes. El inconveniente principal, en opinión de Camelutti, consiste en que esta libertad es un grave obstáculo para proveer el resultado del proceso; si la

²⁷ Couture, Eduardo J. Cit. por Pallares Eduardo. Op. cit. Pág. 635.

libertad - escribe - se limita o se suprime, conociendo por la eficacia legal de la prueba el resultado probable del proceso, surge una condición favorable a la composición de la litis. Esta es - añade - la razón lógica de las limitaciones al principio de la prueba."²⁸

Finalmente, en vía de apunte histórico se considera oportuno indicar que en la antigua Roma, la apreciación legal de la prueba por el Juez, se realizó bajo este sistema.

1.2.2. Sistema de la Prueba Legal.

El sistema de la prueba legal, identificado por De Pina Vara como tradicional en el viejo Derecho Español, desde las Leyes de Fuero Común hasta la Novísima Recopilación, por hallarse constituido en diversas ordenamientos de la época; hace frente al anterior, debido a que él, la valoración de las pruebas no depende del criterio del juez, sino por el contrario, la estimación de los medios de probatorios se encuentra previamente tasada por ley, por lo que el juez solo se ha de limitar a aplicarla inflexiblemente, prescindiendo de su criterio personal.

Por lo tanto, es factible ilustrar este sistema señalando que "es aquel en que la convicción del juez no se forma espontáneamente por la apreciación de las diligencias probatorias practicadas en el proceso, sino que su eficacia depende de la estimación que la ley hace previamente de cada uno de los medios que integran el Derecho probatorio. [Por consiguiente] En él la prueba tiene un valor inalterable y constante independiente del criterio del juez."²⁹

Así, se reitera que, en el presente sistema es el legislador quien establece las reglas de carácter general sobre las que el juez tendrá que resolver sobre la admisibilidad de los medios probatorios, y más aún sobre su valor probatorio, resultando en consecuencia que la actuación del juzgador deviene en automática.

"El sistema de la prueba legal - escribió Lessona - que en las leyes modernas está aceptado solo como excepción, tuvo su origen en el procedimiento bárbaro y se reforzó cuando a este le sustituyó 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 atender 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."³⁰

En un íntimo sentir, para desaprobando la objetividad del sistema legal o tasado, vale citar el siguiente pensamiento: "El sistema de la prueba tasada - escribe KISCH - padecía de un fundamental defecto, cual era el consagrar una oposición antinatural entre el convencimiento humano y el jurídico, y, además, tenía el defecto básico de la imposibilidad por parte del legislador, de agotar el número inmenso de posibilidades de la vida."³¹

²⁸ Camolutti. Cít. por De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 61.

²⁹ De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 63.

³⁰ Lessona. Cít. por De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 63.

³¹ Kisch. Cít. por De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 64.

1.2.3. Sistema Mixto.

El sistema probatorio denominado mixto, edificado sobre una conducta ecléctica en relación a las doctrinas anteriores, es en razón de diversos autores, el observado por la mayor parte de los códigos adjetivos del mundo, figurando entre ellos, los ordenamientos relativos al proceso Civil así como mercantil de nuestro país.

En relación a la posición intermedia del presente sistema, es preciso establecer que desde el punto de vista legal, no debe hablarse sobre la existencia de un sistema de prueba legal o de un sistema de prueba libre, rigurosamente implantados. Consiguientemente es "El predominio del libre criterio o del criterio legal en la apreciación de los resultados de los medios de prueba es lo que permite dar la calificación de prueba libre o lasada, en uno u otro caso."³²

Por tanto, 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 de la certeza,"³³ según afirmación de Carnelutti. Lo que no quiere decir que el conseguido dependa únicamente del sistema probatorio que se acepte. El código procesal mexicano admite el sistema mixto, con lo cual el legislador pretende atenuar los inconvenientes de la aplicación ortodoxa de cualquiera de los otros dos sistemas anotados.

1.3. Las Cargas procesales en Materia de Prueba.

1.3.1. La carga de la Prueba.

En principio, es preciso referirse a la noción de carga procesal, toda vez que ésta se constituye en el género y la carga de la prueba, "*onus probandi*" en una de sus especies.

De esta suerte, debe precisarse que la carga procesal es el ejercicio de una facultad, cuando dicho ejercicio aparece necesario para el logro del propio interés, en otras palabras, es una condición establecida por la ley de ejecutar determinados actos procesales siempre que con ello se pretenda obtener ciertos efectos legales.

En consecuencia, la carga de la prueba representa un gravamen que la ley impone a las partes para ejecutar determinados actos en beneficio del interés propio.

Reflexionemos sobre ésta afirmación, "El Juez, en oportunidad de pronunciar la sentencia de mérito, puede hallar que la actividad probatoria desarrollada por una o ambas partes le proporcione el convencimiento sobre la existencia de los hechos controvertidos (hipótesis en la cual resulta indiferente determinar sobre cual de las partes recala, en concepto, la carga de la prueba).

Pero también puede suceder que uno o más de esos hechos no hayan sido demostrados o lo hayan sido de modo insuficiente.

³² Fumo. Cit. por De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 66.

³³ Carnelutti. Cit. por De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 68.

Como el juez no puede abstenerse de emitir un pronunciamiento que [. . .] deniegue la actuación de la prestación procesal, debiendo decidir en uno u otro sentido a pesar de la incertidumbre que arroje la falta de o la insuficiencia de prueba, es obvio, que necesita contar con ciertas reglas [comúnmente llamadas reglas de juicio] que le permitan determinar cual de las partes ha de soportar las consecuencias adversas que provoca la incertidumbre de los hechos controvertidos, de modo tal que el contenido de la sentencia resulte desfavorable para la parte que, no obstante tener a su cargo el suministro de la prueba correspondiente, no lo hizo.

[Luego]. El principio de la carga de la prueba, precisamente, le indica al juez, cuando se halla en presencia de hechos inciertos motivados por la insuficiencia de prueba, la forma en que debe dictar sentencia de fondo, evitándole pronunciar un *non liquet* (no esta claro), que equivaldría a un fracaso del proceso.³⁴

En analogía, sobre la materia resulta conveniente señalar que el Derecho clásico, consagra diversas máximas, ahora principios, entre las que sobresale citar, las siguientes:

- a). *Onus probandi incumbit actori*. La carga de la prueba incumbe al actor.
- b). *Actoris est probare*. Al actor incumbe probar.
- c). *Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil: ipe praestiterit, obtinebit*. No probando el actor, lo que interesa a su derecho, ganará el demandado aún cuando nada hubiere alegado. *Dig. Lib. II, Tit. I, Ley 4^a*.
- d). *Reus excipiendo fit actor*. El demandado que excepciona se convierte en actor y debe probar. *Dig. Lib. XXII. Tit. III, Ley 19 y 25*.

Los aforismos transcritos, resultan lisos y llanos para determinar, en principio, que la carga de la prueba - *onus probandi* -, representa un gravamen que recae sobre las partes, [regla de conducta] que reporta la obligación de facilitar al juez el material probatorio necesario para formar su convicción sobre los hechos alegados por las mismas, carga que supone, a la par, una facultad para poner a disposición del juez los elementos que consideren más eficaces para formar su convicción sobre los hechos sostenidos.

Por tanto, si las partes desean obtener una sentencia favorable a sus intereses discutidos en litigio, lo que entraña un principio de auto responsabilidad, es indudable que deben probar los fundamentos de hecho, y en algunos casos, de derecho, de las acciones ejercitadas y excepciones interpuestas.

Al respecto, el célebre Rafael de Pina Vara opina que la carga de la prueba no constituye una obligación jurídica: Toda vez que, en el proceso moderno no cabe hablar de obligación de probar, sino interés de probar. Así, la carga de la prueba se concreta en la necesidad de observar una determinada diligencia en el proceso para evitar una resolución desfavorable, que se instituye en una facultad de las partes, que se ejercita a su interés, y no en un deber.

³⁴ De Santo, Víctor. Op. cit. Pág. 70.

La carga procesal en comento difiere de una obligación, debido a que en tanto ésta última se crea un vínculo jurídico, en la carga de la prueba no se da dicha relación. Además, la falta de cumplimiento de la obligación trae como consecuencia la ejecución forzosa en tanto que el incumplimiento de la carga de la prueba únicamente da lugar que la contraparte resulte beneficiada y en consecuencia quede en una posición ventajosa sobre su colitigante.

Precisando, en lo referente al incumplimiento de ambas vemos que en la obligación tanto el acreedor como el deudor pueden verse apremiados a cumplirla, mientras que en el caso de la carga de la prueba no es factible exigir su observancia.

En virtud de expuesto, "Puede definirse, entonces, a la carga de la prueba como una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cual de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables."³⁵

1.3.2. Principios Generales.

Llegado a este punto, debe referirse que la definición dictada, sobrelleva la interrogación: ¿Cuál de las partes litigantes debe reportar la susodicha carga?

Para esclarecer tal incógnita, los autores modernos han adoptado, casi en forma unánime, una regla de corte iusnaturalista, que reposa sobre la presunción que la razón y la lógica sugieren, y por virtud de la cual se otorga como premisa primaria, la siguiente: todo hombre se reputa libre de todo vínculo jurídico, por que la libertad es el estado normal de los hombres, por lo tanto sus bienes también se reportan libres de toda responsabilidad.

Así, la premisa secundaria que contempla la alteración del estado natural, deduce el silogismo, siguiente:

"... reporta la carga de la prueba aquel de los litigantes que trata de innovar el estado actual y normal de las cosas o de una situación adquirida. [Toda vez que] De otra manera se cometería un atentado, contra la justicia y la ley, imponiendo esa carga al que invoca en su defensa la situación jurídica en que se encuentra."³⁶

La consecuencia antes referida, se transfiere a los principios generales o fundamentales, adoptados por nuestra legislación mercantil, que a continuación se citan, y que sirven de norma para determinar a quien incumbe la carga de la prueba, así, las reglas sancionadas por ley son:

- 1°. El que afirma esta obligado a probar, por ende;
- 2°. El actor debe probar su acción, y;
- 3°. El reo debe probar sus excepciones. (Artículo 1194).

³⁵ *Idem* Pág. 72.

³⁶ Demolombe Cit por Mateos Alarcón, Manual. Op. cit. Pág. 3.

4*. El que niega no esta obligado a probar, sino en el caso de que su negativa envuelva una afirmación expresa de un hecho. (Artículo 1195).

Esta regla es la traducción de la locución latina: *El incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*.

5*. El que niega esta obligado a probar cuando, al hacerlo desconoce una presunción legal que tiene a su favor el coligante. (Artículo 1196).

Las reglas enumeradas, que deben su origen al Derecho Romano, resultan suficientemente explícitas, no obstante es conveniente realizar las siguientes consideraciones:

Nuestro Código de Comercio, en su numeral 1194, textualmente establece: *"El que afirma está obligado a probar. En consecuencia, el actor debe probar su acción, y el reo sus excepciones."* Al punto, sobra decir que el precepto citado concentra los principios generales referidos en los apartados primero, segundo y tercero *supra* citados, sin embargo, hasta aquí vale realizar un paréntesis para analizar el término "debe" inserto en el dispositivo legal de mérito, de acuerdo siguiente orden:

El término *debe*, deriva del verbo transitivo deber, del latín *debere* y, gramaticalmente, significa: estar obligado a algo por precepto religioso o por ley natural o positiva; como palabra sinónima de otras de igual significación, encontramos las siguientes: responsabilidad, obligación, compromiso. En consecuencia, es factible decir que la carga de la prueba en nuestro de derecho adjetivo, adopta la categoría de una facultad o poder obligacional para ejecutar ciertos actos, o de adoptar procesalmente cierta conducta; aclarando que al decir facultad o deber obligacional, se refiere no a la obligación conceptual que pueda tener en el derecho sustantivo, pero si una facultad, deber u obligación con categoría de acto jurídico procesal, que acarrea la consiguiente molestia de responsabilidad y compromiso, no coactivo, pero sí en interés propio en obrar con las consecuencias jurídicas de su observancia u omisión.

En lo afínente, a la regla marcada en el punto cuatro que antecede, reproducida en el artículo 1195 del Código de Comercio, y con el objeto de no incurrir en una falsa interpretación, es procedente apuntar que solo puede tener correcta aplicación cuando el demandado se limita pura y simplemente a negar los hechos que sirven de fundamento a la demanda; por que en tal caso su negativa no implica afirmación alguna de un hecho positivo contrario. Por ejemplo, si A demanda a B el pago de cien pesos que le otorgo en mutuo, y éste niega haber celebrado ese acto jurídico de donde deriva la acción intentada, no contrae la obligación de producir prueba alguna, porque su negativa no implica la afirmación de un hecho.

En caso contrario, la regla objeto de estudio no debe tener aplicación, en el momento que concurre algunas de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el demandado interpone la excepción de pago, debido a que la negación de la acción intentada por pago realizado, reposa sobre la afirmación de un hecho nuevo, a saber, el cumplimiento de la obligación, por lo que al alegar tal defensa, que deviene en una excepción perentoria, tienen aplicación el principio *"Reus in excipiendo fit actor"*

b). "Cuando se niega el derecho del actor por extinción (prescripción), nulidad o ineficacia. La explicación que precede nos conduce a establecer, como consecuencia, que aquel

que alega la existencia de un hecho constituido a su favor, esta obligado a probar su adquisición, esto es, la existencia del acto jurídico de donde deriva ese derecho, pero no la persistencia de él, porque tal acto ha creado una situación determinada del demandante con relación al demandado, que se presume existente mientras no se prueba lo contrario.³⁷

c). Cuando la negativa importe el desconocimiento de una presunción legal; artículo 1196 del Código de Comercio.

1.3.3. Distribución de la carga de la Prueba.

El tema de la distribución de la carga de la prueba, cuestión tan debatida como lo es el de la carga en general, cuenta en su haber con un sinnúmero de criterios dispares que pretenden dilucidar su naturaleza, por lo que acogiendo alguno de los estudios determinados en la obra de profesor Víctor de Santo, es pertinente exponer de forma breve las disertaciones doctrinarias que deben considerarse como sobresalientes, en los siguientes términos:

1). En virtud de un principio de orden didáctico, se conviene ubicar en primer lugar, a la tesis que impone la carga de la prueba al actor, pero le otorga este carácter al demandado que excepciona. (*Onus probandi incumbit actori; o necessitas probandi incumbit ei qui agit; actori non probante, reus est absolvendus; reus in excipiendo fit actor, o reus in excipiendo actor est.*)

Contra. La traducción inconclusa suscitó la incorrecta aplicación de la doctrina romana, haciéndola ilógica e injusta al transmitir al demandante no solo la prueba del nacimiento de su derecho, sino también la de la ausencia de hechos impositivos, extintivos o modificativos que el demandado le imponga, lo cual resulta genéricamente imposible y absurdo.

Así, la correcta interpretación conduce a exigir que cada parte pruebe el fundamento de su propia *intentio*, mediante la acreditación de los hechos constitutivos de sus pretensiones.

El principio de mérito, si bien es aplicable en la mayoría de los casos, no llega a constituir una regla general, en virtud de resultar incompleta e insuficiente.

*En efecto, existen hechos que no requieren prueba, por gozar de presunción legal o de notoriedad, o por la naturaleza indefinida de la afirmación o negación, a pesar de servir de fundamento a las pretensiones del demandante, y en tales casos, corresponde al demandado la carga de probar lo contrario; hay otros hechos que, no obstante alegarse en la demanda, no la necesitan porque son impertinentes o irrelevantes.³⁸

2). En segundo término, se sitúa la tesis que asigna la carga probatoria a quien afirma, y exime de ella a quien niega. (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; affirmati non negati incumbit probatio y negativa non sunt probanda.*)

Contra. El criterio adoptado para la distribución de la carga se traslada de la posición procesal de las partes (actor o demandado), al objeto de la prueba, así, la afirmación o negación de un hecho, resultando en la práctica que uno u otro extremo puede ser tan solo consecuencia del modo

³⁷ Mateos Alarcón, Manuel. Op. cit. Pág. 6.

³⁸ De Santo, Víctor. Op. cit. Pág. 73.

de redactar, así la circunstancia de afirmar o negar un acontecimiento no influye en absoluto, en su factibilidad probatoria.

En ejemplo de lo anterior, debe decirse que negar la capacidad de una persona para suscribir títulos en nombre de una persona moral, es igual a sustentar su incapacidad, por lo tanto, no es la negación o la afirmación del hecho sino su naturaleza lo que determina si debe exigirse su prueba.

Por último, y tal como se asentó en el apartado anterior, no siempre que se afirma un hecho es necesario probarlo, pues los presumidos así como los notorios están exentos de prueba, y esta corresponde a la parte que los niega.

3). En tercer lugar, se encuentra la tesis que grava al actor con la prueba de los hechos de sus pretensiones y al demandado la de sus excepciones, que registra como argumento rector el siguiente: "Quien quiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o de la no existencia del hecho, toda vez que, sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demandas o excepciones infundadas."³⁹

Contra. La presente tesis nada nuevo aporta al debate, porque equivale a la que exige probar al actor, pero da ese carácter al demandado que excepciona, debiendo valer para esta doctrina las críticas formuladas a la primera tesis.

4). Bajo el ordinal cuarto, se instala la tesis que impone al actor la carga de la prueba de los hechos constitutivos y al demandado de los extintivos o impeditivos. Sobre el particular, es conveniente decir que si bien este criterio significa un avance respecto de las examinadas hasta ahora, en atención a que no se circunscribe a la posición procesal de las partes (actor o demandado), ni la forma de como expresan los hechos (afirmaciones o negaciones); del mismo modo debe señalarse que la clasificación sobre los hechos que debe probar cada parte, tiene múltiples inconvenientes y deficiencias.

Contra. En un principio, el carácter constitutivo, impeditivo o extintivos de un hecho, es una *cualidad de relación respecto de otro*, circunstancia que origina en sí un conflicto de clasificación subjetiva, además de que no siempre bastará exclusivamente al actor la prueba de hechos constitutivos, por el contrario en la hipótesis del ejercicio de una acción de nulidad de un acto jurídico, le corresponde la prueba del error, dolo, violencia o simulación, en que funde su demanda (hechos impeditivos o extintivos).

Precisando aún más la crítica, el error fundamental de esta teoría consiste en asignarle en todo tiempo al actor la carga de probar los hechos constitutivos, y siempre al demandado la de los hechos extintivos o impeditivos, circunstancia que es válida para muchas hipótesis, tal vez para la mayoría, pero insuficiente como regla general absoluta.

5). En el último apartado de la relación determinada en la obra del profesor Víctor De Santo, se observa la tesis que impone la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de conformidad con la norma jurídica aplicable; la

³⁹ Ricci Cit. por De Santo, Víctor. Op. cit. Pág. 75.

cual diserta que lo fundamental para prescribir una regla general sobre el tema, es "la posición sustancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse, de acuerdo con la norma jurídica por aplicar que lo contempla como un presupuesto."⁴⁰

Por lo tanto, en razón del presente principio, para obtener en juicio las prestaciones reclamadas, no es suficiente probar los hechos alegados, sino que es necesario, que éstos sean los que, conforme a la norma jurídica, deban producir el efecto solicitado; en consecuencia, para que el juez pueda recurrir a la regla en comento, es indispensable no sólo que el hecho haya sido alegado, sino también que concuerde con el presupuesto de la norma aplicable; consolidándose la inseparable relación entre la regla de juicio (caso concreto), la norma por aplicar y el efecto jurídico perseguido.

En adición, se aclara que existen dos supuestos en los que es factible encontrar discordancia entre el hecho y la norma o el efecto jurídico perseguido, que son: En primer lugar, cuando se alega el hecho pertinente al litigio, pero se pide un efecto jurídico que no corresponde, y en segundo término, cuando el efecto jurídico pedido es correcto, y no obstante se deja de alegar el hecho que le sirve de presupuesto; provocando que en tales ocasiones el Juez deba resolver en contra.

Es así, porque en la primera hipótesis en apariencia existe la carga de la prueba en contra del demandante; sin embargo, como el suministrarla no le sirve para obtener la decisión favorable, por que el juez no puede aplicar la norma jurídica que la consagra sin recurrir en incongruencia, en realidad la regla deviene en inaplicable, por lo que respecta a la segunda, el hecho esta por fuera del tema en ese proceso y el juez no puede basar en él su decisión, por lo cual la regla de juicio no puede operar, aún cuando se haya suministrado su prueba.

Así, "puede concluirse, entonces, que la regla así concebida, al tiempo que tiene un alcance verdaderamente general, corrige y complementa las reglas examinadas."⁴¹

Por último, desde un punto de vista casuista es pertinente citar los siguientes patrones sobre la distribución de la carga de la prueba, que ante la duda sobre la aplicación de la regla general citada, permiten dirimir el conflicto.

a. La carga de la prueba del dolo, de la mala fe, del error, de la violencia y la ignorancia, inquebrantablemente pesan sobre quien invoque cualquiera de estos vicios del consentimiento respecto de la celebración de un acto jurídico, por ser extremos previstos en el derecho común para demandar la nulidad de un acto.

b. La carga de la prueba de la culpa y del caso fortuito o la fuerza mayor que exonere el cumplimiento de una obligación, le corresponde a la parte que pretenda deducir efectos jurídicos favorables, excepción hecha de la presunción legal.

c. La carga de probar el nacimiento de una obligación o de su extinción por cumplimiento u otra causa, atañe a quien lo sustenta, en ocasión de ser presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido. No obstante, al tratar de obligaciones de no hacer, el

⁴⁰ De Santo, Víctor. Op. cit. Pág. 86.

⁴¹ Ídem Pág. 91.

Indole negativo de la conducta imputada al deudor, da como resultado que el acreedor demandante debe probar el hecho positivo que viola tal conducta, para la aplicación del precepto que le otorgue el derecho a indemnización, o en su caso, la destrucción o suspensión de los efectos de la conducta de la parte demandada.

En resumen, sin restar la trascendencia doctrinal que corresponde a cada una de las tesis desarrolladas para resolver la distribución de la carga de la prueba, debe sentarse que el extraordinario avance de las ciencias en la era moderna, ha determinado el nacimiento de nuevos actos jurídicos, considerados complejos, que a su vez inducen a figuras o instituciones jurídicas perfeccionistas, por lo que las máximas citadas adquieren el carácter de directrices que requieren de adecuación en el criterio jurídico del juzgador.

Así, se considera que la comprobación de si una o más reglas sobre la distribución de la carga de la prueba son realmente eficaces y seguras, debe basarse en la posibilidad de su previsión anticipada no sólo por quien es litigante sino por quien, antes, se dispone a contratar o participar de una relación jurídica.

1.3.4. Excepciones de la necesidad de probar.

Habida cuenta de la definición de *onus probandi*, de sus principios generales, e incluso de sus principales teorías, toca examinar las excepciones derivadas del objeto mismo de la prueba, es decir, los hechos que no requieren ser probados.

i. Ante todo, con la debida aclaración de no tratarse de un hecho, se precisa que las normas jurídicas nacionales, no exigen prueba en el grado, de que el conocimiento del derecho es inexcusable en el juez, y como tal, dentro de sus funciones jurídicas, habrá de suponerse que tiene pleno conocimiento del Derecho de su país, en su variadas o diversas manifestaciones.

En adición, los principios generales del derecho como dispositivos supletorios en defecto de la ley corren la misma suerte, esto es, deben ser alegados, pero no probados; precisamente por el deber del juzgador de conocer las instrucciones de su país.

Sobre el tema, el artículo 1197 del Código de Comercio advierte: *Sólo los hechos están sujetos a prueba, el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras; el que las invoca debe probar la existencia de ellas y que son aplicables al caso.*

ii. Los hechos notorios no necesitan ser probados, resultando que incluso el juez se encuentra facultado para invocarlos, aún de no serlo directamente por las partes, esto según lo dispone el numeral 286 del Código adjetivo Civil en una expresión del principio de economía procesal, ante la calidad evidente e indiscutible de ciertos hechos.

Rafael de Pina, en su *Diccionario de Derecho*, dice: "Hecho (o acto) cuyo acontecimiento se da por supuesto en relación con cualquier persona que se halle en posesión de la cultura media correspondiente a un determinado círculo social y que, por consiguiente, no necesita ser probado al juez en el proceso para que lo tome en consideración en el momento de dictar sentencia."

De este modo, se aprecia que no pueden darse a su respecto reglas precisas, por que tanto puede referirse a un acontecimiento histórico, como político o atmosférico, pero su característica es

el dominio público, es decir, que nadie lo pone en duda, de tal manera que la convicción que de ella surge es tan firme como la que emana de una prueba directa, y por ello puede el juez tenerlo por cierto en su resolución, aún cuando las partes no lo hubieren invocado.

iii. Del mismo modo, están dispensados de prueba, la deducción o inducción deriva de una presunción legal, así como los hechos confesados o admitidos, en virtud de las siguientes consideraciones:

a. La presunción legal constituye un juicio lógico del legislador, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, partiendo de antecedentes o circunstancias conocidas. Estas presunciones pueden ser *juris tantum*, en cuanto admitan prueba en contrario, o *juris et de jure*, por no aceptarla; pero ya se trate de una o de otra, no pueden existir sin una norma legal expresa que las consagre.

Acerca del tema, el artículo 1280 del Código de Comercio, textualmente aclara: "El que tiene a su favor una presunción legal sólo está obligado a probar el hecho en que se funde la presunción".

En ejemplo, se dice que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1391, primer párrafo y fracción IV, del Código de Comercio, los títulos de crédito como el pagaré tienen el carácter de ejecutivos, es decir, traen aparejada ejecución, luego constituyen una prueba preconstituida de la acción ejercitada en el juicio, lo que jurídicamente significa que el documento ejecutivo exhibido por la actora, es un elemento demostrativo que en sí mismo hace prueba plena, y por ello si el demandado opone una excepción tendiente a destruir la eficacia del título, es a él y no a la actora a quien corresponde la carga de la prueba del hecho en que fundamenta su excepción, precisamente en aplicación del principio contenido en el artículo 1194 de la legislación mercantil invocada, consistente en que, de igual manera que corresponde al actor la demostración de los hechos constitutivos de su acción, toca a su contraria la justificación de los constitutivos de sus excepciones o defensas; y con apoyo en el artículo 1196 de esa codificación, es el demandado que emite la negativa, el obligado a probar, ya que este último precepto establece que también está obligado a probar el que niega, cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene a su favor su coligante.

Distinto ejemplo, es el caso de la confesión ficta en contra del actor para acreditar el pago de un título de crédito que obra en su poder, toda vez que de acuerdo a lo previsto en el artículo 1290 del Código de Comercio, la confesión ficta admite prueba en contrario; de aquí se sigue, que si conforme al artículo 130 en relación con el artículo 174 ambos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los pagos parciales deben hacerse constar en el reverso del pagaré; y conforme al artículo 129 también en relación con el 174 del mismo ordenamiento legal, el pago del crédito debe hacerse precisamente contra la entrega de al instrumental correspondiente, el solo hecho de la exhibición de los títulos fundatorios de la acción, en los que no consta abono alguno es suficiente para destruir la presunción legal de pago, que deriva de la confesión del actor.

b. En cuanto a los hechos confesados o admitidos, la dispensa de prueba se funda en que, de exigirla, se iría contra el principio de economía procesal que sirve de guía en la interpretación de preceptos procesales.

Por ende, allanada la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, tal es el tenor del artículo 1405 del Código

mercantil, que releva a las partes de producir prueba; y en aplicación inmediata el principio de economía procesal, cita para oír sentencia.

1.4. La Valoración de la Prueba.

Hasta aquí, he llegado al final del itinerario, los elementos probatorios obran en el proceso, ya no se trata de saber ¿qué es en sí misma la prueba?, ni ¿sobre qué debe recaer?, ni por ¿quién o cómo debe ser producida?, ahora se trata de determinar su trascendencia para llegar a la certeza de los hechos sustentados, mediante la valoración.

1.4.1. Concepto.

En el sentido ordinario, Valoración, significa. f. Acción y efecto de valorar. tr. Determinar el valor [de una cosa]; ponerle precio. Aumentar el valor [de una cosa]. fig. Estimar, analizar, estudiar.⁴²

En la esfera del derecho procesal, la valoración de los medios probatorios simboliza la reflexión del Juez sobre la eficacia que debe reconocerse a los elementos ofrecidos, admitidos, preparados y desahogados, "no se olvide que tal apreciación sólo podrá realizarse correctamente si han transcurrido bien las etapas o los momentos anteriores del desarrollo del proceso. [Es así, debido a que] Un juez no podrá valorar correctamente una prueba que no ha llegado con toda corrección al proceso."⁴³

La etapa decisiva, a la cual se amba, se caracteriza por su objeto; el alcanzar la certeza de los hechos alegados, que solo se logra a través de la valoración de las pruebas rendidas.

En este sentido, se aclara que "La generalidad de los tratadistas no suele dar a esta materia la importancia que realmente tiene, sin comprender que la valoración de la prueba depende en gran parte del acierto que se tenga en la interpretación, y, sobre todo que sin auxilio de ésta cualquier intento de valoración puede quedar lamentablemente frustrado."⁴⁴

1.4.2. Sistemas de valoración de Pruebas.

La teoría clásica sobre la valoración de las pruebas expone que los sistemas de apreciación, son fundamentalmente, el de apreciación legal o tasada, y el de la libre apreciación. No obstante, un análisis de mayor extensión, pretende encontrar no solo dos sistemas, sino tres e incluso cuarto, reconociendo ahora, en escena: al sistema de apreciación mixto y el de la sana crítica.

Sobre el particular, es de aclararse que no todos los autores admiten la división en cuanto al último criterio citado; ya que en su opinión, sistema libre y sistema de sana crítica, es lo mismo, y para otros, por el contrario estos dos sistemas son diversos. Entre los primeros cabe destacar a los ilustres De Pina, Sentís Melendo y Alsina, quienes estiman que no se trata de un sistema autónomo, sino vinculado con el de la libre convicción, en virtud de que la valoración de pruebas no debe ser

⁴² Enciclopedia Microsoft® Encarta® 97 Diccionario Actual de la Lengua Española, © 1995 Bibliograf, S.A., Barcelona. España.

⁴³ Sentís Melendo, Santiago. Op. cit. Pág. 241.

⁴⁴ De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 55.

arbitraria sino razonada. Por el contrario, diversos autores, tales como Eduardo J. Couture y Alcalá-Zamora y Castillo, lo consideran como principio intermedio entre la prueba legal o tasada y la libre convicción que no debe confundirse con ambos sistemas, debido a que la libre convicción no absorbe ni se identifica con el de la sana crítica.

a). Las reglas de la sana crítica.

La expresión *sana crítica* alude, en la interpretación armónica de las voces que lo integran, al juicio o examen franco y sin malicia que de alguna cosa o cuestión se realiza. Enfatizando, que la crítica de una cuestión o cosa debe calificarse de sana cuando está caracterizada por la sinceridad y la buena fe. Así, en el lenguaje ordinario, criterio sano, sanas costumbres, y otras expresiones semejantes, se utilizan para señalar un juicio o una conducta de alta calificación intelectual o moral.

Por ello, la noción genérica de la frase objeto de análisis, "se podría decir comprende el conjunto de modos de ver y de valorar los actos, según el orden común en que ellos se producen y el modo corriente de apreciación dentro de las costumbres generales, de la moralidad media y de los conocimientos generales imperantes en el momento en que se consideran."⁴⁵

En virtud de lo anterior, se considera que el juez que debe resolver en definitiva apegado al sistema de la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, entendiéndose por tal, los aspectos de discrecionalidad o arbitrariedad que en su oportunidad pudieran existir, debido a que esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. Esto es así, porque "la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento."⁴⁶

De tal suerte, que el insigne Rafael De Pina, en su Tratado de la Pruebas Civiles, discurre que: las reglas de la sana crítica no pertenecen al campo del Derecho, sino al de la lógica; sustentando tal discernimiento, en la circunstancia de que el juzgador en ocasión de dictar sentencia, en sujeción al principio de congruencia, procede como un ser pensante, lo que resulta el ejercicio de una actividad sujeta a las reglas del raciocinio.

Por tanto, se afirma que las reglas en estudio no constituyen, a juicio propio, un sistema probatorio diverso de los sustentados por la teoría clásica, acaso deben considerarse como un valioso instrumento, que el juez no solo se encuentra facultado para aplicar, sino que por principio de adquisición del conocimiento humano, esta programado para utilizar en la valoración de las pruebas, cuando la legislación no le sujeta a un criterio predeterminado.

En glosa, es de referir la opinión de Couture sobre el concepto de la sana crítica, encauzada a observar a tal figura como "una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la segunda."⁴⁷

Ahora bien, debo decir que en el derecho adjetivo nacional, el precepto legal que en mayor medida podría aproximarse a la idea de las reglas de la sana crítica, lo es el artículo 402 del Código

⁴⁵ *Idem* 69.

⁴⁶ *Ibidem* Pág. 70.

⁴⁷ Couture Cit. por De Pina Vara. Op. cit. Pág. 70.

de Procedimientos Civiles aplicable en el Distrito Federal, que textualmente reza: "Los 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."

b). Sana crítica y lógica.

En conclusión, "las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica, [entendiendo a la lógica como una disciplina que estudia los principios formales del conocimiento humano, es decir, las formas y las leyes más generales del pensamiento humano considerado puramente en sí mismo, sin referencia a los objetos. Así.], Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. [En tal sentido] Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa sólo es igual a sí misma. Las monedas de oro sólo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata."⁴⁸

Empero, resulta innegable que a la luz del numeral 402 del ordenamiento legal en cita, la correcta aplicación de un proceso lógico no basta para sustentar la legalidad de una sentencia, esto debido a que el juzgador deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada así como de su decisión, según se deriva de los principios constitucionales consagrados en el artículo 16 de la Carta Magna.

c). Sana crítica y experiencia.

Las máximas de experiencia, definidas como *el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio*; en concordancia de los principios lógicos, contribuyen según se previene en el numeral 402 precitado, en la valoración de la prueba. Idea legislativa que resulta justa, si se reflexiona acerca de la naturaleza del Juez, que no es una máquina de enjuiciar, sino, un hombre que adquiere el conocimiento del mundo que le rodea a través de sus procesos sensibles e intelectuales, así pues "la sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida."⁴⁹

d). Libre convicción.

La valoración de la prueba en conciencia, también denominada de *intima convicción* representa; el polo opuesto al sistema legal o tasado, que se caracteriza por la libertad absoluta derivada de la no sujeción a normas en materia de apreciación.

La alusión al término *conciencia* en nuestros ordenamientos legales (artículo 1445 del Código de Comercio, 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, 189 de la Ley Agraria, 119 la Ley Federal de Protección al Consumidor, 841 y 885 de la Ley Federal del Trabajo, 137 de la Ley

⁴⁸ Couture, J. Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 16ª reimprisión. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1993. Pág. 274.

⁴⁹ Couture, J. Eduardo. Op. cit. Pág. 272.

Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, 628 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, entre otros); representa un legado legislativo, adquirido "de Francia y de manera especial en la formación del Código de Instrucción Criminal que, como nos recuerda Baños, alude en la advertencia contenida en el artículo 342, a la *sinceridad de la conciencia*. No es, en verdad, ésta una frase muy feliz, ya que la conciencia o es sincera o no es conciencia, pero en aquel precepto, o mejor en aquella admonición, se contiene todo un sistema procesal en orden a la prueba: La ley no pide cuentas a los jurados de los medios de prueba por los cuales se hayan convencido; no les prescribe reglas de las cuales deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba. Y después el recuerdo de la sinceridad de su conciencia, en seguida la terminante interrogación: ¿Tenéis una convicción íntima? Prueba en conciencia, convicción íntima, convicción libérrima; y, sobre todo, la no rendición de cuentas; no rendirlas a la ley, pero si a su conciencia a la que le exige sinceridad."⁵⁰

Ahora, la pregunta obligada ¿esa libertad de valoración no tienen límites? La solución es simple, a pesar de la referencia anterior, la propia letra de la ley, da la respuesta al prescribir de manera unánime la apreciación en conciencia ha de versar sobre los hechos controvertidos y su prueba.

Por tanto, cuando el legislador a través de su obra determina que la actividad probatoria desarrollada por las partes, sea apreciada o valorada por el Juez o Tribunal sin sujeción a criterios preestablecidos, se dice estar ante la presencia de un sistema de valoración libre, en donde el juzgador decide en razón de su criterio, si esa actividad le crea convicción de la certeza de unos hechos o no.

En realidad, el presente sistema de valoración, solo podría tener una franca aplicación tratándose de la figura del jurado popular prevista en la fracción VI del artículo 20 Constitucional, debido a que en este caso, indudablemente que nos encontraríamos en presencia de una apreciación libre de prueba, que no requiere ser motivada, sin embargo sobra decir que tal figura está en desuso.

e). Sistema Tasado.

La antítesis a la libre convicción, es el sistema de valoración de pruebas denominado *tasado* o *legal*, que en el concepto de Chiovenda, se distingue por la sustitución del legislador en la actividad resolutoria del juez.

Al decir de la alusión anterior, "no hay casos particulares, sino reglas generales: [En consecuencia] si [por ley] el dicho de un solo testigo carece de valor, será inútil que el juez se empeñe en atribuírselo, para ello, hará falta también una norma legal; si el juramento decisorio, o la confesión judicial (absolución de posiciones en nuestro procedimiento y en nuestra terminología) hacen prueba plena, podremos discutir su carácter de prueba, lo que no podremos discutir es ese valor pleno; si en una legislación procesal el dictamen pericial ha de ser aceptado por el sentenciador sin discusión, también podremos comentar el significado de ese precepto; pero lo que no podrá hacer el juez es dejar de cumplirlo, . . . , la prueba es, como se ha dicho, falta absoluta de libertad; es, por tanto, una *no-prueba* por lo que se puede decir que su estudio no debería formar parte de la zona probatoria del Derecho Procesal, por eso, no ha de extrañar que no lo concedamos

⁵⁰ Baños Cit. por. Sentís Melendo, Santiago. Op. cit. Pág. 254.

aquí particular extensión. La denominada prueba legal no es tal porque, además de su carencia de libertad, en todos los aspectos procesales de ella, no constituye una verificación que conduzca a un resultado sino que constituye la imposición directa de ese resultado al juez, cualquiera que sea su convicción, con la imposibilidad, no solo de apartarse de él, sino de seguir otros itinerarios que los señalados por el Legislador.⁵¹

En concreto, en el punto que por mandato de ley el juzgador en el momento de resolver señala el valor que ha de atribuir a determinada actividad probatoria, para tener o no por acreditada la existencia de los hechos controvertidos, se dice estar ante la prueba legal o tasada.

Por lo dicho, el presente sistema de valoración así como el tratado en el apartado precedente; doctrinariamente son señalados como de carácter *extremo*, debido a que en ellos la libertad de estimación es nula o es absoluta; polaridad que, al igual que todas las cosas de la vida, resulta de mayor perjuicio que beneficio.

f). Sistema Mixto.

En la época actual, no se puede afirmar sobre la existencia de un Código procesal rígidamente instituido en un sistema de valoración de prueba legal o en un sistema de valoración de prueba libre, sino de ordenamientos predominantemente regidos alguno de ellos, pero que invariablemente contemplan concesiones respecto de algunos principios del sistema opuesto.

A esta conjunción de principios de uno y otro sistema, es lo que se conviene calificar como sistema mixto, que dicho sea de paso es el vigente en la legislación mexicana.

Así, 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 de la certeza, según afirmación de Camelutti. Lo que no quiere decir que el conseguirlo dependa sólo del sistema probatorio que se acepte.

En definitiva, el Código de Comercio mexicano admite el sistema mixto, por que con ello el legislador pretende disminuir los inconvenientes de la aplicación drástica o tajante de cualquiera de los sistemas anotados.

⁵¹ Sentís Molendo, Santiago. Op. cit. Pág. 253.

Capítulo Segundo.

La Prueba Testimonial.

2.1. Nociones generales.

La prueba testimonial, cuyo origen data de tiempos inmemoriales de la humanidad, adquiere en su primera fase un valor incalculable, en virtud de ser la única forma con que contaban los hombres para dejar un vestigio de los actos *jurídicos* celebrados, e incluso para acreditar la existencia de los hechos de los que emanaban sus derechos.

Naturalmente, la prueba a base de personas que ocurren ante una superioridad a dar noticias de hechos que les constan aparece con el nacimiento del proceso mismo, esto es así por que el lenguaje es una de las formas más antiguas de acreditar un hecho.

En efecto la probanza en comento, "Basada en la capacidad que poseen los seres humanos para apreciar los hechos, aparece en todas las legislaciones antiguas como un medio probatorio, con importancia tal que un viejo proverbio francés sostenía que testigos priman sobre escritos."⁵²

Es preciso decir que por noticias de carácter histórico, se conoce que ya en el proceso egipcio la prueba de testigos se encontraba reglamentada, no obstante al igual que la generalidad de las figuras e instituciones jurídicas contemporáneas, fue en los procesos griego y romano en donde encontró un mayor auge.

a). Importancia de la prueba testimonial.

La importancia de la prueba testifical, distendida originariamente en las culturas tradicionales, se edifica a partir de la condición ignara de los súbditos, que era favorecida por la escasa difusión de los procedimientos de reproducción documental; por lo que cuando un acusado no confesaba el hecho que se le imputaba, se recurría predominantemente a los testigos, porque se consideraba que la palabra era un medio suficiente de convicción.

De tal suerte, que la trascendencia del testimonio se sustentó en la total probidad generada por el infinito temor reverencial hacia Dios, que se debía a la generalidad de las personas.

En adición, sobra decir que en el procedimiento romano el desahogo de la prueba testimonial revestido de la fórmula religiosa, que implicaba el juramento, no sólo comprometía la ideología religiosa del testigo, sino que incorporaba el honor propio.

El progreso de la humanidad trajo consigo la difusión de la escritura, que no tardó en superar en importancia probatoria a la prueba testimonial, pues traía sobre ésta la ventaja de la permanencia de sus enunciados, sin los peligros de aquella; amén de la declinación del sentimiento

⁵² Várela, Casimiro A. Valoración de la prueba. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1990. Pág. 159.

religioso derivado de la evolución de las costumbres que por lógica debilitó considerablemente la fe en el testimonio del hombre.

Así, el antiquísimo lema "*testigos priman sobre escritos*", que refería la importancia extrema de la probanza de mérito, se substituyó por el de "*escritos vencen testigos*", que hoy inspira a casi todas las legislaciones.

Desde luego, que "Esa importancia ha desaparecido, no sólo por la preponderancia que los documentos tienen en la vida moderna, sino también porque la psicología ha demostrado el poco valor de las declaraciones de los testigos, y de qué manera pueden ser falsas por la mala fe y el cohecho. También con facilidad suma, el testigo tiene por cierto lo que no existe porque influyen en sus apreciaciones personales factores de toda índole, como la ignorancia, la simpatía, la antipatía, los prejuicios, la poca agudeza de sus sentidos corporales, el fanatismo, etc."⁵³

En conclusión, debe reconocerse que si se pudiera confiar siempre en la inteligencia, en la memoria y en la veracidad del género humano, no había prueba mejor, más completa ni más veraz que la de los testigos, sin embargo la debilidad y la malicia humana la han convertido en una de las más peligrosas; sin que la legislación actual logre atenuar sus riesgos e incertidumbre.

No obstante, de los peligros de la prueba testimonial, el legislador no puede prescindir de ella, pues podría resultar indispensable cuando las circunstancias fácticas no hubieren permitido la obtención de otra prueba, además de que resultaría imposible ignorar la trascendencia que en la vida en sociedad tiene la fe del testimonio ajeno.

"En un orden general las personas cambian permanentemente información sobre toda clase de hechos y sucesos vinculados con los diversos ordenes de la vida, siendo frecuente que tales actos reciban el nombre de declaraciones y de testimonios. Podría decirse que sin tal clase de actividad que tiene permanencia constante, no sería posible la vida organizada en sociedad y que, incluso, el avance de los conocimientos se haría sumamente dificultoso."⁵⁴

b). Clasificación.

De acuerdo a los términos de la clasificación general de las pruebas, brevemente expuesta en el capítulo anterior, la probanza de mérito presenta primordialmente las siguientes características:

i) Es una prueba indirecta, ya que el Juzgador llega al conocimiento del objeto de la prueba en forma mediata; por la inducción del testimonio, requiriendo por tanto de un trabajo de razonamiento para su obtención, procediendo en consecuencia de lo desconocido o poco conocido a lo conocido.

ii) Es una prueba histórica, porque con ella se reproducen hechos pasados o que todavía subsisten, pero cuya existencia data precedentemente a la rendición del testimonio, representando en consecuencia una experiencia del sujeto que lo rinde.

⁵³ Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 9ª ed. Porrúa. México. 1981. Pág. 402.

⁵⁴ Varela, Casimiro A. Op. Cit. Pág. 160.

iii) Es una prueba transitoria, debido a que través de su desahogo se pretende conservar la realización de los hechos en base a la memoria del hombre, reconstruyéndose los hechos con argumentos puramente subjetivos.

iv) Es una prueba personal, en virtud de que tiene su origen en declaraciones de personas.

v.) Es una prueba nominada, de modo que se encuentra prevista por la ley adjetiva.

2.1.1. Concepto.

El estudio de la naturaleza jurídica de la prueba testimonial acusa la exigencia de precisar un concepto generalmente admisible; por tal motivo a efecto contar con mayores elementos, es oportuno citar algunas de las definiciones que sobre el tema han pronunciado, diversos tratadistas:

La prueba testifical, en el concepto de Lessona, "consiste en las declaraciones judiciales emitidas por personas extrañas a la controversia."⁵⁵

En adición, Lessona alude que en opinión de Demolombe: "La prueba testifical es aquella que resulta de las declaraciones de personas debidamente llamadas a juicio para declarar aquello que conoce sobre el hecho de la contienda, por haberlo visto u oído."⁵⁶

Hernando Devis Echandía, señala " . . . en sentido estricto, testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona que no es parte en el proceso que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a hechos de cualquier naturaleza."⁵⁷

José Becerra Bautista, en su obra *El Proceso Civil en México*, hace referencia al tema de manera breve, de acuerdo a los siguientes términos "La prueba testimonial se origina en la declaración de testigos."⁵⁸

En el decir del ilustre Cipriano Gómez Lara, "La prueba de testigo, también llamada prueba testimonial consiste en declaraciones de terceros a los que les consten los hechos sobre los que se examina."⁵⁹

Para cerrar, "Denominase prueba de testigos a aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, a acerca de las percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre éstos.

Del concepto precedentemente enunciado se infiere las siguientes notas definitorias:

⁵⁵ Lessona, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Tomo IV. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1957. Pág. 7.

⁵⁶ Demolombe. Cit. por Lessona, Carlos. Op. cit. Pág. 7.

⁵⁷ Devis Echandía, Hernando. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo IV. Temis. Bogotá. 1969. Pág. 397.

⁵⁸ Becerra Bautista, José. Op. cit. Pág. 120.

⁵⁹ Gómez Lara, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*. 6ª ed. Harla. México. 1997. Pág. 156.

1º). Las personas morales, en tanto carecen de aptitud para percibir hechos, no pueden ser llamadas a declarar como testigos. Pueden ser, en cambio sujetos de la prueba de confesión, que obviamente se desahoga a través de su representante legal.

2º). No cabe citar como testigo a quien reviste la condición de parte en cualquiera de sus modalidades, aún en el caso de que haya sido declarado en rebeldía. La declaración de las partes debe en efecto rendirse mediante la absolución de posiciones. "Tampoco pueden ser testigos los integrantes del órgano judicial interviniente en el proceso en el cual la prueba se produce, exclusión que comprende tanto al juez o jueces como a sus auxiliares."⁶⁰

El examen de los conceptos citados, determina las siguientes constantes: Ante todo, se trata de una declaración; entendiéndose por ésta la contestación ya sea verbal o por escrito, que una persona da a las preguntas que le son formuladas en la audiencia señalada para el efecto; en seguida, se distingue que tal declaración es rendida un tercero, que doctrinariamente recibe el nombre de testigo.

En virtud de lo expuesto, puedo concluir que la naturaleza jurídica del testimonio es, en primer orden, el de una prueba puesto que se trata de un acto que tiende, por esencia a provocar la convicción de alguien sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos. En segundo lugar, se especifica que, el testimonio es una prueba procesal, ya que la convicción que tiende a provocar es la de un órgano jurisdiccional; los datos sobre que recae son datos procesales en el momento de la declaración, y la utilización del testigo se verifica dentro de su proceso. Ahora bien, en tercero y último término, el testimonio es, por naturaleza, un medio de prueba personal, ya que el medio que lo integra tiene indudablemente este carácter, figura pues, en la categoría general de la prueba personal al lado de los otros dos tipos de la misma que constituyen la confesión y la pericia.

La diferencia del testimonio con respecto a estos dos medios de prueba semejantes se obtiene del siguiente modo: de la confesional se distingue en que las partes declaran sobre hechos propios y el testigo sobre hechos de terceros y a cuyas consecuencias jurídicas no se haya vinculado.

De la pericia se diferencia en la circunstancia, también fundamental, de que aquella recae sobre datos procesales que no requieren conocimientos técnicos específicos.

a). Objeto

En lo concerniente a su *objeto*, la prueba de testigos puede versar sobre cualquier clase de hechos, con las limitaciones que en materia de admisibilidad y pertinencia rigen con relación a la prueba en general.

Sin más, el objeto principal del testimonio son los hechos controvertidos en juicio, por lo tanto su desahogo tiene como propósito crear un estado de certeza en el ánimo del Juez, respecto a la verdad de esos hechos; mediante la declaración de una persona ajena a la controversia sobre hechos percibidos directamente a través de sus sentidos, siempre y cuando ese hecho tenga relación con los puntos controvertidos. Y así, con la rendición de la prueba testifical, valorada en su

⁶⁰ Palacio Lino, Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo IV. Actos Procesales. 3ª reimpresión. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998. Pág. 563.

oportunidad por el Juez, se resolverá la cuestión planteada, aplicando la norma general al caso concreto, y dictando la sentencia correspondiente, cumpliendo así con el fin primordial que el Estado le ha encomendado, impartir justicia.

b). Elementos.

Para cerrar el estudio de la naturaleza jurídica de la prueba testimonial, es procedente discorrir sobre los elementos que integran su definición, de acuerdo al siguiente orden:

i). Los elementos subjetivos de la prueba objeto de análisis, de acuerdo a los términos de la tesis sustentada por Jaime Guasp sobre los sujetos de la prueba, son:

i.a.). El sujeto activo que es siempre el oferente.

i.b.). El sujeto pasivo, que es la contraparte que permite el desahogo de la prueba, o la persona sobre quien recae la actividad probatoria. Tratándose de la prueba testimonial serán sujetos pasivos tanto la parte que permite el desahogo, como las personas señaladas como testigos.

i.c.). El destinatario de la prueba, que es indefectiblemente el Juez, porque el ofrecimiento y desahogo del medio de prueba, tiene por objetivo formar su convicción respecto de la existencia o inexistencia de un hecho en controversia.

Amén, de que la calidad de sujeto activo y de receptor de la prueba pueden conjugarse perfectamente en la persona del Juez, en virtud de las disposiciones legales que lo facultan para ordenar el desahogo de pruebas para mejor proveer.

ii). Los elementos objetivos, a juzgar por la obra de Enrique Lino Palacio, son:

ii.a.). "La idoneidad objetiva del testimonio de los terceros se halla referida, como ocurre con los actos probatorios en general, a su adecuación a los hechos controvertidos y conducentes involucrados en el proceso de que se trate, y, en particular, a la exigencia de que esos hechos hayan ocurrido con anterioridad a la declaración.

ii.b.). La prueba examinada es en general jurídicamente posible cuando se trata de acreditar la existencia de simples hechos, sean lícitos (*v. gr.* posesión, ocupación, filiación natural) o ilícitos (*v. gr.* daños ocasionados por culpa o negligencia, causales de divorcio), salvo que la ley exija otro medio probatorio como ocurre con relación al nacimiento, al matrimonio y a la defunción de personas, que deberá necesariamente acreditarse mediante la copia del acta correspondiente, y solo supletoriamente por testigos.⁶¹

2.1.2. Testigo.

El testigo, a modo de nota definitoria de la prueba analizada, requiere de su exacta definición, de acuerdo al siguiente orden:

⁶¹ Palacio Lino, Enrique. Op. cit. Pág. 568.

2.1.2.1. Significado Etimológico.

En sentido etimológico al término de *testigo* se le atribuyen dos orígenes. La primera corriente determina que proviene de la voz *testando* que quiere decir declarar ó explicar según su mente; lo que es más propio, dar fe de otro para la afirmación de una cosa.

En paralela dirección se haya la corriente que sustenta que la expresión *testigo* se deriva de la locución latina *testibus* que quiere decir dar fe de la veracidad de un hecho.

2.1.2.2. Significado Gramatical.

**Testigo* (ant. *testiguar* & *larr*; Lat. *testificare*). *com.* Persona que presencia una cosa o que da testimonio de ella: ~ *de cargo*, el que depone en contra de un procesado; ~ *de descargo*, el que depone en favor de él; ~ *de vista u ocular*, el que se halló presente en el caso sobre que atestigua o bien (fig.) persona que se constituye en vigilante para observar lo que se hace o acontece; ~ *abonado*, el que no tiene tacha legal; el que no pudiendo ratificarse, por haber muerto o hallarse ausente, es abonado por la justificación que se hace de su veracidad y de no tener tachas legales; ~ *de conocimiento*, el que conocido a su vez por el notario, asegura a éste sobre la identidad del otorgante; ~ *de oídas*, el que depone sobre un caso por haberlo oído a otros. *m.* Cosa por la que se infiere la verdad de un hecho.*⁶²

2.1.2.3. Concepto Jurídico.

En la esfera del derecho procesal, los expertos han dictado diversas definiciones sobre el significado de este término, entre las que, a título personal, destacan las siguientes:

"El testigo es una persona, distinta de los sujetos procesales, a quien se llama para exponer al juez las observaciones propias de hechos ocurridos importantes para el proceso. Esta exposición puede comprender, el efecto inmediato que sobre los sentidos del testigo ha producido el hecho ocurrido en su presencia, o las conclusiones lógicas que ha sacado de aquella impresión; pero en todos los dos casos, las observaciones del testigo son relatadas con hechos subjetivos, es decir personales, y nunca como expresión de lo que objetivamente debe considerarse como consecuencia de determinados hechos según las enseñanzas de una ciencia o un arte, lo que es función propia de un perito. Por lo mismo, la obligación de declarar del testigo se limita a las observaciones que efectivamente tenga sobre los hechos ocurridos. De aquí que la misma persona pueda ser oída como perito y como testigo; pero oída como testigo, no tendrá obligación de exponer las observaciones que podría hacer como perito; como testigo está obligado a declarar, y como perito no.*⁶³

"En cuanto al [concepto] de testigo, podemos decir que es aquella persona a la que le constan ciertos hechos y se le llama para que rinda una declaración ante el funcionario u oficial, o ante el juez, declaración que va a verter ese propio testigo mediante un interrogatorio y por medio de

⁶² *Testigo*, *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 99*. VOX - Diccionario General de la Lengua Española, © 1997 Bibliograf, S.A., Barcelona.

⁶³ Chiovenda, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen 6. Primera Serie. Biblioteca Clásicos del Derecho. Oxford University Press. México. 2000. Pág. 452.

preguntas que se le van formulando. Pallares afirma que el testigo es una persona que tiene conocimiento de los hechos controvertidos y que, además, no es parte del juicio.⁶⁴

"Testigo es toda persona que tiene conocimiento de los hechos litigiosos. Comúnmente se afirma que testigo es la persona que da testimonio de una cosa, que declara sobre ella, pero hay en esta definición dos errores: el hecho de testimoniar supone al testigo, por lo cual se incluye lo definido en la definición. Por otra parte, se testimonia o declara por el hecho de ser testigo, y no a la inversa. Hay personas que siendo testigos, no están obligadas a declarar a pesar de serlo, y de hecho no lo hacen. Es más exacta la definición que dice que testigo es la persona que tiene verdadero conocimiento de un hecho.

En el concepto jurídico de testigo, hay que incluir otra nota, y es la siguiente: las partes que litigan no son testigos, únicamente lo son los terceros que tienen conocimiento de los hechos litigiosos.⁶⁵

A partir de la ilustración del término en estudio, es opinión del ponente denominar al testigo como la persona fidedigna presentada en juicio por las partes, para manifestar lo que sabe acerca de los hechos controvertidos; asignando al calificativo de fidedigno, la particularidad de habilidad, deducida de los preceptos legales aplicables; además que por su edad, capacidad y su instrucción tenga criterio necesario para juzgar el acto; y que por su probidad e independencia de su posición y por sus antecedentes personales tenga completa imparcialidad.

De igual forma, aclaro que no es lo mismo llamar a un testigo para que dé noticia de un acontecimiento pasado que él presenció, que a él le consta, que llamar a un testigo para que específicamente presencie una cosa que va a suceder; este segundo caso es el de testigo instrumental; al que se llama para que dé noticia de algo que ya sucedió, es un *testigo procesal*.

En razón de lo anterior, se detecta la concurrencia de los siguientes factores:

i. El testimonio ha de proceder de un tercero, es decir de una persona que no sea parte, ni sea tampoco la que represente o dirija a ésta. En consecuencia no le depara perjuicio la sentencia que sea dictada en juicio.

"Desde el Derecho romano se aceptó el principio según el cual: nadie puede ser testigo en causa propia: *nemo debet esse testis in propria causa*. La razón que justifica este principio es que si la parte declara, sólo puede hacerlo o en su contra o en su favor: en el primer caso en realidad está confesado; en el segundo, resultaría inútil y ociosa su declaración. Pero ¿Quiénes deben ser considerados como personas ajenas a las partes? Existe un común denominador: que no les afecte el resultado de la sentencia que se dicte en el juicio. Por tanto no pueden ser testigos: 1. El actor, el demandado y los terceristas pues todos ellos son partes en sentido material, en cuanto que les afecta el resultado del fallo definitivo. 2. Las partes en sentido formal, es decir, los representantes legales o voluntarios de los mencionados en el punto anterior, porque jurídicamente se identifican con ellos y actúan como otro yo *tanquam alter ego*; y 3. Los abogados patronos, porque están ligados con las partes por sigilo profesional.⁶⁶

⁶⁴ Gómez Lara, Cipriano. Op. cit. Pág. 159.

⁶⁵ Pallares, Eduardo. Op. cit. Pág. 402.

⁶⁶ Becerra Bautista, José. Op. cit. Pág. 122.

En conclusión, por definición el testigo no puede ser, quien es parte ni quien a la parte representa. Se trata de persona ajena cuyo interés en el litigio radica en la declaración de conocimiento propio sobre hechos o circunstancias fácticas concretas.

ii. El segundo elemento de la definición es: la declaración. Todas las pruebas tienden a demostrar al juez los hechos controvertidos y por esto se rodean de una serie de solemnidades que las haga eficaces jurídicamente.

A reserva de estudiar las formalidades que la ley exige para el desarrollo de la prueba testimonial, se adelanta que ésta debe realizarse ante el Juez del proceso y con citación o presencia de las partes.

iii. El testimonio ha de recaer sobre datos percibidos o conocidos directamente por el testigo en relación al proceso, mediante sus sentidos, que deben incorporarse en él con toda las formalidades que exija la ley.

"Los problemas extraños al procedimiento no pueden ser materia de esta probanza ya que, si se desahogara la prueba, de nada serviría para el esclarecimiento del problema controvertido y si las partes quisieran aprovechar un testimonio sobre materia extraña a ese juicio para aportarlo como prueba en procedimiento diverso, sería inútil su pretensión, porque la prueba testimonial debe rendirse precisamente dentro del procedimiento para el cual se ofrece. [Lo anterior debido a que, la declaración del testigo tiene por finalidad firmar la convicción del Juez sobre los extremos a que el testimonio se refiere.]. Debe insistirse en que la declaración debe versar sobre hechos y no sobre situaciones jurídicas, puesto que son los hechos los únicos que son materia de prueba. Por tanto, cuando el testigo se refiere a situaciones jurídicas, su dicho carece de validez porque se sale del ámbito dentro del cual válidamente puede declarar."⁶⁷

iv. Finalmente, debe tratarse de hechos conocidos directamente a través de los sentidos del testigo.

"Estos hechos deben ser conocidos por el testigo a través de sus sentidos, ya que los sentidos sirven precisamente de medios aptos para llevar a la inteligencia del hombre lo que acontece en el mundo exterior y las cosas materiales se conocen por haberlas visto, oído, gustado, tocado u olido."⁶⁸

a). Características.

La característica fundamental de la prueba de testigos se halla en la circunstancia de que éstos declaran sobre hechos percibidos mediante sus sentidos, fuera y con independencia del proceso. Hace por tanto a la esencia del testimonio, que el testigo entre en contacto con el dato sobre el que debe deponer de un modo extraprocesal. Se trata, precisamente, de una de las notas que separan al testigo del perito, ya que éste toma conocimiento de los hechos sobre los cuales ha de dictaminar con motivo de un específico encargo que le confiere el órgano judicial.

⁶⁷ *Idem* Pág. 123.

⁶⁸ *Ibidem* Pág. 123.

Por otra parte, si bien los testigos pueden en determinado momento, en base a conocimiento propios, declarar sobre las deducciones que han extraído de los hechos percibidos, tales conclusiones tienen valor como juicios subjetivos y no de carácter técnico. Debido a que la emisión de esta última clase de juicios, es de exclusiva incumbencia del perito.

A más de lo anterior, debe recordarse que "Los testigos son hombres con todas las características del medio, teniendo una psicología humana con diferencias de caracteres que hacen varíe el hecho, y además la personalidad del narrador que narra el hecho que percibe a través de su personalidad."⁶⁹

Por consiguiente "En todo testigo hay que considerar los siguientes factores; las disposiciones morales . . . , la veracidad, la temeridad y la negligencia, . . . [solo así es posible] fundar] la credibilidad del testigo en su capacidad de atención . . . ; [que debe estimarse directamente en relación del] . . . tiempo transcurrido entre el hecho y su narración. [Al tiempo que] Exige como garantías del testimonio el juramento del testigo, la admonición al mismo para que se conduzca con verdad, y la publicidad de su declaración. [Por lo que se] Presume en principio, y *juris tantum*, que los testimonios son veraces."⁷⁰

b). Capacidad.

Antecedentes.

El artículo 1262 del Código de Comercio anterior a las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis, en estricta concordancia a los principios de la doctrina clásica, estableció las siguientes incapacidades específicas para ser testigo.

Artículo 1262. No pueden ser testigos:

I. El menor de catorce años, sino en casos de imprescindible necesidad juicio del juez;

La presente incapacidad se justifico, doctrinariamente en virtud del criterio generalizado consistente en concebir que antes de la edad señalada como limite mínimo, una persona no tiene el criterio firme para apreciar y discernir el hecho sobre el cual depondría.

II. Los dementes y los idiotas;

La justificación obvia sobre el particular, es que estas personas no tienen conocimiento de sus actos volitivos, considerándose que los mismos resultan en actos de hombre y no actos humanos.

III. Los ebrios consuetudinarios;

En virtud de los apuntes científicas que tratan sobre los efectos del alcohol en la mente.

⁶⁹ Ruiz Lúnes, Mariano. Op. cit. Pág. 12.

⁷⁰ *Idem* Pág. 24.

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

La anterior disposición ampara la válida convicción sobre la relativa probidad que merece un delincuente.

V. *El tahúr de profesión;*

De la misma forma, esta prohibición razonable atiende a la escasa credibilidad que debe otorgarse a un individuo, que probablemente obedezca a un interés.

VI. *Los parientes por consanguinidad, dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo;*

Limitada al sentimiento natural de protección entre los miembros de una familia que se presume existe, la exclusión en turno pretende la obtención de testimonios idóneos.

VII. *Un cónyuge a favor de otro;*

Sustentable en la explicación anterior, la actual fracción procura no sujetar a los cónyuges a una dura prueba, que comprometa la tranquilidad doméstica.

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

En la misma corriente, se niega la virtud de las personas por su que posición respecto el litigio, seguramente no depondrían con la probidad debida.

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

Prosiguiendo con la tendencia marcada, el legislador proscribió la declaración de los dependientes económicos o asalariados del oferente de la prueba, por conjeturar que no declararían en su contra, debido a las adversas consecuencias de índole económico que ello le acarrearía.

X. *El enemigo capital;*

Fundado en el innato sentimiento de animadversión del hombre por el hombre, la anterior exclusión se justifica per se.

XI. *El juez en el pleito que juzgó;*

El presente apartado persigue conservar intacta la reputación del ministro que por cualquier causa, pudiera ser requerido para declarar en el juicio que conoció.

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

Retornando a la línea de la probidad, a este propósito es aplicable el comentario a la fracción VIII que antecede.

XIII. *El tutor y el curador por lo menores y éstos por aquellos, mientras no fueren aprobadas las cuentas de la tutela.*

Idem.

De tal forma, que el artículo 1261 del Ordenamiento legal en comento confirma las precitadas incapacidades para ser testigo, de acuerdo al siguiente orden:

Artículo 1261. Todo el que no tenga impedimento legal está obligado a declarar como testigo.

En confrontación, el numeral 356 del Código Procesal Civil anterior a las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis, no instituye tipo alguno de inhabilidad genérica para ser propuesto y declarar como testigo, al establecer textualmente que:

Artículo 356. Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar están obligados a declarar como testigos.

Pese de lo anterior, el Dispositivo procesal antedicho, ordena en el apartado 363 que en el acta que contenga la declaración del testigo, se haga constar: "[. . .] 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, si tiene con él sociedad o alguna otra relación de intereses; si tiene interés directo o indirecto en el pleito, si es amigo íntimo o enemigo de los litigantes"

La simple lectura de ambos sistemas legislativos, refleja que en tanto el compilación mercantil se prohibía la declaración de las personas que incurrieran en alguno de los impedimentos señalados; en la reglamentación civilista se instaure la obligación de declarar a toda persona que tenga conocimiento de los hechos, con la debida salvedad de asentar en el acta correspondiente las circunstancias que puedan servir al Juez para calificar la credibilidad que debe dar al testimonio mismo.

Legislación vigente

Cierto es que al estudiar el concepto jurídico de la prueba de testigos, quedo dicho que solo pueden revestir esta calidad las personas físicas distintas de las partes y de los integrantes del órgano jurisdiccional.

No obstante, es conveniente señalar que, los que artículos del Código de Comercio vigente que a continuación se transcriben, adicionan diversos requisitos referentes a la específica capacidad o aptitud con que, en general debe contar quien es ofrecido para prestar declaración testimonial, y que ella tenga valor probatorio alguno.

Artículo 1302. 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 aún cuando no convengan en éstos, si no modifican la esencia del hecho;
- III. Que declaren de ciencia cierta; esto es, que hayan oído pronunciar las palabras, presenciado el acto o visto el hecho material sobre que deponen;
- IV. Que den fundada razón de su dicho.

Artículo 1303. Para valorar las declaraciones de los testigos, el juez tendrá en consideración las circunstancias siguientes:

- I. Que no sean declaradas procedentes las tachas que se hubieren hecho valer o que el juez de oficio llegue a determinar;
- 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 por miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no debe estimarse como fuerza o intimidación.

En todo caso, el actual régimen procesal de nuestra materia dispone que toda persona que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos debe declarar en juicio; sin que ello implique la total credibilidad a su dicho, sino cuando concurren las siguientes circunstancias: ser mayores de toda excepción, de modo que por su edad, inteligencia y por la independencia de su posición social merezcan el nombre de fidedignos; amén de que por su capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto y que por su probidad, y antecedentes personales tengan completa imparcialidad.

Dándose, en teoría, la exigencia de que el testimonio, para que pueda valorarse debidamente, debe emanar de persona digna de fe, que sea persistente, uniforme y, principalmente, que concuerde con las demás constancias del proceso.

"En efecto, si el testigo no tiene inhabilidades físicas o mentales, tampoco se sospecha que tenga parcialidad o interés en el pleito, declara bajo juramento y se observan los demás requisitos formales que confieren existencia y validez al testimonio, es dable conferirle existencia a éste una

presunción de que es sincero, sin que por ello quepa, sin más, adjudicarle a la declaración pleno valor probatorio.⁷¹

"Por último, del contexto normativo referente a la prueba en estudio, se infiere que la calidad de testigo se halla supeditada al requisito consistente en el dictado de una providencia judicial que, de oficio o a requerimiento de la parte interesada, disponga la recepción de la pertinente declaración."⁷²

Esto es, que finalmente para imputar, en forma legal, a una persona la calidad de testigo se requiere que sea dictado el auto admisorio de pruebas a que se contrae el artículo 1203 del Código de Comercio.

c). Obligatoriedad.

De las definiciones expuestas, puedo concluir: el Testigo, debe declarar sobre hechos, que él ha presenciado, o mejor dicho, que los percibido por sus sentidos, en una palabra, que le constan.

En alusión, se subraya que el artículo 1261 del Código de Comercio vigente se expresa en los siguientes términos: "Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben de probar, están obligados a declarar como testigos."

De donde se discurre que el testimonio es una necesidad de la administración de justicia, que deviene en una especie de servicio público obligatorio.

Desde luego, observamos al respecto, que nunca se ha dejado al libre albedrío de los testigos, cumplir con este deber, ya que incluso el legislador en el numeral siguiente sentencia:

Artículo 1262. Las partes tendrán obligación de presentar sus propios testigos para cuyo efecto se les entregarán las cédulas de notificación. Sin embargo, cuando realmente estuvieren imposibilitadas 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 treinta y seis horas 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.

En idénticas circunstancias, se postula el correlativo del Código adjetivo Civil al día, por lo que vale citar el comentario del maestro Cipriano Gómez Lara, acerca del tema: "... el artículo 357 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal impone a todos los ciudadanos, no sólo a los que sean requeridos por la autoridad para ello, la obligación de rendir el testimonio. Esto no incluye solamente a los ciudadanos, sino a todos los gobernados. El testigo esta obligado, demás, a declarar con veracidad y a ser imparcial. No debe tener interés en el asunto. Debe emitir antes de su declaración lo que se llama la protesta de decir verdad, y conducirse con verdad."⁷³

⁷¹ Varela, Casimiro A. Op. cit. Pág. 164.

⁷² Davis Echandia. Cit por Palacio Lino, Enrique. Op. cit. Pág. 576.

⁷³ Gómez Lara, Cipriano. Op. cit. Pág. 159.

De tal manera, que sobre toda persona admitida en calidad de testigo, ya sea por ofrecimiento directo de las partes o porque cuyo testimonio haya sido dispuesto de oficio, y que legalmente sea notificada de su designación; pesa el deber de acudir personalmente a la sede del órgano judicial el día y la hora designados para que tenga lugar la declaración, trayendo aparejado, el incumplimiento voluntario de ese deber, la imposición de sanciones de orden procesal e incluso penal.

La connotación de la obligatoriedad de declarar con verdad ante autoridad judicial, encuentra un origen punible en los preceptos del Código Penal del Distrito Federal, que a continuación se dictan:

Artículo 247. Comete el delito de falsedad en declaraciones:

I. Quien, al declarar ante autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad en relación con los hechos que motivan la intervención de la autoridad, será sancionado con pena de 2 a 6 años de prisión y multa de 100 a 300 días.

Si la falsedad en la declaración se refiere a las circunstancias o accidentes de los hechos que motivan la intervención de la autoridad, la pena será de uno a tres años de prisión, y de 50 a 150 días de multa. [. . .]

II. Al que examinado como perito por la autoridad judicial o administrativa faltare a la verdad dolosamente en su dictamen, se le impondrán de 4 a 8 años de prisión, y multa de 100 a 300 días así como inhabilitación para desempeñar profesión u oficio, empleo, cargo o comisión públicos, hasta por 6 años.

Artículo 248. El testigo, perito o intérprete que retracte espontáneamente sus falsas declaraciones rendidas ante cualquier autoridad administrativa o ante la judicial antes de que se pronuncie sentencia en la instancia en que las diere, sólo pagará de 30 a 180 días multa, pero si faltare a la verdad al retractar sus declaraciones, se le aplicará la sanción que corresponda con arreglo a lo prevenido en este capítulo, considerándolo como reincidente.

El deber que la ley impone a los testigos para declarar, importa para ellos en la mayoría de las veces, el sacrificio de sus propios intereses, lo cual sería una injusticia, ya que los daños y perjuicios que se le ocasionen a terceros por comparecer o exhibir cosas, deberán ser indemnizados por la parte que ofreció la prueba o por ambas si el Juez procedió de oficio, sin perjuicio de hacer la regulación de costas en su oportunidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1082 del Código de Comercio, en relación directa con el numeral 280 del Código de Procedimientos Civiles de supletoria aplicación.

d). Excepciones.

La ley decreta dos tipos de excepciones al deber de comparecer a rendir declaración ante el local del órgano jurisdiccional; la primera fundada en la naturaleza o jerarquía de las funciones desempeñadas por el testigo, y la segunda en el admisible impedimento físico derivado de la avanzada edad o en su caso de algún padecimiento del testigo. Las condiciones definitivas son:

Por la naturaleza o jerarquía del encargo.

El artículo 1268 del Código de Comercio, exceptúa de la obligación de declarar a solicitud de las partes respecto al asunto de que conozcan o hayan conocido por virtud de sus funciones, al Presidente de la República, a los secretarios de Estado, a los titulares de los organismos públicos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, al Gobernador del Banco de México, a los senadores, a los diputados, a los magistrados, a los jueces, a los generales con mando, y a las primeras autoridades políticas del Distrito Federal.

El principio precitado, se justifica en el interés por mantener la continuidad en la función de los servidores públicos, procurando que no sean interrumpidos en el ejercicio de su cometido, con el consecuente perjuicio a los intereses de la sociedad.

A esta consideración de obligatoriedad excluida, se añade una modalidad en los siguientes términos: "Solamente cuando el tribunal lo juzgue indispensable para la investigación de la verdad, podrán ser llamados a declarar. En este caso, y en cualquier otro, se pedirá su declaración por oficio, y en esta forma lo rendirán."

De ello cabe deducir, frente a la admisión de una probanza con tales características, el testigo declarará por escrito, dentro del plazo perentorio que para tal efecto fije el Juzgado del conocimiento, con la manifestación de que lo hace bajo protesta de decir verdad, revelando desde luego la razón de su dicho.

Por imposibilidad física.

En nuestro derecho positivo, específicamente en la recopilación mercantil en estudio, se registra distinto caso de excepción al deber de comparecer a prestar declaración ante la sede del órgano judicial.

A esta prerrogativa, justamente se refiere el numeral 1267 en los siguientes términos: "A las personas mayores de setenta años y a los enfermos, podrá el juez, según las circunstancias, recibirles la declaración en sus casas."

La norma transcrita, como se advierte, contempla el caso de que el testigo se encuentre imposibilitado para desplazarse hacia el recinto jurisdiccional, sea por enfermedad o por obstáculo físico consecuencia de la mayoría de edad, permitiendo según las circunstancias recibir su declaración en su domicilio, o por extensión en el sanatorio, hospital, etc. en que se encuentre.

Entiendo en la práctica, que todas estas razones deben alegarse y probarse mediante las constancias médicas correspondientes, con anticipación suficiente a la fecha de la audiencia, para programar el traslado del personal del Juzgado.

2.1.3. Clasificación.

El dilema de la clasificación de los testigos en diversos grupos, parte de la calidad del sujeto pasivo sobre quien recae la actividad probatoria, de su declaración, o incluso de su relación con las partes.

De antiguo origen, la cuestión fue tratada en la Ley de las Siete Partidas, particularizando la testificación hecha por ciencia propia o por conocimiento directo, de las declaraciones basadas en referencia, esto es, sobre hechos acerca de los cuales tiene el testigo un conocimiento indirecto.

En la doctrina tradicional, el primer y verdadero criterio de distinción es el referente a la justificación de la comparecencia, por suerte que si el sujeto pasivo otorga su testimonio como requisito de algún acto jurídico, que por ley requiera la presencia de determinado número de testigos; por ejemplo los que intervienen en la celebración del matrimonio, en las actas del estado civil, o en los testamentos; y por tanto su presencia y su firma son elementos constitutivos, resulta que son instrumentales.

Esta concepción de los testigos instrumentales como elementos de existencia de ciertos actos jurídicos, es incumbencia de la ley substantiva.

En frente, los testigos judiciales de eminente naturaleza procesal, son los que declaran en juicio para dar origen a un medio de prueba.

Atendiendo al género judicial de los testigos, podemos distinguir las siguientes especies:

- a). Testigos abonados, son aquellos que sin conseguir ratificar su dicho, por encontrarse ausentes o muertos, se consideran fidedignos y veraces; aunque suele nombrarse del mismo modo, a los que no tienen tacha legal alguna
- b). Testigo de oídas, es el que tiene conocimiento de un hecho porque otras personas se lo han referido, en otras palabras; los hechos sobre los que debe deponer no le son conocidos directamente, a través de sus sentidos. En sentido opuesto se llama testigo ocular o presencial al que tiene un conocimiento directo del hecho litigioso.
- c). Testigo necesario. "En algunos casos, tal como lo expresa Alsina, aún cuando el testigo adolezca de alguna deficiencia de idoneidad por razones de parentesco, relación de dependencia, amistad, su declaración no carece de eficacia".⁷⁴
- d). Testigo de apremio, llamábase así al testigo que se negaba a comparecer y se le obligaba a hacerlo por medio de la policía.
- e). Testigos hábiles, en el ámbito espacial de validez del Código de Comercio anterior a las reformas; adquieren tal fama las personas que no están afectadas de algún impedimento o incapacidad.
- f). Testigos inhábiles, en el ámbito espacial de validez del Código de Comercio anterior a las reformas, son aquellos cuyo testimonio carece de valor probatorio alguno derivado de sus condiciones físicas, intelectuales o morales; motivo por el cual están limitados para percibir debidamente los hechos sobre los cuales van a deponer y por lo tanto, no merecen crédito alguno sus declaraciones.

⁷⁴ Varela, Casimiro A. Op. cit. Pág. 187.

- g). Testigos Idóneos o inidóneos, se habla de ellos según exista o no un motivo especial que le reste calidad moral o veracidad. Idóneos son aquellos que por sus instrucción personal y el conocimiento de los hechos controvertidos merecen fe en lo que declaran.
- h). Testigo mayor de toda excepción que, "es el testigo libre de toda tacha."⁷⁵
- i). En el pensamiento teórico, y práctico más que ningún otro, adquiere mayor vigencia la noción de los Testigos singulares.

Esta concepción sostiene que hay un testimonio singular cuando, en el proceso, una persona declara sin que sea fortalecido su dicho por otro testigo, o en su defecto cuando difiere respecto de otros en sus declaraciones sea en el hecho, en la persona, en el lugar, tiempo o circunstancias esenciales. En otros términos es el caso del testigo único.

La connotación anterior, proveniente de la vieja regla latina que después pasa al derecho español y que rezaba: *testis unus testis nullus*, ya no está vigente en la mayoría de los códigos.

Siendo así, conviene reflejar las distintas clases de singularidad:

La singularidad obstativa o adversativa, identificada en las declaraciones contrarias respecto del hecho mismo o de la substancia de lo declarado.

La singularidad acumulativa o adminiculativa, encuentra su fundamento en la declaración de dos o más testigos sobre hechos diversos, pero que lejos de excluirse se complementan.

La última especie de singularidad es la diversificativa, que refiere a testigos que declaran sobre hechos diversos que ni se excluyen los unos a los otros ni se complementan.

- j). Por último, la antítesis de mayor valor probatorio en el proceso moderno, los Testigos Concurrentes, que supone la declaración conteste y uniforme de dos o más personas a quienes constan los hechos.

⁷⁵ Pallares, Eduardo. Op. cit. Pág. 406.

Capítulo Tercero.

La Prueba Testimonial en el Derecho Procesal Mercantil Mexicano.

3.1. Antecedentes.

Hacia el año de 1492, época del descubrimiento y conquista de América, las congregaciones de comerciantes españoles usualmente denominadas universidades de mercaderes, casas de contratación o consulados, ejercían funciones jurisdiccionales, esto, en virtud de una concesión real, que además les otorgaba la facultad de dictar las reglas necesarias para su gobierno y para el régimen de los negocios Mercantiles en que habían de intervenir. Tales normas, promulgadas por el rey, se publicaban con el nombre de Ordenanzas.

Los Reyes Católicos, en 1494, confirieron privilegio a la Universidad de mercaderes de la ciudad de Burgos *"para que tengan jurisdicción de poder conocer y conozcan de las diferencias y debates que hubieren entre mercader y mercader, y sus compañeros y factores, sobre el tratar de las mercancías . . ."* y para que hicieran las ordenanzas *"cumplideras al bien y conservación de la mercadería"*. En 1539, se otorgaron facultades jurisdiccionales y legislativas a la Casa de Contratación de Sevilla, confirniéndole el monopolio del comercio con las Indias; las Ordenanzas de Sevilla son del año 1556.

Especial referencia merecen las Ordenanzas de Bilbao, "porque su vigencia y aplicación se extendieron a toda España merced a la jurisprudencia, y a México, con cortas interrupciones, hasta el año de 1884 en que se dictó nuestro segundo Código de Comercio. La jurisdicción consular la obtuvieron los comerciantes de Bilbao en 1511, y de este Consulado emanaron diversas ordenanzas. Las antiguas, que Felipe II confirmó en 1560 y que fueron terminadas en 1737 y confirmadas en el mismo año por Felipe V, con el nombre de *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao*"⁷⁶

De tal suerte, el acto de independencia de México no reportó como consecuencia inmediata la derogación de la legislación española; circunstancia que no era posible ni deseable, puesto que no puede improvisarse una tradición jurídica. Así, se reitera que, las Ordenanzas de Bilbao de 2 de diciembre de 1737 continuaron rigiendo en la incipiente nación, con breves interrupciones, hasta que se publicó el Código de Comercio de 1884.

"Por decreto de 16 de octubre de 1824 se suprimieron los Consulados y se entregó la jurisdicción Mercantil a los jueces de letras quienes deberían ser asesorados por comerciantes. En México estuvo el primer Consulado de la América española (1581) y en México fue el primero en eliminar este fuero de privilegio, marcando una pauta que habían de seguir Buenos Aires, el 29 de octubre de 1862; Chile, en 1867 y Lima hasta 1887.

⁷⁶ Barrera Graf, Cit. por Zamora - Pierce, Jesús. Derecho Procesal Civil. 2ª ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México. 1978. Pág. 13.

Por decreto de 15 de noviembre de 1841, Antonio López de Santa Anna en uso de las facultades que le concedía el artículo 7º de las Bases Orgánicas de Tacubaya, restableció los tribunales Mercantiles, si bien no se trataba ya de los viejos Consulados, pues tenían exclusivamente funciones jurisdiccionales, quedando la labor de desarrollo de comercio a cargo de unas Juntas de Fomento creadas por el propio decreto. Cada tribunal Mercantil constaba de un presidente y dos colegas; el presidente y el más antiguo de los colegas se renovaba cada año (Art. 26). Para ser miembro del tribunal se requería ser comerciante matriculado, mayor de veinticinco años, con negociación Mercantil, agrícola o fabril en nombre propio gozar de loable fama y opinión por sus buenas costumbres, arreglo y prudencia en los negocios, y ser persona inteligente y perita en los usos y reglamentos del comercio (Art. 27). La influencia del nuevo Derecho Mercantil, que segula los lineamientos del Código Napoleónico, se deja ver en el decreto, al señalarle a los tribunales competencia objetiva para conocer de todos los pleitos sobre negocios Mercantiles (Art. 33) sin exigir que el actor sea comerciante. Los tribunales Mercantiles aplicaron las Ordenanzas de Bilbao, mientras se formaba el primer Código de Comercio Mexicano. (Art. 70).⁷⁷

3.1.1. Código de Comercio de Lares (1854).

Esta evolución jurídico - legislativa, marca su formal inicio el 16 de mayo de 1854 con la promulgación, bajo la Presidencia de Antonio López de Santa Anna y refrendo por Don Teodosio Lares, Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, del primer Código de Comercio mexicano.

De fuerte influencia española, tal compilación tuvo una accidentada vida; de modo que fue derogada por los artículos 12 y 16 de la llamada Ley de Juárez de 22 de noviembre de 1855, con la que resurge la aplicación de las Ordenanzas de Bilbao. Hasta el año de 1863, en tiempos del Imperio de Maximiliano, en que se restableció su vigencia.

En lo que concierne a su estructura, "Dicho código consagra su libro IV (Arts. 759-924) a las quiebras y su libro V (Arts. 925-1091) a la administración de justicia en los negocios de comercio, dentro de una ordenación sobria de la materia, en la que claramente se advierte el influjo de los citados cuerpos legales españoles de 1829 y 1830 y en donde ya encontramos los cuatro juicios del vigente código mexicano de 1889 (cfr. sus Arts. 1051 y 1055) si bien el de quiebra figura en aquél en libro aparte y el arbitral no se ha transformado aún en convencional."⁷⁸

Ahora bien, de la lectura de los artículos 960 a 979 que integran el Título III, Sección III denominado *De las pruebas*, e incluso el numeral 1091 del Código en cita, se colige que la regulación dada a la prueba de testigos, y no solo a ella sino a las pruebas en general; resulta vaga

⁷⁷ Zamora - Piorce, Jesús. Op. cit. Pág. 19.

⁷⁸ Nota del autor. Libro V: *De la administración de justicia en los negocios de comercio*: tit. I: De la organización de los tribunales de comercio (925-941); tit. II: De la jurisdicción de los tribunales de comercio (942-953); tit. III: Del juicio ordinario; sección I: De la demanda y contestación (954-956); sec. II: De las excepciones Sic. (957-959); sec. III: De las pruebas (960-979); tit. IV: Del juicio ejecutivo (980-1001); sec. única: Terceros Opositores en juicios ejecutivos (1002-1010); tit. V: Del juicio arbitral (1011-1021); tit. VI: De las providencias precautorias, embargos provisionales y arraigos (1022-1031); tit. VII: Del procedimiento Civil en rebeldía (1032-1037); tit. VIII: De las recusaciones (1038-1050); tit. IX: De las competencias de jurisdicción (1051-1055); tit. X: De los recursos de apelación, súplica y nulidad (1056-1070); Previsiones generales (1071-1091).

⁷⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Nicoto. Op. cit. Pág. 86.

y escuela, esto es así, por que del total de los artículos que integran dicha sección, solo seis la refieren directamente y dos más en forma indirecta.

Los reglas que aluden lisa y llanamente a la prueba de mérito, son del tenor siguiente:

Artículo 965. Para el examen de testigos se presentará interrogatorio en la forma legal.

Artículo 966. Tanto los interrogatorios como las posiciones se presentarán en pliego cerrado que no se abrirá sino hasta el momento de irse á absolver.

Artículo 967. Los testigos podrán ser preguntados por el tribunal, de oficio, sobre las circunstancias ó pormenores de los hechos que refieran para mejor averiguar la verdad.

Artículo 968. Es obligación de los litigantes presentar sus testigos ante el tribunal, implorando su auxilio en caso de resistencia.

Artículo 971. Los litigantes podrán asistir á ver jurar los testigos presentados por su contrario; pero haciéndolo se procederá á recibir su declaración.

Artículo 972. Las pruebas sobre tachas que se pongan á los testigos, solo se recibirán dentro del término probatorio señalado para el asunto principal, corriendo por un cuaderno separado; pero alegándose sobre ellas en el mismo escrito.

Los notas indirectas de la probanza en estudio, se encuentran insertas en los preceptos que a continuación se citan:

Artículo 960. Según la naturaleza y calidad del negocio, el tribunal fijara el término que crea suficiente para la rendición de pruebas, no pudiendo ascender de sesenta días.

Artículo 962. Para la práctica de toda diligencia de prueba, ha de preceder citación de los litigantes.

Las normas precedentes, como se advierte, reglamentan medianamente el ofrecimiento y desahogo de la prueba testifical, pues la referencia al carácter escrito del interrogatorio, a la exigencia de su presentación en sobre cerrado, a la facultad del Tribunal para interrogar de oficio, a la obligación del oferente de prestar a sus testigos, a la prerrogativa de los litigantes de asistir al juramento de los testigos de la contraria así como al tiempo en que deben presentarse las tachas; aún interpretadas con las reglas generales que fijan el término máximo del periodo probatorio y el principio del debate contradictorio de las pruebas, no resuelven en definitiva el problema, forzando la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles de la entidad que corresponda.

Artículo 1.091. En cuanto al orden de instrucción y sustanciación en todos los procedimientos e instancias, que tienen lugar en las causas de comercio, que no se halle prevenido en este Código, se observarán, las disposiciones de las Leyes para los tribunales comunes.

A manera de nota, considero oportuno señalar que, el hecho de que en 1854 no existiera aún un Código de Procedimientos Civiles Federal, dado que el de 1897 fue el primero de su clase, explica la supletoriedad de los Códigos locales.

3.1.2. Código de Comercio de 1884.

"A esa situación caótica [de alternancia entre el Código de Lares y las Ordenanzas de Bilbao] se quiso poner término mediante la elaboración de un nuevo código de comercio, cuyo proyecto de libro I apareció en 1870; pero fue necesaria la reforma constitucional de 15 de diciembre de 1883⁷² para que por fin la empresa cristalizase en el código de 15 de diciembre de 1884, que en su libro V se ocupa de las quiebras en su aspecto substantivo (Arts. 1450-1500) y que en su libro VI trata, en apariencia, de los juicios Mercantiles, aún cuando en realidad él único que regula con detenimiento es el de quiebra (Arts. 1507-1619), en tanto que los seis artículos iniciales se agrupan en dos títulos, el primero de los cuales contiene una norma de remisión genérica a los códigos procesales civiles respectivos, [en la Ciudad de México lo sería el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorios Federales de 1884] con seis fracciones de adaptación,⁷³ mientras que en el segundo da entrada en cuatro artículos al procedimiento convencional, reemplazante del arbitral de 1854 y que persiste en el vigente de 1889."⁷⁴

"Es decir, que en 1884, a más de no existir ya tribunales Mercantiles, los juicios Mercantiles se regulan por el procedimiento Civil, con la salvedad de algunas normas de excepción".⁸⁰

En efecto, el fundamento de la solución adoptada, reside en la "simplificación" de los Procedimientos Mercantiles, mediante la adaptación del Proceso Civil a las variantes previstas en el artículo 1502, que literalmente señala:

Artículo 1501. Son juicios Mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que se deriven de los actos "comerciales."

⁷² Nota del autor. Al tenor de la misma, el artículo 72 de la Constitución federal de 1857 quedó así redactado en su fracción X: "Para expedir códigos obligatorios en toda la República, de minería y comercio, comprendiendo este último las instituciones bancarias". El texto primitivo de la susodicha fracción hablaba, simplemente, de "establecer las bases generales de la legislación Mercantil". De lo expuesto (cfr. Gamboa *ob. cit.*, pp. 6 y 9) se infiere que la reforma de 1883 no sólo fue más explícita y terminante que la Constitución de 1857, sino también que la vigente de 1917 en su artículo 73, fracción X. [. . .]

⁷³ Nota del autor. *Código de Comercio de 1884*: [. . .] *Libro VI. De los juicios Mercantiles*: tit. I: De los Procedimientos en General (1501-1502); tit. II: Procedimiento convencional (1503-1506); tit. III: Del juicio de quiebra: cap. I: De la presentación en quiebra (1507-1511); cap. II: De los trámites para la declaración de la quiebra (1512-1523); cap. III: De la declaración del estado de quiebra y de su revocación (1524-1543); cap. IV: De los efectos de la declaración de estado de quiebra (1544-1563); cap. V: De las actuaciones del juicio de quiebra, y de los recursos (1564-1575); cap. VI: Del síndico (1576-1591); cap. VII: De la graduación (1592-1603); cap. VIII: De la sentencia (1604-1610); cap. IX: De la segunda instancia (1611-1613); cap. X: De las quitas (1614-1616); cap. XI: De las esperas (1617-1619).- El Art. 1502, aludido en el texto, dice así: "Los juicios Mercantiles se seguirán conforme a lo dispuesto en las Leyes y códigos respectivos Civiles, con las modificaciones siguientes": (objeto de las seis indicaciones fracciones, de las cuales quizás la más destacada es la V: "Las sentencias definitivas sólo serán apelables, cuando el interés del negocio exceda de dos mil pesos" *summa gravaminis* ésta superior a la actual de mil. [. . .]

⁷⁴ Alcalá-Zamora y Castillo, Nicolo. *Op. cit.* Pág. 87.

⁸⁰ Zamora - Pierce, Jesús. *Op. cit.* Pág. 20.

Artículo 1502. Los juicios Mercantiles se seguirán conforme á lo dispuesto en las Leyes y códigos respectivos de procedimientos civiles, con las modificaciones siguientes:

- I. Todo juicio Mercantil será verbal, con excepción del de quiebra.
- II. No se admitirá declinatoria de jurisdicción.
- III. Tampoco se admitirá la prueba testimonial sino cuando haya un principio de prueba por escrito.
- IV. Contra los decretos y sentencias interlocutorias solo procederá el recurso de revocación por contrario imperio.
- V. Las sentencias definitivas solo serán apelables, cuando el interés del negocio exceda de dos mil pesos.
- VI. No habrá más de dos instancias, ya sea que la sentencia de segunda confirme ó revoque la de primera.*

En tal sentido, la tarea acerca del análisis de la prueba en comento, se reduce a señalar que en el Proceso Mercantil establecido por el Código de 1884, la prueba testimonial no era admisible sino cuando exista un principio de prueba por escrito.

3.1.3. Código de Comercio de 1889.

El decreto de 4 de junio de 1887 emitido por el Congreso de la Unión, sentenció la existencia del segundo código Mercantil mexicano, toda vez que en razón de él, se autorizó al Presidente Porfirio Díaz para reformar total o parcialmente el Código de 1884.

Más tarde, una comisión integrada por los Licenciados Joaquín Casasús, José de Jesús Cuevas y José María Gamboa, elaboró el texto del nuevo ordenamiento que fuera promulgado el 15 de septiembre de 1889, y que entró en vigor desde 1º de enero de 1890, bajo el refrendo del Titular de la Secretaría de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública del Gobierno Porfirista, Licenciado Joaquín Barranda.

"En su Libro quinto, que dedica a los juicios Mercantiles, éste código se apartó radicalmente del de 1884, e intento establecer una regulación completa al proceso Mercantil, copiando [al efecto] el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 15 de mayo de 1884."⁸¹

Respecto de su estructura, "El Código de Comercio de 1889 reúne dos ordenamientos, uno sustantivo y otro Adjetivo. El primero ha sido derogado en su mayor parte por [otras] Leyes que han venido a actualizar nuestro Derecho Mercantil en materia de títulos de crédito, sociedades, seguros, [correduría, comercio marítimo y quiebras] . . . hasta convertirse, según Mantilla Molina, "en alguno así como un esqueleto del que penden sólo unos jirones, pues han arrancado las materias más

⁸¹ Idem Pág. 20.

importantes". Rodríguez no duda de calificarlo de "Código de Comercio muerto". [Dado que] El día de hoy, es más grande el número de artículos vigentes de carácter procesal que el de aquellos de naturaleza sustantiva, y, en este sentido, podemos decir que es un Código Procesal Mercantil. Pero, si el código sustantivo está muerto, el procesal promete ser el más longevo que ha conocido la historia del México Independiente. Es el único código mexicano que data del siglo XX. El único, también, que antecede a nuestra Constitución de 1917.⁸²

Así, considerando el sentido del presente trabajo; es de señalar que las notas distintivas sobre la regulación de la prueba de mérito en la codificación de referencia, son materia de un análisis comparativo en el título siguiente:

3.2. Estudio del Código de Comercio Reformado.

Las reformas que sufrieron el Código de Procedimientos Civiles y el Código de Comercio mediante el decreto del 21 de mayo de 1996, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 24 del mismo mes y año, en vigor sesenta días posteriores a su publicación; vinieron a transformarlos casi en su integridad, pues del primero se reformaron casi 143 y del segundo 170.

Asimismo, se adicionaron 9 del Procesal Civil y 17 del de Comercio, se derogaron 3 del Procesal, 1 del de Comercio y 2 fracciones de otro.

El objeto de esta trascendental reforma, es según la valoración de la iniciativa, lograr un nuevo marco legal que promueva y fomente las actividades productivas en la micro, pequeña, y mediana empresa; se busca, según al iniciativa, reducir costos económicos y especialmente tiempo, pues se pretende simplificar y hacer más accesible el cumplimiento de las obligaciones y, principalmente, erradicar prácticas de mala fe o corrupción.

En dicha iniciativa se afirma la pretensión de hacer una justicia pronta y expedita, pues la dilación de la justicia es en sí una denegación de ésta.

Por ello se pretende una legislación más puntual del ofrecimiento y desahogo de pruebas para evitar que se convierta en un factor de retraso del juicio; se propone que se reduzcan los momentos procesales en que se pueden ofrecer probanzas y los plazos para su desahogo; también se aspira a dificultar los requisitos respecto a la prueba pericial y testimonial a fin de impedir el uso indiscriminado de dichas probanzas para retrasar el procedimiento.

La prueba objeto de examen es en general jurídicamente admisible, cuando se trata de acreditar la existencia de *simples afirmaciones fácticas*; empero debe aclararse que no todos los hechos controvertidos pueden ser válidamente acreditados por este medio.

Al respecto, nuestro derecho positivo establece como casos de excepción: los negocios jurídicos que para su validez deben revestir determinada forma establecida por la Ley, según dispone el numeral 1833 del Código Civil Federal. En materia Mercantil podemos citar, entre otros, los contratos de apertura de crédito celebrados por Instituciones de Crédito.

⁸² Estudio de Zamora Pierce, Jesús. En la obra Reforma Procesal. Estudios en Memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Unam. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. 1987. Pág. 78.

Fuera de la particularidad referida; el ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de probanza de mérito, en el procedimiento Mercantil, debe ceñirse a las siguientes reglas:

3.2.1. Procedimiento probatorio.

En la reforma, se trasladan al Código de Comercio reglas ya previstas en el Código de Procedimientos Civiles de 1932, anteriormente aplicables en forma supletoria; como las referentes a

- a. El examen de los testigos y forma de los interrogatorios, el artículo 360 del Estatuto señalado en segundo lugar es idéntico al actual 1263 del señalado en primer término.
- b. La protesta de los testigos e inicio del examen, el artículo 363 del Estatuto señalado en segundo lugar es análogo del actual 1263 del señalado en primer término.
- c. La forma en que debe hacerse constar las respuestas de los declarantes, el artículo 368 del Estatuto señalado en segundo lugar es exacto al actual 1263 párrafo quinto del señalado en primer término.
- d. La obligación del deponente de dar la razón de su dicho, el artículo 369 del Estatuto señalado en segundo lugar es literal al actual 1272 último párrafo del señalado en primer término.
- e. El empleo de intérprete en personas que no hablan español, el artículo 367 del Estatuto señalado en segundo lugar es equivalente al actual 1272 cuarto párrafo del señalado en primer término.
- f. La forma de interrogar a los testigos, el artículo 364 del Estatuto señalado en segundo lugar es simétrico al actual 1271 primer párrafo del señalado en primer término.
- g. El procedimiento de desahogo de testigos que residan fuera del Distrito Federal, los numerales 362 y 362 bis del Estatuto señalado en segundo lugar es equiparable al actual 1269 del señalado en primer término.

Por otra parte, el ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de probanza de mérito en el procedimiento Mercantil actual, debe ceñirse a las reglas que se enumeran a continuación, con la aclaración que no serán aplicables a persona alguna que tenga contratados créditos con anterioridad a la entrada en vigor. Y que tampoco serán aplicables tratándose de la novación o reestructuración de crédito contratos en tales circunstancias.

3.2.1.1. Tiempo y forma del ofrecimiento.

- a). El lugar.

Ante todo es de señalarse que, el lugar de práctica de la prueba testimonial es la sede del Juez de los autos, o en su defecto la de aquel que tenga competencia territorial en el lugar del domicilio del testigo según se desprende de los artículos 1262 y 1269 del Código de Comercio, que a la letra rezan:

Artículo 1262. Las partes tendrán obligación de presentar sus propios testigos para cuyo efecto se les entregarán las cédulas de notificación. [. . .]

Artículo 1269. Cuando el testigo resida fuera de la jurisdicción territorial del juez que conozca del juicio, 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. Para el examen de estos testigos, se librará exhorto en que se incluirán en pliego cerrado, las preguntas y repreguntas. [. . .]

De modo, que sobre toda persona admitida en calidad de testigo, y que legalmente sea notificada de su designación; pesa el deber de acudir personalmente a la sede del órgano judicial el día y la hora designados para que tenga lugar la declaración, trayendo aparejado, el incumplimiento voluntario de ese deber, la imposición de sanciones de orden procesal e incluso penal.

Empero, tal como se advirtió en el tema 2.1. inciso d). del Capítulo que antecede, es oportuno indicar que la Ley Mercantil al día, conserva los dos tipos de excepciones al deber de comparecer a rendir declaración ante el local del órgano jurisdiccional:

i. La primera fundada en su artículo 1267, sin variación alguna, que prevé el admisible impedimento físico derivado de la avanzada edad o en su caso de algún padecimiento del testigo; y

ii. La segunda sustentada en la naturaleza o jerarquía de las funciones desempeñadas por el testigo, según se establece en el numeral 1268, que en su presente redacción, extendió la aptitud de rendir testimonio por oficio, a las primeras autoridades políticas del Distrito Federal; a los titulares de los organismos públicos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria; al Gobernador del Banco de México y elimino tal facultad a los Gobernadores de los Estados.

Es incorrecto pensar que la anterior supresión, permita que un Gobernador rinda declaración ante el Local de cualquier Juzgado de Primera Instancia de su Entidad, en virtud de que la generalidad de los Códigos Adjetivos Civiles Estatales supletoriamente aplicables, en ocasión del exhorto respectivo, previenen tal excepción, v. gr. el artículo 313 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Aguascalientes, así como la fracción II del 306 del Estado de Zacatecas.

b). El tiempo.

Al llegar la época actual, el tiempo de la prueba en los procesos Mercantiles ha sufrido importantes cambios en lo referente a su reglamentación, sin alterar la sustancia, ya que el periodo probatorio es igual, esto es, en el juicio ordinario no podrá exceder de cuarenta días, y en el ejecutivo de quince.

El progreso en la regulación del periodo probatorio en las causas ordinarias, se refleja en el texto del numeral 1383 del Estatuto a comentario, del que se deriva, entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo 1383. Según la naturaleza y calidad del negocio el juez fijará de oficio o a petición de parte que se abra el mismo a prueba, no pudiendo exceder de cuarenta días, de los cuales los diez días primeros serán para ofrecimiento y los treinta

siguientes para desahogo de pruebas. Si el juez señala un término inferior al máximo que se autoriza, deberá precisar cuántos días completos se destinan para ofrecimiento y cuántos días completos para el desahogo, procurando que sea en la misma proporción que se indica anteriormente. [. . .].

i. La redacción primitiva, infería que el Juez debía fijar de oficio el término para rendir pruebas; la reforma confiere textualmente a los justiciables el derecho de petición relativo.

ii Si bien el término probatorio sigue siendo el mismo, ahora se conviene en destinar los primeros diez para el ofrecimiento y los treinta siguientes para el desahogo.

iii. Al mismo tiempo, se otorga al juez la facultad de conceder un plazo inferior al máximo permitido, siempre que precise la distribución que corresponde al ofrecimiento y desahogo de la pruebas, procurando la misma proporción que se indica anteriormente.

En las causas ejecutivas, el panorama es distinto, el término probatorio de quince días concedido a las partes, lo es para la preparación y desahogo de pruebas, en virtud del reciente numeral 1401 del ordenamiento en cita, que dispone:

Artículo 1401. En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en los escritos señalados al principio de este artículo; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes. [. . .].

Otro aspecto que aporta, en la experiencia propia, un avance importante, respecto de la perfecta delimitación del ámbito temporal en que deben practicarse las diligencias probatorias, es la reforma de los numerales 1201, 1385 y 1386, debido a que de su armónica aplicación debe acontecer, que transcurrido el término de pruebas, el Juez en todos los casos que no se haya concluido el desahogo de las mismas, y previa resolución que permita su desahogo fuera de dicho término, mandará concluir las en los juicios ordinarios dentro de un plazo de veinte días, y en los juicios especiales y ejecutivos dentro diez días, decretando que aquellas que no se logren concluir serán a perjuicio de parte interesada.

A propósito de las reformas de estos preceptos legales, se estima que el nuevo apartado 1386, se erige es un sólido fundamento para sustentar las resoluciones ministeriales que declaren desiertas las pruebas pendientes de desahogo, pese la conclusión del periodo ordinario de prueba y su proroga de Ley; por la falta de interés jurídico en su preparación.

Así, lo novedoso es una proroga de Ley al término ordinario de prueba, que a primera vista podría especularse es contrario del principio de la pronta impartición de la justicia, pero tal reforma adminiculada con el retiro de la apelación suspensiva en contra de la denegación de pruebas, otorga la certeza de un plazo efectivo, y no de un período en ocasiones interminable, que solía verificarse en el procedimiento anterior.

Por otra parte, la práctica de la probanza en estudio puede verificarse validamente con antelación al periodo probatorio del juicio en que deba desahogarse, esto, a título de medios

preparatorios, atento a los puntos de excepción previstos en los artículos 1151 y 1157 del Código en cita, que advierten, en lo conducente:

Artículo 1151. El juicio podrá prepararse:

I. 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 difíciles las comunicaciones y no sea posible intentar la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía;

II. 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;

III. Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero, y [...]

Artículo 1157. Las diligencias preparatorias de que se trata en las fracciones V a VIII del artículo 1151 se practicará con citación de la parte contraria, a quien se correrá traslado de la solicitud por el término de tres días, y se aplicarán las reglas establecidas para la práctica de las pruebas testimonial, pericial o la inspección judicial, según sean los casos.

En conclusión, el tiempo de la prueba testimonial es, por regla general, el que atañe al período probatorio del juicio en que deba desahogarse, aunque su práctica puede verificarse con antelación, en vía de medios preparatorios.

c). Forma del ofrecimiento.

El procedimiento probatorio de la prueba de mérito, entendido como el método de cómo probar en juicio, véase *Tema 1.5. del Capítulo Uno*, se inicia mediante su ofrecimiento o proposición, etapa que por disposición de Ley se halla sujeta a diversos requisitos de forma, así como a restricciones de ámbito temporal que varían de conformidad con la clase de proceso de que se trate.

En razón de un principio lógico, es procedente señalar los requisitos de forma, que son comunes tanto al proceso ordinario como al ejecutivo Mercantil, de acuerdo al siguiente orden:

i). La prueba de testigos se rige, desde el punto de vista de su expresión u ofrecimiento, a la regla absoluta ahora contenida, en el apartado 1055 fracción I de la Ley Mercantil, esto es, que su proposición indefectiblemente debe ser por escrito.

La norma advertida, que no es original, resulta la adaptación de los diversos numerales que integran los Capítulos II y III, del Título Segundo del Código de Procedimientos Civiles anterior al 24 de mayo de 1996.

ii). En las actuales reformas, el numeral 1198 establece la exigencia de que, la prueba testimonial debe ser ofrecida expresando con toda claridad su relación con el hecho o hechos que

se tratan de demostrar con ella y, además, dar las razones por las que se estima probarán las afirmaciones del oferente contenidas en la demanda o en la contestación, en tanto que antaño sólo se exigía que cada una de las pruebas se relacionara con cada uno de los puntos controvertidos.

Así, el deber jurídico impuesto a la parte oferente, consistente en relacionar dicho medio con el hecho a probar, obedece en el concepto del ponente, a la confirmación del principio general de congruencia de los procesos, que instituye la conformidad de extensión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio.

Luego entonces, en el extremo de que se relacionará una prueba con un hecho fuera de la litis, el Juez debe desecharla por inútil e impertinente, ya que aún en el supuesto de que emita un resultado positivo no tendría eficacia para los fines del proceso en el que hubiera de desahogarse.

En suma, la expresión de *"las razones por las que se estima probarán las afirmaciones del oferente"*; obedece a que en la iniciativa de reformas se propone regular más a fondo el ofrecimiento de pruebas, con el objeto de evitar se ofrezcan medios convictivos con el fin de retardar u obstaculizar el procedimiento, dificultando el ofrecimiento.

Hay que notar que si no se cumplen los dos requisitos o alguno de ellos, la prueba debe ser desechada, es decir, si sólo se precisa el hecho que se trata de demostrar con la probanza pero no se dieran las razones por las que ese medio convictivo probara su afirmación, debe desecharse la prueba.

Un dato trascendental, en el proceso de represión del ofrecimiento de medios de convicción, es la facultad, concedida al Juez para que determine si a su juicio el oferente cumple con los requisitos apuntados; disposición que no existía en el Código anterior y, que se funda en los principios de congruencia de los procesos así como en el de pertinencia e idoneidad de las pruebas

En otras palabras, aún cuando el oferente considere que ha expresado con claridad el hecho que se pretende probar con la prueba anunciada y dé la razón por la cual estima que mediante su desahogo se probarían sus afirmaciones, el Juez puede concluir, de cualquier forma, que no se llenaron esos requisitos. Por ejemplo, que a su criterio no sea claro el oferente en la mención de los mismos o bien por concluir que los medios aportados no prueban las afirmaciones o el hecho que se trata demostrar.

En extensión del estudio de los requisitos de forma que son propios a la prueba testimonial, es justo expresarse de acuerdo a los siguientes términos:

3.2.1.2. Designación de testigos.

Dicha la regla general aplicable a su expresión, es de señalar que la designación de testigos, a sufrido un cambio trascendental más, en la enmienda del Ordenamiento de Comercio, así tenemos que la parte que pretenda producir en juicio la prueba de mérito, debe antes de nada, proporcionar en el escrito de demanda, contestación, reconvencción o respuesta de ésta, los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos.

Sin duda, los artículos 1378 y 1401 de la Recopilación en estudio, son claros al precisar:

Artículo 1378. En el escrito de demanda el actor deberá mencionar los documentos públicos y privados que tengan relación con dicha demanda, así como si los tiene o no a su disposición debiendo exhibir los que posea, y acreditar haber solicitado los que no tengan en los términos del artículo 1061. De igual manera, proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos contenidos en la demanda, y las copias simples prevenidas en el artículo 1061. Admitida la demanda se emplazará al demandado para que produzca su contestación dentro del término de nueve días.

Con el escrito de contestación a la demanda se dará vista al actor, para que manifieste lo que a su derecho convenga dentro del término de tres días y para que mencione a los testigos que hayan presenciado los hechos, y los documentos relacionados con los hechos de la controversia.

Artículo 1401. En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en los escritos señalados al principio de este artículo; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes.

Si los testigos no se hubieren mencionado con sus nombres y apellidos en los escritos que fijan la litis, el juez no podrá admitirlas aunque se ofrezcan por las partes posteriormente, salvo que importen excepción superveniente. [. . .]

Nota: El énfasis es agregado.

De suerte tal, que el incumplimiento al deber legal de expresar el nombre de los testigos en los escritos fijatorios de la litis, trae como consecuencia que el Juez al decretar la admisibilidad de las testimoniales que sean ofrecidas en su oportunidad, resuelva su denegación de plano, salvo que importen un hecho o excepción superveniente.

Tal particularidad, no atiende al momento exacto de la designación de los testigos, pues si bien es requisito de admisibilidad el hecho de proporcionar el nombre de los testigos en el texto del primer escrito que promuevan las partes en juicio, ese solo evento no actualiza el ofrecimiento formal, por lo que puede suceder que habiendo cumplido tal mandato la parte interesada omita proponer en el momento procesal oportuno la prueba inherente, y en consecuencia no le será admisible.

En esto, toca recordar que en el juicio ordinario mercantil el ofrecimiento de las medios probatorios debe verificarse dentro del término de diez días siguientes a la apertura del término de prueba, si es aquél es de cuarenta días, o en defecto en el que señale Su Señoría atento a la facultad de reducción advertida en el apartado 1383 antedicho.

Por el contrario, en el juicio ejecutivo mercantil el ofrecimiento de pruebas debe producirse en el escrito inicial de demanda, de contestación o en el desahogo de vista de ésta, de lo cual se induce que el término probatorio de quince días en los procedimientos de la especie es exclusivamente para la realización de diligencias, o mejor dicho para el desahogo de pruebas,

según se desprende del apartado 1401 transcrito.

El deber legal de expresar el nombre y domicilio de los testigos tiene por objeto: el de contribuir a su correcta identificación, o en su defecto hacer factible su comparecencia; incluso, atendiendo al principio de equidad e igualdad entre las partes, se concibe que otro objeto es el de conceder a la parte contraria la posibilidad de oponerse a su citación, pero en general, puede constituir un dato para calificar su posición, veracidad y por ende su idoneidad.

En atención de la referencia del nombre, aún del imperativo actual, puede ocurrir que una de las partes ofrezca como testigo a determinada persona, y que el Juez lo cite a declarar, empero cuando dicho testigo se presenta a declarar, resulta que uno de los nombres, o de los apellidos difiere respecto del que fue señalado; caso en el que no es posible presumir que exista suplantación de persona, pues no obstante de existir disparidad en el nombre proporcionado por el oferente y el que menciona el testigo al referir sus generales; tal circunstancia es insuficiente para considerar que se trata de persona distinta, porque es lógico y posible suponer que el testigo propuesto fue el que compareció a declarar, porque su presencia en la sede del Juzgado obedeció a la notificación que se le hizo, por tanto es de considerar que no cualquier tipo de error en que se haya incurrido al enunciarse los datos que exige la Ley autoriza a desestimar la prueba.

En relación de la referencia del domicilio, es factible la actualización de cualquiera de los tres eventos que se citan a continuación:

a. Sobre todo, es dable resaltar la táctica bastante recurrida por los abogados de la parte demandada en los juicios Mercantiles; consistente en proponer el testimonio de personas ciertas o inciertas a las que atribuyen un domicilio falso o inexacto, con el evidente propósito de dilatar el procedimiento.

Conducta dilatoria que, en mejor justicia, es sancionada por el reciente artículo 357 *in fine* del Código de Procedimientos Civiles supletoriamente aplicable, a través de la imposición de una multa a favor del coligante de hasta por sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, sin perjuicio del derecho de denunciar la falsedad de declaración en que se hubiere incurrido, y la deserción de la prueba. Se dice, en mejor justicia, por el incremento en un cien por ciento en el monto de la sanción económica, pero en lo principal por la determinación de que la multa sea a favor de la contraparte afectada.

b. Diverso asunto, es el accidente de que admitida la prueba, en la que el deber de citar al testigo sea a cargo del Juzgado, en virtud de la imposibilidad manifiesta del oferente; el testigo cambie de domicilio; ya que en este caso debe juzgarse por analogía que sobre tal parte interesada en la declaración, pesa la carga de denunciar la nueva casa, con suficiente antelación a la fecha de la audiencia respectiva.

c. Por último cabe la posibilidad, que el oferente de la prueba al asumir por mutuo propio el cumplimiento de la obligación prescrita en el numeral 1262, esto es, se constriña a presentar a los testigos de su parte en el local del Juzgado en la fecha y hora que para la recepción de su testimonio sea señalada; omite declarar su domicilio, suceso en el cual debe sancionársele con el desechamiento de la probanza, siendo necesario señalar los domicilios de las personas propuestas aún del compromiso de presentarlos personalmente.

En alcance, cuando la oferente manifieste bajo protesta de decir verdad que no le es posible presentar a sus testigos, el Juez con fundamento en el artículo precitado, ordenará la citación con apercibimiento de arresto hasta por treinta y seis horas o multa equivalente hasta por 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.

Para concluir, con el firme propósito de evitar en lo sucesivo prácticas dilatorias indebidas, desalentar la interposición de excepciones y defensas a todas luces improcedentes y en el ánimo de procurar la pronta y expedita impartición de justicia, como una máxima aspiración del pueblo mexicano; la forma y términos de la designación de los testigos en los juicios mercantiles, ha sufrido notables cambios, por parte de nuestros legisladores, que imponen mayores requisitos para la admisibilidad de la prueba de mérito, tales como: el deber de indicar desde los escritos fijatorios de la litis el nombre de las personas que hubieren presenciado los hechos; además se fijan tiempos exactos para el ofrecimiento de la prueba, e incluso se aumenta la sanción pecuniaria para el caso de comprobar el ofrecimiento de la probanza con el propósito de retardar el procedimiento.

Inhabilidad de los testigos.

A propósito de la designación de los testigos, es oportuno evocar el apunte hecho en el inciso b). del tema 2.1.2.3. del Capítulo Dos, denominado "Capacidad"; en donde claramente se señala que en el reciente régimen procesal se dispone que toda persona que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos debe declarar en juicio.

Esta particularidad, atiende a la eliminación del impedimento para ser testigo, que en otros tiempos asentaba el numeral 1261, pero que hoy no instituye tipo alguno de inhabilidad genérica para ser propuesto y declarar como testigo.

Citación de los testigos por conducto del Juzgado.

La forma de citación precedentemente señalada, tal como se ha explicado, depende de que la parte que propuso al testigo lo haya solicitado expresamente. En efecto, la interpretación a *contrario sensu* del antedicho artículo 1262, infiere que si en el escrito de ofrecimiento de prueba la parte promovente no hubiese solicitado que el testigo sea citado por el Juzgado, se entenderá que ha asumido la carga de hacerlo comparecer a la audiencia.

Para la presentación de los testigos por las partes, se establece que serán entregadas a ellas las cédulas de notificación respectivas, sin que dicha redacción infera la concesión de fe pública para realizar notificaciones, de cualquier forma en la experiencia propia, el cumplimiento de lo anterior es nulo.

La citación de los testigos por las partes tiene el único efecto de que quede constancia legal de que se hizo la citación sin sanción alguna para los testigos. Por lo cual, si no comparecen solamente se desecha la prueba.

Insisto sobre la especie, una vez señalados por el Juez el día y la hora en que tendrán lugar las declaraciones de los testigos que deban ser citados por el Juzgado, estos deben ser notificados personalmente mediante cédula que refiera la obligación de comparecer y su sanción en caso de desobediencia.

La notificación de testigos, sin conceder, de acuerdo a la disposición contenida en el numeral 1204 de la Ley Mercantil, debe verificarse a más tardar el día anterior en que deba recibirse la prueba, pero particularmente considero inapropiado la aplicación de tal precepto, por que históricamente se refería a la citación de la parte contraria, que en cumplimiento del principio de equidad aludía el numeral inmediato anterior.

Por el contrario, el voto propio es en el sentido, de que la notificación de los testigos en los juicios Mercantiles, debe ceñirse a la previsión contenida en la fracción VI del artículo 1079 del Estatuto Mercantil en cita, que a la letra invoca:

Art. 1079. Cuando la Ley no señale término para la práctica de algún acto judicial o para el ejercicio de algún derecho, se tendrán por señalados los siguientes:

VI. Tres días para todos los demás casos.

Sirve de sustento de la opinión antes vertida en antiguo texto del numeral 1079, que expresamente señalaba:

Art. 1079. [...]

VII. Tres días para la celebración de juntas, reconocimientos de firmas, confesión, posiciones, declaraciones, exhibición de documentos, juicio de peritos y práctica de otras diligencias, ano ser que por circunstancias especiales creyere justo el juez ampliar el término;

Luego entonces, se afirma que el dispositivo legal precitado, determina que la citación de los testigos en los juicios del orden Mercantil debe verificarse con un mínimo de tres días de antelación a la fecha de la diligencia respectiva, bajo pena de ser nula; empero la comparecencia de un testigo ante la sede del Tribunal en la fecha y hora señaladas para la toma de su declaración, derivada de una citación que no observa lo enunciado, convalida tal defecto, haciendo posible su examen.

Sin perjuicio, de la anotación vertida en párrafos precedentes, conviene hacer hincapié que cuando el testigo deba ser citado por el Juez. Ahora, en lugar ordenarse la notificación con apercibimiento de hasta quince días de multa, se estableció como máximo treinta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Y se redujo, además, el arresto de quince días a treinta y seis horas. La ulterior innovación obedece al criterio que enseguida se reproduce:

ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. LAS LEYES O CÓDIGOS QUE LO ESTABLECEN POR UN TÉRMINO MAYOR AL DE TREINTA Y SEIS HORAS, SON VIOLATORIOS DEL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL. De la interpretación armónica de los artículos 17, 73 (a contrario sensu) y 124, de la Constitución Federal, se llega a la conclusión de que las legislaturas locales tienen facultades para establecer, en las Leyes que expidan, las medidas de apremio de que dispondrán los jueces y magistrados para hacer cumplir sus determinaciones, medidas entre las cuales puede incluirse el arresto; sin embargo la duración de éste, no puede quedar al arbitrio del legislador, sino que debe sujetarse, como máximo, al término de treinta y seis horas que prevé el artículo 21 constitucional

para infracciones a reglamentos gubernativos o de policía, pues si bien es cierto que la medida de apremio encuentra su fundamento en el artículo 17 constitucional y no se impone con objeto de castigar a un infractor, como sucede tratándose del arresto administrativo, sino como un medio para hacer cumplir las determinaciones judiciales, igualmente cierto resulta, que a través de ambas figuras, se priva de la libertad al afectado fuera de un procedimiento penal, por lo que si el artículo 17 constitucional no establece el límite temporal de dicha medida de apremio, debe recurrirse, por interpretación extensiva, al límite establecido por el artículo 21 constitucional para el arresto administrativo. En consecuencia, si alguna disposición de una Ley o código establece el arresto como medida de apremio por un término mayor al de treinta y seis horas, es inconstitucional.

Amparo en revisión 1937/94. Adolfo Ávila Soto. 3 de julio de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez.

Amparo en revisión 24/95. Juan Manuel Rodríguez García. 3 de julio de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez.

Amparo en revisión 1631/94. Rafael Alejandro Urisquieta Carranco. 3 de julio de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Manuel Arballo Flores.

Amparo en revisión 1798/94. José Layón Aarún. 3 de julio de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

Amparo en revisión 399/95. Eleuterio Serrano Torres. 3 de julio de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Alejandra de León.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el treinta y uno de agosto en curso, por unanimidad de once votos de los Ministros: Presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 23/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, Distrito Federal, a treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo II, Septiembre de 1995. Tesis: P.JJ. 23/95 Página: 5. Tesis de Jurisprudencia.

Testigos domiciliados fuera del Distrito Federal.

En ocasión de que el testigo resida al exterior del Distrito Federal, el deber de comparecer ante la sede del Juez del conocimiento se halla exento, correspondiendo que lo haga ante la autoridad judicial competente en el lugar de su domicilio. A tal efecto el Juez de la causa deberá enviar atento exhorto con los insertos necesarios.

Al respecto, prescribe el primer párrafo del artículo 1269 del Código de Comercio: Cuando el testigo resida fuera de la jurisdicción territorial del juez que conozca del juicio, 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. Para el examen de estos testigos, se librará exhorto en que se incluirán en pliego cerrado, las preguntas y repreguntas.

El precepto transcrito es aplicable aún en el supuesto de que los testigos ofrecidos se domicilien fuera de la República Mexicana.

La prueba testimonial propuesta en la forma descrita, se tendrá por presentada, ordenándose dar vista a la contraparte para que dentro del término de tres días presente sus interrogatorios de repreguntas, así como requiriendo a la oferente para que exhiba la garantía que prudentemente se fije para el caso de no rendirse la prueba, con el apercibimiento que de no hacerlo no será admitida.

Acto seguido, de la constitución del depósito así como de la presentación del pliego de repreguntas, acción que importa una mera facultad, o vencido el término perentorio para tal efecto, el Juez decretará la admisión de la prueba, ordenando previa calificación de los pliegos respectivos, girar el exhorto correspondiente.

En cuanto al término probatorio, el numeral 1207 del Estatuto Mercantil en observancia, determina: El término extraordinario sólo se concederá cuando las pruebas se tengan que desahogar en distinta entidad federativa o fuera del país, y cuando se otorguen las garantías por cada prueba que se encuentre en dichos supuestos, bajo las condiciones que dispongan las leyes procesales locales aplicadas supletoriamente, quedando al arbitrio del juez señalar el plazo que crea prudente, atendida la distancia de lugar y la calidad de la prueba. Del término extraordinario no cabe prórroga.

En la especie, para el señalamiento del término extraordinario de prueba los Jueces recurren a la aplicación del artículo 1383 del Código de Mercantil actual, que en lo conducente determina:

Artículo 1383. [...]

Cuando las pruebas hubieren de practicarse fuera del lugar del juicio, se recibirán a petición de parte dentro de términos hasta de sesenta y noventa días naturales, si se tratare de pruebas a desahogarse dentro de la República Mexicana, o fuera de ella, respectivamente, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- I. Que se solicite durante los diez primeros días del período probatorio;
- II. Que se indiquen los nombres, apellidos y domicilio de las partes o testigos, que hayan de ser examinados cuando se trate de pruebas confesional o testimonial, exhibiendo en el mismo acto el pliego de posiciones o los interrogatorios a testigos; y
- III. Que se designen, en caso de ser prueba instrumental, los archivos públicos o particulares donde se hallen los documentos que hayan que testimoniarse o presentarse originales.

El juez al calificar la admisibilidad de las pruebas, determinará si los interrogatorios exhibidos para la confesional o la testimonial guardan relación con los puntos controvertidos o si los documentos y los testigos fueron nombrados al demandar o contestar la demanda, y si no reúnen estos requisitos se desecharán de plano.

De no exhibirse el pliego de posiciones, o los interrogatorios a testigos con las copias correspondientes de éstos, no se admitirán las pruebas respectivas.

En el caso de concederse el término extraordinario, el juez por cada prueba para la que conceda dicho término determinará una cantidad que el promovente deposite como sanción pecuniaria en caso de no rendirse alguna de las pruebas que se solicitan se practiquen fuera del lugar del juicio. En ningún caso las cantidades que se ordenen se depositen como sanción pecuniaria serán inferiores al equivalente del importe de sesenta días del salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, teniendo el juez la facultad discrecional de señalar importes mayores al mínimo señalado anteriormente, tomando en cuenta la suerte principal del juicio y demás circunstancias que considere prudentes.

El que proponga dichas pruebas deberá exhibir las cantidades que fije el juez, en billete de depósito dentro del término de tres días, y en caso de no hacerlo así, no se admitirá la prueba.

La prueba para la cual se haya concedido el término extraordinario y que no se reciba, dará lugar a que el juez haga efectiva la sanción pecuniaria correspondiente en favor del colitigante.

Las pruebas que deban recibirse fuera del lugar del juicio, se tramitarán mediante exhorto que se entregue al solicitante, quien por el hecho de recibirlo no podrá alegar que el mismo no se expidió con las constancias necesarias, a menos de que lo hagan saber al tribunal exhortante dentro del término de tres días, para que devolviendo el exhorto recibido corrija o complete el mismo o lo substituya.

Transcurrido el término extraordinario concedido, que empezará a contar a partir de la fecha en que surta efectos la notificación a las partes, según certificación que haga la secretaría, sin que se haga devolución del exhorto diligenciado, sin causa justificada, se hará efectiva la sanción pecuniaria y se procederá a condenar en costas.

En vía de nota, se debe decir que el apartado de cita, es similar al artículo 300 del Código Procesal Civil, que no cambió su substancia del anterior. Únicamente precisó que el término de 60 a 90 días que se dan para que se reciban esos medios convictivos deben ser días naturales, pues en el anterior, no se especificaba si esos 60 o 90 días debían ser hábiles o naturales.

Sobre este particular podría pensarse que el término de 60 a 90 días que se dan para recibir una prueba fuera del Distrito Federal o del País deberían ser hábiles y no naturales, como refiere ese precepto, porque la realidad se trata de un término judicial y en los términos judiciales no pueden contarse los días en que no puedan tener lugar actuaciones judiciales de acuerdo con el numeral 1076 del Ordenamiento Comercial a comentario, empero, dado el espíritu de las reformas

en cuanto a la celeridad del procedimiento, creo que se pensó en establecer como naturales los días para esa probanza foránea.

Este precepto es complementario del artículo 1207 del Código de Comercio, que sufrió modificación del anterior en la parte en que el artículo no reformado decía que el término extraordinario de prueba se concedía en los casos y bajo las condiciones dispuestas por las Leyes; en la actualidad, ese término se otorga cuando la prueba ha de desahogarse fuera de la entidad federativa o del país.

Además, en el Código de Comercio se exige para conceder el término extraordinario, que se otorguen garantías por cada pruebas, lo que no se exigía anteriormente

En fin, conviene abreviar que la admisión de la prueba testimonial foránea en los procedimientos Mercantiles, sufrió dos relevantes modificaciones respecto de su anterior reglamentación, consistentes: en la restricción del término extraordinario, para contarse en días naturales, y la exigencia inobjetable de otorgar depósito para su desahogo.

Al margen, la parte final del aludido apartado 1269, preceptúa que:

Quando se solicitare el desahogo de [una] prueba testimonial o de declaración de parte para surtir efectos en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos que dispone este Código. Para ello será necesario que se acredite ante el tribunal del desahogo, que los hechos materia del interrogatorio están relacionados con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de la autoridad exhortante.

3.2.1.3. Interrogatorio.

La exhibición del Interrogatorio y su copia, en el periodo ordinario de prueba de los juicios mercantiles, como premisa para señalar fecha y hora para la recepción de la prueba testimonial correspondiente; al llegar la época actual no es sino una remembranza legal.

En efecto, el otrora requisito formal establecido en el primitivo artículo 1264 del Código de Comercio, deviene en inoperante en virtud de la "nueva orientación", eminentemente civilista, adoptada.

En tal sentido, el nuevo apartado 1263 del Estatuto Mercantil en estudio, es idéntico al anterior 360 de Procedimientos Civiles, que señala:

Artículo 1263. Para el examen de los testigos no se presentarán interrogatorios escritos. Las preguntas serán formuladas verbal y directamente por las partes, tendrán relación directa con los puntos controvertidos y no serán contrarias al derecho o a la moral. Deberán estar concebidas en términos claros y precisos, procurando que en una sola no se comprenda más de un hecho. El juez debe cuidar de que se cumplan estas condiciones impidiendo preguntas que las contraríen. Contra la desestimación de preguntas sólo cabe la apelación en el efecto devolutivo.

Por la claridad de lo expuesto, solo basta emitir la opinión del ponente, en el sentido de que

la abolición del interrogatorio escrito como elemento imprescindible para admitir ordenar el trámite de desahogo de la testifical propuesta, mediante el señalamiento de la audiencia de recepción de pruebas, en correlación de la exacta delimitación del período probatorio ordinario, elimina la vieja usanza de proponer la prueba de mérito sin exhibir el interrogatorio de ley, y esperar la prevención del Juez para hacerlo, provocando la ganancia de "algunos días" y una mayor carga de trabajo para el Órgano Judicial, y al mismo tiempo anula la ventaja de "facto" otorgada a la contraparte, al conocer con suma anticipación el contenido exacto de las preguntas a formular, y preparar el correspondiente pliego de repreguntas

Definición y particularidades.

Para concluir, acuerdo en definir que interrogatorio es el conjunto de preguntas verbalmente formuladas por la parte que propone la prueba testimonial y a cuyo tenor deben ser examinados los testigos en el acto de la audiencia señalada con el objeto de recibir su declaración.

En tal virtud, el debate acerca de la forma de las preguntas, no requiere más para su solución de la aplicación supletoria del antiguo artículo 360 del Código Procesal Civil; de modo que el nuevo artículo 1263, antes transcrito, prevé que: las preguntas deberán estar concebidas en términos claros y precisos, procurando que en una sola no se comprenda más de un hecho.

En tanto, la doctrina adiciona mayores especificaciones: no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta o sean ofensivas o vejatorias, no podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas.

A mayor abundamiento, es procedente indicar algunas notas que diferencian la redacción de las preguntas que debe contener un interrogatorio de las posiciones que cada una de las partes puede exigir de la contraria en el desahogo de la prueba confesional.

- a. Las posiciones, deben formularse en forma asertiva y el absolvente contestarlas en forma afirmativa o negativa, sin perjuicio de las aclaraciones que desee agregar. Las preguntas, por el contrario, deben formularse en forma indagatoria, en forma tal que de su contenido no pueda inferirse su contestación. Por tanto, se encuentra legalmente prohibido, la admisibilidad de preguntas sugestivas, o sea de aquellas que no dejan al testigo otra posibilidad que la de contestar sí o no, y que desvirtúan la finalidad del medio probatorio analizado. Por ello la jurisprudencia ha restado credibilidad a las declaraciones que se limitan a contestar "es cierto" a las respuestas que contienen una descripción clara, completa y circunstanciada de los hechos que se intenta probar.
- b. En tanto, las posiciones versan sobre hechos propios o del conocimiento personal del absolvente, cuyo reconocimiento sea susceptible de ocasionarle un perjuicio; las preguntas pueden ocuparse tanto de hechos personales del testigo como de hechos de terceros, pero revistiendo el testigo la condición de persona extraña al proceso en que rinde su repuesta; no le puede deparar consecuencias jurídicas perjudiciales la sentencia que sea dictada.

La debida observancia de las condiciones referidas, corresponde al Juez de autos quién debe impedir se formulen a los testigos, aquéllas preguntas que las incumplan, contra la desestimación de preguntas procede la apelación procede la apelación en el efecto devolutivo.

En general todos los hechos pueden ser materia de pregunta, a excepción expresa, de las hipótesis previstas, que se citan a continuación:

Artículo 1266. Sobre los hechos probados por confesión judicial no podrá el que los haya confesado rendir prueba de testigos.

La justificación sobre el particular, se deriva de la apropiada aplicación del principio general de derecho que establece: "a confesión de parte, relevo de prueba", así como al "de economía procesal".

Artículo 1273. Sobre los hechos que han sido objeto de un interrogatorio no puede presentarse otro en ninguna instancia del juicio.

De la misma forma, esta prohibición razonablemente atiende al principio jurídico "de economía procesal".

Admisión de pruebas.

El tema de la admisión, en el Código de Comercio se reformó direccionalmente, ya que su artículo 1203, que anteriormente sólo decía que las pruebas se recibirán con citación de la contraria con excepción de la confesión, reconocimiento de libros, papeles y los instrumentos públicos y que sólo los pliegos de posiciones deberían podían presentarse cerrados, ahora señala que:

Artículo 1203. 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, pudiendo limitar el número de testigos prudencialmente. En ningún caso se admitirán pruebas contra del derecho o la moral; que se hayan ofrecido extemporáneamente, sobre hechos no controvertidos o ajenos a la litis; sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 1198 de este Código. Contra el auto que admita alguna prueba que contravenga las prohibiciones señaladas anteriormente o que no reúna los requisitos del artículo 1198, procede la apelación en efecto devolutivo, cuando sea apelable la sentencia en lo principal. En el mismo efecto devolutivo será apelable la determinación en que se deseche cualquier prueba que ofrezcan las partes o terceros llamados a juicio, a los que siempre se les considerará como partes en el mismo.

En otras palabras, presentado el escrito ofertorio dentro del término probatorio concedido, y previa la revisión de los requisitos de forma señalados; el Juez dictará resolución, en la que determine las pruebas que se admitan sobre cada hecho, facultándosele incluso en términos del precepto citado, para limitar prudencialmente el número de testigos admisibles.

En la práctica, el ejercicio de la facultad del Juez para reducir el número de testigos es precedida por la prevención con el apercibimiento respectivo en rebeldía.

Es de indicar que el dispositivo antedicho, reproduce casi en forma textual el artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles reformado, con la única variante de que cuando se le desechen las pruebas al tercero llamado a juicio también será apelable el auto.

En otros términos, es admisible la apelación en el efecto devolutivo cuando se desechen las pruebas de cualquiera de las partes o terceros llamados a juicio, a quienes se les considerará como partes del mismo.

Hasta aquí, la conclusión de la reseña en las fases de ofrecimiento y admisión.

3.2.1.4. Audiencia de Desahogo.

Si la prueba testimonial observa las formalidades descritas, y por ende fuese admisible en el caso, el Juez procederá a su recepción en audiencia pública que señalará para el examen de los testigos.

En principio de las directivas de concentración procesal, que con carácter general, establece el artículo 1271 del Estatuto Mercantil en estudio, corresponde que los testigos admitidos que deban examinarse conforme a un mismo interrogatorio presten separada y sucesivamente su declaración en una audiencia única. Solo en el supuesto de no fuere posible terminar el examen de los testigos en un solo día, la diligencia se suspenderá para continuarla el siguiente.

Hasta aquí, no existe en realidad cambio alguno en la norma, tan sólo la justa omisión de la línea "salvo lo dispuesto en los artículos 1267 a 1269" que refiere los casos de excepción al deber de comparecer ante el local del Juzgado derivado de la avanzada edad, de impedimento físico o de padecimiento grave, así como de la naturaleza o jerarquía de las funciones desempeñadas por el declarante, e incluso el de los testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado.

Existe, sin embargo, un último párrafo en el regla invocada que, singularmente se considera, delimita la suspensión de la audiencia de desahogo, a través de oposición de la contraparte; y que literalmente reza: La parte contraria al oferente de la prueba decidirá, a su perjuicio si la prueba testimonial se divide, permitiendo que se examine a un testigo sin que haya comparecido alguno con el que este relacionado el examinado.

El proveído que señale la fecha y hora en que tendrá verificativo la audiencia de recepción, se notificará a los litigantes de acuerdo con el sistema general previsto en los apartados 123 y 125 de la Legislación Procesal Civil reformada; es decir, por razón de su asistencia al Juzgado para imponerse de los autos, o en su defecto, por su publicación en el Boletín Judicial; en cambio a los testigos, siempre que el oferente solicite su citación por el Juzgado, dicha resolución debe serles notificada por cédula, acorde a lo dispuesto en el numeral 1262 de la Ley Mercantil.

Examen de testigos.

Según se ha visto, propuesta la prueba testimonial, y declarada admisible, el Juez debe señalar una audiencia en el cual se concentran las declaraciones de aquellos testigos que deban declarar conforme a un sólo interrogatorio, o bien cuando tal concentración resultare imposible, previo el consentimiento de la contraparte, debe fijar sucesivas audiencias y determinar cuales testigos declararan en cada una de ellas.

De acuerdo con el principio general de inmediación, concebido como la inmediata comunicación que debe existir entre el Juez y las partes que obran en el proceso, instaurado entre

otros en el artículo 60 del Estatuto Adjetivo anotado, el Juez debe recibir por sí mismo las declaraciones y presidirá todos los actos de prueba bajo su más estricta y personal responsabilidad; no obstante ahora más que nunca, la usanza actual, incitada en ocasiones por la carga de trabajo y en otras por negligencia, provoca que sean los secretarios de acuerdos, y no los jueces, quien presidan las audiencias de desahogo de pruebas.

Designada la fecha y hora de audiencia de recepción y citado el testigo o hecho comparecer por la parte que lo propuso, el acto de desahogo se desarrollará en cumplimiento de las reglas que se enumeran a continuación, siendo además susceptible de sufrir las contingencias que analizaremos seguidamente:

Orden de las declaraciones:

Presentes los deponentes en la sede del Juzgado, el primer enunciado del numeral 1271 de la Ley Mercantil, dicta que los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros, debiendo tomar la previsión de designar el lugar en que deben permanecer hasta la conclusión de la diligencia.

En aclaración se enuncia, que la reserva inmediatamente reseñada, a saber, la obligación de permanecer en el local del juzgado, no es aplicable en aquellas personas que por excepción no tienen el deber de comparecer personalmente.

Sobre el particular, es de apreciar que el ánimo en la norma descrita, es frustrar la posibilidad de que alguna de las partes o de sus testigos en conocimiento del contenido de la prueba, incluidas las repreguntas, instruya a su testigos en un sentido determinado o se desista de aquellos dichos que puedan resultarse desfavorables.

Protesta de los testigos.

La diligencia para el examen de los testigos, *coige* el apartado 1265 de la Ley de Comercio, inicia con el acto de toma de protesta de decir verdad y con la advertencia de las penas en que incurren los testigos falsos.

La formalidad exigida, acogida del anterior artículo 363 del Código Adjetivo Civil, pretende erigirse en una garantía de veracidad del testimonio, sustentando su efectividad en un marco de derecho, en la sanción penal aplicable a quien comete el delito de falsedad de declaración, que establece el artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal, y, por otro lado, si bien se trata de una consideración de orden secundario, en la implicación moral que el acto reviste.

La negativa del testigo para otorgar la protesta de Ley, previa imposición de los medios de apremio, configura el delito de desobediencia asentado en el numeral 182 del Código Penal para el Distrito Federal. No es óbice de lo anterior, la posible conformidad de las partes en prescindir del cumplimiento de tal requisito, ya que éste se halla instituido por razones que exceden el interés particular de los litigantes.

En experiencia propia, debo hacer mención que la advertencia de las consecuencias penales derivadas de una falsa o reticente declaración, no necesariamente implica la lectura de las pertinentes normas del Código Penal.

En el remoto caso, que por inadvertencia, se haya omitido el cumplimiento del requisito examinado, la declaración rendida se encuentra afectada de nulidad que debe ser reclamada en tiempo y forma legal.

Datos de Identidad.

Después de tomarle al testigo la protesta de conducirse con verdad y de advertirle de las penas en que incurrir los testigos falsos, corresponde se le aplique un interrogatorio previo, denominado en la práctica "Generales", en razón de ser comunes a todas las personas que comparecen a prestar declaración testimonial.

A tal interrogatorio preliminar se refiere el artículo 1265 del Estatuto Mercantil, en tanto dispone que se haga constar 1. Su nombre y apellidos, edad, estado, domicilio y ocupación; 2. Si es pariente por consanguinidad o afinidad y en que grado de alguno de los litigantes; Si es dependiente o empleado del que lo presente; Si tiene interés directo o indirecto en el pleito; Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes.

La conjunción de preguntas precedentemente marcada por el suscrito, es apta para señalar los siguientes objetivos:

1. La agrupación correlativa, es ineludible en la identificación del testigo, esto, para verificar que es la misma persona que fue oportunamente propuesta, además de aportar el elemento de valoración que condiciona la fracción II del numeral 1303.

La disimilitud entre los datos declarados en el escrito de ofrecimiento y los manifestados en la oportunidad de la audiencia, autoriza a la parte contraria para oponerse a que se reciba la declaración.

2. Las conjunción relativa al parentesco, dependencia económica, interés en el pleito y amistad o enemistad, es necesaria como elemento de valoración que refiere la fracción III del aludido artículo 1303.

Forma del examen y de las respuestas.

Hecho constar, en el acta de diligencia correspondiente, el cumplimiento dado a las formalidades expuestas, se procederá al examen de los testigos, con fundamento en el artículo 1265 de la Codificación en comento.

Así, en atención a la forma, el apartado 1263 del Estatuto Mercantil en cita, es terminante al establecer que: "para el examen de testigos no se presentarán interrogatorios escrito". Por tanto, es dable colegir que la base del examen se halla constituida en razón de aquellas preguntas que verbalmente sean formuladas por el oferente de la prueba, así como del interrogatorio de la contraparte, en ocasión, de que previamente sean calificadas de legales.

La aplicación funcional de la regla enunciada, habitualmente se realiza por el Secretario de acuerdos que preside la diligencia de recepción, quien pide al oferente formule la pregunta para su calificación y en seguida interroga al deponente para que la conteste.

El Juez, sin embargo, está facultado no solo para desestimar las preguntas que no adecuen a los requisitos de Ley, sino también para formular aquellas que estime convenientes, siempre que sean relativas a los hechos contenidos en los interrogatorios, aunque esta última protestad requiere, como es obvio, una efectiva intermediación que no suele verificarse en la práctica.

La potestad del Juez para interrogar al testigo de oficio, se encuentra prevista en el numeral 1272 de la Ley Mercantil en estudio, empero como se ha expuesto es letra muerta.

En lo concerniente a la forma de las respuestas determina el apartado 1272 penúltimo frase del Estatuto aplicable, que aquellas 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.

El uso práctico de esta norma es impreso, por el Secretario de Acuerdos, en el acta de la diligencia correspondiente, al señalar el número ordinal de la pregunta realizada seguido de la respuesta del testigo, v. gr. "A la Segunda. Que conoce al señor Juan Sánchez Martínez por ser originario al igual que el testigo del mismo barrio de la Ciudad de Guadalajara, Jalisco."; estilo de redacción que permite determinar el sentido o términos de la pregunta formulada.

En contraste de la expresión uniforme consagrada para la referencia de las preguntas contenidas en el interrogatorio, esto es, "A la y el número de pregunta"; el enunciado adoptado en las prepaguntas es "En relación a la y el número de pregunta directa" y la correspondiente respuesta.

Importa destacar, en la fase actual, que entre los aspectos de mayor atención al interés representado por el Juez, es el hecho de procurar que el testigo conteste espontáneamente, sin ser asistido por parte alguna o inducido por la lectura de notas o apuntes, en virtud de que tales circunstancias, como es obvio, atenta contra su valoración.

Finalizado el examen, el testigo está obligado a dar la razón de su dicho, y el Juez a exigiría en todo caso, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 1272 *in fine* del Código aludido.

La "razón del dicho" configura la causalidad en que el testigo se funda para contestar en tal o cual sentido a las preguntas que se le formulan, y reviste decisiva influencia en la apreciación del testimonio, pues de acuerdo con la índole de las explicaciones que suministre acerca de como y por qué sabe lo que contesta, estará el Juez en condiciones de inferir si el declarante presenció efectivamente los hechos o los conoce por meras referencias.

En resumen, la forma del examen y las respuestas en el nuevo procedimiento Mercantil, adopto en su generalidad reglas antes previstas por el Código de Procedimientos Civiles.

Interrupción de las declaraciones.

En principio la regla general aplicable, al presente apartado, se contiene en el artículo 61 del Ordenamiento Adjetivo Civil, el cual fija la obligación preventiva del Juez de adoptar las medidas necesarias para mantener el buen orden y exigir que las partes en un conflicto guarden respeto hacia la autoridad, así como la consideración debida hacia su oponente.

La norma advertida, es una firme base del imperio del Juzgador destinado a asegurar el orden de la audiencia y evitar que las partes o sus abogados formulen instrucciones o adopten actitudes tendientes a desvirtuar la espontaneidad de las declaraciones, sin embargo, la mejor aplicación corresponde el numeral 1080 en directa relación 1270 del Código en análisis, que terminantemente sentencia: "Las partes pueden asistir al acto de interrogatorio de los testigos, pero no podrán interrumpirlos . . ."

La infracción de tales reglas, autoriza al Juez a ejercer la facultad sancionadora que ya establecen en las fracciones siguientes del aludido dispositivo, que a la letra dicen:

Artículo 1080. [. . .]

- III. No se permitirá interrupción de la audiencia por persona alguna, sea de los que intervengan en ella o de terceros ajenos a la misma. El juez queda facultado para reprimir los hechos de interrupción con la imposición de la medida de apremio que considere pertinente, además de ordenar la expulsión con uso de la fuerza pública de aquel o aquellos que intenten interrumpirla;
- IV. Los que se resistieren a cumplir la orden de expulsión serán arrestados hasta por un término de seis horas, y que cumplirán en el lugar que designe el Juez;
- V. En los términos expresados en el párrafo anterior, serán corregidos los terceros ajenos a la controversia, los testigos, peritos o cualesquiera otros que, como partes, o representándolas, faltaren en las vistas y actos judiciales, de palabra, o de obra o por escrito, a la consideración, respeto y obediencia debido a los tribunales, o a otras personas cuando los hechos no constituyan delito, y
- VI. Serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza.

Los jueces y magistrados que hubiesen cedido a la intimidación o a la fuerza, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables.

En tal sentido, cualquier conducta perniciosa en el desarrollo de la diligencia de declaración, debe ser reprimida por el funcionario encargado de la administración de justicia, a través de las correcciones disciplinarias establecidas en la Ley, llegando incluso a la expulsión del insurrecto, de la sede del juzgado mediante el uso de la fuerza pública, previo su apercibimiento.

Diferente caso, es la intervención permitida a las partes, cuando el testigo deje de contestar a algún punto, haya incurrido en contradicción o expresado con ambigüedad; circunstancia en la cual podrán llamar la atención del servidor en funciones, para que este, si lo juzga conveniente, exija al testigo las aclaraciones oportunas, condición marcada por la parte final del apartado 1270 precitado.

Forma del acta.

El Código de Comercio reformado, todavía omite referirse expresamente a la forma que debe revestir el acta de la audiencia, por tanto, la explicación se encuentra en la interpretación armónica así como analógica de los inalterables artículos 319 y 397 de la Codificación adjetiva civil supletoriamente aplicable.

La sinopsis de las reglas invocadas, da cuenta de la obligación del Juez de vigilar que el Secretario, levante el acta respectiva de principio a fin, haciendo constar el lugar, el día y hora, la autoridad judicial ante quien se celebra, los nombres de las partes, sus abogados y de los testigos, la identificación de cada uno de ellos, la orden de su debida separación, la protesta de conducirse con verdad y la advertencia de las penas en que incurrir los falsos testigos, la toma de sus generales, la contestación implicando la pregunta formulada y la razón de su dicho.

Así, las declaraciones deben extenderse por el Secretario a medida que se presten y conservar, en cuanto sea posible, el lenguaje de los testigos.

Terminado el acto, el Juez debe hacer leer y preguntar al declarante si tiene algo que agregar o rectificar. Los agregados o rectificaciones deben expresarse a continuación, firmando el testigo y las partes asistentes al acto, al pie de la última hoja y al margen de las demás que contengan las declaraciones producidas, además deberá autorizarse por el Juez y el Secretario. Finalmente debe consignarse, cuando ocurra, la circunstancia de que el testigo no haya querido o podido firmar.

En el supuesto de que el testigo no conozca el idioma oficial, debe ser examinado con la intervención de un intérprete, según lo establece el cuarto enunciado del apartado 1272 del Estatuto Comercial ya citado – idéntico al 367 de la Codificación Procesal Civil – además, si el testigo lo pidiera, su declaración se asentara en su propio idioma, escrita por él o por el intérprete.

Permanencia de los testigos en la sede del Juzgado.

La comunicación entre los testigos que ya han declarado con aquellos que aún no lo han hecho conspira, obviamente, contra la idoneidad e incluso la espontaneidad del testimonio. De allí que el numeral 1271 del Código de Comercio en cita – que conserva la esencia de su predecesor – textualmente indica en lo conducente, que los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros.

Si un testigo, no obstante, por cualquier circunstancia, ha podido oír o ha presenciado la declaración de otro, debe señalarse que no existe norma alguna que impida que preste declaración, sin perjuicio, se considera que a petición de la parte interesada, tal contingencia se puede hacer constar en el acta, para determinar su eficacia probatoria, en el momento procesal oportuno.

Finalizada su intervención, prescribe el apartado predicho, los testigos permanecerán, en la sala del Juzgado hasta que concluya la audiencia, a excepción que, por necesidad especial expresa, el Juez dispusiere lo contrario. El espíritu perdido de esta norma radica en la oportunidad, de permitir que el Juez los llame nuevamente a fin de que aclaren su declaraciones si ello fuera necesario en virtud del contenido de otras.

Suspensión de la audiencia

Es posible que, a raíz de la extensión del interrogatorio verbal por aplicar o por cualquier otra circunstancia, resulte materialmente imposible recibir en el día designado, la declaración de todos los testigos o de aquellos que fueron citados para declarar ese día. Frente a tal riesgo, que debe considerarse extensivo a la imposibilidad de examinar íntegramente a un solo testigo en la fecha correspondiente, el artículo 1271 del Ordenamiento referido, determina que la diligencia se suspenderá para continuarla al día siguiente.

Existe, sin embargo, un último párrafo en el regla invocada que, singularmente se considera, delimita la suspensión de la audiencia de desahogo, a través de oposición de la contraparte; y que literalmente reza: La parte contraria al oferente de la prueba decidirá, a su perjuicio si la prueba testimonial se divide, permitiendo que se examine a un testigo sin que haya comparecido alguno con el que este relacionado el examinado.

La enmienda requiere, como se advierte; primero que las declaraciones no hayan podido recibirse durante el día, incluyéndose las horas inhábiles que, por efecto de la habilitación en caso urgente que autoriza en el numeral 1065 del Código Mercantil; y segundo que no exista resistencia de la contraria.

La reanudación de la audiencia debe tener lugar el día siguiente hábil, sin necesidad de nueva citación, expresándolo así en el acta que se extienda.

Deserción de la prueba.

He de apuntar, que la probanza en estudio será declarada desierta, de oficio o petición de parte, si concurre, al menos alguna de las siguientes circunstancias:

1. En el caso que el oferente, asuma la obligación de presentar a sus testigos, en cumplimiento del numeral 1262 de la Codificación de mérito, y faltare a su obligación en el día designado para la celebración de la audiencia.
2. Si previo apercibimiento, la parte oferente no hubiere activado la citación legal del testigo y éste no hubiese comparecido por esa razón, pues le correspondía la carga procesal de impulsar su desahogo, de conformidad con lo dispuesto por el apartado 1386 del Código en cita.
3. En ocasión 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, atento a lo previsto en el último párrafo del artículo 357 del Código Adjetivo Civil.

3.2.1.5. Tachas.

Las tachas son todas las circunstancias que puedan inclinar al testigo a deponer en favor o en contra de una de las partes y las que hagan presumir razonablemente que no es digno de fe o que no se encuentra en condiciones de conocer los hechos sobre los que debe declarar.

De tal forma, que todo sujeto pasivo que incurra en un supuesto objetivamente ajustable en la anterior definición, es susceptible de ser tachado; con todo, pese al escenario de que la tacha emane o se acredite en el momento mismo de su declaración, esa circunstancia no faculta al juez para repeler de oficio al testigo; debiendo tomar su declaración y calificar sus tachas, aún de oficio, en sentencia definitiva, de conformidad con el artículo 1312 del Estatuto Mercantil reformado

El ordenamiento en estudio, a través de los apartados que se transcriben a continuación, decreta dos tipos de excepción a la posibilidad de tachar testigos.

Artículo 1310. Cuando el testigo tuviere con ambas partes el mismo parentesco, o desempeñare oficios o tuviere negocios o interés directo o indirecto en el pleito para con las dos partes, no será tachable.

Artículo 1311. No es tachable el testigo presentado por ambas partes.

Es de trascendencia, reiterar que las causas para tachar un testigo únicamente deben contraerse a los distintivos personales del testigo, ya que los vicios que hubiere en los dichos o en la forma de las declaraciones serán objeto del alegato de buena prueba, lo anterior, en los términos del numeral 1317 de este Código.

En cuanto a su trámite, el artículo 1307 prescribe que las tachas deben deducirse dentro de los tres días que sigan a su declaración, y deberá versar sobre causas que no se hayan expresado en autos.

El simple transcurso del término perentorio señalado, genera la preclusión del derecho respectivo, resultando inadmisibles cualquier solicitud sobre tachas a testigos.

Es práctica correcta, ahora expresamente fundamentada, que las tachas a testigos se tramite por la vía incidental, con el ofrecimiento de las pruebas y la expresión de los hechos en los cuales se funda, siendo permisible cualquier medio de prueba, excepción hecha, de la restricción establecida por el apartado 1313 del Ordenamiento de mérito, esto es que no es admisible la prueba de testigos.

Transcurrido el término concedido para probar las tachas, las pruebas se unirán a los autos principales, sin necesidad de gestión de los interesados, y su calificación se hará en sentencia definitiva, según previene la interpretación compuesta de los numerales 1316 y 1320 del Código antedicho.

Para apreciar las condiciones en las cuales se encuentra el actual régimen de tachas, cabe sintetizar la variación respecto del observado en el código anterior, de acuerdo al siguiente orden: Se eliminan de las tachas legales o inhabilitaciones para declarar, antiguamente instituidas en el numeral 1262; Se fija que el término para su interposición es de tres días contados a partir de la declaración correspondiente, cuando antaño lo era a partir de la publicación de probanzas; y finalmente se establece expresamente que su tramitación se hará en el vía incidental.

En conclusión, el régimen de tachas implica una combinación entre los Sistemas de apreciación libre y legal de la prueba, ya que el arbitrio judicial, invocadas y probadas aquellas, viene a quedar directamente subordinado a cánones normativos que le restan toda eficacia

probatoria a las declaraciones de ciertos testigos o bien imprimen, un tinte de sospecha en cuanto a su eventual credibilidad.

3.2.2. Fuerza probatoria del testimonio.

El desahogo de la prueba en sí, la pertinencia de los hechos sobre los que versa y la aptitud genérica del testigo para asumir tal calidad procesal, son los elementos que al dictar sentencia, el Juez debe valorar para resolver si se acreditan o no los hechos controvertidos, y por ende determinar la fuerza probatoria del testimonio

"Si bien es cierto que el Juez es soberano para la apreciación de las pruebas, en todo lo que está sometido a su prudente arbitrio, atendiendo a la previsión también lo es que dicha apreciación, dentro de las disposiciones de la Ley Mercantil, no es absoluta, ya que la Ley señala reglas y normas para su valoración, [. . .], de las que no debe apartarse el Juzgador, y cuyas reglas tienen como fin evitar errores, y conseguir, en lo posible, que el criterio judicial no se extravíe y llegue hasta el abuso."⁸³

Las tasas, con las cuales el legislador pretende atenuar los inconvenientes de la aplicación ortodoxa del sistema de apreciación de pruebas libre, son las establecidas en los preceptos siguientes:

a. El artículo 1302 del Código de Comercio que dispone: 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 concurran las siguientes condiciones:

- IV. Que sean mayores de toda excepción;
- V. Que sean uniformes, esto es, que convengan no sólo en la substancia, sino en los accidentes del acto que refieren, o aún cuando no convengan en éstos, si no modifican la esencia del hecho;
- VI. Que declaren de ciencia cierta, esto es, que hayan oído pronunciar las palabras, presenciando el acto, o visto el hecho material sobre el que deponen;
- VII. Que den fundada razón de su dicho.

b. El artículo 1303 del cuerpo normativo en cita, a su vez, dispone: Para valorar las declaraciones de los testigos, el Juez debe tomar en consideración las circunstancias siguientes:

- I. Que no sean declaradas procedentes las tachas que se hubieren hecho valer o que el juez de oficio llegue a determinar;
- II. Que por su edad, su capacidad y su instrucción tenga el criterio necesario para juzgar el acto;

⁸³ Gómez Lara, Cipriano. Op. cit. Pág. 158.

- 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 trata sea susceptible de ser conocido por medio de los sentidos y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni por referencias de 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.

En razón de lo anterior, se detecta la concurrencia de los factores que se exponen en seguida, por progresión lógica:

Por lo que concierne a las circunstancias personales la valoración del testimonio debe sopesar, en un extremo, las condiciones físicas (sexo, edad) intelectuales (capacidad retentiva, grado de cultura y educación) y morales (honestidad o deshonestidad de la conducta).

La segunda categoría, comprende el análisis de todos aquellos agentes subjetivos que son susceptibles de determinar una deformación de la verdad, como son el parentesco, la afección o aversión, la relación laboral, la dependencia económica y el interés material o moral en que la causa sea resuelta en cierto sentido.

En lo concerniente a la naturaleza del hecho a probar la labor crítica del Juzgador debe atender, primordialmente, a la mayor o menor verosimilitud del objeto de la prueba, también a su grado de percepción por medio de los sentidos, e incluso al nivel de facilidad con que pueda recordarse.

En orden a la uniformidad la apreciación del testimonio se dirige a determinar la concordancia o discordancia entre las respuestas dadas por un mismo testigo, por distintos testigos propuestos por la misma parte y por los testigos propuestos por cada una de las partes.

En la hipótesis de mediar contradicción entre las respuestas dadas por un mismo testigo corresponde distinguir que recaiga sobre hechos principales o accesorios, en cuyos supuestos cabe o no respectivamente, excluir la eficacia probatoria de la declaración, ya que en el primer caso resulta descartable la buena fe o la capacidad perceptiva del declarante.

Igual distinción aplica cuando se trata de declaraciones formuladas por distintos testigos de una misma parte. Por lo tanto, las eventuales contradicciones en que puedan incurrir no incide en el valor probatorio del testimonio si existe uniformidad en cuanto al hecho o hechos principales.

Por último, si la contradicción entre las declaraciones prestadas por los testigos propuestos por cada una de las partes, se configura respecto de hechos principales y no resulta posible otorgar mayor credibilidad a un grupo de testigos con relación a otro, corresponde prescindir del testimonio como medio de prueba.

La declaración de ciencia cierta, que el testigo enuncia como fundamento de sus declaraciones posibilita al Juez inferir si aquel presenció efectivamente los hechos o si, por el contrario, los conoce a través de simples referencias, en cuyo caso corresponde, en principio, desechar el valor probatorio del testimonio.

Así, las reflexiones expresadas son solo algunos de los parámetros que el Juzgador en oportunidad de resolver en definitiva, debe examinar para considerar o no probados los hechos controvertidos sobre los cuales versa la prueba en estudio.

En concreto, la temática sobre la fuerza probatoria del testimonio, no sufrió modificaciones sustanciales respecto de la reglamentación anterior, empero, derivada de la supresión de las inhabilidades para declarar, es pertinente señalar la imperiosa adecuación que se hace constar en la fracción I del artículo 1303 que literalmente especifica:

Artículo 1303. Para valorar las declaraciones de los testigos, el juez tendrá en consideración las circunstancias siguientes:

I. Que no sean declaradas procedentes las tachas que se hubieren hecho valer o que el juez de oficio llegue a determinar;

Antes:

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

3.2.3. Criterios Jurisprudenciales.

Al término del presente capítulo, y con el firme propósito de aportar diversos aspectos sobresalientes en la interpretación jurídica de los temas desarrollados, he convenido en transcribir una breve selección de aquellos criterios jurisprudenciales emitidos por nuestros más altos tribunales, que en lo personal, revelan una suma importancia.

PRUEBA NO DESAHOGADA EN MATERIA MERCANTIL. DEBE ESTIMARSE COMO CONSENTIDA TÁCITAMENTE LA OMISIÓN, SI EL OFERENTE NO INTERPONE EL RECURSO DE REVOCACIÓN EN CONTRA DEL AUTO QUE DA POR CONCLUIDO EL PERÍODO DE DESAHOGO DE PRUEBAS Y ABRE EL DE ALEGATOS. Debe considerarse que la falta de desahogo de pruebas fue consentida tácitamente, cuando el oferente no se inconvenció con el auto mediante el cual se citó a las partes para oír sentencia, dándose por cerrado el procedimiento en la instancia, sin que sea aplicable lo establecido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 11/96, que se publicó a página 556, del Tomo III, marzo de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, del rubro: "PRUEBA ADMITIDA Y NO DESAHOGADA EN MATERIA LABORAL. LA FALTA DE INSISTENCIA EN SU RECEPCIÓN O MANIFESTACIONES EQUÍVOCAS DEL OFERENTE, NO ENTRAÑAN EL CONSENTIMIENTO DE LA EVENTUAL VIOLACIÓN PROCESAL (MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 406, CUARTA SALA, APÉNDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN 1917-1995, TOMO V, PÁGINA 270, DEL RUBRO PRUEBA NO DESAHOGADA. VIOLACIÓN PROCESAL CONSENTIDAS.", pues

este Tribunal Colegiado considera que este criterio solamente es aplicable en materia laboral, más no así en la mercantil; ello, en razón de que la consideración fundamental, por la que no es legalmente posible estimar consentida la omisión del desahogo de una prueba que fue ofrecida y admitida por una de las partes, según la mencionada jurisprudencia, es que la Ley Federal del Trabajo no prevé recurso ordinario mediante el cual, el oferente de la prueba pueda inconformarse contra el auto que declara el cierre del período probatorio y la apertura del correspondiente a alegatos, así como el dictado del propio laudo, esto es, que no puede estimarse tácitamente consentida la eventual violación procesal que tal situación implicara, porque no existe manera de manifestar desacuerdo al respecto. Empero, en materia mercantil, sí existe el medio de impugnación, a través del cual, el oferente de la prueba puede reiterar su interés en que se desahogue la misma, recurriendo a la determinación que declara cerrado el período de desahogo de pruebas y la publicación de las mismas, pues al respecto, el artículo 1334 del Código de Comercio, establece el recurso de revocación.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. K 10.37 C

Amparo directo 283/99.-Carlos Daniel Aguilar Castillo.-30 de junio de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: F. Guillermo Baltazar Alvear.-Secretario: Guillermo Salazar Trejo.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo X, Septiembre de 1999. Tesis: K 10.37 C Página: 834. Tesis Aislada.

CÓDIGO DE COMERCIO, REFORMAS AL PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL VEINTICUATRO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS. SU APLICACIÓN ANTES DE ENTRAR EN VIGOR (CASOS DE EXCEPCIÓN). Como lo establece el artículo primero transitorio del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis, que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones, como son las del Código de Comercio, entre otros, sus reformas no son aplicables a créditos contratados con anterioridad a su entrada en vigor, entendidos tales créditos, como todos aquellos derechos personales que por su propia naturaleza implican el cumplimiento de obligaciones de carácter pecuniario que el acreedor puede exigir de su deudor mediante el ejercicio de las acciones jurisdiccionales respectivas, conforme a lo ya establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia número 41/98 por contradicción de tesis; no obstante ello, si en la secuela procedimental se aplicaron indebidamente las reformas, omitiendo el tribunal de alzada examinar esa irregularidad, para la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva de primer grado, aplicando aquél de manera rigorista las disposiciones legales antes de dichas reformas, esa postura resulta contradictoria, al acoger normas procesales distintas a las del procedimiento seguido, produciendo desorientación e inseguridad jurídica para las partes contendientes, en grave perjuicio al apelante, colocándolo en completo estado de indefensión, además de que atenta contra la administración de justicia, cuya garantía preserva el artículo 17 constitucional, puesto que la autoridad de alzada tiene la obligación de atender a las normas procesales observadas durante el procedimiento, y en armonía con tal procedimiento aplicar los preceptos

correspondientes al recurso de apelación para la consecuente admisión o no del mismo.

**SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
I.7o.C. J/5**

Amparo directo 12437/98.-Construcciones Brakosa, S.A. de C.V.-28 de enero de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Adolfo Olguín García.-Secretaria: Clara Eugenia González Ávila Urbano.

Amparo en revisión 1297/99.-Cementos Apasco, S.A. de C.V.-15 de abril de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera.-Secretario: Roberto Ramírez Ruiz.

Amparo directo 1170/99.-Multiva Factoring, S.A. de C.V.-22 de abril de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Mercedes Rodarte Magdalena, secretaria de tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada.

Amparo directo 2837/99.-Belén Gutiérrez de Luna.-22 de abril de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Adolfo Olguín García.-Secretaria: Teresa Bonilla Pizano.

Amparo en revisión 4127/99.-Autotransportes del Sur Cuauhtémoc, S.A. de C.V.-21 de octubre de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Anastacio Martínez García.-Secretaria: María Elsa Zarco Ruiz.

Nota: La jurisprudencia a que se hace mención en esta tesis aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, agosto de 1998, página 129, tesis la.JJ. 41/98.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo X, Diciembre de 1999. Tesis: I.7o.C. J/5 Página: 652. Tesis de Jurisprudencia.

Capítulo Cuarto.

La Prueba Pericial.

4.1. *Nociones generales.*

Todo Juez posee conocimientos generales que le proporciona su formación práctica – profesional, pero sobre todo los adquiere en la Ciencia del Derecho; bajo tal premisa, es frecuentemente, que la explicación de ciertos hechos controvertidos, requieran de una instrucción técnica ajena a la sapiencia jurídica, que provocan la consulta de personas especializadas en otra ciencia, arte, industria u oficio.

En efecto, la más profunda sabiduría jurídica, acompañada de una extensa cultura general, no es suficiente para llegar a la verdad histórica cuando se trata de apreciar hechos que requieren conocimientos técnicos de una disciplina disímil a la ciencia legal.

Así, la prueba pericial se manifiesta en ocasión que el Juez no este en posibilidad de apreciar los hechos en conflicto por sus propios medios cognitivos; por ende la naturaleza del negocio exige un conocimiento especial en determinada materia, que se encuentra en poder de las personas habitualmente llamados *peritos*.

Por lo tanto, "cuanto más técnica sea la cuestión de hecho sometida al juez, tanto mayor será la utilidad de la prueba pericial"⁸⁴

4.1.1. **Concepto.**

La exposición de la naturaleza jurídica, acusa la exigencia de precisar un concepto generalmente admisible; por tal motivo a efecto contar con mayores elementos, es oportuno dimensional sus distintas acepciones, de acuerdo al siguiente orden:

a). Significado Etimológico.

Desde el punto de vista de la etimología, entendiendo por tal, la historia de las palabras en razón de su existencia, significado y forma, "la pericia deriva del latín *peritia*, que denota experiencia, habilidad, práctica o destreza."⁸⁵

b). Definición Gramatical.

Pericia. (Del Lat. *peritia*). f. Sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.⁸⁶

⁸⁴ Chloventa, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Tr. Enrique Figueroa Alfonso. Pedagógica Iberoamericana. México. 1995. Pág. 458.

⁸⁵ Gómez de Silva, Guido. Breve Diccionario Etimológico de l Lengua Español. 1ra. reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México 1989. Pág. 534.

c). Concepto Jurídico.

Habiendo dado un concepto genérico de la pericia, procurare obtener una definición jurídica de la prueba pericial, en deducción de las aportaciones doctrinarias que se citan a continuación:

La prueba pericial, en el concepto del Maestro Pallares "tiene lugar cuando los puntos litigiosos conciernen a alguna ciencia o arte especiales, diversos del derecho y tiene relación directa con ellos. [Y] Consiste en el dictamen producido por peritos en la materia que se rinden a petición de las partes o del juez, o de ambos"⁸⁷

Becerra Bautista, define a la prueba pericial aquélla que se lleva a efecto mediante el dictamen de peritos.

En suma, "se le describe como una actividad procesal desarrollada en virtud de un encargo procesal, por personas distintas de las partes del juicio, especialmente calificadas por sus condiciones técnicas, artísticas o científicas, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa de las aptitudes del común de las gentes."⁸⁸

En el dicho del ilustre Gómez Lara, "la prueba de pericial es el medio de confirmación por el cual se rinden dictámenes acerca de la producción de un hecho y sus circunstancias conforme a legalidad causal que lo rige. La prueba pericial cuando es técnica o científica encaja en el proceso de prueba científica que hemos tomado de Briseño Sierra y que entraña al producción eficiente de fenómenos dentro de las reglas de su propia legalidad científica."⁸⁹

Para terminar, Palacios Lino define a la "prueba pericial como aquella que se suministra por terceros que a raíz de un encargo judicial, y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones de los hechos sometidos a su dictamen."⁹⁰

De lo expuesto, no sin antes aclarar que el estudio de cada elemento es materia de los temas subsecuentes; es factible adaptar una definición de la prueba pericial, diciendo que es el dictamen de las personas versadas en una ciencia, en un arte o en un oficio con el objeto de ilustrar al Órgano Jurisdiccional sobre un hecho cuya existencia o causalidad no puede ser demostrada ni apreciada sino por medio de conocimientos científicos o técnicos; que se rinde a petición de las partes o del juez o de ambos, en donde, la función del perito estriba en elaborar el dictamen.

En atención a la prueba pericial, el artículo 1252 del Código de Comercio anterior a las reformas, señala que el juicio de peritos tendrá lugar en los negocios relativos a alguna ciencia o arte, y en los casos en que expresamente lo prevenga las leyes.

⁸⁶ Diccionario de la Lengua Española. 22 ed. Real Academia Española.

⁸⁷ Pallares, Eduardo. Op. cit. Pág. 397.

⁸⁸ Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. 16ª ed. Porrúa. México. 1999. Pág. 133.

⁸⁹ Gómez Lara, Cipriano. Op. cit. Pág. 151.

⁹⁰ Palacios Lino. Cit. Varela, Casimiro A. Op. cit. Pág. 190.

Esta redacción adolece del efecto de llamar *juicio* a un medio de prueba que autoriza y reglamenta la ley, sin embargo tal vocablo interpretado a la luz del principio *dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam*, el dicho de los peritos nunca pasa a autoridad de cosa juzgada; infiere que por juicio de peritos se entiende el parecer o dictamen de persona experimentada en su oficio, arte o ciencia.

Podemos establecer, en consecuencia, que las palabras juicio de peritos, empleadas por el citado precepto, están tomadas en un sentido impropio, estimando la primera como sinónimo de las palabras dictamen o parecer, porque los peritos no juzgan, no fallan, sino que dictaminan, emitiendo su opinión sobre determinados hechos, fundada en los principios de la ciencia o arte que profesan.

d). Clasificación.

De acuerdo a los términos de la clasificación general de las pruebas, brevemente expuesta en el primer capítulo, la probanza de mérito presenta substancialmente las siguientes características:

- i) Es una prueba indirecta, ya que el Juzgador llega al conocimiento del objeto de la prueba en forma mediata; por la inducción del perito, requiriendo por tanto de un trabajo de razonamiento para su obtención, procediendo en consecuencia de lo desconocido o poco conocido a lo conocido.

En tal razón, el dictamen pericial puede versar, por un lado, sobre la simple comprobación de un hecho, siempre que tal actividad requiera especiales conocimientos técnicos. Tal lo que ocurre, v.gr., cuando se trata de establecer el exacto valor de un terreno con edificaciones o de compulsar los asientos contenidos en libros de comercio, e incluso en el caso de que resulte necesario llevar al conocimiento del órgano judicial el contenido de ciertos preceptos que integran el sector de la especialidad técnica del perito, como pueden ser normas jurídicas extranjeras.

- ii) Es una prueba histórica, porque con ella se reproducen hechos pasados, que todavía subsisten o que sucederán, pero cuyos datos de existencia, causalidad o generación se encuentra precedentemente establecidos a la fecha de rendición del dictamen, representando en consecuencia una experiencia del perito que lo rinde.

En el ámbito más corriente dentro del cual se desenvuelve la prueba pericial, el dictamen puede consistir en la enunciación de los juicios o deducciones técnicas que el perito ha extraído del hecho examinado (v.gr. autenticidad o falsedad de un documento) o de sus causas o efectos (v.gr. calculo de intereses compuestos).

- iii). Es una prueba personal, en virtud de que tiene su origen en declaraciones de personas.

A mayor abundamiento, atendiendo a su estructura es un medio de prueba personal por cuanto utiliza, como instrumento probatorio a una o más personas.

Estas últimas, deben necesariamente revestir la calidad de terceros con relación al proceso de que se trate, pero, a diferencia de lo que ocurre con los testigos, los peritos se ponen en relación con los hechos recién han adquirido dicho carácter procesal y con motivo de un

encargo que el Juez concretamente les encomienda mediante la admisión de la probanza, y protesta de su designación; a fin de que los comprueben o enjuicien.

- iv) Es una prueba nominada, de modo que se encuentra prevista por la ley adjetiva.

Está visto que el Código de Comercio, anterior como posterior a las reformas, a través de su artículo 1205, reconoce al juicio de peritos o declaración de peritos, como medio probatorio admisible en los procedimientos mercantiles.

4.1.2. Naturaleza jurídica.

La divergencia de los autores sobre el cuestionamiento ¿Si el peritaje es o no una prueba? se encuentra polarizada básicamente en dos corrientes, una de carácter negativa y otra de sentido afirmativo.

En el seno de la primera orientación, cabe destacar la opinión del maestro Camelutti, que fragmenta al proceso en tres partes, a saber: la acción, la prueba y el juicio, no considerando a la pericia judicial en el capítulo de prueba sino en el que trata del juicio, por considerar que el perito es un auxiliar del Juez.

En afiliación a la presente postura, Sentis Melendo sentencia que la pericia no es una manifestación probatoria pues no constituye una clase de prueba, sino una forma de auxilio al Juez para completar su capacidad, ya que éste no puede llegar a alcanzar el conocimiento de las más heterogéneas disciplinas, por tanto el perito nada prueba sino que auxilia al Juez integrando su capacidad científica o técnica. Y añade que el perito tiene, entonces, por objeto llegar con su cultura especializada a donde el Juez no puede llegar con su cultura general y jurídica. Así, el Juez tiene necesidad de ser ilustrado acerca de hechos que no puede conocer por sí mismo.

Aquí, vale citar que "La doctrina señala el doble aspecto de la peritación. Se trata de una actividad realizada por personas con conocimientos especializados sobre determinada ciencia, arte, técnica (oficio o industria agrega actualmente el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal) por un lado y por otro, que recaiga sobre determinados hechos que requieren para la adecuada interpretación de sus causas, efectos, significado, relaciones, valoración, etcétera, de esos conocimientos especializados".⁸¹

En concreto, la anterior corriente ha sustentado que la peritación, no puede comprenderse entre los medios verdaderos de prueba, sino que resulta una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente; en consecuencia la función del perito tiene indispensablemente un doble aspecto: a) verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del Juez y de la gente, sus causas y sus efectos; y, b) suministrar reglas técnicas o científicas de su experiencia especializada para formar la convicción del Juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente.

⁸¹ Becerra Bautista, José. Op. cit. Pág. 133.

De esta suerte, resulta claro que la postura de los doctrinarios que sustentan la corriente negativa, se sustenta básicamente en el razonamiento, que los peritos son auxiliares del juez en la búsqueda de circunstancias o de reglas de experiencia que, por razones de especialidad, no se encuentran al alcance de aquél. Por consiguiente, sustentan que el dictamen pericial sólo configura un medio para la obtención de una prueba, en donde el perito se limita a aportar elementos de juicio a fin de que sea libremente valorada por el órgano judicial. En otra óptica, los peritos no serían más que intermediarios en el reconocimiento judicial de los hechos controvertidos, supliendo conocimientos de los cuales el Juez habitualmente carece.

El discernimiento de la tendencia *supra* citada, resulta de escasa eficacia didáctica, debido a que el carácter *Auxiliar* que revisten los peritos, determinado en la estructura orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, no resulta de ninguna manera incompatible con su fin probatorio. Si se atiende, en efecto, a la naturaleza funcional de la pericia no cabe duda alguna de que ella es un verdadero medio de prueba, ya que, aún cuando el dictamen sustituya la percepción directa del hecho por parte del juez, incorpora al proceso un dato susceptible de provocar la convicción judicial acerca de la existencia, inexistencia o causalidad de los hechos controvertidos, circunstancia que, como hemos visto oportunamente constituye la finalidad genérica de la prueba, véase último párrafo del inciso c. denominado Concepto Judicial de la Prueba, Capítulo Uno.

"Se ha dicho que es un auxiliar del juez, también, que es un medio de prueba, que es un testigo de calidad y que finalmente, es un auxiliar o encargado judicial. Becerra Bautista sostiene que las funciones del perito son dos: ser auxiliar del juez o de la administración de justicia, y ser un medio de prueba. El mismo autor señala como funciones que realizan los peritos las siguientes:

1. Auxilian al juez en la percepción o en la inteligencia de los hechos;
2. Indican al juez los principios científicos o técnicos que le permitan deducir consecuencias de hechos indispensables para el conocimiento de la verdad,
3. Deducen las consecuencias de tales hechos basándose en sus conocimientos especializados,
4. Señalan las consecuencias jurídicas que extraen por la subsunción Sic. del hecho en la norma jurídica.

Las cuatro funciones las podemos reducir a dos: el perito es un auxiliar del juzgador, cuando, por ejemplo, es traductor; pero es a la vez auxiliar y medio de prueba, cuando le proporciona a aquél el conocimiento científico y técnico para la explicación o comprensión de los hechos controvertidos."⁹²

4.1.3. Requisitos.

Para cerrar el estudio de la naturaleza jurídica de la prueba de peritos, es procedente discurrir sobre los elementos que integran su definición, de acuerdo al siguiente orden:

⁹² Becerra Bautista, José. Cit Gómez Lara, Cipriano. Op. cit. Pág. 152.

a). Subjetivos.

Los elementos subjetivos de la prueba objeto de análisis, de acuerdo a los términos de la tesis de Jaime Guasp sobre los sujetos de la prueba, son:

- i). El sujeto activo que es siempre el oferente.
- ii). El sujeto pasivo, que se identifica con la persona sobre quien recae la actividad probatoria. Tratándose de la prueba pericial serán sujetos pasivos, el perito o peritos que se designen para realizar las correspondientes diligencias, y a cuyos requisitos de aptitud me referiré más adelante.

En consecuencia, el perito en base a los conocimientos teóricos o prácticos que posee informa al Juzgado sobre los puntos litigiosos que se relacionan con su saber o experiencia, la esencia de su función radica en la explicación de los hechos y de ninguna manera en la decisión jurídica del caso de que se trata, facultad exclusiva del Juez.

- iii). El destinatario de la prueba, que es indefectiblemente el Juez, porque el ofrecimiento y desahogo del medio de prueba, tiene por objetivo formar su convicción respecto de la existencia, inexistencia o causalidad de un hecho en controversia.

Amén, de que la calidad de sujeto activo y de receptor de la prueba puede conjugarse perfectamente en la persona del Juez, en virtud de las disposiciones legales que lo facultan para ordenar el desahogo de pruebas para mejor proveer.

b). Objetivos.

El elemento objetivo de la prueba de mérito, a juzgar por la obra de Enrique Lino Palacio, es: Desde el punto de vista de su idoneidad, el objeto de la prueba pericial requiere, por un lado, como ocurre con todo tipo de prueba, el carácter controvertido y conducente de los hechos sobre los cuales debe versar el correspondiente dictamen, y, por otro lado, la necesidad de que tales hechos sean susceptibles de percepción directa a la especialidad de quienes son designados en esa calidad; en otras palabras el objeto de la pericia son los hechos controvertidos factibles de estudio por un especialista.

Asimismo, el objeto del dictamen pericial puede consistir en la transmisión que el perito hace al juez del contenido de normas generales, entre las cuales cabe incluir las de índole jurídica cuando debe probarse la existencia de preceptos establecido en leyes extranjeras.

Por lo demás, a diferencia de lo que ocurre con el testimonio, que versa siempre sobre hechos pasados, la prueba pericial puede también recaer sobre hechos presentes y futuros.

b.i). Dictamen.

El dictamen pericial, como elemento real de la prueba, está constituido por el informe escrito a través del cual, el perito en sujeción a un cuestionario brinda su opinión respecto a hechos no jurídicos, salvo el caso del derecho extranjero; que son sometidos a su estudio y análisis con la finalidad de ilustrar al Juez, en una materia que no es de su conocimiento.

Así entonces, el dictamen pericial, mejor conocido como peritaje, debe contener las respuestas a los cuestionamientos planteados por las partes, expresando la razón de ciencia para llegar a su conclusión.

Por tal razón, el elemento real descrito, consta de dos partes distintas:

- I. La primera que es la declaración de una verdad técnica y la aplicación de ella al hecho controvertido, y
- II. La segunda que corresponde al análisis fundado de los fenómenos producidos por él.

De donde se infiere que los Tribunales se encuentran impedidos para delegar en los peritos la decisión sobre la constitución, declaración o resolución de conflictos de derecho que les son entabladas, ya porque carecen de facultad para delegar la autoridad de que se hallan investidos, ya porque los peritos son nombrados tan sólo para ilustrarlos sobre cuestiones de hechos y no de derecho, que son reservadas exclusivamente por las leyes a los mismos tribunales, aplicando los preceptos de éstas a los casos controvertidos.

Tal es la causa, de que en ningún caso a excepción de los avalúos, la opinión de los peritos pueda sustituir el parecer del Juez, esto es, vincular jurídicamente el convencimiento a éste; al respecto cobra aplicación la máxima *dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam*, el dicho de los peritos nunca pasa a autoridad de cosa juzgada.

b.ii). Diversidad de la prueba.

El informe o dictamen que brinda una persona diestra en cualquier materia diversa a la Ciencia Jurídica, puede versar sobre todas las ramas del conocimiento humano, alimentándose día a día con los avances en la industria, ciencia, arte, tecnología, etc.

Por lo expuesto, se puede afirmar que a la fecha no existe un número determinado de clases o tipos de prueba pericial, ya que resulta ilimitado el número de hechos controvertidos que se pueden presentar en el mundo de relaciones humanas.

Las pericias más socorridas, para la dilucidación de hechos controvertidos en materia de comercio, son las siguientes:

- Pericial en Arquitectura: Permite instruir al Juez sobre la proyección y construcción de edificios, determinación real de una finca, contemplando sus dimensiones, material empleado, etc.
- Pericial en Caligrafía: La caligrafía es el arte de escribir con letra correctamente formada, y por ende el estudio o análisis de los rasgos y formas de las letras, con ello se auxilia al Juez a determinar o detectar posibles falsificaciones o alteraciones de documentos.
- Pericial en Dactiloscopia: La dactiloscopia es el estudio de las huellas digitales con fines de identificación, de lo anterior se desprende que este medio de prueba, tienen por objeto identificar a las personas a las que pertenecen las huellas impresas en un objeto.

- Pericial en Fonografía: Al ser la fonografía aquella técnica que se encarga del estudio de los sonidos, por este medio se pueden analizar grabaciones realizadas en un disco o cassette, con la finalidad de identificar la voz de una persona, o bien la originalidad de una melodía canción o efectos de sonidos o bien, detectar alguna alteración en esa grabación, cuya originalidad o propiedad intelectual sea materia del juicio, o bien ser presentada como prueba en cualquier otra circunstancia.
- Pericial en Grafología: Entendemos a la grafología como el arte de reconocer el carácter de una persona por su escritura; a través de este medio, el Perito examinará las dimensiones de la letra, el espacio que se deja entre las mismas o entre la palabra y palabra, la dirección del renglón, etc., todo ello con la finalidad de poder determinar si un determinado sujeto suscribió el documento, materia de prueba.
- Pericial en Grafoscopia: Por este medio se realizara el estudio de la fuerza que utiliza una persona para oprimir o apoyar el bolígrafo sobre cualquier documento. Esta probanza es análoga de la pericial en grafología y de la pericial en caligrafía, ya que en ellas se realiza el estudio, análisis de la escritura en general, utilizando los expertos aparatos de precisión.
- Pericial en Ingeniería: A través de ella se brindan conocimientos al Juez sobre la aplicación de principios científicos al diseño y construcción de estructuras y maquinarias.
- Pericial en Topografía: A través de esta pericial, se puede auxiliar al Juez en la determinación de una superficie en metros cuadrados de un predio, sea rústico o urbano, así como la de las colindancias o ubicación de ese terreno, al ser la topografía el arte de representar gráficamente un lugar sobre el papel, con todos los accidentes de la superficie.
- Pericial en Valuación: Por este medio, con base en diversos estudios se señala el precio, valor o costo de un acto, objeto, presentación o servicio que se encuentra sujeto a la litis.

Al enunciar algunos de los tipos de periciales, se concluye que en general todas las formas del conocimiento humano, son susceptibles de la pericia, abarcando cualquier materia, arte, ciencia, oficio, profesión o técnica de la que use requieran conocimientos especiales, así entonces la prueba pericial será tan basta, como el conocimiento humano.

c). De lugar, tiempo y forma.

La práctica de la prueba pericial en materia mercantil, se verifica habitualmente en el lugar en que obran los registros, documentos o libros que deban revisarse, donde yacen las mercancías o edificaciones que deban valuarse, o el punto del siniestro respecto del cual deba fijarse su importe, salvo que ésta deba efectuarse simultáneamente con el reconocimiento judicial que prevé el numeral 1259 del Estatuto Mercantil reformado, en cuyo caso la determinación del lugar incumbe al Juez o Tribunal.

La sede del órgano judicial, se constituirá en el lugar de desarrollo de la prueba cuando la materia de la diligencia se resguarde precisamente allí, sin embargo indefectiblemente la presentación del dictamen y la celebración de la junta de peritos debe verificarse en ese sitio.

El tiempo de la prueba analizada es, normalmente, el del período probatorio correspondiente al tipo de proceso de que se trate, aunque la práctica de aquella procede, excepcionalmente, a título de medios preparatorios o incluso en forma posterior, en forma de prueba superveniente.

Sin perjuicio de que la prueba pericial pueda realizarse anticipadamente como una medida preparatoria a juicio, ésta debe cumplir con los requisitos y formalidades que exige la Ley de la materia.

En lo que concierne, finalmente, a la forma de su expresión, la prueba pericial se halla sujeta a la regla general absoluta contenida en el apartado 1063 de la Ley Mercantil, esto es, que su proposición indefectiblemente debe ser por escrito.

4.2. Peritos.

El perito, a modo de elemento real definitorio de la prueba analizada, requiere de su exacta definición, de acuerdo al siguiente orden:

a). Significado Etimológico.

"La persona encargada de realizar el estudio, examen, análisis y observación de los hechos sobre los que es necesario ilustrar al Juez, al no ser docto en toda ciencia, recibe el nombre de Perito, término que deriva del latín *peritus* que se refiere a un hábil, práctico, experimentado, sobre alguna ciencia o arte."⁹³

b). Definición Gramatical.

"*Perito*, *ta*. (Del Lat. *peritus*). Adj. Entendido, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte. U. t. c. s. || 2. m. y f. ingeniero técnico. MORF. U. t. la forma en m. para designar el f. *Asunción* es *perito*. || 3. *Der.* Persona que, poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia. MORF. U. t. la forma en m. para designar el f. *Ana* es *perito*."⁹⁴

c). Concepto Jurídico.

En la esfera del derecho procesal, los expertos han dictado diversas definiciones sobre el significado de este término, entre las que, a título personal, destacan las siguientes:

"Los peritos son personas llamadas a exponer al Juez no sólo las observaciones de sus sentidos y sus impresiones personales sobre los hechos observados, sino también las inducciones que deban sacarse objetivamente de éstos, y de aquéllos que se les den por existentes. Esto exige que los peritos posean conocimientos teóricos o prácticos, aptitudes en ramas específicas (perito medico, tasador, agrimensor, perito arquitecto, etc.)."⁹⁵

⁹³ Gómez de Silva, Guido. Op. cit. Pág. 535.

⁹⁴ Diccionario de la Lengua Española. 22 ed. Real Academia Española.

⁹⁵ Chiovenda, Giuseppe. Op. cit. Pág. 458.

Prieto Castro dice que "perito es la persona que posee conocimientos especializados sobre alguna materia, y al cual se acude en busca de dictamen cuando, para apreciar o para conocer y apreciar los hechos o algún hecho de influencia en el proceso, sean necesarios o convenientes sus conocimientos científicos, artísticos o prácticos."⁹⁶

Eduardo J. Couture en su vocabulario jurídico define al perito como "auxiliar de la justicia que en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada es llamada a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de éstos"

"De Pina define a los peritos como sujetos que son entendidos en alguna ciencia o arte y que pueden ilustrar al tribunal acerca de diferentes aspectos de la realidad concreta, para cuyo examen es indispensable que se tengan conocimientos especiales, en mayor grado que el caudal de una cultura general media."⁹⁷

A partir de la ilustración del término en estudio, es opinión del ponente denominar al perito como la persona que posee conocimientos especiales de carácter científico, artístico o prácticos, sobre materias diversas a la Ciencia Jurídica; presentada en juicio para determinar la causas y efectos de los hechos controvertidos, ilustrando de esta manera al Juezador.

De lo expuesto, se observa que todas las definiciones se fundan en el siguiente argumento: El motivo por el que resulta indispensable la actuación de los peritos, estriba en la circunstancia de que el Juez no puede apreciar con precisión los hechos que han originado el litigio, por requerirse para ello conocimientos especiales que no tiene.

Por otra parte, se detecta que entre los medios de prueba *personales* son sin duda el dictamen pericial y la declaración testimonial los que en mayor medida se asemejan. De allí que la doctrina, en general, se ocupe de precisar los contextos que fundamentalmente sirven para diferenciar ambas posiciones procesales.

En ese orden de ideas, y de acuerdo con las nociones que ya hemos expuesto acerca de la prueba testifical y pericial, pueden señalarse, las siguientes diferencias:

La declaración testimonial invariablemente versar sobre hechos acontecidos en el pasado, es decir ocurridos con anterioridad al acto de la declaración. El dictamen pericial, por el contrario, puede tener objeto la comprobación o análisis de hechos pasados, presentes y futuros. Esta diferencia es esencial.

En tanto que, el testigo declara sobre hechos percibidos fuera de proceso, el perito se enuncia sobre hechos percibidos en ocasión de aquél. En diversa redacción, el testigo está en relación con el hecho sin cargo del juez, y el perito se pone en contacto con él, a raíz del encargo que aquél le encomienda.

En virtud de la forma en que el testigo se pone en contacto con los hechos acerca de los cuales declara, es por regla insustituible. El perito, en cambio, es sustituible pues su aptitud es

⁹⁶ Prieto Castro. Cit. Varola, Casimiro A. Op. cit. Pág. 191.

⁹⁷ De Pina. Cit Gómez Lara, Cipriano. Op. cit. Pág. 151.

común a todas aquellas personas que integran el sector de la especialidad científica, artística, industrial o técnica al cual pertenece.

El testigo debe declarar sobre su percepción sobre los hechos; el perito, por lo general, formula su dictamen de valor científico o técnico extraído de los hechos percibidos.

Por consiguiente, los peritos deben contar, generalmente, con la patente que avale su conocimiento en la ciencia o en el arte a que se refieren los hechos litigiosos, mientras que a los testigos no se les exige este requisito.

Si bien, por lo demás, la actividad pericial puede a veces limitarse a la comprobación de un hecho, interesa recordar que la prueba resultante reviste eficacia en la medida en que tal comprobación requiera conocimientos técnicos especiales.

Los servicios profesionales de los peritos se rigen por la garantía constitucional del derecho al trabajo y justa retribución, es decir que nadie puede ser obligado a prestar un servicio personal sin recibir su pago, artículo 5° de la Carta Magna. Por el contrario, tradicionalmente se considera tachable al testigo pagado, en suma el testimonio es una necesidad de la administración de justicia, que deviene en una especie de servicio público obligatorio.

d). Clasificación.

La clasificación de los peritos en grupos, con independencia de la diversidad de las materias sobre las que puede versar; puede tender entre otros a los siguientes factores:

En atención de la autorización legal para ejercer una especialidad, es factible congregar en: peritos titulados y peritos entendidos. Los primeros son los que han cursado una carrera superior y han obtenido el título profesional que los acredita como especialistas en un sector del conocimiento científico o técnico. Los segundos son los que desarrollan actividades prácticas de una manera cotidiana y que vienen a adquirir un conocimiento empírico de las cosas, o bien, a adquirir el dominio de un arte, entendido como técnica y no en su significación estética.

Por razón del sujeto activo de la prueba, es decir, a la parte oferente es posible distinguir entre los peritos de parte, que corresponden a los designados por cada uno de los justiciables y los peritos de oficio, designados por el Juez como terceros en discordia o para mejor proveer.

De acuerdo a su inscripción en las listas del Tribunal Superior de Justicia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, puede clasificarse en dos clases de peritos, los oficiales que son auxiliares de la administración de justicia, según reza el artículo 4° de la Ley Orgánica relativa y los no oficiales regidos por los artículos 101 a 106 de dicho ordenamiento, que considera el peritaje como una función pública.

4.2.1. Requisitos.

Entre los requisitos que deben satisfacerse para ser perito, se encuentra en primer lugar el referente a la capacidad jurídica, como atributo de la personalidad, instituido esencialmente en los apartados 22 y 23 a contrario sensu del Código Civil para el Distrito Federal, que literalmente expresan:

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Artículo 23. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

La interpretación armónica de los preceptos relativos a la autorización legal para ejercer una especialidad y por ende la función pública del peritaje, determinan por exclusión que las personas morales tales como, las Cámaras Nacionales de Comercio e Industria, los Colegios de profesiones, v. gr. de Contadores, de Arquitectos, etcétera; las Instituciones Académicas e incluso las Instituciones Públicas, no pueden ser peritos en virtud de no cumplir con el primer requisito establecido en el artículo 102 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, esto es, no son ciudadanos mexicanos, según los términos establecidos por el numeral 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este orden de ideas, es de concluir que ninguna de las personas morales previstas en el apartado 25 del Código objetivo Civil, puede ejercer la función de perito, ya que por tal actividad por disposición de ley se reserva para los ciudadanos mexicanos, que ineludiblemente son personas físicas, salvo el caso previsto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia, que prevé cuando no hubiere en la localidad ciudadanos mexicanos suficientemente idóneos para el peritaje, podrá dispensarse el requisito de nacionalidad; pero las personas designadas, al protestar cumplir su cargo, deberán someterse expresamente a las leyes mexicanas.

En tal sentido, se considera que la medida proteccionista a los profesionales mexicanos, es buena en espíritu, sin embargo en la actualidad se contraponen a la tendencia globalizadora y lógicamente ataca a la sana competencia.

Por otra parte, se propone que a efecto de fomentar la conciencia del servicio o función social inmerso implícitamente del término Auxiliar en la Administración de Justicia, sea reglamentada la intervención de las Barras, Colegios y Asociaciones de Profesionales, Instituciones Educativas así como las Cámaras Nacionales de Comercio y la Industria, para la designación de representantes que por su renombre y trayectoria fungirían peritos en las listas oficiales procurando conformar en lo posible un Instituto de peritos dependiente del Tribunal o del Consejo de la Judicatura, a la manera del Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles, que establezca verdaderas sanciones a aquellos peritos que profanando la esencia de la pericia, venden su opinión al mejor postor.

Así tenemos, que el primer requisito para ser perito sea oficial o designado por las partes es ser ciudadano mexicano sea por nacimiento o naturalización, evento en el cual un extranjero naturalizado podría ejercer el cargo de perito.

Por orden de importancia, en segundo lugar conviene decir que, el perito debe tener capacidad científica, artística, industrial o práctica por virtud de la cual se encuentre facultado para dar su criterio sobre los hechos debatidos.

El presente requisito que no es otro, que la necesidad de que el perito cuente con la patente para ejercer legalmente una profesión, es contemplada tanto en el Código de Comercio anterior, como en el posterior a las reformas, en incluso en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, a través de los siguientes párrafos:

Código de Comercio.

Artículo 1252. Los peritos deben tener título en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, si la ciencia, arte, técnica, oficio o industria requieren título para su ejercicio. [...]

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Artículo 103. Los peritajes que deban versar sobre materias relativas a profesiones, deberán encomendarse a personas autorizadas con título, que deberán satisfacer los requisitos señalados en el artículo anterior. [...]

La acreditación de la capacidad para desempeñar el cargo, como medida tendiente a asegurar la eficacia probatoria del peritaje, requiere como es lógico e inexcusable que los peritos deberán tener título de la ciencia, arte, o industria a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su juicio si la profesión o arte estuviere reglamentada.

El medio idóneo para acreditar el seguro conocimiento del perito en la materia relativa, es la patente de ejercicio o cédula profesional, que expide la Dirección General de Profesiones, con arreglo a la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, relativo al Ejercicio de Profesiones en el Distrito Federal.

Por decir algunas de las profesiones cuyo ejercicio exige título oficial para su legal ejercicio, cabe citar a los profesionales: Actuario, Arquitecto, Bacteriólogo, Biólogo, Cirujano dentista, Contador, Corredor, Enfermera, Ingeniero, Licenciado en Derecho, Licenciado en Economía, Médico, Médico Veterinario, Metalúrgico, Notario, Piloto aviador, Profesor de educación preescolar, Profesor de educación primaria, Profesor de Educación secundaria, Químico, Trabajador social.

No obstante, en ocasión de que la profesión no estuviere reglamentada, o aún estándolo, no hubiere tales peritos en el lugar del juicio, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas aún cuando no tengan títulos, según las previsiones del apartado que a continuación se cita:

Artículo 1252. [...]

Si no lo requirieran o requiriéndolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas a satisfacción del juez, aún cuando no tengan título. [...]

Los preceptos señalados, es aplicable tanto a los peritos de las partes como al designado por el Juez, toda vez que se pretende que éste adquiera convicción de los hechos en virtud de deducciones u observaciones técnicas o científicas.

Al respecto, el maestro Becerra Bautista, sostiene que: "El problema surge cuando se trata de personas entendidas. La persona nombrada por la parte actuará bajo su conveniencia y responsabilidad; al nombrada por el Juez quedará a su discreción absoluta, pues no existe solución legal para acreditar quiénes son personas entendidas."

En la vida contemporánea, es opinión particular que el presente extremo es de difícil actualización.

En resumen, la segunda condición para poder ser nombrado perito es contar con título en la especialidad que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su juicio, si la profesión o arte estuviere reglamentada, salvo las excepciones previstas.

Diversa cualidad, que debe satisfacer el perito es gozar de buena reputación, según la previsión del artículo 102 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, característica dentro se aprecia su veracidad, lealtad, honradez e imparcialidad.

En la vida práctica del litigante se palpa que la prueba pericial no se acomoda, en la generalidad de los casos, a estas condiciones, sino que los peritos propuestos por las partes van a inclinar su peritaje en favor de aquella parte que los designa y los paga no siendo tampoco raro que antes de emitir su dictamen intenten desnaturalizarlo obedeciendo a influencias u ofrecimientos indecorosos.

Por desgracia, en la realidad, no es posible hablar estrictamente de completa imparcialidad en los peritos designados por las partes, pues resulta evidente que de todas formas habrá algo de parcialidad en su actuación, debido a que estas últimas los llaman en su ayuda. Pero tampoco en los peritos designados por el Juez, ya que si conducen generalmente en favor del mejor postor.

Un distintivo más de los peritos designados por las partes o por el Juez, es que deben tener su domicilio dentro del Distrito Federal,

Y finalmente los peritos oficiales, para su inscripción en lista, deben de acreditar un examen ante el jurado que designe el Consejo de la Judicatura, a efecto de demostrar su pericia, de acuerdo a las facultades consagradas en el apartado 201 fracción XIII de la citada Ley Orgánica.

En concreto, por disposición de ley los peritos en los juicios mercantiles deben reunir las siguientes características:

- Ser ciudadanos mexicanos.
- Estar Titulados.
- Gozar de buena reputación.
- Tener su domicilio en el Distrito Federal.
- Aprobar el examen ante el Jurado designado por el Consejo de la Judicatura. (Sólo para peritos oficiales.)

4.2.2. Deberes.

Como sea visto, el peritaje en los asuntos judiciales radicado ante las autoridades comunes del Distrito Federal, es una función pública.

Pese a lo dictado, debe distinguirse que entre los peritos libremente designados por las partes, el ejercicio de la función pericial, en virtud de la garantía constitucional consagrada en el numeral 5° de la Constitución Federal, esto es, que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno conocimiento, no constituye una carga de servicio público obligatorio y el perito puede, por consiguiente, rehusarse a aceptar su designación como tal.

Por el contrario, en los peritos designados por el Juez de las listas oficiales del Tribunal Superior de Justicia, para rendir su dictamen como tercero en discordia o para mejor proveer; no aplica de la misma forma el principio constitucional dictado, toda vez que el acto su inscripción, equiparable a un consentimiento previo, los obliga a cumplir las ordenes, que en el ejercicio de sus facultades legales emitan los Jueces y Magistrados del Tribunal, toda vez que su renuencia para aceptar el cargo conferido podría ser objeto de sanciones acorde a la aplicación analógica del Artículo 1255 del Código de Comercio reformado.

Verificado, en cambio, la protesta y aceptación del cargo para cualquiera de las modalidades descritas, el perito contrae el deber de desempeñar fielmente su encargo, reflejando como principal obligación el de rendir su dictamen dentro de los términos y condiciones señaladas por la Ley de la materia.

En teoría, los deberes a que debe sujetarse al perito que habiendo aceptado y protestado su cargo, y por ende se encuentre obligado a rendir su peritaje son del tenor siguiente:

- a. El perito debe poner toda su capacidad científica o técnica para el esclarecimiento de los hechos, debido a que su dictamen servirá al Juez para dictar su fallo.
- b. El perito debe rendir su peritaje personalmente, en virtud de que el contrato de prestación de servicios profesionales implícito en el desarrollo de tal cometido se realiza *intuitu personae*, deber que se tiene por cumplido mediante la firma autógrafa del dictamen.

Tocante a éste deber, vale decir que el oficio de perito es estrictamente personal y no puede delegarse. Pero ello no quiere decir que el perito deba realizar personalmente todas las operaciones necesarias a la pericia; en virtud de que tal circunstancia a veces sería imposible. ¿Quién puede pretender que el arquitecto a quien se le encomienda la valuación de una obra, tome personalmente las mil medidas conducentes a la aplicación de los precios unitarios de la tarifa? o que un contador revise hoja por hoja todos libros de un comerciante para determinar un estado financiero.

Por tanto, es preciso, distinguir entre el dictamen propiamente dicho y las operaciones periciales preparatorias. El dictamen pericial comprende la opinión técnica pronunciada sobre los datos o elementos analizados; y esto no puede hacerse sino por el perito designado. Pero las operaciones preparatorias para recabar los datos objetos de análisis pueden ser de una naturaleza heterogénea, según el objeto y la clase de la peritación; algunas elevadas, otras de inferior rango, unas difíciles, otras fáciles; tales materiales, tales intelectuales, y no se deben excluir a priori que algunas de estas operaciones deban o puedan confiarse por los peritos a sus ayudantes.

c. Los peritos, sobre todo los designados por el Juez, tienen la obligación de ser totalmente imparciales.

En efecto, desde el punto de vista puramente teórico, los peritos deben emitir su dictamen atendiendo exclusivamente a sus conocimientos, y no debe afirmarse que por el hecho de ser designados por alguna de las partes, su opinión estará fatalmente inclinada a favor de aquella que los hubiese nombrado.

Pero en la práctica, es excepcional que los peritos de las partes opinen en contra de los intereses de quienes los han designado y pagado, en vista de lo cual, el perito del actor afirmará en su favor y el demandado hará otro tanto, por eso es que en el perito tercero es en el que debe suponerse y exigirse una imparcialidad absoluta, ya que éste, en principio no está unido a las partes por vínculos de ninguna naturaleza, salvo la regla de la oferta y la demanda.

d. Otra obligación que considero deben observar los peritos de las partes es la relativa a proceder conforme a las reglas de la ética profesional en cualquier materia sobre la que vaya a versar su dictamen.

El incumplimiento de los deberes referidos, puede dar lugar a la aplicación de las sanciones de orden civil, penal y procesal que analizaremos seguidamente.

a). Responsabilidad Penal.

En esta materia, las sanciones factibles de aplicación a los peritos designados en juicio, por los actos u omisiones cometidos en el desarrollo de su encargo, de acuerdo a los términos de Código Penal para el Distrito Federal, serían del tenor siguiente:

Artículo 178. Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Sobre el particular, debe recordarse que entre los peritos libremente designados por las partes, el ejercicio de la función pericial, acorde a la garantía constitucional consagrada en el numeral 5° de la Constitución Federal, no constituye una carga de servicio público obligatorio y el perito puede, por consiguiente, rehusarse a aceptar su designación como tal.

Por lo que se refiere a la desobediencia de un mandato judicial, es opinión del suscrito que, la sanción que impone el precepto citado podría ser aplicable a los peritos designados por el Juez de las listas oficiales del Tribunal Superior de Justicia, para rendir su dictamen como tercero en discordia o para mejor proveer; debido a ellos son los únicos obligados a prestar su cooperación a las autoridades judiciales, tal como lo dispone el numeral 101 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Sobre la "responsabilidad penal" en el ejercicio de su profesión, procede citar el próximo apartado del Código Penal para el Distrito Federal:

Artículo 228. Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I.- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

A primera vista parece que el dispositivo referido, comprende también a los peritos; sin embargo, debido a las particulares características del peritaje, quienes lo rinden están fuera de la prevención legal. En efecto, el daño a que se refiere el artículo 228 debe producirse a virtud de la conducta del sujeto activo; por ejemplo, el médico que dolosa o culposamente produce una lesión e incluso que causa la muerte, el arquitecto que debido a su impericia elabora planos defectuosos que originan el derrumbe de un edificio o causa daños al mismo o a los contiguos; en esos casos, el resultado es consecuencia directa e inmediata de la conducta ejecutada. En cambio, en el caso de los peritos, el daño que se produzca no es consecuencia inmediata y directa de la opinión emitida, ya que ella tan sólo tiene trascendencia cuando el Juez le concede un valor probatorio determinado, y resulta por lo tanto, que el daño que se produzca tiene tan solo como antecedente histórico la opinión pericial, pero desde un punto de vista lógico, su causa la encontramos en la sentencia.

Puede un perito opinar en forma tal que de aceptarse su opinión se producirían graves consecuencias en perjuicio de alguna de las partes, pero si el juez estima que el dictamen pericial carece de aptitud probatoria, la opinión del perito resulta intrascendente, esto explica en forma clara porque el perito no puede causar daño por el sólo hecho de emitir opinión, sino que se requiere del mandato judicial para que dicha opinión tenga trascendencia.

El problema de la responsabilidad del penal en que puede incurrir un perito presenta ciertas complejidades que obedecen a la naturaleza misma de la función y su resultado en juicio. Sin embargo el Código Penal en comento si contempla de manera especial, un delito atribuible a quien ejerce el cargo de perito:

Artículo 247. Comete el delito de falsedad en declaraciones:

II. Al que examinado como perito por la autoridad judicial o administrativa faltare a la verdad dolosamente en su dictamen, se le impondrán de 4 a 8 años de prisión, y multa de 100 a 300 días así como inhabilitación para desempeñar profesión u oficio, empleo, cargo o comisión públicos, hasta por 6 años. [. . .].

El dolo se configura cuando el perito afirma o niega falsamente hechos, circunstancias o calidades u oculta hechos o circunstancias que haría modificar sus conclusiones o manifiesta haber verificado determinados experimentos sin que sea verdad, o afirma una conclusión sin poseer la certeza de ella, o brinda un concepto contrario a la realidad.

La sanción observada, puede reducirse o agravarse al considerarlo como reincidente si ocurre que:

Artículo 248 El testigo, perito o intérprete que retracte espontáneamente sus falsas declaraciones rendidas ante cualquier autoridad administrativa o ante la judicial antes de que se pronuncie sentencia en la instancia en que las diere, sólo pagará de 30 a 180 días multa, pero si faltare a la verdad al retractar sus declaraciones, se le aplicará la sanción que corresponda con arreglo a lo prevenido en este capítulo, considerándolo como reincidente.

Otro caso de delito atribuible a quien ejerce el cargo de perito, es el previsto en el:

Artículo 244. El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los medios siguientes:

IX. Alterando un perito traductor o paleógrafo el contenido de un documento, al traducirlo o descifrarlo. [. . .].

b). Responsabilidad Civil.

El perito responde civilmente por los daños y perjuicios que origine a los litigantes con su dolo o culpa en el desarrollo de su cargo, esto con independencia de las sanciones procesales de que fuere objeto. Esta responsabilidad se fundamenta en los principios generales en materia contractual, y opera cuando el perito es designado por una de las partes, según se desprende de los siguientes artículos del código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 2615. El que preste servicios profesionales, sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.

Artículo 2104 El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

- I.- Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;
- II.- Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.

c). Responsabilidad Procesal.

El Código de Comercio reformado, no prevé la aplicación de sanciones procesales a los peritos de las partes que hayan aceptado su cargo, para obligarlos a cumplir con el deber de ofrecer su dictamen, sino que únicamente sanciona a los peritos oficiales, de acuerdo al siguiente orden:

Artículo 1255. [. . .]

El perito tercero en discordia deberá rendir su peritaje precisamente en la audiencia de pruebas, y su incumplimiento dará lugar a que el tribunal le imponga como sanción pecuniaria, en favor de las partes, el importe de una cantidad igual a la que cotizó por sus servicios al aceptar y protestar el cargo. En el mismo acto, el tribunal dictará proveído de ejecución en contra de dicho perito tercero en discordia, además de hacerlo saber al tribunal pleno, y a la asociación, colegio de profesionistas o institución que lo hubiera propuesto por así haberlo solicitado el juez, para los efectos correspondientes. [. . .]

4.2.3. Derechos.

Los peritos no están obligados a prestar gratuitamente sus servicios, y mucho menos a esperar hasta la conclusión del juicio el pago de sus honorarios, para saber quién de los litigantes es condenado al pago de las costas y gastos; pues si no fuere así, se le causarían perjuicios, porque se les obligaría a prescindir de otros trabajos para ellos productivos, y se les obligaría por un tiempo más o menos largo a carecer de la justa retribución de su trabajo, lo cual sería notoriamente injusto.

Para evitar esta injusticia ordena el artículo 1253 fracción VII del Código de Comercio actual que los honorarios de cada perito serán pagados por la parte que los nombra. En cambio los honorarios del perito tercero en discordia serán pagados por ambas partes, según dispone el numeral 1255.

Por último, es conveniente decir que el Código de Comercio no establece norma alguna para regular o eslimar los honorarios de los peritos y es natural que así sea, por que tales reglas pertenecen a materia enteramente extraña a su objeto.

Capítulo Quinto.

La Prueba Pericial en el Derecho Procesal Mercantil Mexicano.

5.1. Antecedentes.

Ya cite, al principio del capítulo tercero, que las Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao dadas el 2 de diciembre de 1737 rigieron en nuestra patria aún después de su Independencia, hasta el año de 1854, fecha en que nació el primer Código de Comercio. Asimismo manifesté que, tal compilación tuvo una accidentada vida; de modo que fue derogada por los artículos 12 y 16 de la llamada Ley de Juárez de 22 de noviembre de 1855, con la que resurge la aplicación de las Ordenanzas de Bilbao.

Resta solo añadir, que la Ley de Juárez suprimió también los Tribunales de Comercio, y asignó su jurisdicción a los Juzgados comunes, de modo que desapareció el fuero de comercio, aspecto que subsiste hasta nuestros días.

5.1.1. Código de Comercio de Laredo (1854).

Ahora bien, de la lectura de los artículos 960 a 979 que integran el Título III, Sección III denominado *De las pruebas*, e incluso el numeral 1091 del Código en cita, se colige que la regulación dada a la prueba de peritos, y no solo a ella sino a las pruebas en general; resulta vaga y escueta, esto es así, por que del total de los artículos que integran dicha sección, sólo tres la refieren directamente y dos más en forma indirecta.

Las reglas que aluden lisa y llanamente a la prueba de mérito, son del tenor siguiente:

Artículo 970. Cuando haya de intervenir el juicio de peritos ó expertos, como medio de prueba, cada parte nombrará el suyo y el tribunal el tercero en caso de discordia.

Artículo 995. En virtud de la sentencia de remate se procederá á la venta de los bienes secuestrados, previo justiprecio hecho por dos corredores ó peritos y tercero en caso de discordia, nombrado por el tribunal. Si las partes conviniesen, en lugar de tres se nombrará un solo perito ó corredor.

Artículo 1.085. En todos los casos en que las partes por olvido, malicia ó negligencia, dejaren de llenar algún requisito, ó de cumplir con algún trámite, ó de obedecer un mandado, como por ejemplo, dejando de nombrar perito, contador ó arbitro, estando obligados a ello, ó en cualquier otro caso análogo, el tribunal suplirá la falta procediendo de oficio.

Las notas indirectas de la probanza en estudio, se encuentran insertas en los preceptos que a continuación se citan:

Artículo 960. Según la naturaleza y calidad del negocio, el tribunal fijara el término que crea suficiente para la rendición de pruebas, no pudiendo ascender de sesenta días.

Artículo 962. Para la práctica de toda diligencia de prueba, ha de preceder citación de los litigantes.

Las normas precedentes, como se advierte, reglamentan precariamente el ofrecimiento y desahogo de la prueba pericial, ya que la referencia a la designación de peritos, como una facultad atribuida a las partes, la reserva de la designación del perito tercero en caso de discordia a favor del Tribunal, la orden de valuar los bienes embargados previo a su remate, por los peritos de los litigantes y en su caso del tercero en discordia, o la previsión del posible acuerdo para designar un solo perito en juicio, e incluso la facultad del Juez para designar de oficio perito en rebeldía de los litigantes; aún interpretadas con las reglas generales que fijan el término máximo del período probatorio y el principio del debate contradictorio de las pruebas, no resuelven en definitiva el problema, forzando la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles de la entidad que corresponda.

Artículo 1.091. En cuanto al orden de instrucción y substanciación en todos los procedimientos e instancias, que tienen lugar en las causas de comercio, que no se halle prevenido en este Código, se observarán, las disposiciones de las Leyes para los tribunales comunes.

En nota, conviene recordar, que el hecho de que en 1854 no existiera aún un Código de Procedimientos Civiles Federal, dado que el de 1897 fue el primero de su clase, puede ser la explicación lógica de que el legislativo de la época instituyera la supletoriedad de los Códigos locales a la materia mercantil.

En México, después de la efímera vida del Código de Comercio de 1854, mejor conocido como el Código de Lares, debido a su autor Don Teodosio Lares, surge la segunda codificación en materia mercantil, que brevemente se describe en seguida:

5.1.2. Código de Comercio de 1884.

Es de rememorar, véase *capítulo tres*, que el embrollo relativo a la alternancia entre el Código de Lares y las Ordenanzas de Bilbao, se intento remediar por razón de la "simplificación" de los procedimientos Mercantiles, mediante su adaptación al Proceso Civil, según determinan los preceptos del Código de Comercio de 1884, que a continuación se citan:

Artículo 1501. Son juicios Mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que se deriven de los actos "comerciales."

Artículo 1502. Los juicios Mercantiles se seguirán conforme á lo dispuesto en las Leyes y códigos respectivos de procedimientos civiles, con las modificaciones siguientes:

- I. Todo juicio Mercantil será verbal, con excepción del de quiebra.

- II. No se admitirá declinatoria de jurisdicción.
- III. Tampoco se admitirá la prueba testimonial sino cuando haya un principio de prueba por escrito.
- IV. Contra los decretos y sentencias interlocutorias solo procederá el recurso de revocación por contrario imperio.
- V. Las sentencias definitivas solo serán apelables, cuando el interés del negocio exceda de dos mil pesos.
- VI. No habrá más de dos instancias, ya sea que la sentencia de segunda confirme ó revoque la de primera.

En tal sentido, la tarea del análisis de la prueba de mérito, se reduce a señalar que en el Proceso Mercantil establecido por el Código de 1884, la prueba pericial era regulada por el Código de Procedimientos Civiles vigente en la época.

5.1.3. Código de Comercio de 1889.

El decreto de 4 de junio de 1887 emitido por el Congreso de la Unión, sentenció la existencia del segundo código Mercantil mexicano, toda vez que en razón de él, se autorizó al Presidente Porfirio Díaz para reformar total o parcialmente el Código de 1884.

Más tarde, una comisión integrada por los Licenciados Joaquín Casasús, José de Jesús Cuevas y José María Gamboa, elaboró el texto del nuevo ordenamiento que fuera promulgado el 15 de septiembre de 1889, y que entró en vigor desde 1° de enero de 1890, bajo el refrendo del Titular de la Secretaría de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública del Gobierno Porfirista, Licenciado Joaquín Barranda.

Así, considerando el sentido del presente trabajo; es de señalar que las notas distintivas sobre la regulación de la prueba de mérito en la codificación de referencia, son materia de un análisis comparativo en el título siguiente:

5.2. Estudio del Código de Comercio Reformado.

Las reformas al Código de Comercio, cristalizadas mediante decreto de fecha 21 de mayo de 1996, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día 24 ese mismo mes y año, en vigor sesenta días posteriores a su publicación; transformaron, poco más o menos, la integridad de las disposiciones de los procesos mercantiles. El objeto de la trascendental reforma, de acuerdo a la iniciativa, es lograr un nuevo marco legal que promueva y fomente las actividades productivas en la micro, pequeña, y mediana empresa; buscando reducir costos económicos y especialmente tiempo, pues se pretende simplificar y hacer más accesible el cumplimiento de las obligaciones y, principalmente, erradicar practicas de mala fe o corrupción.

Por ello, se procura una legislación exigente en el ofrecimiento y desahogo de pruebas para evitar que se convierta en un factor de retraso del juicio; se propone que se reduzcan los momentos procesales en que se pueden ofrecer probanzas y los plazos para su desahogo; también se aspira a

elevant los requisitos respecto a la admisión prueba pericial a fin de impedir su uso indiscriminado, con el único propósito de dilatar el procedimiento; empero como he de exponer, considero que el legislador en su afán de reportar rígorosas reglas para acelerar los juicios mercantiles, merman las posibilidades de defensa de las clases con menos poder económico, erigiéndose la impartición de justicia en un acto elitista.

5.2.1. Procedimiento probatorio.

La prueba a comentario, es en general jurídicamente admisible, en los negocios relativos a alguna ciencia o arte, cuando se trata de acreditar la existencia o inexistencia, causas o efectos de los hechos controvertidos, que requieren para su debida apreciación de conocimientos especializados alejados de la ciencia jurídica y cuyo entendimiento escapa de las aptitudes del común de la gente.

5.2.1.1. Tiempo y forma del ofrecimiento.

a). El lugar.

La práctica de la prueba pericial en materia mercantil, se verifica habitualmente en el lugar en que obran los registros, documentos o libros que deban revisarse, según se desprende de la conjunta interpretación de los apartados 44, 45 y 1259 del Estatuto Mercantil en alusión; en donde yacen las mercancías o edificaciones que deban valuarse, atento a la deducción lógica derivada de los numerales 590 fracción IX, 591 fracción VIII y 1258 del ordenamiento legal en cita; o incluso el punto del siniestro respecto del cual deba fijarse su importe, conforme a la inferencia que emana de los artículos 35, 82 y 99 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

El local del órgano judicial, se constituirá en el lugar de desarrollo de la prueba cuando la materia de la diligencia se resguarde precisamente allí, en el Seguro del Juzgado; sin embargo indefectiblemente los actos de aceptación, protesta, presentación del dictamen y la celebración de la junta de peritos, en su caso, debe verificarse en ese sitio.

b). El tiempo.

Al llegar la época actual, el tiempo de la prueba en los procesos Mercantiles ha sufrido importantes cambios en lo referente a su reglamentación, sin alterar la sustancia, ya que el período probatorio es igual, esto es, en el juicio ordinario no podrá exceder de cuarenta días, y en el ejecutivo de quince.

El progreso en la regulación del período probatorio en las causas ordinarias, se refleja en el texto del numeral 1383 del Estatuto a comentario, del que se deriva, entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo 1383. Según la naturaleza y calidad del negocio el juez fijará de oficio o a petición de parte que se abra el mismo a prueba, no pudiendo exceder de cuarenta días, de los cuales los diez días primeros serán para ofrecimiento y los treinta siguientes para desahogo de pruebas. Si el juez señala un término inferior al máximo que se autoriza, deberá precisar cuántos días completos se destinan para ofrecimiento y cuántos días completos para el desahogo, procurando que sea en la misma proporción que se indica anteriormente. [. . .].

i. La redacción primitiva, infería que el Juez debía fijar de oficio el término para rendir pruebas; la reforma confiere textualmente a los justiciables el derecho de petición relativo.

ii Si bien el término probatorio sigue siendo el mismo, ahora se conviene en destinar los primeros diez para el ofrecimiento y los treinta siguientes para el desahogo.

iii. Al mismo tiempo, se otorga al juez la facultad de conceder un plazo inferior al máximo permitido, siempre que precise la distribución que corresponde al ofrecimiento y desahogo de la pruebas, procurando la misma proporción que se indica anteriormente.

En las causas ejecutivas, el panorama es distinto, el término probatorio de quince días concedido a las partes, lo es para la preparación y desahogo de pruebas, en virtud del reciente numeral 1401 del ordenamiento en cita, que dispone:

Artículo 1401. En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en los escritos señalados al principio de este artículo; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes. [. . .].

Otro aspecto que aporta, en la experiencia propia, un avance importante, respecto de la perfecta delimitación del ámbito temporal en que deben practicarse las diligencias probatorias, es la reforma de los numerales 1201, 1385 y 1386, debido a que de su armónica aplicación debe acontecer, que transcurrido el término de pruebas, el Juez en todos los casos que no se haya concluido el desahogo de las mismas, y previa resolución que permita su desahogo fuera de dicho término, mandará concluir las en los juicios ordinarios dentro de un plazo de veinte días, y en los juicios especiales y ejecutivos dentro diez días, decretando que aquellas que no se logren concluir serán a perjuicio de parte interesada.

A propósito de las reformas de estos preceptos legales, se estima que el nuevo apartado 1386, se erige es un sólido fundamento para sustentar las resoluciones ministeriales que declaren desiertas las pruebas pendientes de desahogo, pese la conclusión del período ordinario de prueba y su prórroga de Ley; por la falta de interés jurídico en su preparación.

Así, lo novedoso es una prórroga de Ley al término ordinario de prueba, que a primera vista podría especularse es contrario del principio de la pronta impartición de la justicia, pero tal reforma adminiculada con el retiro de la apelación suspensiva en contra de la denegación de pruebas, otorga la certeza de un plazo efectivo, y no de un período en ocasiones interminable, que solía verificarse en el procedimiento anterior.

Por otra parte, y en contra del criterio sustentado en la Legislación anterior, los congresistas a través de sus reformas han dispuesto que la práctica de la probanza en estudio puede verificarse validamente con antelación al período probatorio del juicio en que deba desahogarse, esto, a título de medios preparatorios, atento al punto de excepción previsto en el artículo 1151 del Código en comento, que literalmente advierten:

Artículo 1151. El juicio podrá prepararse:

VIII. Pidiendo el juicio pericial o la inspección judicial cuando el estado de los bienes, salud de las personas, variaciones de las condiciones, estado del tiempo, o situaciones parecidas hagan temer al solicitante la pérdida de un derecho o la necesidad de preservarlo.

En conclusión, el tiempo de la prueba pericial es el que atañe al período probatorio del juicio en que deba desahogarse, según lo sentencia el numeral 1201; aunque su práctica puede verificarse con antelación, en vía de medios preparatorios.

c). Forma del ofrecimiento.

El procedimiento probatorio, se inicia mediante su ofrecimiento o proposición, etapa que por disposición de Ley se halla sujeta a diversos requisitos de forma, así como a restricciones de ámbito temporal que varían de conformidad con la clase de proceso de que se trate.

En razón de un principio lógico, es procedente señalar los requisitos de forma, que son comunes tanto al proceso ordinario como al ejecutivo Mercantil, de acuerdo al siguiente orden:

i). La prueba de peritos se rige, desde el punto de vista de su expresión u ofrecimiento, a la regla absoluta ahora contenida, en el apartado 1055 de la Ley Mercantil, esto es, que su proposición indefectiblemente debe ser por escrito.

La norma advertida, que no es original, resulta la adaptación de los diversos numerales que integran los Capítulos II y III, del Título Segundo del Código de Procedimientos Civiles anterior.

ii). En las actuales reformas, el numeral 1198 establece la exigencia de que, la prueba de peritos debe ser ofrecida expresando con toda claridad su relación con el hecho o hechos que se tratan de demostrar a través suyo y, además, dar las razones por las que se estima probarán las afirmaciones del oferente contenidas en la demanda o en la contestación, en tanto que antaño sólo se exigía que cada una de las pruebas se relacionara con cada uno de los puntos controvertidos.

Esto obedece a que en la iniciativa de reformas se propone regular más a fondo el ofrecimiento de pruebas, con el objeto de evitar se ofrezcan medios convictivos con el fin de retardar u obstaculizar el procedimiento, dificultando su ofrecimiento.

Hay que notar que si no se cumplen los dos requisitos o alguno de ellos, la prueba debe ser desechada, es decir, si solo se precisa el hecho que se trata de demostrar con la probanza pero no se dieran las razones por las que ese medio convictivo probara su afirmación, debe desecharse la prueba.

Un dato trascendental, en el proceso de represión del ofrecimiento de medios de convicción, es la facultad, concedida al Juez para que determine si a su juicio el oferente cumple con los requisitos apuntados; disposición que no existía en el Código anterior y, que se funda en los principios de congruencia de los procesos así como en el de pertinencia e idoneidad de las pruebas

En otras palabras, aún cuando el oferente considere que ha expresado con claridad el hecho que se pretende probar con la prueba anunciada y dé la razón por la cual estima que mediante su desahogo se probarían sus afirmaciones, el Juez puede concluir, de cualquier forma, que no se llenaron esos requisitos. Por ejemplo, que a su criterio no sea claro el oferente en la mención de los mismos o bien por concluir que los medios aportados no prueban las afirmaciones o el hecho que se trata de demostrar.

En extensión del estudio de los requisitos de forma que son propios a la prueba de peritos, es justo expresarse de acuerdo a los siguientes términos:

5.2.1.2. Designación de peritos.

Expuesta la regla general aplicable a su ofrecimiento, es de señalar que las reglas aplicables para la forma de designación de peritos en la enmienda del Ordenamiento de Comercio, han sufrido múltiples cambios, de mayor o menor relevancia, pero que indiscutiblemente en su conjunto se considera, repercuten en las posibilidades de defensa de la parte que debido a su condición económica no alcance a cubrir los honorarios de un perito; o visto del lado contrario; la parte que por su capacidad monetaria este en posibilidad de sufragar dicho costo tendrá un elemento de convicción a su favor, que irremediablemente le dará una ventaja sobre su contraparte, en perjuicio del principio de igualdad entre las partes, esto, con independencia del distanciamiento de la doctrina clásica que aprecian a la pericia como un medio probatorio de carácter colegiado.

En primer orden, tenemos que la parte que pretenda producir en juicio la probanza de mérito debe al ofrecerla, señalar con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deben resolver en la pericial, así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industrial del perito que se proponga, nombre, apellidos y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos, ello con fundamento en la fracción I del numeral 1253 del Estatuto en cita.

De suerte tal, que de acuerdo a la fracción segunda del precepto invocado, la falta de cualquiera de los requisitos anteriores, trae como consecuencia que el Juez al decretar la admisibilidad de la pericia que sea ofrecida, resuelva su denegación de plano.

En la especie, se hace hincapié que las formalidades incorporadas en las referidas fracciones, respecto de la reglamentación anterior, estriban en hacer propias y perfeccionar las normas para la determinación de los puntos de pericia, primitivamente determinables mediante la supletoriedad del Código adjetivo civil, además de atinadamente forzar el señalamiento de la cédula profesional, calidad técnica, artística o industria del perito que se proponga.

De suerte tal, que el deber legal de expresar el nombre, apellidos y domicilio del perito, así como la referencia de su patente para ejercer, en opinión propia, tienen un doble objeto: el de contribuir a su correcta identificación y el acreditar por adelantado su capacidad profesional o técnica.

En atención del tema; el sistema para la designación de peritos en los procesos mercantiles conforme a la nueva Ley Mercantil, en principio mantiene la base de solo tres de los extremos para el nombramiento de peritos, en otros tiempos previstos, a saber: el posible convenio de las partes para un proponer un solo perito, la independiente elección realizada por cada parte y el llamado a un

tercero en caso de discordia, pero suprime en su totalidad la designación en rebeldía, pretendiendo una celeridad mal concebida.

La integral lectura del Capítulo XV, Título Primero, Libro Quinto de la Ley en estudio, así como del correlativo del Código adjetivo civil aplicable, determina que las reglas para el nombramiento de los peritos, son del siguiente tenor:

1a. Cada parte tiene el derecho de nombrar un perito.

Este principio, que no es nuevo, respeta en primera instancia el principio de igualdad entre los justiciables, otorgándoles idéntica oportunidad para que de mutuo propio elijan a su perito; encuentra su fundamento en el artículo 1253 primer párrafo:

Artículo 1253. Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos: [...]

En la especie, no se reporta cambio en la esencia del numeral 347 del Código de Procedimientos Civiles de antaño.

De existir litisconsorcio, sea activo o pasivo, debe ofrecerse un perito por cada representación, a efecto de que haya la más perfecta igualdad, que no existirá si las dos o más personas que ejercitan la misma acción o excepción, tuvieren la facultad individual de nombrar un perito; ya que podría darse el caso que los peritos de la mayoría dictaminen en contra de la minoría.

Por tanto; si se permitiera a los individuos que tienen un interés común nombrar tantos peritos como son, cuando contienden contra uno solo, obtendrían con notoria injusticia una ventaja, sin que exista razón para justificarla, tanto más, que tienen un interés común y que sólo existe una cuestión por resolver.

Estas reglas tiene por objeto evitar los inconvenientes y las dificultades que pudieran surgir en el caso de que los peritos tuvieran distintas opiniones, pues la divergencia de ellas dejarían al Juez en la misma perplejidad en que se hallaba antes, y la prueba pericial habría sido enteramente inútil, porque no cumpliría su objeto: ilustrar a ese funcionario para que, con pleno conocimiento de los hechos y de sus consecuencias, pueda dictar un fallo justo y arreglado a derecho.

2ª. Las partes de común acuerdo pueden designar un solo perito.

Tal máxima, que tampoco incorpora un elemento innovador, respeta el derecho de la partes para acordar lo que creen justos a sus intereses; tiene sustento en el artículo 1253 Fracción VIII:

Artículo 1253. Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

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

En la especie, no se reporta cambio en la esencia del numeral 347 del Código de Procedimientos Civiles de antaño.

No obstante, de ser un extremo es de difícil actualización en la vida diaria, vale citar como nota histórica la siguiente tesis de jurisprudencia:

PRUEBA PERICIAL, CASO DE EXCEPCIÓN AL CARÁCTER COLEGIADO DE LA. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 347 a 350 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, la pericial constituye una prueba colegiada que no llega a integrarse sino hasta que el perito de cada una de las partes rinde su dictamen, y sólo en el caso de presentarse contradicción entre los dictámenes, entonces resulta indispensable que el perito tercero en discordia produzca el que le corresponde; regla de la que únicamente se exceptúa el caso en que las partes se ponen de acuerdo en el nombramiento de un solo perito, pues sólo en tal hipótesis basta con el juicio de ese perito único, sin necesidad de la concurrencia de ningún otro. No es lo mismo que ambas partes se pongan de acuerdo en la designación de un solo perito (lo que ocurre naturalmente antes de dicha designación), a que una de las partes, una vez rendido el dictamen producido por el perito nombrado por el juez, en rebeldía de la contraria, manifieste su conformidad con ese dictamen. Se trata de una prueba de peritos, y carece de ese carácter la conformidad de la parte que, por supuesto, estará siempre dispuesta a someterse al dictamen que le conviene (se trata de valorar no la conformidad conveniencia de una de las partes, además no perito, sino de apreciar el juicio producido por los peritos). Debe entenderse, por tanto, que la excepción a la regla general prevista por el artículo 347 del Código citado, en lo referente a la designación de un perito por cada una de las partes y en su caso del tercero en discordia, la constituye el concierto previo respecto al nombramiento de uno solo para ambas, y ello desde luego no acontece cuando la conformidad se manifiesta una vez que el dictamen ha sido rendido. Esto no es la renuncia del derecho a nombrar perito, con el objeto de ponerse las partes de acuerdo en el nombramiento de uno solo, lo que por fuerza significa que aún no hay dictamen, pues la renuncia necesariamente es previa al dictamen; porque si la adherencia se hace al juicio pericial cuando ya se produjo, entonces no lo es para nombrar al perito único (que es lo que se autoriza), a fin de que después dictamine, conforme a su juicio y conocimientos, en una forma y otra, sino es adherirse al beneficio del peritaje conveniente por favorable, que obviamente la ley no podría facultar por ventajosa e inequitativa. La adhesión al juicio emitido por un solo perito, realmente está excluida con toda claridad de la hipótesis normativa que prevé la excepción a que la prueba pericial sea de carácter colegiado.

Amparo directo 307775. Circunvalación Sietequinque, S. A. 10 de noviembre de 1977. 5 votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo.
Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 103-108 Cuarta Parte. Tesis: Página: 164. Tesis Aislada.

Una variante al derecho de convenir entre las partes, es el extremo contemplado en la Fracción IX del antedicho apartado 1253, que autoriza a las partes para manifestar su conformidad con el peritaje de la contraria, figura que es totalmente aceptable si media en ello el deseo expreso.

3a. El Juez designará un perito tercero en discordia, en ocasión de que los dictámenes rendidos resulten substancialmente contradictorios.

Dicha fórmula, que de alguna manera si incorpora ciertas mejoras para la procedencia del tercero en caso de discordia, así como en el caso de peritajes que versen sobre avalúos, procura mantener un numero impar en el número de dictámenes para dar término a la divergencia de opiniones, obedece a la disposición de los preceptos que acto seguido se enlistan.

Artículo 1253. Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

V. Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 1255 de este código; [. . .]

Artículo 1255. Cuando los dictámenes rendidos resulten substancialmente contradictorios de tal modo que el juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción, podrá designar un perito tercero en discordia.

Aquí, cabe señalar que el legislador sienta un gran adelanto respecto del viejo numeral 347 del Código de Procedimientos Civiles, debido que ahora califica que la diferencia entre los dictámenes, que obligue a recurrir a una tercera opinión, deba ser substancialmente contradictoria, y en suma que no permita al juzgador adquirir conclusiones que aporten elementos de convicción.

La plausible diferencia, estriba en que remotamente no se precisaba condición alguna en la ley, para determinar si los informes de los expertos deberían considerarse diferentes u opuestos, surgiendo en ocasiones que la simple discrepancia, incluso un *lapsus cálamí*, motivaba la designación del tercero en discordia.

Afortunadamente, la redacción al día del apartado 1255, niega absolutamente esa posibilidad, en virtud de imponer calificativos a la divergencia de los dictámenes desahogados.

Especial aportación, entre comillas, es la relativa a los peritajes que versen sobre avalúos, que determina la parte conducente, del reciente numeral 1257 del Estatuto de alusión.

Artículo 1257. [. . .]

En todos los casos en que se trate únicamente de peritajes sobre el valor de cualquier clase de bienes y derechos, los mismos se realizarán por avalúos que practiquen dos corredores públicos o instituciones de crédito, nombrados por cada una de las partes, y en caso de diferencias en los montos que arrojen los avalúos, no mayor del treinta por ciento en relación con el monto mayor, se mediarán estas diferencias. De ser mayor tal diferencia, se nombrará un perito tercero en discordia, conforme al artículo 1255 de este código, en lo conducente. [. . .]

Dada la claridad de lo enunciado, es poca la materia de comentario, ya que terminantemente se deduce que las pericias sobre el valor de las cosas, que no presenten una

diferencia mayor al treinta por ciento, acerca de la estimación del objeto de avalúo, no deben estimarse contradictorias, resultando procedente que para fijar un monto se medie ambos resultados.

El énfasis de la frase entre comillas, surge de la interrogante acerca de la razón lógica o principio científico, que justifique el convenir un parámetro de tolerancia de treinta por ciento, ya que aplicable a un inmueble de valor real de \$1'500,000.00 (Un millón quinientos mil pesos 00/100 M.N.), permite que la contraparte maneje una disminución de hasta de \$450,000.00 (Cuatrocientos cincuenta mil pesos M.N.) para indicar un valor en \$1'050,000.00 (Un millón cincuenta mil pesos 00/100 M.N.); para finalmente a través de la mediación fijar el "valor legal" en \$1'275,000.00 (Un millón doscientos setenta y cinco mil pesos 00/100 M.N.), esto es \$225,000.00 (Doscientos veinticinco pesos 00/100 M.N.) por debajo de su valor real, o en el caso inverso aumentar el valor artificiosamente en la misma proporción, esto sin contar, con el uso corriente de las Instituciones Bancarias de aumentar el valor de los inmuebles sobre los que realizan operaciones de traslado de dominio y de castigar aquellos que adquieren, rematan o aceptan en dación de pago. Por tanto bien, podría haberse establecido el veinticinco, el veinte o el quince por ciento.

La mayor diferencia, a partir del parámetro permitido, no plantea problema alguno, pues se resuelve por la designación de un tercer experto.

Por cierto, y tratando de avalúos, sirve decir que el título de habilitación de corredor público acredita para todos los efectos la calidad de perito valuador, con arreglo a la postura adoptada en el numeral 1252 *in fine*.

El nombramiento del perito tercero en discordia, perpetuamente realizada por el Juez, también halla un ascenso, así el moderno artículo 1257, cavila la posibilidad de que el Tribunal con independencia de la listas oficiales, pueda solicitar que el perito sea propuesto por colegios, asociaciones o barras de profesionales, artísticas, técnicas o científicas o de las instituciones de educación superior públicas o privadas, o las cámaras de industria, comercio o confederaciones de cámaras a la que corresponda el objeto del peritaje, a las que concederá un término de cinco días para la formulación de su propuesta.

Este adelanto, que ya es importante, carece de una mejor regulación en donde buscando fomentar la conciencia del servicio o función social inmerso implícitamente en el término Auxiliar en la Administración de Justicia, se exija la designación de representantes que por su renombre y trayectoria presenten una reputación intachable, para asegurar un prospero resultado; pero, de resultar de que su actuar es negligente o doloso, se imponga alguna sanción al infractor, tal como al expulsión de ese gremio.

Aquí cabe un paréntesis, para plantear si con el propósito de economizar en gastos y ganar tiempo ¿El perito debería ser designado únicamente por el Juez?, ya que, en definitiva, cuando existe la pericia en desacuerdo de ambas partes, es el tercero designado por el Juez, quien por regla general inclina la balanza en favor de uno de los contendientes.

En respuesta se reflexiona, no cabe duda acerca de las ventajas que podría ofrecer la designación única de peritos de oficio, pero tal vez esa hipótesis obedece a la idea de creer que los peritos designados por las partes van con el prejuicio de informar siempre a favor del litigante que les designa, con lo cual se anula la eficacia de la pericia, que queda siempre al criterio del perito

tercero, a quien se "impone" una imparcialidad derivada de **no deber su designación a ninguna de las partes, sino a la decisión judicial y aún dentro de esta a la forma de sorteo.** Sin embargo, **no es verdad que los peritos nombrados de oficio actúen siempre con imparcialidad, ya que pueden estar influidos por ciertos prejuicios como, por ejemplo, el de las mayores o menores probabilidades que tengan para aumentar sus honorarios según sea una u otra parte la dispuesta a erogarlos.**

Pese a las ventajas precitadas del peritaje único, **no debe dudarse de la bondad que brinda la designación de peritos por las partes, ya que si coinciden en sus conclusiones, estas estarán revestidas de mayor autoridad, y si no coinciden habrán presentado al juez distintos aspectos del punto sometido a peritaje. Es lo mismo que acontece con al actuación de los abogados, porque de la polémica entre ellos se abre la luz que permite al Juez encontrar el camino de la verdad.**

Esto aparte de que, aún dando por cierta la imparcialidad del perito de oficio su criterio esta sometido al error en que pueden incurrir todos los técnicos y, sobre todo, a sus prejuicios científicos. Por tanto, **ofrecer al juzgador un contraste de opiniones, puede ser de suma utilidad, especialmente si se tiene en cuenta que el juez no está obligado a someterse a un informe pericial y que puede rechazarlo conforme a otras pruebas y a la opinión que personalmente se haya formado., en consecuencia se estima de mayor ventaja la designación de peritos a cargo de las partes.**

Tal parece, hasta ahora que la reforma materia de tesis, **solo adiciona ideas positivas, no obstante al voto propio, la derogación de las reglas en otra época advertidos en el apartado 348 del Código de Procedimientos Civiles, circunscritas a la designación de peritos en caso de rebeldía, efectivamente logra la mayor celeridad del proceso, pero irrumpe con el principio de igualdad entre las partes, en detrimento de las posibilidades de defensa de las clases con menos poder económico, erigiéndose la imparción de justicia en un acto elitista, además del distanciamiento del carácter colegiado de la pericia, antes reconocida jurisprudencialmente.**

Bien podría pensarse, en no defender tácticas dilatorias, **pero la creación de la ficción jurídica de "tener por conforme a la parte rebelde con el peritaje de la contraria", en el particular punto de vista del ponente, atenta con la garantía constitucional que establece el derecho de ser oído y vencido en juicio.**

Así las cosas, procedo a analizar las reglas antes instituidas en el precepto legal evocado, en estricta comparación de las reformas aprobadas:

En viejo artículo 348 del Ordenamiento procedimental supletoriamente aplicable, prescribía que el Juez designaría el perito que corresponda a cada parte cuando concurra alguno de los supuestos, que se describen en seguida:

- a. Si alguno de los litigantes dejare de hacer el nombramiento en el término de tres días, contados a partir de que surta sus efectos del auto admisorio de pruebas.

Hoy, el panorama es distinto, acorde a la ficción legal que establece el segundo enunciado del numeral 1254, que literalmente reza:

Artículo 1254. [...]

En el supuesto de que alguna parte **no designe el perito que le corresponda, o aquel**

que haya designado no comparezca en la forma señalada a aceptar el cargo o no presente su dictamen, el tribunal entenderá que dicha parte se conforma con el peritaje que rinda el perito de la contraria, como si hubiere sido nombrado de común acuerdo. Si ninguno de los peritos rinde su peritaje, la pericial que se hubiere propuesto se declarará desierta por imposibilidad para recibirla.

El resultado debe aclararse, no es posible que la parte oferente de la prueba no designe a su perito, por que entonces el auto que resuelva sobre la admisión de la prueba irremediamente, decretaría la deserción de plano, por ende el presente extremo solo es aplicable a la contraparte de la oferente.

Luego entonces, si la contraparte de la oferente omite designar perito, el legislador considera que se conforma con el peritaje que deberá ofrecer en un término posterior su contrincante, con la inmejorable ventaja de saber que no podrá ser impugnado, dejando manos libres en su actuar.

Como ejemplo, el clásico marco de una Institución Financiera con todo un aparato económico de respaldo, en contra de la micro o mediada empresa venida a menos, que no podrá sufragar los costos de un proceso, y la sujetan a un remate de bienes bajo los dictámenes y avalúos laborados por una sola parte.

No afirmo que el sistema anterior tuviera mayor ventaja; pues solo retardaba la fase de remate, en tanto la Institución autorizaba el desembolso para contactar al perito en rebeldía, pero no es posible dar una solución con un solo perito designado por una de las partes, debería pensarse en establecer alguna institución que diera al peritaje una verdadera función social.

Al respecto, es dable resaltar la vieja táctica bastante recurrida por los abogados de la parte demandada, en los Juicios Mercantiles que se rigen por el Código de Comercio anterior a las reformas; consistente en proponer una prueba pericial que no se molestan en preparar, con el evidente propósito de dilatar el procedimiento, circunstancia, que en el concepto del ponente, resulta parcialmente impropia, ya que debería aplicarse nuevamente pero reforzada de la imposición de una multa considerable, ya sea al oferente malintencionado o al perito que haya sido pagado, pero no con la medida adoptada en las reformas, que como se explica atentan contra el carácter colegiado de la pericia, privando al Juez de diversos criterios para nomar su criterio.

Se afirma lo anterior, debido a que el rebelde puede ganar tiempo durante el transcurso en que se solicita la elaboración de la cédula notificación hasta que el C. Notificador hace del conocimiento del perito, su nombramiento.

Sin embargo esta demora suele evitarse toda vez que la parte realmente interesada en la prosecución del procedimiento es la que se encarga de la preparación de la prueba, gestionando la elaboración de la cédula de notificación, concertando citado con el Notificador, además de ser ella quien paga las dádivas acostumbradas e incluso los honorarios del perito de su contraparte, todo ello con objeto de agilizar el transcurso del procedimiento.

- b. El Juez designaba perito en rebeldía, en el evento que el designado por las partes no se presente a aceptar y protestar el cargo conferido, dentro del término de cuarenta y ocho horas que sigan la notificación a las partes del auto que tenga por admitida la prueba.

En nuestros días, la actuación es diferente, acorde al primer enunciado de la Fracción VI del numeral 1253, el cual dice:

Artículo 1253. Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

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

El énfasis es agregado.

La posible consecuencia, la plusvalía de los servicios profesionales de los peritos, que pactando un precio en el momento de su designación, y a sabiendas que no podrá nombrarse otro, pretendan aumentar el costo de sus honorarios al momento de protestar el cargo, perdiendo totalmente la conciencia de auxiliar en la administración de justicia; y con la insufrible presión de su contratante de saber desierta la prueba o tenerlo por conforme, si no los cubre por cualquier causa.

Bien es cierto, que la prudente contratación por escrito de un perito, y su incumplimiento, deducirían el ejercicio de la acción de pago de daños y perjuicios, que tendría que promoverse en contra de dicho profesional; pero en tanto se promueve, tal conducta acarrearía consecuencias de grave reparación en el juicio en que debió protestarse el cargo.

Ante esto, se considera que la anterior regulación era mejor.

- c. De igual forma, procedía la designación en rebeldía, cuando el perito que habiendo aceptado su encargo no rindiere su dictamen, previo apercibimiento que en tal sentido constará en autos.

En la actualidad, la situación es diferente, según el segundo párrafo de la Fracción VI del numeral 1253, el cual dice:

Artículo 1253. Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

VII. [. . .]

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el

perito de la contraria, y la pericial se desahogará con ese dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, se declarará desierta tal prueba; [. .]

El énfasis es agregado.

La crítica sustentable en la explicación anterior, provoca la reflexión de la necesidad de reglamentar la función de los peritos como servicio público obligatorio.

- d. También, se designará perito en rebeldía cuando el que haya aceptado su cargo, en virtud de su anterior designación, lo renuncie en forma posterior.

Sobre el correlativo, resultan aplicables las consideraciones vertidas.

En referencia histórica, es de manifestar que el antecedente del presente caso antes señalados se encuentra en el primitivo texto del apartado 970 del Código de Comercio de 1854, conocido como Código de Lares.

Una diferencia más, existente en virtud de las reformas, atiende al momento exacto de la designación de los peritos: En esto, toca recordar que en el juicio ordinario mercantil el ofrecimiento de los medios probatorios debe verificarse dentro del término de diez días siguientes a la apertura del término de prueba, si es aquél es de cuarenta días, o en defecto en el que señale Su Señoría atento a la facultad de reducción advertida en el apartado 1383 antedicho.

Por el contrario, en el juicio mercantil el ofrecimiento de pruebas debe producirse en el escrito inicial de demanda, de contestación o en el desahogo de vista de ésta, de lo cual, se induce que el término probatorio de quince días en los procedimientos de la especie es exclusivamente para la realización de diligencias, o mejor dicho para el desahogo de pruebas, según se desprende del apartado 1401 transcrito.

5.2.1.3. Determinación de los puntos de pericia.

Diferente requisito de forma en el ofrecimiento de la prueba materia de tesis, que sufrió una transformación objetiva, bastante favorable, es el correspondiente a la expresión de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria, sobre el cual deba practicarse la prueba, así como de los puntos sobre los que versará e incluso las cuestiones que se deben que se deben resolver en la pericial.

La exacta relación, definida en la Fracción I del artículo 1253 del Código en análisis, aporta una mejoría en la interpretación de las reglas contenidas en el viejo numeral 293 del Código de Procedimientos Civiles aplicable, que adolecía de dos aspectos erróneos deducidos de su literalidad; el primero en conceder una facultad discrecional al oferente de la prueba, consistente en permitir que se señalen o no las cuestiones sobre las que versará el dictamen, que ya no es más una facultad y se instituye en una formalidad.

El segundo asunto a considerar del primitivo numeral, estriba en que el uso de la voz *resolver* que sugiere dar solución a un problema y el perito no soluciona nada, sino que asesora o auxilia al Juez para que sea éste quien resuelva la controversia, que a la fecha se salva mediante la adición de la frase "en la pericia" delimitando al actuar del perito.

En concreto, la parte que pretenda producir en juicio la prueba de peritos debe al ofrecerla, señalar con toda precisión la rama del conocimiento humano de sobre la cual deba practicarse, los puntos sobre los que versará y las cuestiones que deba resolver el peritaje, bajo pena que de faltar cualquiera de ellos será desechada de plano, según dispone el apartado 1253 en su Fracción II.

La duda lógica sobre el particular, estriba en delimitar la explicación de las palabras "los puntos sobre los que versará" y "las cuestiones que se deban resolver"; la última frase no presenta mayor problema por considerar que se refiere al propio cuestionario, con el cual se ha familiarizado ya la comunidad litigante por lo que no necesita de más detalle, pero tocante a la primera, acuerdo en advertir que probablemente se refiere a la cosa objeto de examen, v.gr. en el ofrecimiento de una "Pericial en contabilidad" los puntos sobre los que versará, podría identificarse con los libros y registros que son necesarios para responder el cuestionario

Es oportuno señalar, que cuestionario, en el pensamiento personal, es el conjunto de preguntas formuladas por la parte oferente y a cuyo tenor debe emitirse la opinión del perito, y que por costumbre es elaborado con la ayuda del propio profesional o técnico que será designado, toda vez que contiene referencias de carácter técnico dirigidas a personas especializadas.

Acerca de la forma del cuestionario, es de señalar que ni el Código Procesal Civil de supletoria aplicación, ni la legislación en Materia Mercantil prevé regla especial alguna para su redacción.

En el ocaso, un avance en la reforma del artículo 1252 es la decisión legislativa de no admitir aquellas pruebas de peritos relativas a conocimientos generales que la ley presupone como necesarias en los jueces, o que sólo se refieran a simples operaciones aritmética, buscando el ofrecimiento de medios probatorios vanos.

Un acierto más, en la determinación de los puntos de pericia es el reflejo del principio contradictorio, que reclama que la rendición de pruebas se realice con citación a la contraria, para darle la oportunidad de tener una participación directa y en su caso haga valer sus derechos; que ahora es reproducido en el ordinal 1254 de Ley, el cual impone que previa a la admisión de la pericia, deberá darse vista a al contraria por el plazo perentorio de tres días, para que manifieste sobre al pertinencia de tal prueba y para que proponga la ampliación de otros puntos y cuestiones además de los formulados por el oferente.

Admisión de pruebas.

La admisión de las pruebas, en el Código de Comercio se reformó diametralmente, ya que su artículo 1203, que anteriormente sólo decía que las pruebas se recibirán con citación de la contraria con excepción de la confesión, reconocimiento de libros, papeles y los instrumentos públicos y que sólo los pliegos de posiciones deberían podían presentarse cerrados, ahora señala que:

Artículo 1203. 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, pudiendo limitar el número de testigos prudencialmente. En ningún caso se admitirán pruebas contra del derecho o la moral; que se hayan

ofrecido extemporáneamente, sobre hechos no controvertidos o ajenos a la litis; sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 1198 de este Código. Contra el auto que admita alguna prueba que contravenga las prohibiciones señaladas anteriormente o que no reúna los requisitos del artículo 1198, procede la apelación en efecto devolutivo, cuando sea apelable la sentencia en lo principal. En el mismo efecto devolutivo será apelable la determinación en que se deseché cualquier prueba que ofrezcan las partes o terceros llamados a juicio, a los que siempre se les considerará como partes en el mismo.

Es de indicar que el dispositivo antedicho, reproduce casi en forma textual el artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles reformado, con la única variante de que cuando se le desechen las pruebas al tercero llamado a juicio también será apelable el auto. En otros términos, es admisible la apelación en el efecto devolutivo cuando se desechen las pruebas de cualquiera de las partes o terceros llamados a juicio, a quienes se les considerará como partes del mismo.

5.2.1.4. Aceptación del cargo.

El acto de aceptación del cargo, presenta diversos aspectos que conviene comentar; el primero de ellos es que: la actual legislación aún se rige en el marco de la teoría sobre la carga de la prueba, que con carácter general, establece el artículo 1194 del Estatuto Mercantil en estudio.

Pero presenta una variedad; el antecedente consiste en que las partes debían presentar a su perito en el local del Juzgado, para aceptar y protestar el cargo conferido, dentro del término de 48 horas a partir de la notificación del auto respectivo, según el contenido de la vetusta fracción II del artículo 348 del Código de Procedimientos Civiles supletoriamente aplicable, que ha sufrido una radical transformación, de conformidad con el precepto que se cita a continuación:

Artículo 1253. Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

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

En este momento, siendo admitida la probanza de mérito, los oferentes adquieren la obligación, de que sus peritos por escrito acepten el cargo y protesten su fiel y legal desempeño, en un término máximo de tres días, evento que en la práctica resulta benéfico, porque reduce el número de veces que el experto encargado acude y permanece en el juzgado, siendo consientes que su función no se demerita por tal circunstancia.

Por otra parte, y como se ha visto, la ley dispone que de no verificarse tal acontecimiento tratándose de la oferente, traerá como resultado el desechamiento de la prueba en su perjuicio, y que siendo su contraparte la rebelde representará su conformidad con el peritaje que, en su caso, sea rendido.

El segundo aspecto a comentar, acerca del acto de aceptación, corresponde a la forma que debe revestir el libelo que debe presentarse, de modo que no es suficiente redactar un texto que siendo firmado el perito solo manifieste que acepto y protesto el fiel y legal desempeño del cargo, sino que debe hacer constar lo siguiente:

- a. La manifestación bajo protesta de decir verdad, que conoce los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial; y
- b. La afirmación de que cuenta con la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular.

Quiero pensar que las exigencias precedentes, podrían servir de base para sustentar de mayor forma los elementos del tipo penal del delito de falsedad de declaración en que podrían incurrir los peritos, opinión que se emite sin ser practicante en la materia penal, pero que de no ser así solo devendría en un formulismo.

No pasa inadvertida, la exigencia que al escrito de protesta dictado en los términos señalados, debe hacerse acompañar copia de su cédula profesional o documento que acredite su calidad de perito.

En ocasión de que el experto sea designado por el Juez, como tercero en caso de discordia, la obligación de que el perito presente su escrito de aceptación y protesta no se atribuye a los justiciables, sino al propio perito, que previa notificación judicial de la designación de su encargo, queda obligado a exhibir el libelo de ley, en un término no mayor tres días.

El escrito de protesta del tercero en discordia debe cumplir con idénticos requisitos de los previstos respecto del designado por las partes, además de señalar el monto de su honorarios, en los términos de la legislación local correspondiente o, en su defecto, los que determine, mismos que ser aprobados por el Juez serán cubiertos por las partes en igual proporción, todo lo anterior acorde al mandato del primer párrafo del apartado 1255 del Código de Comercio, que a letra dice:

Artículo 1255. Cuando los dictámenes rendidos resulten substancialmente contradictorios de tal modo que el juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción, podrá designar un perito tercero en discordia. A este perito deberá notificársele para que dentro del plazo de tres días, presente escrito en el que acepte el cargo conferido y proteste su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica, oficio o industria para el que se le designa, manifestando, bajo protesta de decir verdad, que tiene la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular; así mismo señalará el monto de sus honorarios, en los términos de la legislación local correspondiente, en su defecto, lo que determine, mismos que deben ser autorizados por el juez, y serán cubiertos, por ambas partes en igual proporción. [. . .].

El defecto en la redacción surge de inmediato, como podrá el perito en rebeldía manifestar que tiene la capacidad suficiente para emitir el dictamen sobre los puntos y cuestiones determinados por las partes, amén de fijar el costo de sus servicios sobre un trabajo que no conoce, el remedio práctico anexar al instructivo de notificación, copia autorizada de los escritos que determinan los puntos de pericia.

La idea de que el Juez autorice la retribución del perito por él designado, en un esfuerzo de supervisar la justa retribución y el equitativo pago de las partes, me parece correcta; el inconveniente es, que tal medida por sí sola no erradica la venta al mejor postor adoptada por ciertos profesionales sin escrúpulos, además, peculiar laguna, es la referente a la reglas de la legislación local que debe consultar el experto designado para fijar el monto de los honorarios que pretenda o el criterio que determine para precisarlos, así como las que deba seguir el Juez para autorizarlos, que hace aflorar la siguiente interrogante ¿Que sucede si la cotización presentada no es aprobada?. La respuesta más adelante.

He señalado ya, que la falla de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que se tenga por desierta dicha pericial, y tratándose de la contraria se tendrá por conforme con el peritaje que sea rendido, pero ¿Que sucede si el perito nombrado por el Juez no acepta el cargo dentro del término legal concedido?

Cierto es que no existe predicción expresa en el Estatuto Mercantil reformado, que indique la forma en que deba proceder, sin embargo puede inferirse una solución del propio numeral antes referido:

Artículo 1255. [...]

El perito tercero en discordia deberá rendir su peritaje precisamente en la audiencia de pruebas, y su incumplimiento dará lugar a que el tribunal le imponga como sanción pecuniaria, en favor de las partes, el importe de una cantidad igual a la que cotizó por sus servicios al aceptar y protestar el cargo. En el mismo acto, el tribunal dictará provecto de ejecución en contra de dicho perito tercero en discordia, además de hacerlo saber al tribunal pleno, y a la asociación, colegio de profesionistas o institución que lo hubiera propuesto por así habérlo solicitado el juez, para los efectos correspondientes.

En el supuesto del párrafo anterior, el juez designará otro perito tercero en discordia y, de ser necesario, suspenderá la audiencia para el desahogo de la prueba en cuestión.

Por tanto, es de deducir que en caso de que los honorarios propuestos por el tercero en caso de discordancia no sean aprobados o que no acepte dentro del término de ley el cargo conferido, lo procedente es designar otro perito, ordenando que tal conducta se haga del conocimiento del Consejo de la Judicatura, si es un perito nombrado de entre los autorizados como auxiliares de la administración de justicia; o a la asociación, colegio o institución que lo hubiere propuesto, para los efectos legales correspondientes.

Así, la condición procesal de perito se adquiere no sólo a raíz del nombramiento sino, además, mediante la ulterior aceptación del cargo, en los términos establecidos.

5.2.1.5. Recusación.

La facultad del Juez para calificar la fe de los juicios periciales, según las circunstancias; que instaura el numeral 1301 de la Codificación motivo de análisis, no es garantía suficiente de que una intervención parcial o interesada del perito designado por el órgano jurisdiccional, redunde en perjuicio de la exactitud de la prueba de los hechos. Por esto, la ley concede a las partes el derecho de recusación.

Ya he dicho, que las causas de recusación atienden en primer término al origen de la designación, de modo que sólo puede ser recusado el perito que nombre el juez, en consecuencia no son recusables los peritos nombrados por las partes.

El sistema actual, no se aparta del principio originariamente establecido en el artículo 351 del Código Adjetivo Civil de antaño, sino que lo acoge, incrementando el alcance en los motivos de la recusación, al tiempo que incorpora dos nuevas fracciones; de esta forma el ordinal 1256 dicta que es recusable el perito, que concurra en al menos una de las siguientes causas:

- I. Si es pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado, de alguna de las partes, sus apoderados, abogados, autorizados o del Juez o sus secretarios, o tener parentesco civil con alguna de dichas personas.

Enfocada al sentimiento natural de protección entre los miembros de una familia que se presume existe, la presente causa se propaga a todas las formas de parentesco reconocidas en el Código Civil, en tanto remotamente solo se consideraba la parentela por consanguinidad; asimismo se abarca a todas las personas que directamente intervienen en el proceso.

- II.- Haber emitido sobre el mismo asunto dictamen, a menos de que se haya mandado reponer la prueba pericial.

Esta denegación se justifica, en virtud de lo oficioso e inútil que resultaría el permitir que una persona dictamine validamente en un juicio, en dos momentos.

- III. Haber prestado servicios como perito a alguno de los litigantes, salvo el caso de haber sido tercero en discordia, o ser dependiente, socio, arrendatario o tener negocios de cualquier clase, con alguna de las personas que se indican en la fracción primera;

En la misma corriente del comentario al inciso I., la presente causa de recusación presupone la nula probidad de los peritos por su posición respecto de las personas que participan en el litigio.

- IV. Tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro juicio semejante, o participación en sociedad, establecimiento o empresa con alguna de las personas que se indican en la fracción primera, y

Prosiguiendo con la tendencia marcada, el legislador prevé que la peritación de un experto, con lazos de carácter económicos con las partes o sus abogados, lo determinaría a no opinar en su contra, debido a las adversas consecuencias de índole económico que ello le acarrearía.

- V. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes, sus representantes, abogados o con cualquier otra persona de relación familiar cercana a aquéllos.

En igual corriente del comentario al inciso IV., la presente causa de recusación se sustenta en vínculos afectivos o de hostilidad.

En resumen, únicamente es posible recusar al perito tercero en discordia cuando existe alguna causa para ello, debido a lo cual, la parte que pretenda interponerla, requiere sustentarse en por lo menos uno de los supuestos anteriormente descritos.

Atento al ámbito temporal en que validamente puede promoverse la recusación, la regla textualmente indica que: "El perito que nombre el juez puede ser recusado dentro de los cinco días siguientes a aquél en que haya surtido efectos la notificación de la aceptación y protesta del cargo por dicho perito a los litigantes.". El incremento en el plazo que no es solo de tres días, resulta provechoso para obtener prueba alguna, si se toma en cuenta que ahora el cómputo corre a partir de la resolución que tiene por aceptado el cargo, y no de la designación. El simple transcurso del término perentorio señalado, genera la preclusión del derecho respectivo, resultando inadmisibles cualquier solicitud al respecto.

Hoy, la substanciación es diversa, y no se limita a la resolución de plano del Juez; pues se adopta algo similar a la tramitación de una tercería en donde se da intervención al perito recusado, para que informe sobre la procedencia o improcedencia de la recusación en su contra.

En efecto, la norma referida establece:

Artículo 1256. [. . .]

Propuesta en forma la recusación, el juez mandará se haga saber al perito recusado, para que el perito en el acto de la notificación si ésta se entiende con él, manifieste al Notificador si es o no procedente la causa en que aquélla se funde.

Si la reconoce como cierta, el juez lo tendrá por recusado sin más trámites y en el mismo auto nombrará otro perito. Si el recusado no fuere hallado al momento de notificarlo, deberá comparecer en el término de tres días, para manifestar bajo protesta de decir verdad, si es o no procedente la causa en que se funde la recusación.

Si admite ser procedente en la comparecencia o no se presenta en el término señalado, el tribunal sin necesidad de rebeldía, de oficio, lo tendrá por recusado y en el mismo auto designará otro perito. [. . .]

El requerimiento a efecto de obtener la declaración de procedencia o improcedencia, que se formula al perito, obviamente basada en los hechos narrados en el escrito de interposición, como

acto para obtener una confesión, es una medida que ansia abreviar la tramitación; lo que sin duda resulta favorable.

Del resultado de la declaración, dependerá el camino a seguir, ya que si se confiesa expresa o tácitamente la procedencia, el Juez designará sin mayor trámite otro perito, pero que de negarse provocaría la celebración de una "audiencia de conciliación y/o pruebas".

Artículo 1256. [. . .]

Cuando el perito niegue la causa de recusación, el juez mandará que comparezcan las partes a su presencia en el día y hora que señale, con las pruebas pertinentes. Las partes y el perito únicamente podrán presentar pruebas en la audiencia que para tal propósito cite el juez.

No compareciendo la parte recusante a la audiencia, se le tendrá por desistida de la recusación. En caso de inasistencia del perito se le tendrá por recusado y se designará otro.

Si comparecen todas las partes litigantes, el juez las invitará a que se pongan de acuerdo sobre la procedencia de la recusación, y en su caso sobre el nombramiento del perito que haya de reemplazar al recusado.

Si no se ponen de acuerdo, el juez admitirá las pruebas que sean procedentes desahogándose en el mismo acto, uniéndose a los autos los documentos e inmediatamente resolverá lo que estime procedente. [. . .]

La orientación de la audiencia, es tan variada como la conducta humana, de modo que los extremos de posible realización relevantes para la recusación se concentran en los enunciados antepuestos, pero cualquier forma se debe llegar a una resolución definitiva.

Artículo 1256. [. . .]

En el caso de declarar procedente la recusación, el juez en la misma resolución, hará el nombramiento de otro perito, si las partes no lo designan de común acuerdo.

Cuando se declare fundada alguna causa de recusación a la que se haya opuesto el perito, el tribunal en la misma resolución condenará al recusado a pagar dentro del término de tres días, una sanción pecuniaria equivalente al diez por ciento del importe de los honorarios que se hubieren autorizado, y su importe se entregará a la parte recusante.

Asimismo, se consignarán los hechos al Ministerio Público para efectos de investigación de falsedad en declaraciones judiciales o cualquier otro delito, además de remitir copia de la resolución al tribunal pleno, para que se apliquen las sanciones que correspondan.

No habrá recurso alguno contra las resoluciones que se dicten en el trámite o la decisión de la recusación.

En caso de ser desechada la recusación, se impondrá al recusante una sanción pecuniaria hasta por el equivalente a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, que se aplicará en favor del colitigante.

Al margen, el moderno trámite de la recusación en los Procesos Mercantiles, intenta instituirse en una herramienta a favor de los justiciables para defender la imparcialidad en el peritaje, estableciendo un mayor tiempo para su interposición y reglas precisas en su desarrollo, el inconveniente en la concepción propia es, la presente figura que data del Código de Procedimientos Civiles de 1932, es prácticamente imposible de actualizar y aún más de probar en una ciudad de cerca de cien millones de habitantes, por lo que presiento que el esfuerzo de los legisladores fue en vano.

5.2.1.6. Práctica de la prueba pericial.

Los peritos admitidos a las partes con sujeción a las formalidades descritas, que acepten la designación de su encargo, quedan de acuerdo a literalidad de la ley, *obligados* a rendir su dictamen dentro de las restricciones de ámbito temporal correspondientes a la clase de proceso de que se trate.

Así, en los Juicios Ordinarios el dictamen debe rendirse dentro del término de diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo, conforme a la Fracción III del apartado 1253. En tanto, que los Juicios Ejecutivos o Especiales el Informe debe exhibirse en el perentorio plazo de cinco días, siguientes a la fecha en que hayan protestado y aceptado el cargo, acorde a la previsión de la Fracción IV.

Los términos concedidos son claros y no dejan lugar a duda, sin embargo el comentario forzado incumbe a la grave contradicción de atribuir la obligación de rendir el dictamen al perito y castigar su incumplimiento, en perjuicio de las partes, con la deserción de la prueba o con la ficción de conformidad.

Por otra parte, el artículo 1255 del Estatuto Mercantil reformado, infiere que el término para rendir el peritaje del tercero en discordia es aleatorio y se determina en razón de la fecha de celebración de la audiencia de pruebas, debiendo rendirlo en esa diligencia, bajo el apercibimiento que de no hacerlo se le impondrá una sanción pecuniaria igual al monto de los honorarios para él aprobados, que será ejercible por las partes mediante el auto de ejecución que deba dictarse, además de hacerlo saber al tribunal pleno, y a la asociación, colegio de profesionistas o institución que lo hubiere propuesto, para los efectos correspondientes.

El resultado, confirma la contradicción, el dar un trato diferente al incumplimiento de uno y otro perito, en un busca de la celeridad del proceso, aleja a los expertos de las partes de la conciencia de servicio en favor de la administración de justicia.

En otro sentido, la ley sujeta la práctica de la prueba a comentario, a dos exigencias principalmente, a saber: 1. La posibilidad de que las partes concurran a una diligencia, denominada junta de peritos, y formulen las observaciones que estimen pertinentes y 2. La obligación de las partes de presentar a sus peritos cuantas veces sea necesario al Juzgado.

Al primero de los mencionados requisitos se refiere el artículo 1258 del Ordenamiento de Comercio, en tanto señala. Las partes tendrán derecho a interrogar al o a los peritos que hayan rendido su dictamen, salvo en los casos de avalúos a que se refiere el artículo 1257, y a que el juez ordene su comparecencia en la audiencia que para tal fin se señale, en la que se interrogará por aquél que la haya solicitado o por todos los coligantes que la hayan pedido.

La facultad advertida, que en la experiencia propia no es usualmente reclamada por los letrados de las partes contendientes en los Juicios Mercantiles, puede revestir utilidad sea para aclarar puntos sobre la pericia rendida o para puntualizar determinadas circunstancias cuyo análisis profundizado se estime de interés, a efecto de formar la convicción del Juez en cierto sentido. Si bien, es posible que dicha prerrogativa no es solicitada a menudo, tal vez por negligencia o ignorancia, debo decir que conozco diversos casos en los que es promovida con el único propósito de dilatar el procedimiento.

En lo que concierne a la segunda de las exigencias relacionadas, consistente en La obligación de las partes de presentar a sus peritos cuantas veces sea necesario al Juzgado, en ocasión de los requerimientos legales para tal efecto sean realizados, encuentra sustento en el ordinal 1253 Fracción VII del Código de Comercio.

Finalmente, en tratándose de este medio de convicción, basta como ejemplo decir, que hay casos en que es indispensable que los peritos tengan a la vista los documentos originales correspondientes, como lo es aquel en que se pretende probar la autenticidad o falsedad de una firma; es por ello que, los dictámenes en materia de grafoscopia y caligrafía se practiquen tomando como elemento base de comparación, las firmas estampadas en documentos originales y no en fotocopias en copias certificadas, pues en éstas no pueden apreciarse algunos aspectos que pueden ser determinantes para establecer la autenticidad de la firma dubitada, y sólo con los originales el perito puede apreciar correctamente los elementos necesarios y trascendentales de acuerdo a su ciencia, que en su conjunto, son los que permiten una correcta determinación sobre características morfológicas de la escritura, como la habilidad caligráfica, presión muscular y grado de inclinación de la misma, de ahí que si el dictamen pericial relativo se apoya en copias fotostáticas, simples o certificadas, resulta evidente que ese estudio carece de confiabilidad, pues el carácter gráfico que aparece puede o no corresponder a su original, ya que una fotocopia fácilmente puede ser producto de alteración imperceptible, incluso sólo por la forma en que ésta se reproduce; razón por la cual son indispensables los documentos originales para el desahogo de la prueba pericial grafoscópica y caligráfica.

5.2.1.7. Limitaciones a la actuación de los peritos.

Los peritos deben ceñir su actuación al examen de las cuestiones incluidas en los puntos de pericia propuestos por las partes, por lo que el juez, al dictar sentencia definitiva, no podrá hacer mérito de las consideraciones formuladas por aquéllos al margen de dichos puntos.

De allí que les esté vedada a los peritos, v.gr., la posibilidad de examinar prueba documental no presentada como prueba por las partes o la de emitir apreciaciones de índole jurídica.

Tampoco pueden los peritos delegar su encargo en otras personas, aunque les es permitido requerir la colaboración o el auxilio de terceros para ejecutar las operaciones técnicas necesarias a los efectos del dictamen. Es inadmisibles, por último, utilizar a los peritos como intermediarios para

solicitar informaciones de terceros, pues el diligenciamiento de esa medida escapa al necesario control de las partes, e incluso del Tribunal, en virtud de la prohibición contenida en los siguientes apartados del Código Mercantil.

Artículo 42. No se puede hacer pesquisas de oficio por tribunal ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan o no el sistema de contabilidad a que se refiere este capítulo.

Artículo 43. Tampoco podrá decretarse, a instancia de parte, la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, registros, comprobantes, cartas, cuantías, y documentos de los comerciantes, sino en los casos de sucesión universal, liquidación de compañía, dirección o gestión comercial por cuenta de otro o quiebra.

5.2.1.8. El dictamen pericial.

Ya cite, que el dictamen pericial, está constituido por el informe escrito a través del cual, el perito en sujeción a un cuestionario brinda su opinión respecto de los hechos que son sometidos a su estudio. También, manifesté que consta de dos partes distintas: La declaración de una verdad técnica y la aplicación de ella al hecho propuesto, fundada en el análisis de los fenómenos producidos por él.

Asimismo, que la presentación del dictamen constituye el principal deber de los peritos, pese a que nuestra legislación adopte un trato diferente al incumplimiento a cargo de los designados por las partes en relación con el tercero en discordia.

Finalmente, cabe decir que existe un precepto jurídico que faculta a los contendientes a objetar o impugnar el dictamen pericial ofrecido por la contraparte, pero que sujeta el ejercicio de tal facultad a requisitos de carácter económico, tales como el pagar a un perito para que se exhiba un dictamen de su representación, ya que de no hacerlo perderá ese derecho; así como a cubrir el la mitad del monto de los emolumentos del tercero en discordia.

Esta situación, prevista en el numeral 1257, antes como costumbre a través del auto que mande dar vista con el dictamen a la parte contraria para que exprese lo que a su derecho convenga, podía o no ser observada, sin que con ello la prueba pueda ser alterada en el valor probatorio que el juez le confiera al dictar su resolución.

Pero el asunto no es tal fácil como parece cuando se trata de avalúos, porque en ello puede ir el patrimonio total de una persona, lo que en mi consideración convierte a esta medio de convicción, en una mercancía a la venta, que desgraciadamente solo podrán pagar las clases privilegiadas.

El dispositivo de mérito, lo es:

Artículo 1257. [...]

En todos los casos en que se trate únicamente de peritajes sobre el valor de cualquier clase de bienes y derechos, los mismos se realizarán por avalúos que

practiquen dos corredores públicos o instituciones de crédito, nombrados por cada una de las partes, y en caso de diferencias en los montos que arrojen los avalúos, no mayor del treinta por ciento en relación con el monto mayor, se mediarán estas diferencias. De ser mayor tal diferencia, se nombrará un perito tercero en discordia, conforme al artículo 1255 de este código, en lo conducente.

En el supuesto de que alguna de las partes no exhiba el avalúo a que se refiere el párrafo anterior, el valor de los bienes y derechos será el del avalúo que se presente por la parte que lo exhiba, perdiendo su derecho la contraria para impugnarlo.

Cuando el juez lo estime necesario, podrá designar a algún corredor público, institución de crédito, al Nacional Monte de Piedad o a dependencias o entidades públicas que practican avalúos.

En todos los casos en que el tribunal designe a los peritos, los honorarios de éstos se cubrirán por mitad por ambas partes, y aquélla que no pague lo que le corresponde será apremiada por resolución que contenga ejecución y embargo en sus bienes. En el supuesto de que alguna de las partes no cumpla con su carga procesal de pago de honorarios al perito designado por el juez, dicha parte incumplida perderá todo derecho para impugnar el peritaje que se emita por dicho tercero.

5.2.2. Fuerza probatoria del dictamen pericial.

Todo lo anterior, alcanza para concluir que, para que el dictamen rendido por un perito en juicio sea válido, requiere de la estricta observación de las siguientes premisas:

- a). Que la probanza haya sido ofrecida, admitida, preparada y desahogada en legal forma. Si no lo es, existirá un dictamen pero carecerá de valor.
- b). Que el perito reúna idoneidad para realizar el cometido que le sea encomendado;
- c). Y que su presentación sea en legal forma; es decir que debe estar ajustada a los términos prescritos por la ley. La regla general exige la presentación por escrito.

Supuesta la validez en el desahogo de la prueba, la pertinencia de los hechos sobre los que versa y la aptitud técnica del perito para asumir tal calidad procesal, y en ocasión de dictar sentencia, el Juez deberá valorar la fuerza probatoria del dictamen pericial, para resolver si acredita o no los hechos controvertidos.

El valor de la prueba pericial queda sujeto al prudente arbitrio del juez, pero nuestra legislación dispone que los avalúos hagan prueba plena. Al respecto, el Código Mercantil señala:

Artículo 1300. Los avalúos harán prueba plena.

Artículo 1301. La fe de los demás juicios periciales, incluso el cotejo de letras, será calificada por el Juez según las circunstancias.

De lo expuesto, cabe inferir un catálogo de reglas que regirán la fuerza probatoria de los dictámenes.

Es Mittermaier quien señala que "la prueba pericial descansa en un encadenamiento de probabilidades racionales que corresponde apreciar al juez antes de declararse convencido. En todos los casos tendrá que decidir si el informe envuelve en sí convicción"⁹⁸

La misión del Juez, en palabras del suscrito, consiste en examinar el peritaje a efecto de compararlo en su forma y tenor, con las circunstancias y las pruebas de otra naturaleza ya existentes en autos.

Así, el examen del dictamen implica la consideración de una serie de aspectos, que analizados en su conjunto, darán como resultado el grado de eficacia que aquel ostenta como valor probatorio.

Entre los requisitos que el dictamen debe reunir para que posea eficacia probatoria toca considerar, entre otros, los siguientes:

a). Que resulte un medio idóneo para investigar el hecho a probar. La peritación es medio conducente por su naturaleza para probar hechos, causas, efectos de una cantidad innumerable de acontecimientos, tanto de la naturaleza, como del orden social.

No obstante, es inconducente para probar la constitución de un sociedad mercantil o la transmisión de derechos reales.

b). Que exprese conclusiones claras, firmes y lógicas, para allegar el suficiente poder convictivo al ánimo del Juez.

Las conclusiones deben ser convincentes, como consecuencia lógica de su fundamentos y motivaciones, por lo cual, si el Juez al apreciar el dictamen entiende razonablemente que éste ostenta conclusiones poco claras y carentes de sustento, no podrá otorgarle la eficacia probatoria indispensable para formar convicción sobre los hechos controvertidos.

c). Que no existan otras pruebas que le resten eficacia. Si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen el dictamen, éste pierde eficacia probatoria, ya que la convicción debe partir del análisis global y razonado que se formule del conjunto total de los medios de prueba existentes en la causa.

La fuerza probatoria de la prueba pericial puede ser debilitada mediante la práctica de otras pruebas que arrojen resultados distintos y contrarios al del dictamen, conclusión que parece lógica si se tiene presente la libertad de apreciación que posee el Juez para el examen de las pruebas conforme a las normas de la lógica y la experiencia.

No obstante cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la experiencia aconseja, frente a la imposibilidad de oponer mayores argumentos científicos de mayor valor, aceptar las condiciones de aquél.

⁹⁸ Mittermaier. Cit. Varela, Casimiro A. Op. cit. Pág. 191.

Si bien las conclusiones del perito no obligan al juzgador, tampoco puede prescindirse del dictamen por razones de tecnicismos y especialidad cuando el informe acerca pautas orientadoras sobre el tema en debate.

Así, la facultad del juez en la apreciación de la prueba tampoco es discrecionalmente arbitraria y debe responder a criterios de razonamiento lógico que excluyan la posibilidad del absurdo.

"Es por tal circunstancia que si no aparecen motivos fundados para apartarse de las conclusiones de la prueba pericial, no le es lícito al juzgador hacerlo sin justificación suficiente, ya que el pronunciamiento que rechaza a aquéllas debe ser el resultado de un análisis crítico de los fundamentos del dictamen y de los antecedentes de la causa."⁹⁹

5.2.3. Criterios Jurisprudenciales.

Al término, y con el firme propósito de aportar diversos aspectos sobresalientes en la interpretación jurídica de los temas desarrollados, he convenido en transcribir una breve selección de aquellos criterios emitidos por nuestros más altos tribunales, que en lo personal, revelan una suma importancia.

PAGARÉS. LAS FIRMAS NOTORIAMENTE DISTINTAS EN LOS DOCUMENTOS FUNDATORIOS DE LA ACCIÓN, HACEN INNECESARIO EL DESAHOGO DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIAS DE CALIGRAFÍA Y GRAFOSCOPIA, PARA ESTIMAR IMPROCEDENTE EL RECLAMO EN CUANTO AL PAGO DE LOS TÍTULOS DISCREPANTES. La prueba pericial procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia o arte, como lo sería en tratándose de materias de caligrafía y grafoscopia, tal como lo dispone el artículo 1252 del Código de Comercio; sin embargo, ello será necesario cuando, para establecer si determinada o determinadas firmas son o no auténticas, no es posible apreciarlo a simple vista por la similitud que guarden esas firmas dubitadas en función con la indubitada que para tal efecto se tome como punto de comparación; empero, la prueba pericial no es necesaria cuando, en varios pagarés presentados como fundatorios de la acción, las firmas dubitadas estampadas, a simple vista son notoriamente discrepantes entre si, y además difieren con la firma estampada en el título que el demandado reconoce y cuya firma coincide, además, con otras firmas que de este último obran en autos. En consecuencia, al ser el juzgador perito de peritos, resultaría innecesario el desahogo de dicha probanza, para estimar procedente la excepción prevista en el artículo 8o., fracción II, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.
II.1o.C.165 C**

Amparo directo 172/98.-Rufina Chávez Baltazar.-5 de junio de 1998.-Unanimidad de votos.-Ponente: José Librado Fuerte Chávez.-Secretario: Alejandro García Gómez.
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la

⁹⁹ Valera A. Casimiro. Op. cit. Pág. 198.

Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo IX, Mayo de 1999. Tesis: II.1o.C.165 C Página: 1047. Tesis Aislada.

PRUEBA PERICIAL EN JUICIO MERCANTIL. SU DESAHOGO NO DEBE SER NECESARIAMENTE EN FORMA COLEGIADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De lo preceptuado en los artículos derogados del Código de Comercio, 1252 a 1258, no se desprende que la prueba pericial dentro de un juicio mercantil deba desahogarse en forma colegiada, además de que no prevén aspectos relacionados con el desahogo de esa probanza, como son la facultad que tiene la contraparte del oferente de adicionar el cuestionario respectivo, cuándo y cómo deben aceptar el cargo los peritos que nombren las partes, o la designación de perito tercero en discordia, por lo que para poder desahogar correcta y completamente la prueba pericial, es necesario acudir en forma supletoria al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, con todas las consecuencias que ello acarrea; dentro de este cuerpo normativo, el artículo 353, establece que cuando no se rinda el peritaje de una de las partes, deberá tenerse por conforme con el de la contraparte, es decir, que no necesariamente tal probanza debe desahogarse en forma colegiada.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. VI.1o.8 C

Amparo directo 65/97. Emilio Maurer Espinoza. 14 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIV-Julio, Segunda Parte, tesis VI.2o.283 C, página 700, de rubro: "PERICIAL EN MATERIA MERCANTIL, NO SE REQUIERE QUE SEA COLEGIADA. REMATES. (SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL ESTADO DE PUEBLA)". Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo VI, Agosto de 1997. Tesis: VI.1o.8 C Página: 787. Tesis Aislada.

PRUEBA PERICIAL. COMPETE AL JUZGADOR DETERMINAR EL VALOR QUE CORRESPONDE A LOS DICTÁMENES, SIN TENER RELEVANCIA SI LAS PARTES LAS OBJETAN O NO. El hecho de que el quejoso no haya objetado el dictamen emitido por el perito del demandado no constituye motivo suficiente para desvirtuar los dictámenes rendidos por sus peritos, en virtud de que compete al juzgador determinar el valor que corresponde a esos medios de convicción, sin tener relevancia si las partes los objetan o no.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. I.8o.C.22 K

Amparo directo 207/97. Silvia Souza de Díaz de León. 31 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretaria: Luz Delfina Abitia Gutiérrez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo VII, Marzo de 1998. Tesis: I.8o.C.22 K Página: 815. Tesis Aislada.

5.3. Conclusiones.

Primera. La prueba es el resultado de las actividades judiciales desarrolladas por las partes, que tienen por objeto acreditar la existencia de los hechos controvertidos en juicio, para determinar la procedencia del derecho que se ejercita.

Segunda. Los medios de prueba son los instrumentos o mecanismos utilizados por las partes, por los cuales se pretende lograr el cercioramiento del Juzgador sobre los hechos discutidos en el proceso.

Tercera. El procedimiento probatorio es el orden metódico impuesto por ley para probar en juicio, a través de los siguientes actos progresivos: ofrecimiento, admisión o deserción, preparación, desahogo y valoración de los medios, que obligatoriamente deben cumplir, entre otros, con los principios de inmediación, debate contradictorio y publicidad.

Cuarta. En los procesos actuales, las pruebas deben ofrecerse expresando con toda claridad su relación con los hechos controvertidos, además de dar las razones por las que se estima probarán las afirmaciones del oferente, bajo pena de ser desechadas en caso contrario; en tanto que el pasado sólo se exigía su simple relación con cada uno de los hechos.

Quinta. La prueba testimonial se origina en la declaración de testigos. El testigo es la persona fidedigna presentada en juicio por las partes, para declarar lo que sabe acerca de los hechos controvertidos.

Sexta. El reciente régimen procesal dispone que toda persona que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos debe declarar en juicio, particularidad que atiende a la eliminación de los impedimentos legales para ser testigo en otros previstos.

Séptima. De acuerdo a las reformas, la parte que pretenda producir la prueba de mérito, debe proporcionar en el escrito de demanda, contestación, reconvención o respuesta de ésta, los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos esgrimidos, bajo pena de ser desechada en caso contrario, salvo que importen un hecho o excepción superveniente.

Octava. La designación de testigos con domicilio falso o inexacto, es una conducta dilatoria que en mejor justicia es sancionada por la enmienda mercantil, a través de la imposición de una multa a favor del colitigante, de hasta por sesenta días de salario mínimo, sin perjuicio del derecho de denunciar la falsedad en que se hubiere incurrido, además de la deserción de la prueba. Se dice, en mejor justicia, por el incremento en el monto de la sanción, pero principalmente por la determinación de que sea a favor de la contraparte afectada.

Novena. La valoración de la prueba testimonial que no es libre; atiende principalmente: a los rasgos individuales del testigo, a su relación con las partes contendientes o con el litigio en sí mismo, a la mayor o menor verosimilitud del objeto de la prueba, a su grado de percepción por medio de los sentidos, e incluso al nivel de facilidad con que pueda recordarse y la concordancia o discordancia entre las respuestas dadas por un mismo testigo, por los distintos testigos propuestos por la misma parte y por los testigos propuestos por cada una de las partes.

Décima. En verdad, que las reformas cumplen con su fin logrando ahora procesos de menor duración, sin embargo el dilema radica en la conciencia social que implica el tener Juicios rápidos pero sin la certeza de haber resuelto en justicia.

Por tanto, mi propuesta se erige en el sentido de reglamentar que todos los testigos sean citados por el Juez, a efecto de ser sujetos a mayores sanciones, ya sea por su incumplimiento al deber de comparecer o por rendir falsas declaraciones; buscando con ello, el renacimiento de la conciencia humana sobre la relevancia del acto., ya que el testimonio es una necesidad de la administración de justicia, que debe contemplarse en una especie de servicio público obligatorio.

Décima Primera. La pericia es el medio de prueba, por el que se brinda la opinión de una persona llamada a Juicio, denominada Perito, que con base en un examen de sucesos que requieren de conocimientos especiales, otorga su parecer acerca de cuestionamientos realizados por las partes, con la finalidad de exponer sobre las causas y/o efectos de los hechos controvertidos.

Décima Segunda. La Ley de Comercio anterior a las reformas, previene los siguientes fórmulas para la designación de peritos: a). El convenio entre los contendientes; b). El ofrecimiento voluntario e independiente de los justiciables; c). El nombramiento en rebeldía y d). La nominación de un tercero en caso de discordia.

La designación en rebeldía procede cuando: i). la contraparte de la oferente dejare de hacer el nombramiento en el término de tres días, ii). En el evento que el designado por las partes no se presente a aceptar y protestar el cargo conferido, dentro del término de cuarenta y ocho horas, iii). Cuando el perito que habiendo aceptado su encargo no rindiere su dictamen y iv). Cuando el que haya aceptado su cargo, en virtud de su anterior designación, lo renuncie en forma posterior.

Décima Tercera. En el viejo proceso, las partes estaban obligadas a presentar a sus peritos en un término máximo de cuarenta y ocho horas ante la sede del órgano judicial, para los efectos de la aceptación y protesta de su encargo; salvo que el experto fuera designado por el Juez en su rebeldía o en discordia, en cuyo caso la notificación correspondía al tribunal.

Décima Cuarta. El valor de la prueba pericial se haya sujeta al prudente arbitrio del juez, que debe reflexionar sobre los siguientes aspectos a). Que resulte un medio idóneo para investigar el hecho a probar, b). Que exprese conclusiones claras, firmes y lógicas, para allegarse del suficiente poder convictivo y c). Que no existan otras pruebas que le resten eficacia, ya que la convicción debe partir del análisis global y razonado que se formule del conjunto total de los medios de prueba existentes en la causa.

La excepción, son los avalúos que hacen prueba plena, según dispone la codificación mercantil anterior como posterior a las reformas.

Décima Quinta. El sistema para la designación de peritos en la nueva Ley de Comercio, mantiene la base de solo tres de los extremos para el nombramiento, en otros tiempos previstos, a saber: a). El posible convenio de las partes; b). La independiente elección realizada por cada parte; y c). El llamado a un tercero en caso de discordia; pero suprime en su totalidad la designación en rebeldía, decretando la deserción de la prueba o en su caso, determina la creación de la ficción jurídica de "tener por conforme a la parte rebelde con el peritaje de la contraria".

Décima Sexta. En el régimen actual, admitida la probanza de mérito los oferentes adquieren la obligación, de que sus peritos por escrito acepten el cargo y protesten su fiel y legal desempeño en un término máximo de tres días, evento que en la práctica resulta benéfico, porque reduce el número de veces que el experto encargado acude y permanece en el juzgado, siendo consientes que su función no se demerita por tal circunstancia.

Décima Séptima. Otro aspecto a comentar, corresponde a la forma que debe revestir el libelo de aceptación, el cual debe hacer constar la manifestación bajo protesta de decir verdad, que conoce los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial; además de la afirmación de que cuenta con la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular.

No debe pasar inadvertida, la exigencia que al escrito de protesta debe hacerse acompañar copia de su cédula profesional o documento que acredite su calidad de perito.

Décima Octava. En ocasión de que el experto sea designado por el Juez, como tercero en caso de discordia, la obligación de que el perito presente su escrito de aceptación y protesta no se atribuye a los justiciables, sino al propio perito, que previa notificación judicial de la designación de su encargo, queda obligado a exhibir el libelo de ley en un término no mayor tres días.

Décima Novena. El escrito de protesta del tercero en discordia debe cumplir con idénticos requisitos de los previstos respecto del designado por las partes, además de señalar el monto de sus honorarios, en los términos de la legislación local correspondiente o, en su defecto, lo que determine, mismo que ser aprobados por el Juez serán cubiertos por las partes en igual proporción

Vigésima. El legislador sienta un gran adelanto respecto de la vieja regulación, debido que ahora califica que la diferencia entre los dictámenes, que obligue a recurrir a una tercera opinión, deba ser substancialmente contradictoria, y en suma que no permita al juzgador adquirir conclusiones que aporten elementos de convicción.

Vigésimo Primera. Los peritos admitidos a las partes, *obligados* a rendir su dictamen en los juicios ordinarios dentro del término de diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo, en tanto, que los juicios ejecutivos o especiales el informe debe exhibirse en el perentorio plazo de cinco días.

Los términos concedidos son claros y no dan lugar a duda, empero mi comentario incumbe a la grave contradicción de atribuir la obligación de rendir el dictamen al perito y castigar su incumplimiento con la deserción de la prueba o con la ficción de conformidad, en contra del oferente.

Vigésima Segunda. Las reglas aplicables a la prueba peritos han sufrido múltiples cambios, que tienden a cumplir el objeto de la inicialiva, esto es lograr la prosecución de juicios rápidos, pero desatienden a fomentar la veracidad de los dictámenes.

Por desgracia, en la realidad, no es posible hablar estrictamente de completa imparcialidad en los peritos designados por las partes, pues resulta evidente que de todas formas habrá algo de parcialidad en su actuación, debido a que estas últimas los llaman en su ayuda. Pero tampoco en los peritos designados por el Juez, ya que se conducen generalmente en favor del mejor postor.

Así, la derogación de las reglas circunscritas a la designación de peritos en caso de rebeldía, efectivamente logra la mayor celeridad del proceso, pero irrumpe con el principio de igualdad entre las partes, en detrimento de las posibilidades de defensa de las clases con menos poder económico, erigiéndose la impartición de justicia en un acto elitista; que además provoca el distanciamiento del carácter colegial de la pericia.

Bien podría pensarse, en no defender tácticas dilatorias, pero la creación de la ficción jurídica de "tener por conforme a la parte rebelde con el peritaje de la contraria", en el particular punto de vista, atenta con la garantía constitucional que establece el derecho de ser oído y vencido en juicio.

Por tanto, se propone que a efecto de fomentar la conciencia del servicio o función social inmerso implícitamente del término Auxiliar en la Administración de Justicia, se procure conformar en lo posible un Instituto de peritos dependiente del Tribunal o del Consejo de la Judicatura, a la manera del Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles, que establezca verdaderas sanciones a aquellos peritos que profanando la esencia de la pericia, venden su opinión al mejor postor.

Bibliografía.

- Arrellano García, Carlos. *Práctica Forense Mercantil*. 13ª ed. Porrúa. México. 2000.
- Arrellano García, Carlos. *Teoría General del Proceso*. 10ª ed. Porrúa. México. 2001.
- Bañuelos Sánchez, Froylan. *Práctica Civil Forense*. 3ª ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México. 1974.
- Barrera Graf. Cit. por Zamora – Pierce, Jesús. *Derecho Procesal Civil*. 2ª ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México. 1978.
- Becerra Bautista, José. *El Proceso Civil en México*. 16ª ed. Porrúa. México. 1999.
- Bentham Jeremias. Cit. por José de Vicente y Caravantes. *Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil*. Librería Gaspar y Roig Editores. Madrid. España. 1958. Tomo II.
- Canales Pichardo, Víctor Manuel. *Análisis de la Prueba Pericial*. Cárdenas Editor Distribuidor. México. 1998.
- Capitant Henri. *Vocabulario Jurídico*. Tr. Aquiles Horacio Guaglianone. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1966.
- Couture, J. Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 16ª reimpresión. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1993.
- Chioveda, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen 6. Primera Serie. Biblioteca Clásicos del Derecho. Oxford University Press. México. 2000.
- Chioventa, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tr. Enrique Figueroa Alfonso. Pedagógica Iberoamericana. México. 1995.
- Chioventa, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Reus. Madrid. España. 1922. Tomo II.
- De Pina Vara, Rafael. *Tratado de las Pruebas Civiles*. 3ª ed. Editorial Porrúa. México. 1981.
- Delleplane Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*. Reimpresión 9ª ed. Temis. Bogotá. Colombia. 1989.
- Devis Echandía, Hernando. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo IV. Temis. Bogotá. 1969.
- Estudio de Zamora Pierce, Jesús. En la obra *Reforma Procesal*. Estudios en Memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Unam. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1987.

Gómez de Silva, Guido. Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española. 1ra. reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México 1989.

Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. 6ª ed. Harla. México. 1997.

Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. 6ª ed. Unam. México. 1983.

Lauret. Cit. por Mateos Alarcón, Manuel. Las pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal. 5ª ed. Cárdenas Editor Distribuidor. México. 1998.

Lessona, Carlos. Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Tomo IV. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1957.

Mateos Alarcón, Manuel. Estudio sobre las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1998.

Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso. 6ª ed. Harla. México. 1991.

Palacio Lino, Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo IV. Actos Procesales. 3ª reimpresión. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.

Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 9ª ed. Porrúa. México. 1981.

Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 13ª ed. Porrúa. México. 1981.

Pérez Palma, Rafael. Diccionario de Juristas. Porrúa. México. 1988.

Sentís Melendo, Santiago. Introducción al Derecho Probatorio en Estudios Procesales en Memoria de Carlos Viada. Prensa Castellana. Madrid. España.

Várela, Casimiro A. Valoración de la prueba. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1990.