



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

“EL AUTO QUE ADMITA LAS PRUEBAS NO ES
RECURRIBLE, CRÍTICA A LA NUEVA LEGISLACIÓN DEL
ESTADO DE MÉXICO”

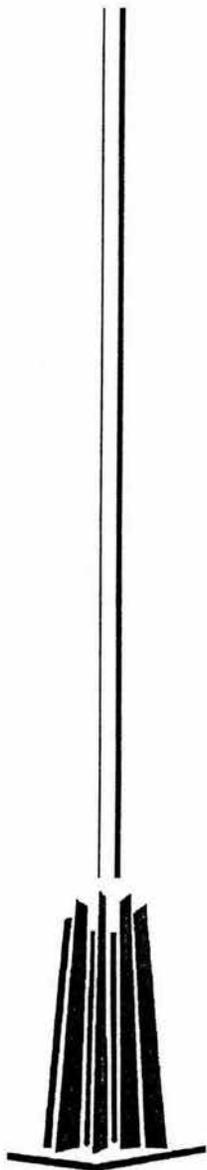
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:
EMMANUEL VÁZQUEZ ORTÍZ

ASESOR DE TESIS:
LIC. ANGELINA HERNANDEZ CRUZ

MÉXICO

2004





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.

El presente trabajo representa
la culminación de la primera meta,
de suma importancia en mi existencia,
la cual agradezco sin prelación alguna, a:

A DIOS

Luz de mi vida y representación
de la esperanza, que guía mis pasos.

A MIS PADRES

Por su inmenso cariño y apoyo, por ser
la columna y sostén de mi educación y de
mi realización como hombre, lo que les agradezco
infinitamente y para siempre.

A MIS HERMANOS:

Cuyas palabras de aliento nunca
pudieron ser más acertadas, y que
gracias a su compañía y comprensión
puedo ver realizado mi primer gran sueño.

A MIS AMIGOS

A todos y cada uno, por
cada acción de apoyo y consejo,
por cada dicha y aventura que hemos
vivido juntos. Particularmente a M.E.H.N. y J.I.M.C.

A MI UNIVERSIDAD

Por formarme como profesional
y haberme compartido parte de su inmensa
fuente de riqueza intelectual cuyo conocimiento se
me dio sin limitación u obstáculo alguno.

A MIS MAESTROS

Por darme su experiencia, conocimiento,
consejo y apoyo, pero sobre todo el haberme
guiado en la ardua labor de aprender y ser mejor
cada día. En especial a la Lic. Angelina Hernández
Cruz, por ser la guía y consejera para la culminación de
este trabajo, pero lo importante por ser una gran amiga.

INDICE

Págs.

INTRODUCCIÓN.	1
--------------------	---

CAPITULO I.

CONCEPTOS BÁSICOS

1. El Proceso.	1
1.1. Conceptos Básicos.	1
1.2. Instrucción.	14
1.2.1. Fase Postulatoria.	15
1.2.1.1. Demanda.	15
1.2.1.2. Contestación.	17
1.2.1.3. Reconvención.	18
1.2.2. Fase Probatoria.	19
1.2.2.1. Ofrecimiento.	20
1.2.2.2. Admisión.	20
1.2.2.3. Preparación.	20
1.2.2.4. Desahogo.	21
1.2.3. Fase Preconclusiva.	21
1.2.3.1. Alegatos.	21
1.3. Juicio.	22
1.3.1. Fase Conclusiva.	22
1.3.2. Fase Impugnativa.	22

CAPITULO II.
MEDIOS DE PRUEBA.

	Págs.
2. Pruebas. -----	23
2.1. Concepto. -----	23
2.2. Análisis de la Prueba. -----	25
2.2.1. Objeto de la Prueba. -----	25
2.2.2. Carga de la Prueba. -----	34
2.2.3. Procedimiento Probatorio. -----	40
2.3. Medios de Prueba. -----	46
2.3.1. La Confesional. -----	49
2.3.2. La Documental (Instrumental). -----	57
2.3.2.1. Documentos Públicos. -----	60
2.3.2.2. Documentos Privados. -----	65
2.3.3. Reconocimientos de Documentos. -----	66
2.3.4. La Pericial (Dictámenes Periciales). -----	71
2.3.5. La Inspección Judicial. -----	75
2.3.6. La Testimonial. -----	77
2.3.7. Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, cualquier grabación de imágenes y sonidos y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología. -----	83
2.3.8. Reconocimiento de Contenido y Firma de Documentos Privados. -----	84
2.3.9. Informes de Autoridades. -----	84
2.3.10. Presunciones. -----	85

CAPITULO III.

ESTABLECIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN PARA EL AUTO QUE ADMITE LAS PRUEBAS.

	Págs.
3. Medios de Impugnación. -----	88
3.1. Resoluciones Judiciales. -----	88
3.2. Medios de Impugnación. -----	90
3.3. Recursos. -----	94
3.4. Recurso de Apelación. -----	98
3.5. Propuesta de Reforma del Artículo 1.259 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. -----	110
Conclusiones. -----	121
Bibliografía. -----	125

INTRODUCCIÓN

Toda acción tendrá una reacción, como estudiosos del derecho y con miras a desempeñarnos como abogados es necesario ocuparnos del estudio de la norma jurídica, pues, está es la herramienta básica de nuestro trabajo, que nos conlleva a una reflexión de la ley como conjunto y como individualidad, que se encuentra sujeta a la voluntad del hombre, que es concebida por éste, y por ello deducible que es imperfecta como el hombre mismo, aunque algunos de los doctrinarios opinen lo contrario, la perfección de la ley existe, nosotros opinamos distinto, si la ley es concebida por el hombre es imperfecta y por tanto susceptible de perfeccionar a cada momento y adecuarla a la necesidad imperante de la actualidad, no siempre se consigue esto, pero, nuestra misión como conocedores de la norma jurídica es opinar, reflexionar, sugerir, los medios para ese perfeccionamiento para lograr el fin que pretende la ley, la armonía del grupo social al que pertenecemos y a la que se aplica.

Creo indispensable precisar que el título de nuestro trabajo de investigación quedo muy amplio al referirnos que la crítica, es a la nueva legislación del Estado de México, pues, el vocablo legislación es en demasía extenso y podría referirse a cualquier especialidad del derecho como el penal, el administrativo, el constitucional, el militar, etc., sin embargo, en esta investigación nos ocupamos de la nueva legislación para el Estado de México.

El tema que nos ocupa es de actualidad, pues se trata del nuevo Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 1 de julio de 2002, de hecho entró en vigencia a los 15 días naturales siguientes a su publicación. Por lo que es pertinente, en nuestro particular punto de vista, hacer las críticas necesarias, con la finalidad de tratar de mejorarlo no con el afán de destruir algo que urgía con prontitud para la sociedad que conforma la entidad federativa, el Estado de México. Pero es necesario hacer notar algunas de sus deficiencias que creemos no debieron ocurrir, ya que se tiene de referencia a otras legislaciones

civiles que bien podrían adecuarse y omitir por tanto algunos de los errores que padece y que son necesarios solucionar para el mejoramiento del sistema judicial en México.

Como ha de observarse, el tema que analizo se haya dentro de la rama del derecho civil, particularmente en la Ley Adjetiva, en específico el artículo 1.259 en su primera parte que preceptúa, "el auto que admita las pruebas no es recurrible . . .", del nuevo Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, por tanto el tema desarrollado se enrola en diversos y complejos conceptos jurídicos, que es preciso desarrollar con antelación a la crítica que merece el artículo en cita, para así tener una mejor comprensión de lo se pretende demostrar a lo largo de este trabajo que presento.

Bien, el presente análisis se basa en el recurso de apelación como un medio eficaz para subsanar los posibles errores del órgano jurisdiccional que cometa al admitir las pruebas, no por que crea que el órgano no se equivoca, sino por que el ente que lo ocupa, es un ser humano y por tanto falible cuestión que es perfeccionable, a través, de una segunda revisión, por un tribunal de alzada que revise el escudriñamiento del *a quo* por posibles errores o inexactitudes de percepción, todo lo anterior deberá ser siempre y cuando se verifique una serie de requisitos para que opere y se le de seguimiento al recurso de apelación que se promueva, sancionando aquellos casos que no se apeguen a estos requisitos, o bien, se promueva de forma dolosa y sin fundamento con el propósito de retrasar o entorpecer el curso del procedimiento.

Ahora bien, se trata de la inoperante redacción del artículo 1.259 en su primera parte del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, toda vez, que ordena, "el auto que admita las pruebas no es recurrible . . .", esto es, la imposibilidad de impugnar el auto admisorio de pruebas. Resulta del todo contra derecho, pues, deja en estado de indefensión a la contraparte, que consiente del error que comete el juzgador al admitir la prueba, carezca, del medio idóneo para hacerlo notar y subsanar este error, puesto, que la autoridad judicial, admite las pruebas que de

estricto derecho no debería, ya que no reúne los requisitos que establece la ley, causando por tanto un daño importante para el que trata de demostrar su acción, o bien, su excepción, rompiendo con ello la equidad procesal de las partes, dando parcialidad al juicio, dado que se inclina a favor de alguno de los litigantes.

El establecimiento del recurso de apelación sin efecto suspensivo para el auto que admite las pruebas, da como resultado una mejor defensa para las partes que tratan de demostrar ya su acción ya su excepción.

Implantar el recurso de apelación en sentido no suspensivo (mejor dicho en efecto ejecutivo) para el auto que admite las pruebas, resulta conveniente para el desempeño profesional de los abogados provocando un mejoramiento en su asesoramiento. Con la instauración del recurso de apelación para el auto que admite las pruebas, se convierte en el medio ideal para corregir la falibilidad del órgano jurisdiccional.

El sometimiento del auto que admite pruebas a una segunda instancia, alienta al órgano jurisdiccional que primero conoce a escudriñar y someter a un análisis detallado el ofrecimiento de pruebas, las cuales deberán cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la norma jurídica, eliminando así al máximo una injusticia.

El análisis y propuesta de reforma del numeral en cuestión, no contraviene en forma alguna las facultades concedidas al órgano jurisdiccional, pues es clara la diferencia, pues la reforma que propongo no menoscaba ni limita, las facultades del Juez, sino que debe ser vista como un complemento a dichas facultades, para que no ocurra que en uso de sus facultades lesione los derechos o favorezca las obligaciones de las partes, ya que el medio de impugnación que propongo deberá ser utilizado por la parte que considere que dicha admisión de pruebas resulta violatoria de sus derechos de defensa

CAPITULO I.

CONCEPTOS BÁSICOS

1. EL PROCESO

1.1. CONCEPTOS BÁSICOS

Como en toda ciencia, hay diversas categorías de conceptos y su respectiva importancia, además de otros que dependen de éstos, es por ello, que los conceptos básicos y de más jerarquía abarcan o abrazan a otros que son de relevancia menos intensa.

Así como en los demás campos del conocimiento humano; la ciencia jurídica procesal también ha tratado de establecer los conceptos básicos y de jerarquía superior que envuelvan a los demás conceptos, a lo anterior no hay unanimidad entre los estudiosos de la materia, por que "... el ámbito de lo procesal no se ha determinado desde el principio, ni ha permanecido invariable, sino que se ha ensanchado o contraído, a la zaga de las tendencias imperantes sobre la esencia de las principales nociones constitutivas. De allí que todavía tengamos que lamentar una constante vacilación, una tremenda inconsecuencia y un enorme desconcierto entre los tratadistas"¹

"El contenido de la teoría general del proceso esta constituido por el conjunto de conceptos, principios e instituciones comunes a las diversas ramas especiales de la ciencia del derecho procesal, ... se puede afirmar que existe acuerdo acerca de que son comunes a todas las disciplinas procesales especiales los conceptos de acción, jurisdicción y proceso, a los que la doctrina considera como fundamentales, ... la acción, como derecho subjetivo procesal, poder jurídico o facultad que las personas tienen para promover la actividad del órgano jurisdiccional con

¹ LOIS ESTÉVEZ, José. *Grandes Problemas del Derecho Procesal*, Porto y Cia. Citado por GOMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. México, Oxford University Press, 2000, p. 79 y 80.

el fin de que, una vez realizados los actos procesales correspondientes resuelva sobre la pretensión litigiosa; la jurisdicción, como función que tienen determinados órganos del estado para resolver conflictos de trascendencia jurídica, mediante determinaciones obligatorias para las partes y susceptibles de ejecución, y, en fin, el proceso, como conjunto de actos que realizan las partes, el juzgador y demás sujetos que intervienen en el mismo y que tiene como finalidad lograr la composición del litigio por medio de la sentencia".²

Sólo podremos estudiar a la teoría del proceso haciendo caso a la corriente doctrinaria predominante en la actualidad que destaca a los tres elementos base; la jurisdicción, la acción y el proceso, por qué sólo el desenvolvimiento del proceso se dará gracias a la unión armoniosa de la jurisdicción y la acción.

El examen de la jurisdicción ocupara el primer lugar en éste estudio, dado que la actividad que desarrollaran las partes esta dirigida al órgano jurisdiccional como tercero ajeno al conflicto y que resolverá la contienda, sin contrariar a la doctrina y estando de acuerdo con ella, no es posible aislar o anteponer un elemento sobre otro, pues sin uno no puede aparecer el otro, además que de ello depende la unidad del proceso.³

De acuerdo con el jurista Calamandrei Piero, debemos iniciar con la **jurisdicción**, toda vez, que ha cambiado la forma de concebir la solución a los problemas, ya que, la mentalidad que se tiene acerca de éstos no es igual para todas las épocas, ni para todos los lugares, se particulariza para cada momento y lugar; y, ahora se considera desde el punto de vista del Estado como rector de la sociedad, y es por ello que no cree en la aplicación general de los conceptos, ya que estos son solo correctos para un cierto momento histórico, y comienza con una noción

² OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso, 4ª ed., México, Oxford University Press, 1996, p. 53.

³ Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Nuevos Estudios de Derecho Procesal, México, 1972, UNAM, p. 37.

bastante amplia, pero que refleja un elemento básico el considerar a la jurisdicción, como potestad o función que ejerce el Estado cuando administra justicia a través del proceso.⁴

Este mismo autor expone una interesante justificación acerca del por qué la jurisdicción antecede en estudio a los demás elementos fundamentales, y se debe a la finalidad que persigue el Estado, consistente en la regulación de las relaciones sociales entre los individuos que integran la sociedad dictando las normas jurídicas idóneas, exigiendo sean acatadas, a las cuales los miembros de la comunidad deben apegar su conducta, de ahí que la solución de controversias jurídicamente trascendentes sea el proceso, desde el punto de vista del Estado como administrador de justicia, destaca el hecho de tener ya establecidos los órganos jurisdiccionales para la administración de justicia y luego destaca la acción para introducir a la pretensión en el campo de lo procesal y posteriormente el proceso donde se ventila el conflicto ante los órganos jurisdiccionales ya establecidos.⁵

Por su parte Becerra Bautista expresa, "jurisdicción es la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida."⁶ De la concepción anterior el autor destaca tres funciones básicas de la jurisdicción y son a decir: *la notio*, es el conocimiento de la controversia, *el iudicium*, la facultad de decidirlo, y *la executio*, la potestad de ejecutar lo sentenciado. Si bien es cierto, que estos tres elementos se presentan dentro de la función jurisdiccional en tiempos normalmente sucesivos; algunos autores disienten de esta concepción de encerrar a los tres elementos dentro de la jurisdicción.

Para éste mismo autor, "la actividad jurisdiccional se sustenta en la existencia de una controversia entre partes, que debe ser resuelta en forma vinculativa, por una persona que tenga el poder necesario para que su determinación sea precisamente obligatoria."⁷ Es decir, la

⁴ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. I., [Trad. Santiago Sentís Melendo] Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1973, p. 114.

⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 115.

⁶ BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. 16ª ed. rev. y act., México, Porrúa, 1999, pp. 5 y 6.

⁷ *Ibidem*, p. 6.

jurisdicción encuentra su base en la existencia de un litigio, el cual requiere ser solucionado, para ello, es necesario la preexistencia de un órgano con poder suficiente para que su determinación se considere obligatoria. Por lo que refiere a la palabra *persona*, se refiere al juzgador quien es el titular de la función jurisdiccional y, en el ejercicio de ella dirige el desarrollo del proceso y resuelve el litigio planteado por las partes.

En contraposición al pensamiento de Becerra Bautista, por lo que respecta a considerar al litigio o controversia como la base de la jurisdicción, encontramos la doctrina de Briseño Sierra que expresa, "tendrá que sostenerse que no hay jurisdicción sin accionar de las partes; *el conflicto es supuesto de la pretensión y no de la jurisdicción*, y ésta es el presupuesto del accionar y no de la pretensión".⁸

Asimismo Briseño Sierra sostiene que existe una dependencia funcional con la instancia de las partes, es decir, que se necesita de la petición de las partes o al menos de una de ellas a fin de introducir la pretensión en el campo de lo procesal y someter el conflicto al juzgamiento de los órganos jurisdiccionales; llevándolo a afirmar que no puede existir jurisdicción sin acción.⁹

Por otro lado se define a "la jurisdicción como la función que ejercen órganos del Estado independientes o autónomos, a través del proceso, para conocer de los litigios o controversias que les planteen las partes y emitir su decisión sobre ellos; así como para, en su caso ordenar la ejecución de dicha decisión o sentencia."¹⁰ Como ha de observarse, éste autor en su concepto destaca los tres elementos asentados por Becerra Bautista, en el sentido de que en el ejercicio de la función jurisdiccional se desarrollan los mecanismos de conocer, decidir y ejecutar.

Este mismo tratadista nos advierte que para que se ejerza la función jurisdiccional es indispensable e imprescindible que posean independencia o autonomía, esto es, que emitan sus

⁸ BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Vol. II., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, p. 244. La letra en cursiva es nuestra para destacar la divergencia de opiniones.

⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 245.

resoluciones conforme a su leal arbitrio, sin acatar o someterse a indicaciones de cualquier otro órgano de otros poderes, porque la independencia es condición esencial de la función jurisdiccional, ya que, es necesario que el juzgador sea imparcial en sus resoluciones o decisiones dentro del proceso y así obtener la justicia y la aplicación correcta de la ley, sin inclinaciones de ninguna índole.¹¹

El autor Calamandrei determina que "el fin preeminente de la jurisdicción, es, pues, en el sistema de la legalidad, el de hacer observar el derecho objetivo en sus preceptos individualizados; pero, en esta fórmula, es necesario colocar el acento especialmente sobre las palabras "hacer observar" las cuales quieren expresar aquel carácter subsidiario y se podría decir eventual, que tiene la jurisdicción, la cual se mueve para hacer respetar el derecho sólo cuando aquellos a los cuales el derecho en concreto se dirige, no han sabido o querido respetarlo por sí mismos, con la subentendida premisa de que, en el sistema de la legalidad, el Estado encomienda en primer término la observancia de las leyes a la civilidad de los ciudadanos, y los educa en la libertad confiando que ellos las comprendan y las observen sin necesidad de intervención del juez"¹²

El segundo concepto a analizar lo constituye la **acción** unidad básica e imprescindible en la arquitectura del proceso, porque lo primero es la jurisdicción (órgano-función), luego la acción (nexo entre el órgano y los sujetos del proceso) y por último el proceso (medio de solución). Y a la vez no hay prelación en ninguno de ellos, pues, sin uno no se pueden materializar los otros.

La acción procesal, a través, del tiempo ha sido confundida y no es hasta que la teoría moderna la ha desentrañado y separado de otras figuras, seguramente, afines a la acción, sin embargo, no son la misma cosa, y estando ya delimitadas sin equivocación, por sus características, por su naturaleza jurídica, etc., entre los desconciertos más reiterados por los

¹⁰ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 119 y 120.

¹¹ *Cfr. Ibidem*, pp. 120 y 121.

¹² CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 177 y 178.

tratadistas del derecho procesal, se encuentra confundir a la acción con la pretensión o con el derecho subjetivo (derecho material o sustantivo para Ovalle) .

Entre los tratadistas consultados que distinguen a las diversas figuras citadas tenemos a Carlos Cortés Figueroa quien determina "que la acción es siempre en su contenido y en su meta una sola noción, invariable, independientemente de los derechos de fondo que se están discutiendo o que se tratan de establecer o de hacer respetar, en cambio, las pretensiones que se someten y se enderezan a través del ejercicio de la acción, pueden ser tan variadas como los derechos del fondo y las aspiraciones que, con relación a ellas, pueda tener el titular o el supuesto titular de tales derechos." ¹³ Su argumento lo lleva a diferenciar a la pretensión y al derecho subjetivo o de fondo de la acción, no obstante, su concepto se inspira en el dado por Chiovenda, y comete el error de considerar a la acción como derecho potestativo. ¹⁴

Así también Gómez Lara, hace "distinción entre la pretensión, el derecho subjetivo y la acción, pues, aunque exista una íntima relación y una estrecha interdependencia entre ellos, los tres conceptos son diferentes y se encuentran en planos diversos. Así, el derecho subjetivo es algo que se tiene o que no se tiene y, en cambio, la pretensión es algo que se hace o no se hace, es decir, la pretensión es actividad, es conducta. Es claro que de la existencia de un derecho subjetivo, se puede derivar una pretensión y, de la existencia de la pretensión, se puede llegar a la acción, como una de las formas de hacer valer la pretensión." ¹⁵

Se puede establecer que la pretensión es presupuesto *sine qua non* de la acción, pero, el derecho subjetivo, de fondo o material no son presupuestos necesarios de la pretensión por qué "la pretensión, no siempre presupone la existencia de un derecho, y además, por otra parte,

¹³ CORTÉS FIGUEROA, Carlos. Introducción a la Teoría General del Proceso, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1974, p. 28.

¹⁴ Para consultar las diversas críticas acerca de esta concepción consultar a Gómez Lara, Ovalle Favela y a Briseño Sierra, quienes sostienen que es equivocada esta forma de estimar a la acción. Las obras son las citadas en este capítulo.

¹⁵ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 3.

también puede existir el derecho sin que exista la pretensión y, consecuentemente, puede también haber pretensión sin que exista el derecho".¹⁶

En lo que si hay unanimidad de criterios entre los autores es en que "la acción no puede aparecer sin que la preceda la pretensión, porque, quien acciona, acciona en función de una pretensión [porqué] ... la acción es la llave que abre el proceso a la pretensión."¹⁷ Es por ello que se perciba a la acción como lo que introduce a la pretensión al campo del proceso, es decir, la acción es el medio por el cual la pretensión puede alcanzar el campo del derecho procesal.

Así Eduardo J. Couture¹⁸ afirma, que la acción "es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.

Otra concepción sostiene, "a la acción como el derecho subjetivo procesal que se confiere a las personas para promover un juicio ante el órgano jurisdiccional, obtener una sentencia de éste sobre una pretensión litigiosa y, lograr, en su caso, la ejecución forzosa de dicha resolución".¹⁹

Por otro lado encontramos la doctrina de Briseño Sierra, de la cual estamos seguros, ha encontrado un reconocido eco en las nuevas generaciones de estudiosos que pretenden afianzar nuevos y renovados bríos para el análisis del derecho procesal. De este autor a nuestro criterio sin menoscabo de las aportaciones que han hecho otros autores refleja en detalle la teoría de considerar a la acción como una instancia proyectiva, y para ello hace una evaluación de las posturas sostenidas hasta el momento de la acción para expresarnos:

¹⁶ *Ibidem*, p. 3.

¹⁷ *Ibidem*, p. 5.

¹⁸ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 57.

¹⁹ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p 164.

Ni la idea de la acción como derecho subjetivo, o cualidad, aspecto o consecuencia del mismo; ni la tesis del derecho subjetivo autónomo o público que se ha intentado contraponer al anterior como derecho a la tutela, como facultad potestativa o como posibilidad abstracta, han logrado precisar el significado.

Conviene insistir en la distinción entre derecho y poder, porque esta última palabra alude al aspecto jerárquico de las posiciones subjetivas. Ahora bien, para que el actor, al ejercer una acción realizara un poder, tendría que someter las voluntades ajenas: del juez o del demandado. Si se dice que hay poder, porque juez y demandado tienen deberes y obligaciones que cumplir, tendrá que recordarse que ellos no vienen impuestos por la parte actora, sino por la ley, a la cual esta igualmente sometido dicho actor.

La única potestad de que podría hablarse en el proceso es la del juez estatal, quien por la hipótesis de su imparcialidad, no tiene interés en someter a ninguno de los accionantes. Si este poder se mira como coacción, como sanción o como ejecución entonces no se está hablando de la potestad de dirigir el proceso, menos aun de la acción.²⁰

Por lo que, la acción corresponde a un dinamismo normativo, y no a un estatismo jurídico porque "lo característico de la norma estática es que la obligación o el derecho imputados, se mantienen inalterables en su colocación; no hay secuencia de relaciones sino una misma o varias relaciones cumplidas varias veces [en cambio] ... en la normatividad dinámica, [existe una pluralidad de relaciones pero una sola instancia] la relación B no puede darse si antes no ha sido cumplida la A; y las tres (A, B y C) forman la unidad de la regla atinente a la instancia llamada acción procesal [porque] ... en A el juez es provocado, en B el juez provoca; en A el actor insta, en C lo hace el demandado. El dinamismo jurídico exige, quedó expresado un movimiento, pero no material sino conceptual".²¹

Así mismo expresa "hablar de relaciones es aludir a conductas debidas, porque en el campo jurídico se impera y no se relata. En A el actor tiene un derecho y el juez un deber, en B el juez tiene una facultad y el demandado una obligación, y en C el demandado tiene un derecho y el juez otro deber. [por que] ... el dinamismo jurídico atañe a toda norma procedimental, de manera que basta que la ley regule una secuencia de conexiones de actos provenientes de personas

²⁰ BRISEÑO SIERRA, *op. cit.*, p. 202 y 203.

diferentes, para que construya un tránsito relacional. ... Este sentido jurídico de la acción permite hablar de una proyectividad, pues la dirección del acto provocatorio llega hasta un tercer sujeto, de manera que resultan finalmente vinculados tres: accionante, juez y reaccionante. [y termina afirmando] la acción no está al principio sino en toda la extensión del proceso, y que acciona el actor cuando demanda, cuando prueba y alega, como acciona el demandado cuando prueba, cuando recurre, cuando contrademanda y alega de su reconvención, ... entonces, acontece que tanto acciona el actor al ofrecer sus pruebas como lo hace el demandado con las suyas. (bilateralidad de la acción)²²

Finalmente en la acción procesal ninguna acción va final y definitivamente al juez, el proveimiento de éste es una mediación, pero, la acción se dirige, va directamente a la contraria.

El estudio del **proceso** origina una complejidad de conceptos y análisis, razón por la cual, nos limitaremos a entregarles lo esencial y que reporta la utilidad necesaria para el objetivo que se persigue.

La palabra proceso es un término mutívoco, tiene diversos significados, ha de observarse que en el quehacer de la actividad humana el vocablo se aplica de forma indistinta a una serie de actividades desarrolladas por el hombre y aún en las cuales no tiene injerencia alguna, que se habla de proceso de producción, proceso biológico, proceso de integración, proceso químico, etc., implicando a la mayoría de campos del conocimiento humano, sin embargo, el significado que nos interesa de la voz proceso, es el aplicado al derecho y naturalmente también en este sentido el término involucra significados diversos, tanto que se aplica al derecho administrativo, al derecho constitucional, al derecho mercantil, al derecho penal, etc., a pesar de ello, el que importa a éste estudio es el referente al derecho procesal civil materia sobre la que versa el presente análisis.²³

²¹ *Ibidem*, p. 206.

²² *Ibidem*, p. 207 y 208.

²³ Cfr. CORTES FIGUEROA, *op. cit.*, p. 6 y 7.

Ahora bien, dentro de la convivencia que se desarrolla en una sociedad, siempre esta latente el conflicto de intereses, se desencadenan luchas de fuerzas antagónicas unas frente a la otras, y que se traduce en una conflictiva social que es necesario resolver, para conseguir un equilibrio, haciendo posible así el desarrollo y progreso de la comunidad en la cual estamos inmersos. De aquí que el Estado busque controlar y resolver esta conflictiva a fin de mantener el orden de la sociedad, entre otros medios que se aplican a fin de solucionar las pugnas se encuentra el proceso como el principal y de acuerdo con varios doctrinarios el más perfecto medio de solución de conflictos trascendentes para el derecho.

"Para entender lo que es el proceso, –aduce Gómez Lara– previamente es necesario referirse al concepto de litigio, el cual no es un concepto esencialmente procesal porque todo proceso presupone un litigio, pero no todo litigio desemboca indefectiblemente en un proceso; es decir, el litigio no tiene esencia procesal, aunque siempre sea el contenido de todo proceso".²⁴

Es por ello, que el proceso se constituye como un medio de solución a la conflictiva social particularmente a un litigio, esto es, pretende la solución de controversias entre sujetos que ocupan posiciones antagónicas y pretenden que el órgano con facultades jurisdiccionales resuelva favorablemente a sus intereses, logrando así el equilibrio y la estabilidad en el grupo social.

El por qué, el litigio antecede al proceso es respondido por la sencilla razón que para iniciar un proceso es necesaria la existencia de un conflicto de intereses denominado litigio, esto nos lleva a decir parafraseando al jurista Gómez Lara que el proceso es el continente y el litigio el contenido.

De acuerdo con Carnelutti denomina; "litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro".²⁵

²⁴ GOMEZ LARA, *op. cit.*, p. 1.

²⁵ CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil, T. I., [Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo], Buenos Aires, UTHEA, 1944, p. 44.

Alcalá-Zamora, entiende al litigio en la misma forma que Camellutti, "pero en términos más amplios – o sea, como conflicto jurídica–trascendente y susceptible de solución, asimismo jurídica."²⁶

El conflicto de intereses solo se transforma en litigio cuando aparece dentro de él una pretensión y una resistencia el primero de estos se define como "la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio."²⁷, y la segunda se vislumbra, "negando subordinar su interés propio al interés hecho valer mediante la pretensión."²⁸

Por su parte Cortés Figueroa, Carlos nos expresa "se entiende por pretensión la manifestación de voluntad de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por ende, la aspiración concreta de ésta se haga efectiva; corresponde a si a un estado de animo por el cual el sujeto se autoatribuye un derecho"²⁹

Ahora podemos afirmar que la pretensión se convierte en un querer, en una intención exteriorizada (recordemos que el derecho solo reconoce una conducta exterior) de someter a nuestro interés un interés ajeno que corresponde a otro sujeto, con independencia de que exista derecho o no.

Y la resistencia precisamente es la oposición de la pretensión, es la negación de ese interés ajeno de someter nuestro interés, sea por que no tiene fundamento, o bien, por que se tenga un mejor derecho que el aducido por el pretensor o simplemente por que no se quiere someterse a ese interés.

Entre litigio y proceso existe una relación directa pero también diferencia puesto que "litigio es un conflicto de intereses, ... el proceso, en cambio, es solo un medio de solución, ... la

²⁶ ALCALÁ- ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, p. 137.

²⁷ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 44.

²⁸ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 5.

pretensión y el litigio pueden existir sin que haya proceso pero no puede existir un proceso, ... sin que haya un litigio, ... sin pretensión no puede haber acción y sin acción no puede haber proceso, ... el proceso presupone la existencia de la acción, pero la acción a su vez está fundada en la existencia de una pretensión resistida".³⁰

Al proceso se le localiza dentro de la heterocomposición; medio para solucionar los conflictos de intereses jurídicamente trascendentes, caracterizado por intervenir un tercero ajeno a la controversia y que actúa con imparcialidad en la solución del conflicto. "Cuando ese tercero ajeno que decide el conflicto es un órgano jurisdiccional del Estado, un juzgador, con facultades no solo para emitir una resolución obligatoria para las partes, sino también para imponerla por si mismo en forma coactiva, estaremos frente al proceso"³¹

La diferencia más asimilable que distingue al proceso de las otras formas de solución heterocompositivas (mediación, conciliación, ombudsman y arbitraje), es que no se requiere acuerdo previo entre las partes para someterse a este órgano estatal, sino simplemente se requiere que alguna de las partes someta la controversia (conflicto) al conocimiento del órgano jurisdiccional.³²

Se define "Proceso jurisdiccional, el cúmulo de actos regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante el órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas."³³

Ovalle Favela expone, "podemos definir al proceso como el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar

²⁹ CORTES FIGUEROA, *op. cit.*, p. 23.

³⁰ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 7.

³¹ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 31.

³² *Cfr. Ibidem*, p.31.

³³ ARELLANO GARCIA, Carlos. Teoría General del Proceso, 7ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 6.

solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable".³⁴

Por lo que es correcto afirmar que el proceso se desprende de lo que conocemos como litigio de ello se deriva la máxima, de que todo proceso presupone un litigio, pero no todo litigio presupone un proceso. El litigio como antecedente inmediato sine qua non del proceso.

Pero ahora surge otro vocablo, el procedimiento, que se confunde con proceso y que no debería suceder, porque se encuentran delimitados de forma esencial que haremos bien en definir al procedimiento.

"... procedimiento es la acción o modo de obrar. Es decir, marca una serie de acaecidos en la realidad como consecuencia del desenvolvimiento del proceso en la actuación concreta. En el proceso se contemplan las etapas diversas en abstracto. Podríamos decir que el proceso es abstracto y el procedimiento es concreto."³⁵

"La palabra procedimiento significa solo la manifestación externa, formal, del desarrollo del proceso o de una etapa de éste, pero no comprende las relaciones jurídicas que se establecen entre los sujetos del proceso, ni la finalidad compositiva de éste."³⁶

Se desprende por tanto, que las diferencias más notorias entre el proceso y el procedimiento son: el procedimiento se refiere al desarrollo del proceso, es decir, a un ordenamiento de actos concatenados con los matices y peculiaridades de un caso concreto, el procedimiento es lo externo, mientras que el proceso implica la esencia, un proceso es el continente mientras que el procedimiento es el contenido.

³⁴ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 192.

³⁵ ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, *supra* nota 33, p. 240.

³⁶ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 23.

1.2. LA INSTRUCCIÓN.

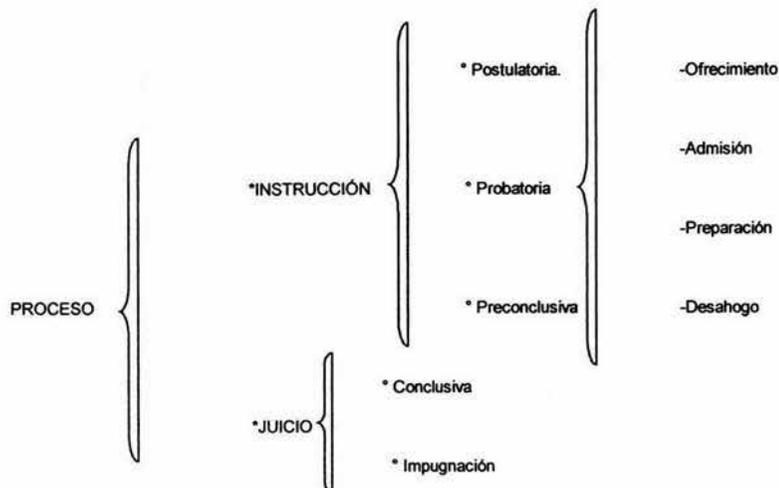
No todos los tratadistas exponen la división del proceso, a pesar, de estar de acuerdo en que se desenvuelve a través de un recorrido de distintas etapas para alcanzar su finalidad; la aplicación del derecho. Sin embargo, algunos autores se deciden a plantear las etapas en que se divide el proceso, y respetando el principio de unidad del mismo, aluden que estas etapas se encuentran presentes en todo proceso, ya sea civil, penal, administrativo, fiscal, del trabajo, constitucional, etc. y estas etapas son la INSTRUCCIÓN Y EL JUICIO.

Por lo que hace a **LA INSTRUCCIÓN** Gómez Lara, la traduce en una gran etapa intraprocesal (dentro del proceso), no como se conoce en el derecho mexicano, específicamente en el derecho penal donde se denomina Averiguación Previa o Instrucción Previa, ya que estas etapas son consideradas fuera del proceso, es decir, son preprocesales y están destinadas a fundamentar a la acción penal, en cambio, en la instrucción procesal, ya se ha ejercido la acción desenvolviéndose dentro del proceso, precisamente en esta etapa es donde se engloba toda clase de actos del órgano jurisdiccional, de las partes y de los terceros encaminados como se conoce en la jerga procesal, fijar la litis, precisar los puntos controvertidos, y demostrar sus aseveraciones, sus pretensiones y finalmente formular las conclusiones o alegatos de las partes.³⁷

La instrucción, "es toda una primera fase de preparación, precisamente, por eso se llama instrucción, que permite al juez o tribunal la concentración de todos los datos, los elementos, las pruebas, las afirmaciones y las negativas y las deducciones de todos los sujetos interesados y terceros, que facilitan, como se ha dicho que el juez o tribunal este en posibilidades de dictar sentencia. ... En otros términos, la primera gran etapa del proceso es la instrucción, en la que las partes exponen sus pretensiones, resistencias y defensas y en la que el tribunal y los terceros

³⁷ Cfr. GOMEZ LARA, *op. cit.*, p. 99 y 100.

desenvuelven toda la actividad de información y de instrucción, haciendo posible el material para la sentencia.³⁸



De forma concreta la instrucción, es la etapa de reunión de todos los elementos necesarios; afirmativos, negativos, probatorios y preconclusivos, para hacer posible la sentencia que resuelva el conflicto, así mismo esta primera gran etapa se divide en Postulatoria, Probatoria y Preconclusiva (de alegatos o conclusiva de las partes).³⁹

1.2.1. Fase Postulatoria. Esta fase se caracteriza por el planteamiento que hacen las partes al órgano jurisdiccional, de sus pretensiones, resistencias y defensas, donde relatan los hechos y exponen sus intereses, aduciendo los fundamentos de derecho que creen dan sostén a sus pretensiones y resistencias; está etapa termina cuando ha quedado fijada la litis, los puntos controvertidos, es decir, la materia sobre la cual habrá de probarse, alegarse y sentenciarse. Los elementos que integran esta fase son la Demanda, la Contestación y en su caso la Reconvención.

1.2.1.1. -Demanda.- Sólo mencionaremos dos conceptos por creer que son los más acertados:

³⁸ *Ibidem*, p. 100.

³⁹ Véase el cuadro sinóptico para una mejor esquematización de la división del proceso según Cipriano Gómez Lara.

Se conceptúa a la demanda como "acto procesal –verbal o escrito– ordinariamente inicial del proceso en el que se plantea al juez una cuestión (o varias no incompatibles entre si) para que la resuelva, previos los tramites legalmente establecidos, dictando la sentencia que proceda, según lo alegado y probado."⁴⁰

Para Arellano García, "la demanda es el acto jurídico procesal, verbal o escrito, por el cual una persona física o moral, denominada actor, acude ante un órgano jurisdiccional a ejercitar su derecho de acción en contra de otra persona física o moral, denominada demandada o reo, con el objeto de reclamar las prestaciones que se enuncian."⁴¹

De los anteriores conceptos se desprende que la demanda resulta ser el medio material y practico de poner en ejercicio la acción de ser un acto inicial, donde se materializan o se plasman las pretensiones que reclama el actor al demandado, a través, del órgano jurisdiccional. Así mismo, la demanda por ser una acto procesal formal esta sujeta a ciertos requisitos que debe cumplir. El derecho adjetivo se encarga de señalarnos estos requisitos; verbigracia, el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal nos enuncia a través de sus siete fracciones cuales son estos requisitos, por cuanto hace al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, ley adjetiva objeto de este estudio en su artículo 2.108, nos señala los elementos indispensables que debe contener toda demanda numeral que a la letra dice:

Artículo 2.108. Todo juicio iniciara con la demanda, en la que se expresarán:

- I. El juzgado ante el cual se promueve;
- II. El nombre del actor y domicilio que señale para recibir notificaciones;
- III. El nombre del demandado y su domicilio;
- IV. Las prestaciones reclamadas, con toda exactitud, en términos claros y precisos;

⁴⁰ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 24ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 58

⁴¹ ARELLANO GARCIA, Carlos. Derecho Procesal Civil. 7ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 129 y 130.

- V. Los hechos en que funde su petición, numerándolos y narrándolos sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar y producir su contestación y defensa;
- VI. El valor de lo reclamado, si de ello depende la competencia del juzgado;
- VII. Los fundamentos de derecho, procurando citar los preceptos legales aplicables.

Además de estos requisitos el artículo 2.100 nos indica los documentos que deben exhibirse con la demanda:

Artículo 2.100. A toda demanda o contestación deberá acompañarse, necesariamente:

- I. El o los documentos en que funde su derecho;
Si no los tuviere a su disposición, designara el archivo o lugar en que se hallen los originales;
- II. El documento con el que acredite el derecho de comparecer a nombre de otro, en su caso;
- III. Copia del escrito y los documentos, cuando haya de correrle traslado al colitigante.

No vamos a analizar los elementos que integran a la demanda, toda vez, que ese propósito excede los fines que se persigue en este análisis siendo más factible consultarlos en la bibliografía que empleamos para una mejor comprensión.

1.2.1.2. -Contestación.- Este acto procesal alude a la respuesta que hace el demandado a las pretensiones del actor expresadas y materializadas en el escrito inicial de demanda.

Se pondera a la contestación como "el acto jurídico del demandado por medio del cual da respuesta a la demanda de la parte actora, dentro del proceso ..."⁴²

⁴² *Ibidem*, supra nota 41, p.182.

De lo anterior se infiere que el fin primordial de la contestación de la demanda es dar respuesta a lo demandado por el actor, ya sea negando, afirmando (allanamiento), o bien, reconviniendo, es de señalarse que éste es el momento procesal oportuno por el cual el demandado puede reconvenir (véase infra, pág. 13), así también, la contestación debe reunir ciertos requisitos que son necesarios para su procedencia, que dentro de la legislación adjetiva se encuentran en el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y en el Código para el Estado de México se localizan en los artículos 2.115 y 2.116 que a la letra expresan:

Artículo 2.115. El demandado deberá contestar cada uno de los hechos aducidos por el actor, confesándolos o negándolos, si son propios, o expresando los que ignore, o refiriéndolos como crea que tuvieron lugar. El silencio y las evasivas harán que se tengan por admitidos los hechos sobre los que no se suscito controversia.

Artículo 2.116. Las defensas y excepciones, que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda.

Ahondar más en el tema nos desviara de nuestro propósito, por lo que nos limitaremos a mencionar lo esencial y puramente necesario, sin menoscabar la importancia que reviste cada una de estas figuras procesales.

1.2.1.3. -Reconvención. Acto procesal de importancia capital que ejerce el demandado, al dar contestación a la demanda incoada o instaurada en su contra por el actor, y que es ejercer una acción en contra de su adversario (actor).

"La reconvencción o contra-demanda es el acto jurídico procesal del demandado, simultaneo a su contestación a la demanda por el que reclama, ante el mismo juez y en el mismo juicio, diversas prestaciones a la parte actora."⁴³

Esto es, la reconvencción no es más que una demanda hecha por el demandado y que es presentada en el justo momento en que se hace la contestación, ante idéntico juez y en el mismo proceso, que requiere y está sujeta a las reglas de una demanda ordinaria, es decir, no es más que una inversión de papeles (ahora el demandado es el actor y el actor es el demandado), esto se establece en el artículo 272 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y por lo que hace a la legislación adjetiva del Estado de México se encuentra regulada en el artículo 2.118 que reza:

Artículo 2.118. El demandado que oponga reconvencción, lo hará al contestar la demanda. En este caso se correrá traslado de ella al actor, para que conteste dentro del plazo de nueve días, satisfaciendo los requisitos de la demanda y su contestación.

1.2.2. Fase Probatoria.- La segunda fase de la instrucción la constituye el período probatorio donde las partes (actor y demandado) justifican la verdad de sus hechos, desenvuelven la actividad probatoria en la que cimientan sus pretensiones y resistencias en actos u omisiones y circunstancias de hecho o de derecho. Fase de relevancia máxima, pues de ella, depende el éxito o el fracaso de los asuntos misma fase que se divide en Ofrecimiento, Admisión, Preparación y Desahogo de Pruebas.

Este tema será ampliado en lo prudente en el segundo capítulo de este trabajo, por lo pronto sólo haremos una somera explicación acerca de los momentos procesales del periodo probatorio, pero que nos hará perfectamente comprensible la diferencia que existe entre un momento y otro en el desarrollo de la actividad probatoria.

⁴³ *Ibidem*, supra nota 41, p. 204.

1.2.2.1. -Ofrecimiento de Pruebas.- Es el acto procesal de las partes en el que proponen los medios de prueba pertinentes a sus intereses, donde pretenden apoyar los hechos expresados en su demanda o contestación según el caso; un aspecto importante del ofrecimiento es que los medios de prueba propuestos deben ir relacionados con los hechos que se hayan aducido tanto en la demanda como en la contestación.

Así mismo el actor y el demandado gozan de un plazo para el ofrecimiento de pruebas, en la legislación adjetiva para el Distrito Federal se establece en el artículo 290, mientras que en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México en su artículo 2.126 primera parte expresa:

Artículo 2.126. En la audiencia conciliatoria, si no se logra avenir a las partes o no asisten, y el negocio exige prueba, el Juez concederá un plazo común de cinco días para ofrecerlas y de quince para su desahogo, contados a partir del día siguiente si asisten las partes, o de que se notifique el auto.

1.2.2.2. -Admisión de Pruebas.- Es un acto jurídico procesal, un pronunciamiento, realizado por el órgano jurisdiccional, en el cual acepta o rechaza los medios de prueba ofrecidas por las partes, por lo que puede decretar la admisión de las pruebas, o bien, el desechamiento de éstas; esta fase se caracteriza al menos en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México artículo 2.259, porque no acepta recurso alguno en contra de este pronunciamiento (auto), tema y fundamento de nuestro estudio, entre tanto la legislación adjetiva para el D.F. subsana este error al establecer en su artículo 298 la admisión del recurso de apelación. Este tema se agotara en el capítulo tercero de este trabajo.

1.2.2.3. -Preparación de las Pruebas.- Esta fase esta encaminada a la realización de actos que el órgano juzgador, las partes y los terceros desarrollan a fin de tener listas las pruebas para su desahogo; entre estos actos tenemos, la citación de las partes para la

prueba confesional, de los testigos para la prueba testimonial, de peritos para la prueba pericial, fijación de fecha y hora para determinada diligencia, etc.⁴⁴

1.2.2.4. -Desahogo de Pruebas.- Acto procesal consistente en el desahogo y desenvolvimiento de las pruebas ofrecidas y admitidas, por ejemplo, en una confesional; articulando posiciones (previamente calificadas de legales) y absolviendo estas; en una testimonial formulando las preguntas y dando contestación a estas, asentando todo lo actuado en un acta. Así mismo es procedente mencionar que existe un término para que se lleve a cabo tal desahogo el artículo 2.126 segunda parte del CPCEM lo establece:

Artículo 2.126. En la audiencia conciliatoria, si no se logra avenir a las partes o no asisten, y el negocio exige prueba, el Juez concederá un plazo común de cinco días para ofrecerlas y de quince para su desahogo, contados a partir del día siguiente si asisten las partes, o de que se notifique el auto.

1.2.3. Fase Preconclusiva.- Y la tercera fase que se desarrolla dentro de la instrucción encontramos la Preconclusiva, que es previa a la citación a sentencia, es decir antes de entrar a la segunda gran fase en al que se divide el proceso que es el Juicio.

1.2.3.1. Alegatos.- En esta fase Preconclusiva las partes formulan sus alegatos (derecho civil) o sus conclusiones (derecho penal); que son una serie de consideraciones y razonamientos que las partes hacen al juez precisamente respecto del resultado de las dos fases ya transcurridas (postulatoria y probatoria). O sea, los alegatos o conclusiones son un conjunto de razonamientos fundados según el interés de cada parte, del porque o cual debe ser el sentido de la sentencia que emita el órgano jurisdiccional valiéndose según su criterio, en lo desvuelto en las fases anteriores.

⁴⁴ Cfr. GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 101.

1.3. JUICIO.

Por lo que hace **AL JUICIO**, Gómez Lara refiere que es la segunda gran etapa donde se desenvuelve el acto por el cuál el órgano jurisdiccional dicta sentencia, valorizando las pruebas y todos y cada uno de los elementos aportados y desenvueltos en la etapa de la instrucción por las partes y los terceros y el mismo órgano jurisdiccional.⁴⁵ Así mismo esta segunda gran etapa se desarrolla la Fase Conclusiva y la Fase Impugnativa.

1.3.1. Fase Conclusiva.- En lacónicas palabras es fase en la cual el juzgador emite su fallo, la sentencia definitiva.

1.3.2. Fase Impugnativa.- Periodo en el que las partes ejercen o hacen valer los medios impugnativos que crea prudentes, en contra de la decisión del órgano jurisdiccional, este tópico de los medios impugnativos serán desarrollados en el capítulo tercero de este estudio (véase infra capítulo tercero).

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, 102.

CAPITULO II. MEDIOS DE PRUEBA

2. PRUEBAS

2.1. CONCEPTO DE PRUEBA.

Los tratadistas coinciden en que el tema de la prueba, es piedra angular en el proceso por la importancia que reviste; de ella depende el éxito o el fracaso de las pretensiones o de las resistencias del actor o del demandado respectivamente, por lo que, "quien tiene un derecho y carece de los medios probatorios para hacerlo valer ante los tribunales, en caso necesario, no tiene más que la sombra de un derecho."¹

Por ello expresan De Pina y Castillo Larrañaga; "la fundamentación legal de las pretensiones de las partes es, sin duda, trascendental, pero la prueba de los hechos alegados lo es en mayor grado, puesto que siendo estos desconocidos para el juez, al contrario de lo que sucede con el derecho, el fracaso en este punto lleva aparejadas las consecuencias más lamentables para la parte a quien afecte la falta de prueba."²

Conceptuar al vocablo prueba es introducirnos a una serie de significados que tratar de enlistarlos nos parece absurdo, es por ello, que nos limitamos a los enunciados por los teóricos con mayor regularidad: 1) Como Medios de Prueba; 2) Como Actividad; y 3) Como Resultado (grado de convicción).

En el primer significado (Como Medios De Prueba) la palabra prueba designa a los medios probatorios, es decir, a los instrumentos, las conductas de las cuales se valen las partes buscando

¹ DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Instituciones de Derecho Civil, 25ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 264.

el convencimiento del juzgador en relación con los hechos controvertidos, afirmándose en este punto de vista que una parte se halla o no asistida de prueba, es decir, posee pruebas (medios, instrumentos, elementos, utensilios) o no.³

En el segundo significado (Como Actividad) que se le pretende dar al vocablo, alude a la actividad probatoria, esto es el "conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador a fin de lograr el cercioramiento de éste sobre los hechos controvertidos u objeto de prueba".⁴

Y por ultimo el tercer significado (Como Resultado), se otorga al efecto, esto es, el grado de convicción del juez que se logra con los medios de prueba, la certidumbre que se crea en el juez acerca de los hechos y afirmaciones alegado por las partes.⁵

Desde nuestro punto de vista los significados permisibles que debe designar la palabra prueba, sólo se deben reducir a considerarla como medio y como fin (resultado), en cuanto a hace a la primera "por que de ella se vale todo sujeto interesado en acreditar, producir la convicción judicial de la existencia y condiciones de modo, tiempo, y lugar de su derecho,"⁶ en cuanto al segundo "porque realiza su misión justificativa se dice que el titular del derecho logro la prueba del mismo".⁷

Un aspecto de singular importancia es que la prueba se dirige al juez no al adversario, porque es al órgano jurisdiccional a quien se debe de convencer de lo afirmado, a fin de colocarlo en una situación donde pueda emitir un fallo, puesto, que debe juzgar *justa allegata et probata*.⁸

² *Ibidem*, p. 264.

³ Cfr. OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil, 7ª ed., México, Harla, 1998, p. 107.

⁴ Cfr. OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso, 4ª ed., México, Oxford University Press, 1996, p. 314.

⁵ Cfr. DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 264 y OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 4, p.314.

⁶ DOMÍNGUEZ DEL RÍO, Alfredo. Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, 1ª ed., México, Porrúa, 1977, p. 151.

⁷ *Ibidem*, p. 151

Por lo que finalmente "la prueba procesal recae sobre hechos pasados y concretos; y se dirige a lograr que el juzgador cuente con los elementos suficientes para formarse un juicio sobre tales hechos, el cual le servirá, a su vez, para emitir su decisión sobre el conflicto sometido a proceso"⁹

2.2. ANÁLISIS DE LA PRUEBA.

El sistema de análisis de la prueba que nos parece correcta y completa es el optado por Eduardo J. Couture¹⁰ y seguido por Ovalle Favela¹¹ y se despliega a través de interrogantes acerca de la prueba:

- | | |
|------------------------|----------------------------|
| 1.- Qué es la prueba. | (Concepto de Prueba) |
| 2.- Qué se prueba. | (Objeto de la Prueba) |
| 3.- Quién prueba. | (Carga de la Prueba) |
| 4.- Cómo se prueba. | (Procedimiento Probatorio) |
| 5.- Con qué se prueba. | (Medios de Prueba) |

El primer apartado (Concepto de Prueba) ya se ha resuelto, ahora nos ocuparemos del segundo punto tenemos que:

2.2.1. OBJETO DE LA PRUEBA.

Para analizar este tópico es necesaria la referencia a la legislación en estudio, resaltando las diferencias y similitudes con otras legislaciones que también pertenecen al ámbito de la materia no penal y que son necesarias dada la aplicación general del proceso.

⁸ Cfr. DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 264.

⁹ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 314.

¹⁰ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 216.

Los artículos 1.250, 1.251, 1.257 y 1.258 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México (CPCEM), establecen el objeto de la prueba en general; es de destacar el numeral **1.257** que dispone: "Solo los hechos dudosos o controvertidos serán objeto de prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, usos y costumbres."

Asimismo los artículos 278, 279, 284 y 291 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF) establece al igual que el CPCEM el objeto de la prueba; en particular el artículo **284** que establece: "Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho." En el mismo sentido se inclina el artículo 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

Es de subrayarse, la diferencia existente en la redacción de los artículos de las legislaciones citadas, pero, lo más importante es lo que comprenden, puesto que en la primera se incluye: hechos dudosos y controvertidos; en la segunda se omite solo generalizando hechos; el derecho extranjero se comprende en la legislación del Estado de México, mientras que en la del Distrito Federal se suprime, razones por las cuales disintimos de la redacción del artículo del 284 CPCDF y el artículo 86 CFPC.

Entre las legislaciones que conservan cierta similitud con la legislación adjetiva del Estado de México, por lo que respecta al objeto de la prueba, encontramos el Código de Comercio (C.Co.) en su artículo 1197.

Es de notar que los tratadistas por unanimidad instituyen como objeto de la prueba, en primer lugar, los hechos, sin embargo, necesita ser explicado porque existen hechos que no son materia de prueba y otros sobre los cuales no se permite la prueba, y porqué dentro de la expresión –hechos– que enuncian las leyes adjetivas, se encuadran tanto los hechos jurídicos como los actos jurídicos, es decir, en los cuales no interviene la voluntad humana y que producen

¹¹ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 106.

efectos jurídicos y sobre los cuales interviene la voluntad del hombre produciendo efectos en el campo del derecho, respectivamente.¹²

Por cuanto hace a nuestra discrepancia con la Ley Adjetiva del Distrito Federal Artículo 284 y la de carácter Federal Artículo 86, siguiendo las corrientes doctrinarias nacionales encontramos que sólo los hechos dudosos y controvertidos son objeto de prueba, y omitir estos adjetivos hacen vacilar sobre el alcance de la aplicación de la ley.

Aunado a lo anterior encontramos lo aducido por Alcalá-Zamora –sólo requieren prueba los hechos afirmados que sean, a la vez, discutidos y discutibles–¹³, por lo que quedan fuera los hechos confesados, los notorios, los que tengan una presunción legal a su favor, los irrelevantes y los imposibles.¹⁴

Hechos que no son materia de prueba o no se permita la prueba sobre ellos.

Como se ha anotado no todos los hechos son susceptibles de prueba, ya sea porque no son materia de prueba, ya sea porque no se permita la prueba sobre ellos de entre estos tenemos a los:

Hechos Confesados.

Son aquellos que se tienen como ciertos o admitidos por las partes, ya en su demanda, o bien, en su contestación, se trata de hechos probados con antelación en forma explícita o implícita (no discutidos). Es decir, –son aquellos hechos fuera de la litis o hechos que no están

¹² Cfr. DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, pp. 267 y 268.

¹³ Citado por OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 111.

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 111. En cuanto al desarrollo de estos hechos seguiremos las enseñanzas del ilustre Ovalle Favela.

controvertidos por las partes, por lo que no se admitirán pruebas sobre hechos que no han sido controvertidos por las partes—¹⁵

Esta clase de hechos los encontramos en los artículos 266 del CPCDF y 2.115 del CPCEM.

Además un acierto en la legislación del D.F., es lo establecido en su artículo 298 y utilizando la interpretación a contrario sensu es lo señalado en el artículo 1.258 del CPCEM. éste último expresa: "El tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes, siempre que tengan relación directa o inmediata con los hechos controvertidos y no sean contrarias a la ley, moral o las buenas costumbres."; o sea, el juez rechazara las pruebas que tengan relación con hechos no controvertidos que han sido confesados expresa o fictamente por las partes.

Hechos Notorios.

Enunciados en los artículos 286 del CPCDF y 1.260 del CPCEM, redactados de igual forma; artículo 1.260 "Los hechos notorios no necesitan ser probados y el tribunal puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes."

Por hecho notorio entiende Giuseppe Chiovenda,¹⁶ "El concepto de notoriedad es muy indeterminado; pero puede delimitarse del siguiente modo: se consideran en primer término como notorios los hechos que por el conocimiento humano general son considerados como ciertos e indiscutibles, pertenezcan a la Historia, o a las leyes naturales, o a la ciencia, o a las vicisitudes de la vida pública actual; se habla, además de una notoriedad más restringida, a saber: la de los hechos comúnmente sabidos en un determinado distrito; de suerte que toda persona que lo habite está en condiciones de conocerlos."

¹⁵ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Procesal Civil. 7ª ed., México, Porrúa, 2000, p.235.

Por su parte Calamandrei¹⁷ dice, "precisó que son notorios los hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social al tiempo de pronunciarse la resolución. La notoriedad es un concepto esencialmente relativo; no existen hechos conocidos por todos los hombres sin limitación de tiempo ni de espacio. Además, la notoriedad de un hecho dentro de un determinado ámbito social, no significa conocimiento efectivo del mismo por todos aquellos que integran ese sector y ni siquiera conocimiento efectivo del mismo por parte de la mayoría de aquellos. No es conocimiento efectivo lo que produce la notoriedad, sino la normalidad de este conocimiento en el tipo medio del hombre perteneciente a un determinado sector social y dotado por ello de cierta cultura. Y por último, ese conocimiento o esa posibilidad de conocimiento no deriva de una relación individual con los hechos en el momento en que se producen o se han producido, sino solo del hecho pertenecer al grupo social en que tales hechos son notorios."

Por lo que para valorar un hecho notorio es de considerarse que el juez goza de cierta discrecionalidad para calificarlo de tal, y si bien el término es relativo, lo es también la consideración del juez, "a quien va dirigida la prueba, [pues,] es un hombre con una preparación jurídica y una cultura general determinada, que varía en cada caso concreto; es más, su experiencia judicial es factor determinante ...".¹⁸

Pero no solo los hechos notorios se dejan fuera de prueba, sino que además no necesitan ser alegados por las partes para que el juez los introduzca o los tome en cuenta en el proceso.¹⁹

Hechos irrelevantes.

No es suficiente que los hechos sea dudosos o controvertidos, sino que además tengan trascendencia para la solución de la controversia, es decir, que tengan relación con lo que se trata

¹⁶ Citado por *Íbidem*, p. 234.

¹⁷ Citado por OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 112.

¹⁸ BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*. 16ª ed., rev. y act., México, Porrúa, 1999, p. 95.

¹⁹ *Cf.* OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 112.

de probar en lo principal, la acción o la excepción, de lo contrario no tendrían eficacia para los fines del proceso en el que hubieran aducido.

Hechos Imposibles.

Dentro de las legislaciones civiles encontramos que el hecho imposible se establece en el artículo 1828 del CCDF y en el artículo 7.69 del CCEM ambos de similar redacción. Artículo 7.69: "Es imposible el hecho que no existe, porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica, y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."

De ello se desprende que es aquel que "pertenece al mundo de la imaginación sin que en el orden material de las cosas quepa racionalmente aceptar que puede concretarse en una realidad perceptible."²⁰

Sobre estos hechos se opina que "la exclusión de la prueba, tratándose de hechos que el juzgador considere imposibles o inverosímiles, deban llevarse a cabo con mucha cautela, sin olvidar que muchos de los hechos que el sentido común de determinadas épocas estimo como imposibles o absurdos, el desarrollo del pensamiento humano y de la ciencia ha demostrado que son realizables, posibles"²¹ similar es la forma de pensar de Arellano García²²

La Prueba Del Derecho Extranjero.

En segundo término tenemos, al derecho extranjero, y el cual, forma disidencia en las legislaciones adjetivas, verbigracia, en el CPCDF y CFPC se deja fuera del objeto de prueba al derecho extranjero, mientras en el CCEM. y el C.Co. han considerado dentro de éste a las leyes extranjeras, tal vez, porque "el derecho extranjero se ha considerado como objeto de prueba

²⁰ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 268.

²¹ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 113.

²² Véase ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, pp. 235 y 236.

teniendo en cuenta las dificultades que su investigación por el juez puede presentar, pero los códigos procesales civiles mejor orientados admiten que el juez pueda investigarlo por su cuenta y aplicarlo sin necesidad de que las partes lo prueben.²³

Esta opinión se basa en el proverbio latino *jus novit curia*, narra mihi factum dado tibi jus — el juzgador conoce el derecho, nárrame los hechos y te daré el derecho—, es por ello la exclusión de probar el derecho o por lo menos el de toda la federación, puesto que, siendo los jueces técnicos en materia jurídica tienen obligación de conocer las normas de derecho, su existencia, vigencia, y aplicación, pese a ello, la excepción la conforma el derecho extranjero, porque el juez no tiene en forma absoluta el conocimiento de las leyes extranjeras, es decir, no puede saber con exactitud su existencia, vigencia y aplicación, es por ello, que es necesario su demostración. A este criterio agregamos la opinión de Arellano García,²⁴ “consideramos defendible el sistema que exige la prueba del derecho extranjero. Las razones que nos inclinan a aceptar el sistema de prueba del derecho extranjero, en contra del sistema “*iura novit curia*”, son las siguientes:

1. No se han perfeccionado los medios de difusión que permitieran conocer en cualquier país el derecho vigente en otro; —*verbigracia, no en todos los juzgados, (DF. o Edo. Méx., ya ni se mencione otras entidades de la Federación) cuentan con equipos de computo actualizados, ni mucho menos el acceso a Internet (ya que es considerado como un medio de difusión de información), en los que aun se emplean medios mecánicos para la impartición de la justicia.*—

2. La abundante cantidad de países, hacen de difícil realización el objetivo de contar con la información necesaria acerca del derecho vigente en todos los países del orbe; —*Ya que cada día son más lo países que se forman, ya por división de uno, ya por independencia, y por lo tanto más legislaciones que se crean haciendo muy dificultoso su conocimiento.*—

²³ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 267.

²⁴ ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 231.

3. El derecho extranjero que se aplique debe ser vigente y para ello se requiere conocer no cualquier norma jurídica extranjera, sino precisamente la vigente. —*Debido al principio enunciado en el artículo 14 primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dice "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", por lo tanto queda prohibido aplicar leyes que no sean vigentes.*—

4. Al aplicarse el derecho extranjero las normas jurídicas que lo integran deben ser interpretadas conforme a las reglas exegéticas del país de procedencia y no según los criterios de hermenéutica que prevalezcan en el país de recepción del derecho extranjero. —*Debe atenderse a lo que la teoría ha llamado el espíritu de la ley, que son las consideraciones o bases que el legislador a tomado en cuenta para la expedición de la norma y por tanto su aplicación.*—

Ha de observarse un afortunado criterio que toma en cuenta el CPCDF. y el CFPC., es lo establecido en el artículo 284 BIS en el primero y el artículo 86 BIS en el segundo; el primer artículo citado reza lo siguiente: "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 las 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 ofrezcan las partes."

Con ello subsana la omisión de la que se duele el artículo anterior, no obstante, nos inclinamos a favor de incluir dentro del objeto de la prueba al derecho extranjero, y como lo expresan los autores, no es sino una transferencia de la carga de prueba de las leyes extranjeras hacia el juez.

USOS Y COSTUMBRES COMO OBJETO DE PRUEBA.

En tercer lugar encontramos los usos y costumbres como objetos de la prueba.

La costumbre en su concepto etimológico; "Es la repetición social constante de un hecho, pero con la convicción de que sea obligatoria.", fruto del elemento objetivo INVETERATA CONSUECUDO y del elemento subjetivo OPINIUS IURIS SEU NECESITATIS.

Se convierte en costumbre jurídica cuando la ley ordena a la costumbre resolver una controversia.

En el Derecho Mexicano, la costumbre tiene una escasa importancia habida cuenta que, las lagunas legales, se cubren en la materia civil con los principios generales del derecho y no con la costumbre y cita al artículo 14 de la Carta Magna que en su parte conducente expresa: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho".²⁵

Por lo que hace al concepto del uso tenemos que, según Geny,²⁶ "Se trata de las prácticas, generales unas, otras locales o profesionales, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente los contratos, y que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se sobreentienden en todos esos actos, inclusive, con algunas reservas, en los de carácter solemne, para interpretar o completar la voluntad de las partes."

Así mismo no se admitirán pruebas contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, es lo que se desprende del artículo 1.258 del CPCEM.

²⁵ Cfr. ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 253.

²⁶ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 44ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 65.

En lo concerniente a la ley, es perfectamente entendible y cuyo fundamento lo encontramos en el **artículo 1.7** del CCEM, y en el **artículo 10** del CCDF., cuya redacción es idéntica y que rezan "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario."

En lo referente a la moral y a las buenas costumbres son términos relativos, ya que su concepción que se forma en la conciencia de los seres humanos, son tan variados como lugares, espacios y tiempos existan, y por ello no se halla un concepción uniforme de éstas.

Pero "la moralidad, en estos casos, debe ser estimada en cada caso por el juez que reciba la solicitud de las partes que ofrecen pruebas, porque la necesidad de un prueba, su desarrollo, la intención y el comportamiento de las partes, serán las circunstancias que permitan al juez calificar esos extremos; lo que en un caso puede ser inmoral, en otro puede ser un elemento básico de una acción".²⁷

Lo anterior viene a corroborar la relatividad y la peligrosidad de aplicar estos términos a alguna prueba, que bien puede resultar inmoral en un caso concreto, pero en cambio en otro no tiene ese aspecto de inmoralidad.

2.2.2. CARGA DE LA PRUEBA.

Para comenzar el análisis de este tema es necesario detallar en una primera impresión, lo que entendemos por carga y para ello nos ilustra De Pina y Castillo Larrañaga, afirman que el vocablo carga, al menos dentro del campo del derecho procesal, viene a significar un gravamen traducido en una necesidad de desenvolver una actividad, dentro del proceso, si es de nuestro interés el obtener una respuesta favorable con la realización de esa actividad, pero siempre se presupone un resultado desfavorable en caso de no llevar a cabo dichas diligencias (actividades)

²⁷ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 100.

que resulten pertinentes, condicionado lo anterior a las peculiaridades que presenta cada caso concreto.²⁸

De lo anterior, se desprende que las partes se encuentran en una necesidad de aportar las pruebas que consideren suficientes para probar sus hechos aducidos, porque de lo contrario están en peligro de ser vencidas en juicio.

El tema de la carga de la prueba, es de justificada relevancia, pero antes de analizarla es necesario recordar, la actividad del juez como órgano jurisdiccional, y quien tiene la obligación de resolver las controversias planteadas ante él, y para que pueda cumplir, las partes deberán demostrarle los hechos aducidos en su demanda o en su contestación, por que el juez solo puede resolver según lo alegado y probado por las partes, no más allá de lo pedido o demostrado.²⁹

"La carga de la prueba (*onus probandi*) representa el gravamen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al juez para formar su convicción sobre los hechos alegados por las mismas."³⁰

Debemos dejar asentado, que la carga no es una obligación jurídica para las partes de aportar pruebas y demostrar con ellas los hechos aducidos en su demanda o en su contestación, pero surge la interrogante ¿porque entonces es una carga? Es carga por que los litigantes deberán probar sus hechos alegados si quieren obtener una decisión (sentencia) favorable a sus intereses, si no prueban podrían ser derrotados por su contraparte (no obtendrían una sentencia próspera).

¿Cuál es la diferencia entre carga y obligación? La diferencia entre carga y obligación radica en la sanción que conlleva cada una; en la obligación, en caso de no cumplir, admite una sanción jurídica (ejecución o penal); en cambio en la carga, es caso de no llevar a cabo la

²⁸ Cfr. DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 279.

²⁹ Cfr. BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 94.

³⁰ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 281.

actividad indicada, trae como consecuencia la pérdida de los efectos útiles del acto. (en caso de las pruebas consiste en no considerar existentes los hechos no demostrados)³¹ Luego entonces la carga se traduce como una necesidad, no una obligación, si las partes quieren un fallo favorable a sus intereses deben probar, en la jerga se dice; debes probar si quieres ganar.

Por lo que la carga de la prueba, "es una actividad optativa para las partes, pero si no las desarrollan sufren las consecuencias de una inactividad procesal que redundara en la improcedencia, bien sea de su acción, bien sea de la excepción opuesta."³²

Una vez aclarado lo que refiere la palabra carga y lo que es la carga de la prueba, debemos resolver ¿para que sirve la carga de la prueba? "A través de la carga de la prueba se determina a cual de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y aportar las pruebas en el proceso; en otros términos, *la carga de la prueba precisa a quién corresponde probar.*"³³

De lo expuesto hasta ahora se determina que la carga de la prueba recae tanto en el actor como en el demandado, porque los dos tienen necesidad e interés en demostrar los hechos aducidos en que fundan su acción o su excepción, porque de lo contrario el juez considerara a un hecho existente o inexistente según la parte demuestre su inexistencia o su existencia.

Según Garsonnet y Cezar-Bru, –la distinción de los hechos en negativos y positivos carece de justificación, porque la imposibilidad de probar aquellos no existe. Un hecho negativo se convierte en afirmativo cambiando la construcción de la frase–³⁴

³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 281.

³² BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 94.

³³ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 109. Lo escrito en cursiva es de nosotros para resaltar lo expuesto por el autor.

³⁴ Citados por DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 283.

¿Cómo se hace la distribución de la carga de la prueba? El Código en estudio (CPCEM) en su **artículo 1.252** formula. "El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado los de sus defensas y excepciones." Sus correlativos con otra legislaciones son; artículo 281 del CPCDF, artículo 1194 del C.Co. y artículo 81 del CFPC.

Debemos reconocer el acierto con el cual esta redactado el artículo 1.252 del CPCEM y no con menor relevancia los artículos citados del C.Co. y el CFPC., sin embargo, el artículo 281 del CPCDF., mereció las críticas apuntadas por Ovalle Favela³⁵.

En realidad, como ha puntualizado Alcalá-Zamora, si el actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, corresponde al demandado probar los hechos extintivos, impeditivos o modificativos que a ella oponga, pero no los "constitutivos de su pretensión" expresión que resulta inadecuada.—

De lo anterior desprendemos que es errónea la redacción del artículo 281 del CPCDF., porque las partes aducen y recurren a hechos de distinta naturaleza, que se contraponen haciendo imposible que ambas recurran a hechos constitutivos, pues una sostiene una pretensión (actor) y otra sostiene una (resistencia) defensa o excepción (demandado).

Ahora, el **artículo 1.253** expresa: "El que afirma tendrá la carga de la prueba, de sus respectivas proposiciones de hecho, y los hechos sobre los que la contraparte tenga a su favor una presunción legal."

Encuentra su fundamento en la regla lógica; los hechos negativos (negaciones) no deben ser probados que su interpretación contrario sensu, significa que los hechos positivos (afirmaciones) deben ser invariablemente probados, y esto en realidad resulta verdad, toda vez, que se tiene que demostrar la existencia de un hecho, es decir, que fue así como ocurrió o así se

³⁵ Véase, OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 109.

desarrollo. En cuanto a la segunda parte del artículo en cita se funda en la necesidad de destruir el hecho que la ley da como existente o inexistente sin que medie prueba para demostrarlo, es por ello, que tiene que demostrarse la existencia o inexistencia de un hecho, que la ley presume existente o inexistente en auxilio de la parte que tenga a su favor la presunción legal sin que tenga que probar lo que la ley da como cierto.

El artículo 1.254 del CPCeM., pronuncia "El que niega sólo está obligado a probar cuando:

- I La negativa envuelva la afirmación de un hecho;
- II Se contradiga la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;
- III Se desconozca la capacidad;
- IV La negativa fuere elemento constitutivo de la acción o de la excepción.

Sus correlativos artículos 282 del CPCDF; 82 del CFPC y 1195 y 1196 del CCo. Se observa cierta familiaridad y por que no hasta identidad por cuanto hace a las excepciones que hace la ley respecto de los hechos negativos.

Arellano García concluye que no debemos confiar en el artículo 282 del CPCDF (y en todas las demás legislaciones adjetivas), y por tanto probar las afirmaciones así como las negaciones aducidas.³⁶

Ovalle trata de explicar cada excepción que enumera el artículo 282, pero concluye con una jurisprudencia que admite "que las proposiciones negativas son susceptibles de prueba, siempre que estén determinadas por circunstancias de tiempo y de lugar, pues entonces no puede considerarse como absolutamente negativas."³⁷

³⁶ Cfr. ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 239.

³⁷ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 110.

Becerra Bautista nos explica con una mayor fortuna las excepciones que establece el artículo 282 del CPCDF. aplicables también al CPCEM. —dice— "El que niega sólo está obligado a probar, dice este precepto, pero agrega las siguientes excepciones:

a) "Cuando la negación envuelve la afirmación expresa de un hecho." Ante todo, debe hacerse notar que una proposición negativa puede convertirse en positiva y viceversa. Si niego, por ejemplo que una cosa es inmueble, puedo afirmar que es mueble. Si niego que Ticio está loco, puedo afirmarlo diciendo que está mentalmente sano. Por el contrario, si niego que es mueble, afirmo que es inmueble, etc.

Si demando la nulidad de una escritura porque la persona que la suscribió no era mayor de edad al otorgarse el contrato respectivo, estoy afirmando que el otorgante es menor de edad. En este caso, debe acreditarse este último hecho, que resulta positivo, no obstante que aparece envuelto en una negación.

b) "Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante." Aclaremos esta fracción con un ejemplo: la ley presume que el poseedor de un inmueble posee los bienes muebles que se hallen en él (Artículo 802 C.C.). El que niegue esa presunción debe demostrar precisamente que el poseedor del inmueble no poseyó los bienes muebles mientras duro la posesión del inmueble. Se trata de un hecho negativo: la no-posesión de los muebles, pero como contradice una presunción legal, debe demostrarse que el supuesto de la presunción no opera en el caso concreto.

c) "Cuando se desconozca la capacidad." Si niego la capacidad de un ser para adquirir una herencia diciendo que no fue viable en los términos del artículo 1314 del C.C. Como se trata de un incapacidad para adquirir por testamento o por intestado, debo demostrar el hecho negativo de la "no-capacidad" o sea, la incapacidad.

d) "Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción." Si Ticio demanda la reivindicación de un bien, es decir, la entrega de la posesión de la cosa cuya propiedad le pertenece, debe demostrar que él no es poseedor de la cosa cuya propiedad tienen (Artículo 4), por que la acción reivindicatoria se basa precisamente en la "no-posesión de la cosa, de la que se tiene la propiedad."

Es más, como el artículo 798 C.C. establece que la posesión da al que la tiene la presunción de propietario, para todos los efectos legales, si Ticio en su demanda afirma que la posesión la tiene su contraparte, le está reconociendo una presunción que le favorece y por ello, tendrá que demostrar también la "no-propiedad" del colitigante, para que no opere esa presunción en su contra.—³⁸

Creemos que lo transcrito del autor es suficiente para dejar aclarado y explicada cada excepción a la prueba de los hechos negativos. Con sus ejemplos despeja cualquier duda que se tenga de las excepciones a la regla, pero como advierten los otros autores es mejor no confiar en éstas y es mejor aportar pruebas según lo aducido en nuestros respectivos escritos, demanda o contestación.

2.2.3. PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

Este rubro refiere a las etapas en que se desarrolla la prueba en general dentro del proceso, cuyo desenvolvimiento incluye su ofrecimiento, su admisión, su preparación y por ultimo su desahogo, que ya fueron tratadas en el primer capítulo³⁹ mismas que serán ampliadas en este punto a fin de aclarar las dudas que hayan quedado pendientes en el capítulo anterior.

³⁸ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 98.

³⁹ Ver, *supra*. p. 19.

Para De Pina y Castillo Larrañaga,⁴⁰ el procedimiento probatorio se constituye por una serie de actividades desarrolladas por las partes, divididas en fases o etapas, cuyo objetivo es poner en conocimiento al juez con los medios de prueba. Esas etapas o fases se dividen en cuatro y son a saber: el Ofrecimiento, la Admisión, la Preparación y el Desahogo.

Ofrecimiento De Pruebas.

Como se apuntó, es el acto procesal donde las partes proponen los medios de prueba pertinentes a sus intereses, con los cuales pretenden demostrar los hechos expresados en su demanda o contestación según sea el caso y que han sido controvertidos (los hechos que fijan la litis).

Para el ofrecimiento de las pruebas las partes gozan de un espacio de tiempo, denominado, período de ofrecimiento, éste se establece en las legislaciones adjetivas.

Dentro del CPCDF. Artículo 290, se establece un término de 10 días comunes a las partes, haciendo una excepción para el juicio de divorcio necesario, en el que se invoquen como causales las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil, para el cual se fija un plazo de 5 días comunes; dentro del CPCEM. Artículo 2.126, determina un período de 5 días comunes, este periodo se aplica como regla general, con la excepción establecida en el **Artículo 2.135** "En la demanda de alimentos y contestación, las partes ofrecerán sus pruebas respectivas.", es decir, no gozan de ningún periodo de ofrecimiento, ya que deben hacerlo en el mismo momento o dentro del escrito inicial de demanda y en el escrito de contestación, según sea el caso.

La diferencia más visible es el periodo de tiempo que se otorga a las partes para el ofrecimiento de sus medios probatorios mientras, que en el CPCDF. fija un término de 10 días, en el CPCEM. es de 5 días, por supuesto que la ventaja de la ley adjetiva del Estado de México es

⁴⁰ Cfr. DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 267.

que el juicio es más breve, y si bien, es un periodo corto es más prudente para el ofrecimiento, ya que, al demandar ya se tienen las pruebas que respaldarán nuestra acción, y al contestar ya se sabe que medios de prueba utilizar para desvirtuar o destruir la acción que intenta el actor. Es por ello que consideramos que el plazo de 5 días es el adecuado para el ofrecimiento de pruebas.

Un rasgo común entre las legislaciones adjetivas, es que el periodo de ofrecimiento de pruebas comenzara a contarse al día siguiente de la notificación del auto que manda abrir el juicio a prueba, y este auto se dicta al terminar la audiencia previa y de conciliación sin que haya logrado convenir las partes. CPCEM Artículo 2.126 y CPCDF Artículo 290.

Una diferencia notable entre las legislaciones, es el referente al ofrecimiento de la prueba confesional, en el CPCEM sigue el mismo cauce de los demás medios de prueba se ofrece dentro del plazo de 5 días que para ello se tiene; en cambio en el CPCDF. (Artículo 308) la prueba confesional, su ofrecimiento puede hacerse desde la demanda o contestación y hasta diez días antes de la audiencia de pruebas, misma regla sigue el C.Co. (Artículo 1214), es decir, su ofrecimiento presenta un periodo de tiempo mucho más holgado que cualquier otro medio probatorio para su proposición.

Cada medio de prueba tiene requisitos específicos que satisfacer, estos los examinaremos, al analizar cada medio probatorio en particular, por el momento, sólo pongamos atención a lo establecido en el **Artículo 291 del CPCDF**; "Las pruebas deben ofrecerse expresando con toda claridad cual es el hecho o hechos que se tratan de demostrar con las mismas así como las razones por los que el oferente estima que demostraran sus afirmaciones, declarando en su caso en los términos anteriores el nombre y domicilio de testigos y peritos y pidiendo la citación de la contraparte para absolver posiciones; si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas, observándose lo dispuesto en el artículo 298 de este ordenamiento.", sin embargo, dentro del CPCEM. no encontramos un artículo como éste, y creemos es de importancia vital porque reviste una finalidad

que cada prueba ofrecida debe cumplir indistintamente, pero tenemos el Artículo 1.258 que exige la relación directa entre el hecho aducido y el medio probatorio que se ofrece para demostrarlo, además que no sea contraria a la ley, moral o las buenas costumbres.

Admisión De Pruebas

Como ya se ha expresado es un acto jurídico procesal, un pronunciamiento realizado por el órgano jurisdiccional (Juez) por el cual admite o rechaza los medios de prueba ofrecidos por las partes.

Arellano García⁴¹ nos dice, "la admisión de pruebas es un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, contenido en una resolución ad-hoc, en la que se determina las pruebas que se admiten y las que se desechan a las partes."

Suele a veces dictarse un solo auto admisorio, aludiendo a las pruebas ofrecidas por las partes, pero de acuerdo al texto legal adjetivo del Estado de México, se debe dictar un auto admisorio para cada uno de los escritos de ofrecimiento de pruebas de las partes.

Es de hacerse notar que el CPCEM. no se establece un término para dictar el auto admisorio, como lo hace el CPCDF, Artículo 298, solo nos enuncia en sus arts. 1.259 y 2.128 la irrecurribilidad de la resolución, pero generalmente, este pronunciamiento se hace a instancia de parte una vez concluido el plazo concedido para el ofrecimiento de pruebas.

Las características de esta resolución son: la expresión de admisión o desechamiento de las pruebas ofrecidas, señalar el día y hora para la audiencia de desahogo y de alegatos, ordenar su preparación (la citación de los testigos, de los peritos, de la parte absolvente, etc.).

⁴¹ ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 244.

Es necesario asentar que el pronunciamiento del auto admisorio tiene una destacada relevancia ya que, el juez debe considerar la pertinencia de cada prueba, su idoneidad, pero sobre todo, los elementos o requisitos que debe satisfacer el ofrecimiento de las pruebas conforme al texto legal, por ello se determinan los requisitos de admisibilidad dentro de la legislación, porqué a pesar de la facultad otorgada en los artículos 278 y 279 del CPCDF y artículos 1.250 y 1.251 del CPCEM y 79 y 80 del CFPC; –“desde el punto de vista teórico, se considera no justificable el otorgamiento de esta facultad al juzgador, porque de acuerdo con la misma, sería convertirlo en parte; además porque con toda la equidad que quisiera obrar, estaría substituyéndose a la actividad de las partes, tratando de acreditar los hechos constitutivos de la acción o de los extintivos o impositivos de las excepciones respectivas”⁴²– , es decir, si admite pruebas que no responden a los requisitos impuestos por la legislación, estaría mejorando la situación de cualquiera de las partes y por tanto substituyéndolo y convirtiéndose en juez y parte, papeles irreconciliables entre si. Por el momento es adecuado dejar aquí este debate y ampliarlo en lo justo en el siguiente capítulo.

Preparación De Las Pruebas.

Esta fase no la contemplan todos los doctrinarios, ciertamente, en nuestro criterio no debe considerarse como fase o etapa, pues no se constituye como tal, ya que no reúne los caracteres distintivos de un ofrecimiento o de un desahogo de pruebas, pese a ello, éste debate será tema de otro trabajo.

Por ahora y guiados por Gómez Lara,⁴³ ésta fase se refiere a la realización del conjunto de actos que realizan las partes, los terceros y el juez a fin de tener listas las pruebas para su desahogo. Entre estos actos tenemos:

- I. Citar a los testigos y/o peritos, en caso de una prueba testimonial o pericial.

⁴² BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 101.

- II. Citar a las partes a absolver posiciones, para el caso de la prueba confesional.
- III. Conceder o permitir a los peritos, los objetos, documentos, lugares o personas a examinar.
- IV. Elaborar y enviar los oficios o exhortos necesarios, a fin de realizar una prueba en lugar distinto al de la jurisdicción del tribunal exhortante como una inspección judicial o la rendición de un informe.
- V. Ordenar traer las copias, documentos, libros, etc, ofrecidos por las partes.

Todos estos actos conllevan un medio de apremio, es decir, una sanción en caso de incumplimiento, la principal, declarar desierta la probanza, porque no podrá desahogarse, pues, no se encuentra preparada para su recepción

Desahogo De Pruebas.

Consiste en el desahogo y desenvolvimiento de las pruebas ofrecidas, admitidas y preparadas, llevándose a cabo en una audiencia fijada en el auto que admite las pruebas, generalmente se lleva en forma oral, pero a pesar que su desarrollo es verbal esté se asienta por escrito en el acta respectiva, que es circunstanciada.

Esta audiencia se celebra con las pruebas que están preparadas, dejándose a salvo el derecho de que se designe nuevo día y hora, para recibir las pendientes, esto se hace con citación de la contraria, concediéndose un término de hasta 5 días para su desahogo. **Artículo 2.133 del CPCEM.** "Sólo podrán practicarse después de vencido el plazo de desahogo las pruebas que ofrecidas en tiempo no pudieron practicarse por causas ajenas al oferente. En .estos casos el Juez, si lo cree conveniente, podrá mandar concluiras, a solicitud de parte dando conocimiento de ello a la contraria y señalando al efecto por una sola vez un plazo hasta de cinco días. Ese auto no es recurrible." , su correlativo Artículo 388 del CPCDF.

⁴³ Cfr. GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. México, Oxford University Press, 2000, p. 101.

Ovalle nos expresa; "Constituido el tribunal en audiencia pública el día y hora señalados al efecto, serán llamadas por el secretario las partes, los peritos, testigos y demás personas que deben intervenir y se determinara quienes deben permanecer en el salón y quienes en lugar separado para ser introducidos en su oportunidad. La audiencia se celebrara concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos y peritos y los abogados."⁴⁴

El artículo 2.126 del CPCEM establece el término para que se desahoguen las pruebas que es de quince días contados a partir del día siguiente de que se notifique el auto.

2.3. MEDIOS DE PRUEBA.

Se define como las "fuentes de donde el juez deriva las razones que producen mediata o inmediata su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos o actos que constituyen el objeto de las prueba."⁴⁵

Es decir, son los instrumentos o medios con los cuales el juez logra el cercioramiento de los hechos aducidos y controvertidos por las partes. Los medios de prueba por regla general se encuentran establecidos en las legislación adjetiva.

En el planteamiento del problema de la fijación de los distintos medios de prueba, de si deben quedar al arbitrio judicial y de las partes o deben ser determinados por la ley. Porque las legislaciones más recientes fijan de un modo taxativo los instrumentos probatorios.⁴⁶

En este punto es preciso hacer un paréntesis por cuanto hace a la fijación de los medios probatorios.

⁴⁴ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 118.

⁴⁵ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. 24ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 370

⁴⁶ *Cfr.* DE PINA, y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, pp. 294 y 295.

Mientras que el C.Co. Artículo 1205 y el CPCDF Artículo 289, siguen un criterio fundado en la doctrina que propugna por el libre convencimiento del juez sin sujetarlo a medios de prueba establecidos; el CPCEM. Artículo 1.265 y al CFPC Artículo 93, que siguen un sistema tradicionalista que predetermina los medios de prueba sin aceptar ningún otro elemento de convencimiento.

Arellano García⁴⁷ alude a tres sistemas de fijación de los medios de prueba:

El primero, en el cual se encuentra el C.Co. y el CPCDF., en este prepondera el arbitrio del juez y de las partes en relación con las pruebas que puedan aportarse sin que, la legislación señale medio alguno de prueba, por lo que la libertad es sumamente amplia para la aportación de pruebas.

El segundo, en este se localiza al CPCEM y el CFPC, propone que el legislador fije una relación exhaustiva de medios probatorios misma que sea reflejo de la experiencia forense, excluyendo cualquier posibilidad de aportar otros medios de demostración.

El tercero, ubicamos al Artículo 289 del CPCDF. antes de la reforma de 1986, expone que el legislador fije los medios de prueba orientados hacia la obtención de los mejores resultados, pero dejando abierta la posibilidad de que el juez o las partes propongan otros instrumentos que no estén incluidos en esa lista legal que establezca.

Como ha de apreciarse en materia de medios de prueba nos encontramos en los extremos, debemos buscar y encontrar un equilibrio, pues, "la mejor fórmula es la de que, la enumeración legal no sea limitativa de los medios de prueba sino que se permita al juez y a las

⁴⁷ Cfr. ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 240.

partes traer a juicio otros elementos de conocimiento si ello es conveniente para el descubrimiento de la verdad"⁴⁸

Destacamos el hecho que ambas posiciones tiene opiniones a favor y en contra pero el sistema que sigue el CFPC. y el CPCEM. tiene un mejor argumento de apoyo. De Pina y Castillo Larrañaga en su obra exponen: "Los códigos modernos han fijado de un modo taxativo los diferentes medios de prueba utilizables en el proceso civil. En realidad, esta solución no es tan limitativa como a primera vista puede parecer, pues la indicación legal de los medios de prueba, comprende, de hecho todos los que la experiencia de la vida forense y las conclusiones de la investigación científica hacen posible ... El legislador mexicano ha formulado una enumeración tan completa de los medios de prueba que difícilmente se hallara fuera de ella ningún otro. Los medios de investigación de la verdad están concebidos con tanta largueza como pudiera desear el más entusiasta partidario de la libertad en la selección de los medios probatorios dentro del proceso civil ..., [ya que,] enumeran todos los medios de prueba imaginados e imaginables."⁴⁹ Un aspecto a su favor de esta opinión es que a pesar de las reformas que se hicieron al CPCDF, se dejaron a salvo las reglas para los medios probatorios que se fijaran antes de las reformas. Tan es así que por cuanto hace a la reforma del Artículo 289 del CPCDF de 1986, Becerra Bautista⁵⁰ expresa, "al modificarse el Artículo 289 que enumeraba los medios de prueba, los litigantes se encuentran con un vacío procesal y tendrán que acudir a los derogados "medios de prueba" como fuentes de las que el juzgador extraiga su convicción."

No queremos percibirnos tan tradicionalistas en materia de medios probatorios como Pina Vara y Castillo Larrañaga, ni tan liberales como Eduardo J. Couture, preferimos el termino medio y somos partidarios del criterio de Arellano García; el establecimiento de una lista de medios de prueba, pero, con la opción de aportar otros elementos que no estén contemplados por esa lista.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 239.

⁴⁹ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 294.

⁵⁰ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 105.

Bien he de señalar que la enumeración de las pruebas no significa primacía una sobre la otra, pues, las pruebas son de diferente naturaleza y características y por ello gozan de su propia individualidad.

El **artículo 1.265** del CPCEM legislación en análisis dispone: "Se reconocen como medios de prueba:

- I. La Confesión;
- II. Documentos públicos y privados;
- III. Dictámenes periciales;
- IV. Inspección judicial;
- V. Testigos;
- VI. Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, cualquier grabación de imágenes y sonidos y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología;
- VII. Reconocimiento de contenido y firma de documento privado;
- VIII. Informes de autoridades;
- IX. Presunciones.

He de destacar que la legislación en consulta señala en el capítulo correspondiente a cada medio de probanza un nombre distinto a los dados en esta lista, por lo que atenderemos a la denominación que más adecuada sea.

2.3.1. La Confesión.

Este medio de prueba posee una extensa y variada doctrina que trata de conceptualarla; desde el punto de vista etimológico, viene a significar reconocimiento personal de un hecho propio, por lo que la acción de confesar entraña una conducta de aceptación de ser actor de un

hecho, pues el que manifiesta conocer un hecho pero que no participa en él, es dar testimonio pero no confesión.⁵¹

Desde de el punto de vista doctrinario y es el que nos interesa se expresa que, "la confesión es un acto de voluntad que se debe tener por contenido el reconocimiento de un hecho al que el derecho atribuya el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica."⁵²

Otros, nos indican que la confesión, "es una declaración de parte que contiene el reconocimiento de un hecho de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante."⁵³

Para estos últimos autores ha recaído la opinión de que, su concepto es errado, por considerar a la confesión en su resultado, y que además, éste sea totalmente favorable a su contraparte; primero no porque el reconocer un hecho signifique que le es desfavorable al confesante, y segundo, porque el resultado desfavorable puede devenir en contra del que la ofreció.⁵⁴

Por lo que la confesión; "es un medio de prueba en cuya virtud, una de las partes en el proceso se pronuncia expresa o tácitamente respecto al reconocimiento parcial o total o desconocimiento de los hechos propios controvertidos que le han imputado."⁵⁵

El elemento indispensable *sine qua non* de la confesión, es el reconocimiento sobre hechos propios, es por ello que los sujetos de la prueba confesional sean las partes actor o demandado.

⁵¹ Cfr. ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 259.

⁵² BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 113.

⁵³ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 297.

⁵⁴ Cfr. ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, pp. 260 y 261.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 261.

Clasificación.⁵⁶

Los doctrinarios clasifican a la confesión de diversas formas, pero, una constante en ellos y apoyados en la legislación, es el de dividirla en confesión expresa y en confesión tácita o ficta, sin embargo, estas se encuentran en dos grandes divisiones confesión judicial y confesión extrajudicial. (Artículo 1211 C.Co.)

Confesión Judicial; es aquella que ocurre en juicio, ante órgano jurisdiccional competente, cifiéndose a las formalidades establecidas en las normas jurídicas adjetivas. (Artículo 1212 C.Co.)

Confesión Extrajudicial, es aquella que esta hecha fuera de juicio, en una conversación, o documento cuya finalidad no era ser prueba del hecho, o bien, la realizada ante juez incompetente. (Artículo 1213 C.Co.)

A su vez, la **confesión judicial puede ser expresa o tácita o ficta y espontánea o provocada**; el primer caso se encuentra en el CPCEM. Artículo 1.267 "La confesión es expresa y tácita o ficta. Es expresa la que se hace clara y terminantemente al formular o contestar la demanda, al absolver posiciones, o en cualquier otro acto del proceso. Es tácita o ficta cuando la ley lo señala." Y en el CFPC Artículo 95 "La confesión puede ser expresa o tácita; expresa, la que se hace clara y distintamente, ya al formular o contestar la demanda, ya absolviendo posiciones, o en cualquier otro acto del proceso; tácita, la que se presume en los casos señalados por la Ley."

*Confesión Judicial Expresa; es la que se exterioriza dentro de juicio con palabras y señales claras que no dejan lugar a dudas, esta a su vez, puede ser simple o cualificada. Confesión simple, es aquella donde el confesante reconoce lisa y llanamente el hecho imputado; confesión cualificada, en ésta, además, de reconocer o aceptar el hecho como propio y verdadero, agrega circunstancias que limitan o destruyen la intención del articulante.

⁵⁶ Cfr. DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 299 a 301.

En la confesión cualificada puede ser divisible o indivisible; por regla general es indivisible, pero, puede dividirse para el caso de que la circunstancia que añadió, sea, diferente en tiempo o en naturaleza, y para ello se divide, la primera parte se toma en perjuicio del absolvente (Artículo 1.268 CPCEM. "La confesión sólo produce efecto en lo que perjudica al que la hace") y la segunda provoca una carga de prueba para el hecho que añadió, este tópico refiere más que nada a su valoración .

*Confesión Judicial Tácita o Ficta; es la que se infiere de un hecho, o sea, que es presumida por la ley, constituyéndose como una presunción legal.

El Artículo 322 del CPCDF y el **Artículo 1.287** del CPCEM regulan esta clase de confesión, el último dispositivo estipula, "Se tendrá por confesa a la parte legalmente citada a absolver posiciones, cuando:

- I. No comparezca sin justa causa;
- II. Se niegue a declarar;
- III. No responda afirmativa o negativamente o manifieste ignorar los hechos;
- IV. En el caso de las dos fracciones anteriores, procederá respecto de las preguntas que le formule el Juez."

Así también, produce confesión ficta lo establecido en el Artículo 2.115 del CPCEM.; cuando al contestar los hechos aducidos por el actor lo haga guardando silencio o dando evasivas, se tendrán por admitidos los hechos sobre los que no suscito controversia. Y el Artículo 2.119 del mismo ordenamiento que establece que cuando transcurrido el plazo para contestar la demanda y no se hiciera se tendrán por confesados los hechos, siempre y cuando el emplazamiento se halle hecho en forma personal. Este mismo artículo, establece un supuesto para que no opere la confesión tácita, sino, una negativa ficta, y está, opera cuando no se haya hecho el

emplazamiento de forma personal, o sea, directamente al demandado o a su representante, y en el mismo sentido se proyecta el CFPC Artículo 332.

Por su parte el Artículo 271 del CPCDF, establece tres supuestos para que aplique la negativa ficta; se afecten relaciones familiares, el estado civil y los emplazamientos por edictos.

*Confesión Judicial Espontánea; se califica así, "a las manifestaciones hechas por las partes en los ocursoos que dirigen al juzgador y principalmente en los escritos en los que se fija la litis, que contienen reconocimiento de la veracidad de ciertos hechos aducidos por la contraria, se les considera confesión y, dado que la contraparte no pidió que ese reconocimiento de hechos, se produjera."⁵⁷

Es decir, es la formulación que hacen las partes en su demanda o contestación, sin que su contraparte exija prueba de los hechos aducidos (confesional).

Pina Vara y José Castillo,⁵⁸ sostienen una postura en contra; "Para nosotros la confesión judicial de un hecho y su aceptación en los escritos de referencia (demanda y contestación de la demanda) no son la misma cosa, ni tienen el mismo carácter.

Cuando se afirma lo contrario, se desconoce el objeto y fin de las pruebas. La prueba recae sobre los hechos discutidos o negados; su objeto es formar la convicción del juez sobre su existencia. Si se tiene en cuenta que el hecho admitido como cierto por las partes no puede ser objeto de prueba, se comprenderá el absurdo que representa confundir la admisión con la confesión de un hecho, es decir, la admisión, que excluye la prueba, con la confesión, que constituye un medio legal de prueba que tiene su función en un momento procesal distinto de aquel en que se formula el escrito de contestación."

⁵⁷ ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 266.

Son dos aspectos a destacar en esta opinión, primera, la prueba solo recae en hechos controvertidos no sobre los que son admitidos, y segundo, los tiempos en que acaece cada acto son distintos, no son coetáneos.

*Confesión Judicial Provocada; es aquella que se lleva a cabo en una diligencia especial, consecuencia de que una de las partes promovió la prueba confesional, es decir, la excitativa para que la contraparte declare, cumpliendo las formalidades de ley.

Esta es por excelencia, a la que recurren las partes, y la que regulan con exhaustividad las legislaciones, y por ende la que analizaremos a la luz del Código Adjetivo Civil, por lo que refiere a los requisitos que debe contener su ofrecimiento.

Formalidades de la Confesión Judicial Provocada.⁵⁹

Seguiremos al CPCEM por lo que los artículos mencionados y que no refieran a una legislación en particular corresponde a está, señalando los artículos oportunos de otros Códigos Procésales.

Ofrecimiento.

a) Relación con los hechos controvertidos.

Atendiendo a lo establecido en el artículo 1.258 es requisito relacionar la prueba, en este caso, la confesional con los hechos que con ella se pretendan demostrar, en caso contrario, será desechada lo cual no sería recomendable que nos sucediera.

⁵⁸ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 300.

⁵⁹ Cfr. OVALLE FAVELA, ARELLANO GARCIA, BECERRA BAUTISTA, y DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA. *op. cit.* En el respectivo capítulo.

b) Solicitud para que se cite a la contraria para absolver posiciones.

Este pedimento es muy importante, ya que, en el CPCEM no existe disposición que determine esta situación, aunque puede desprenderse de otros dispositivos, y por tanto la solicitud nos da seguridad jurídica. El Artículo 291 del CPCDF, si dispone en forma expresa este requisito. Por otra parte los artículos 1.269 y 1.270 determinan quienes pueden ser absolventes, señalando con ello a quien debemos anotar para que se cite a absolver posiciones.

Si bien es cierto que el CPCEM, no posee un dispositivo tan descriptivo como el Artículo 310 del CPCDF, creemos que sigue el mismo sendero, para el caso de que se desee que la contraparte absuelva personalmente las posiciones que se articulen, es indispensable que se señale en el ofrecimiento de la prueba confesional que la contraparte deberá absolver personalmente y no por medio de apoderado, las posiciones que se le formularan el día y hora señalados para ello, porqué de lo contrario, bien puede comparecer su apoderado y este absolver, así lo establece el Artículo 1.269.

c) Presentación del Pliego de Posiciones.

En el proceso regulado por el CPCEM Artículo 1.272; el CFPC Artículo 103 y el C.Co. Artículo 1223, determinan, sino imprescindible, la presentación del pliego de posiciones al momento de ofrecer la prueba confesional, si resulta indispensable, para hacer la citación del absolvente para que comparezca a absolver, mientras que en la legislación del DF. Artículo 292 no opera esta limitante para la citación.

Artículo. 1.272. "No se procederá a citar, para absolver posiciones, sino después de haber sido presentado el pliego que las contenga. Si se presenta cerrado, se asentara la razón en el sobre por el Secretario, guardándose así."

Becerra Bautista llama "posiciones a las preguntas que hace una parte a la otra sobre hechos propios del declarante, que sean materia del debate, formuladas en términos precisos y sin insidia, que permitan ser contestadas en sentido afirmativo o negativo.",⁶⁰ es decir, posición es la denominación que se le da a la pregunta que se hace al absolvente; este a su vez es "la parte a cuyo cargo se desahogara la prueba confesional.",⁶¹ esto es, es la persona que es sometida a la formulación del pliego de posiciones; el articulante, por su parte, es la persona que formula las posiciones, es decir, quien hace las preguntas.

En la jerga procesal existe una enuncia tradicionalista que determina que las posiciones sean formuladas (articuladas) con la frase inicial: "Que diga el absolvente que es cierto, como lo es que ..."

El pliego de posiciones puede presentarse abierto o cerrado según se deriva del Artículo 1.272 citado.

Por lo regular y además recomendable, el pliego debe colocarse en un sobre debiendo ir cerrado y solicitar se guarde en la caja de seguridad del Juzgado y sea abierto hasta que de inicio la audiencia en la cual deba desahogarse la confesional.

En la práctica el sobre que contiene el pliego de posiciones es cerrado de forma que no pueda ser violado, precisamente para evitar la inutilidad de la prueba, pues, el que se exhiba cerrado nos crea la certeza de que el contrario no conocerá las posiciones que se le formularan, y por tanto, no será preparado con antelación respecto de las respuestas que dará a las posiciones que se le articulen.

⁶⁰ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 117.

⁶¹ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 275.

d) Momento Procesal para el Ofrecimiento de la Confesional.

De acuerdo con la legislación en análisis determina que se ofrecerá en mismo plazo que tienen los demás medios de prueba, es decir, se ofrece dentro del plazo de 5 días hábiles siguientes a la apertura del juicio a prueba Artículo 2.126, en contraste con el CPCDF. Artículo 308 señala que puede ofrecerse desde los escritos de demanda y/o contestación de la demanda y hasta 10 días antes de la audiencia de pruebas.

e) Confesión de Autoridades

Estas no absuelven posiciones, verbalmente, sino, que lo hacen en forma escrita, a través de un informe, teniendo un plazo de 8 días para ello, cumpliendo con las formalidades de la prueba confesional, en cuanto a respuestas y apercibimiento Artículo 1.290.

2.3.2. La Prueba Documental o Instrumental.

Esta prueba es considerada como el medio de demostración que encuentra su base en documentos.

Antes de hacer las consideraciones pertinentes al vocablo documento es necesario, detallar un poco la sinonimia existente entre prueba documental y prueba instrumental siguiendo la opinión de Arellano García⁶²

Prueba documental y prueba instrumental, así como documento e instrumento son expresiones que el legislador utilizó como sinónimos y por ello tanto en la doctrina, como en la legislación y jurisprudencia se utilizan, para designar al mismo objeto, sin embargo, es preciso aclarar que la palabra instrumento tiene una significación más amplia que documento, pero es

⁶² Cfr. ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 305 y 306 315 y 316.

permisible esta sinonimia sólo en la jerga forense, pues, en otras disciplinas tiene acepciones distintas.

La sinonimia aludida también la sostiene el maestro Pina Vara, al conceptuar las palabras instrumental e instrumento.⁶³

De entre las acepciones que aportan los distintos autores tienden algunas a comprender cualquier objeto mueble capaz de ser transportado y llevado ante el juez, es decir, atienden a un criterio lato sensu, otras, por el contrario solo consideran al objeto que contiene signos generalmente escritura, asentados por lo regular en papel, ésta corriente se orienta a un criterio estricto sensu.

Una característica esencial es que "los documentos deben consignar hechos o actos jurídicos, en otras palabras, lo escrito [sería recomendable lo plasmado] debe hacer referencia a hechos o a actos de voluntad tendientes a crear, extinguir o modificar situaciones jurídicas [no necesariamente, bien, puede ser la descripción de un acontecimiento]."⁶⁴

En concepto de Kisch, "son documentos todas las cosas donde se expresa, por medio de signos, una manifestación del pensamiento. Es indiferente el material sobre el que los signos están escritos. Indiferente es también la clase de escritura (pueden ser letras, números, signos taquigráficos, grabados en madera, etc.)"⁶⁵

En nuestro juicio es acertada esta última acepción de documentos pese la crítica que concibe en su contra el maestro Arellano García,⁶⁶ pues, el doctrinario opina que una firma no expresa pensamiento alguno, nosotros sostenemos que es entrar en un terreno escabroso y lleno de opiniones a favor o en contra, pero el plasmar un signo en este caso la firma, si es una

⁶³ Véase DE PINA y DE PINA VARA, *op. cit.*, p. 326.

⁶⁴ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 147.

⁶⁵ Kisch. Citado por ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, pp. 289 y 290.

representación intelectual, una operación del intelecto humano, constituyéndose en idea y por tanto en pensamiento, sin embargo resulta ocioso e incluso comprometido tratar de exponer todo lo relativo a esta concepción de pensamiento, será materia de otro estudio no de éste.

Por tanto, se ha considerado al documento como un medio muy acertado de demostración de los hechos controvertidos en un juicio, porque la finalidad que se persigue al extender o crear un documento, es dejar memoria de lo que ha acontecido, ya que, mediante los signos plasmados es posible perpetuar los hechos pasados, para que quede reminiscencia de lo acontecido en determinado tiempo y lugar y que pueda generar consecuencias jurídicas.⁶⁷

Rafael de Pina Vara,⁶⁸ indica que documento es la representación material idónea para poner de manifiesto la existencia de un hecho o acto jurídico (acontecimiento de la vida independiente de la voluntad humana, contrato, testamento, sentencia, etc.) susceptible de servir, en caso necesario, como elemento probatorio." La amplitud con la cual fue concebido el concepto, según Arellano García, no solo alude a la escritura sino que caben además las fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos fonográficos, etc.

Arellano termina por concebir al documento como "el objeto material en el que obran signos escritos para dejar memoria de un acontecimiento", nosotros opinamos que le privo de la característica de ser capaz de producir consecuencias jurídicas, podemos desprender además que es tan restringido que alude a la escritura como medio de originar signos predominantemente, estamos de acuerdo que por lo regular se atiende a este particular medio de plasmación de signos, la escritura, cualquiera que sea ésta, pero, también alude con signos a las notas taquigráficas, dibujos, firmas, letras impresas, sellos, huellas digitales, etc., pero con sentido inteligible, a esta restricción alude a lo que Ovalle Favela llama documentos literales, siendo estos representados por la escritura; este autor también distingue otro tipo de documentos y los denomina documentos

⁶⁶ Ver *Ibidem*, p. 290.

⁶⁷ *Cfr. Ibidem*, p.290.

⁶⁸ DE PINA y DE PINA VARA, *op. cit.*, p. 255.

materiales los cuales comprenden no solo la escritura sino las fotografías, registros dactiloscópicos, etc.⁶⁹

Por su parte Becerra Bautista, nos indica que debido a la amplitud del contenido que encierra el término instrumento, decide denominarlo instrumento escrito a lo que se denomina como documento, es decir lo que esta escrito.⁷⁰

Volviendo con las consideraciones del maestro Ovalle Favela, y estando de acuerdo con ellas la legislación vigente regula los documentos literales, es decir, los instrumentos escritos, dejando a un lado las fotografías, cintas magnetofónicas, cintas cinematográficas, registros dactiloscópicos, reservándoles un apartado especial para su regulación.

Este medio de prueba (documentos literales) las legislaciones lo denominan de diversas maneras: el CPCDF de la Prueba Instrumental; en el CPCEM De los Documentos Públicos y Privados; en el CFPC Documentos Públicos y Privados; y el C.Co. De los Instrumentos y Documentos. Aun cuando es variada la acepción regulan en todas ellas al documento escrito.

La clasificación más generalizada tanto en la doctrina como en la legislación en materia documental, es aquella que divide al documento en público y privado.

2.3.2.1. Documentos Públicos.

Todas las acepciones vertidas por los doctrinarios responden a lineamientos bien definidos que refieren a legalidad, competencia o atribución y desempeño de una función pública.

⁶⁹ Cfr. OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 134.

⁷⁰ Cfr. BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

Kisch enuncia, "los documentos públicos son los autorizados por funcionarios públicos o depositarios de la fe pública dentro de los límites de su competencia y con las solemnidades prescritas por la ley"⁷¹

El destacado procesalista Becerra Bautista opina al respecto, "documentos públicos son los escritos que consignan en forma auténtica, hechos o actos realizados ante fedatarios o autoridades en ejercicio de sus funciones y los por ellos expedidos para certificarlos."⁷²

En concepción De Pina y José Larrañaga, los documentos públicos "son los otorgados por autoridades o funcionarios públicos dentro de los límites de sus atribuciones, o personas investidas de fe pública dentro del ámbito de su competencia en legal forma."⁷³

Estos conceptos creemos que son los más adecuados, ya que, atienden a las tres características o elementos base, que son:⁷⁴

- I. *Proceden de Funcionarios Públicos o de Fedatarios*; esto es de personas que representan a un órgano de autoridad, o bien, que esta investida de fe pública.
- II. *Son expedidos, autorizados o certificados, dentro de los límites de su competencia o atribuciones*; por atribución; entendemos cada una de las facultades que corresponden a una persona por razón de su cargo, y por competencia; a pesar de su clasificación, aquí la entendemos como la idoneidad reconocida a un órgano de autoridad para dar vida a determinados actos jurídicos. Lo que significa que tienen que estar autorizados por su ámbito competencial o por su cúmulo de atribuciones para la expedición de un documento, de lo contrario no tendría la característica de público, Arellano García,⁷⁵ al respecto cita un ejemplo creemos bastante ilustrativo, "un comandante de policía no podrá

⁷¹ Kisch. Citado por ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 293.

⁷² BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 147.

⁷³ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 304.

⁷⁴ *Cfr.* ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 293.

⁷⁵ ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 296.

extender una constancia de posesión de un inmueble a un particular que pretende prescribirlo" pues, aunque es autoridad no tiene competencia ni atribución alguna que le justifique esa expedición de la constancia de posesión.

- III. *Se extiendan con las formas prescritas por la ley*; esto significa que no basta que el documento este autorizado por fedatario o funcionario público, y que se encuentre dentro de su ámbito competencial o cúmulo de atribuciones, sino que además, reúna los requisitos de forma que la ley impone o determina, de lo contrario sería objetable y perdería su valor probatorio, por ejemplo, que una escritura otorgada ante notario público, que solo tenga los sellos del notario y carezca de su firma. En este caso la escritura carece de las formalidades de ley y por tanto es objetable, o bien, la expedición de copias certificadas de una sentencia, no basta que solo posean los sellos del Juzgado respectivo, pues carecerían de valor, sino que además tienen que poseer las firma del Secretario de Acuerdos que las autoriza.

La legislación conceptúa a los documentos públicos como, Artículo 1.293. "Son documentos públicos los formulados por Notarios o Corredores Públicos, y los expedidos por servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones legales.

La calidad de públicos se demuestra por los sellos, firmas u otros signos exteriores que prevengan las leyes."

Sus correlativos con otras legislaciones son: Artículo 237 del CPCDF; Artículo 129 del CFPC y Artículo 1237 del C.Co.

El maestro Ovalle Favela⁷⁶ agrupa a los documentos públicos en cuatro subespecies, aunque su clasificación se desprende del Artículo 327 del CPCDF., resulta aplicable a la legislación adjetiva del Estado de México por ello creemos conveniente esta división.

⁷⁶ Cfr. OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 134, 135 y 136.

1. Actuaciones Judiciales.

En opinión de Ovalle las actuaciones judiciales solo comprenden los actos jurídicos ejecutados por el Tribunal dentro de un procedimiento, esto es, solo los actos de decisión del Tribunal (resoluciones judiciales) y los actos de comunicación y de ejecución (diligencias) judiciales, sin incluir los actos llevados a cabo por las partes y por terceros y que consten en el expediente. Sin embargo, Becerra Bautista,⁷⁷ engloba dentro de las actuaciones judiciales todos los hechos realizados en un juicio, o sea, tanto los simples hechos como los actos jurídicos se incluyen, pues, según se deriva de sus argumentos, cada actuación, cada auto, consta de ciertos requisitos que una vez reunidos cumplen con las características de los documentos públicos como son la rubrica, el folio, los sellos, en algunos casos firma del representante del órgano jurisdiccional que lo llevan a afirmar "que las actuaciones judiciales comprenden actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes; que deben ser escritas y que pueden ser firmadas, rubricadas, o sin firma; que pueden contener actos o simples hechos con importancia jurídica para el proceso."

Una visión que más se asemeja a la de Ovalle Favela, es la expresada por el maestro Arellano García⁷⁸ para quien la intervención activa del Tribunal hace que un acto sea considerado como actuación judicial, excluyendo, por tanto, la actuación de las partes, no es actuación judicial lo actuado por las partes, sino la actuación de dar fe por parte del funcionario judicial de lo acaecido ante él, por tanto, las manifestaciones de las partes no son actuaciones judiciales pero si la fe que otorga el secretario en el sentido de que la parte comparecía e hizo manifestaciones textuales ante él, las cuales se contienen en autos.

⁷⁷ Cfr. BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, pp. 147, 148 y 149.

⁷⁸ Cfr. ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 316 y 317.

2. Documentos Notariales.

Se clasifican en escrituras y actas, que consignan un acto jurídico o un hecho jurídico respectivamente, o sea, la diferencia fundamental radica en que en una escritura consta un acto jurídico y en un acta consta un hecho jurídico.

En la Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada el veintiocho de marzo del año dos mil enuncia en forma expresa, Artículo 100 "Escritura es cualquiera de los instrumentos públicos siguientes:

I. El original que el Notario asienta en folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos..." (el subrayado es nuestro)

En su Artículo 125 enuncia "Acta notarial es el instrumento público original en el que el Notario, a solicitud de parte interesada, relaciona , para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten ..."

Asimismo se incluyen los testimonio notariales que son Artículo 143 "Testimonio es la copia en la que transcribe íntegramente una escritura o un acta, y se transcriben, o se incluyen reproducidos, los documentos anexos que obran en el apéndice ..."

Generalmente en la práctica procesal, el testimonio de escritura o de acta, es lo que se presenta o exhibe, expedido por notario, haciendo notar si se trata del primero, segundo o tercer testimonio, también operan las copias certificadas de los testimonio, certificadas por funcionarios dotados de fe pública.

3. Documentos Administrativos.

Dentro de estos se encuentran aquellos documentos expedidos por funcionarios públicos administrativos en ejercicio de sus atribuciones legales; Becerra nos dice que "las autoridades administrativas forman expedientes que contienen sus actuaciones ... abarcando [entre otros] en el caso de los archivos , documentos, libros de actas, estatutos, registros y catastros."⁷⁹

4. Constancias Registrales.

Ovalle nos indica que son los documentos expedidos por dependencias que tienen a su cargo llevar el registro de determinados actos o hechos jurídicos y menciona al RPP, RPC, Registro Civil, Registro Federal de Vehículos, Registro de Transferencia de Tecnología, etc., éstos expiden certificaciones de los registros que llevan a cabo.

2.3.2.2. Documento Privados.

Por exclusión se entiende por documentos privados aquellos documentos que no reúnen los requisitos de los documentos públicos; Artículo 1.297. "Son documentos privados los que no reúnen los requisitos de los públicos." Por tanto, se incluyen dentro de los privados al documento público que no reúne los requisitos ya citados.

A diferencia del artículo transcrito que pertenece a la legislación estatal, el Artículo 334 del CPCDF. trata de enlistar a los documentos privados, pero incurre en omisiones y desusos y por ello resulta arcaico, los Códigos que siguen el criterio del CPCEM, son C.Co. Artículo 1238 y CFPC Artículo 133.

⁷⁹ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 150.

De entre los conceptos que creemos atinentes para designar a los documentos privados son:

Para Arellano García el documento privado es "aquella constancia escrita que no reúna todas las características que hemos anotado par singular a los documentos públicos. Lo normal es que los documentos privados sean expedidos por los propios particulares. Cuando en el documento privado interviene algún fedatario o funcionario público lo hace a título privado, al margen de sus funciones, o bien, se trata de un documento público imperfecto por no reunir los requisitos antes puntualizados."⁸⁰

Becerra Bautista apunta, "documentos privados son los escritos que consignan hechos o actos jurídicos realizados entre particulares.

La característica esencial de estos escritos es precisamente la ausencia de la intervención de una autoridad o de un fedatario en el momento de su otorgamiento."⁸¹

Pina Vara dice, "documento escrito extendido por particulares sin la intervención de funcionario público o de persona para ejercer la fe pública."⁸²

2.3.3. Reconocimiento de Documentos.

Dentro de la doctrina, clasifican de distinta manera al reconocimiento, sin embargo creemos que la que más atinente es la de Becerra Bautista,⁸³ pues , es el que sigue el CPCEM. antes de comenzar, debemos recordar, que el reconocimiento opera en los documentos privados, ya que, no hacen prueba plena por si mismo, (contrario a lo que pasa con los documentos públicos que hacen prueba plena, sin más requisito que su presentación) sino que debe haber un acto

⁸⁰ ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 296.

⁸¹ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 153.

⁸² DE PINA y DE PINA VARA, *op. cit.*, p. 255.

previo para que puedan hacer prueba y este es el reconocimiento de documento que de el haga la persona que lo extendió.

Al reconocimiento lo entendemos, como la aceptación de haber hecho, dicho o convenido algo, o bien, es la manifestación de la voluntad destinada a reconocer, la existencia de un vínculo jurídico, la de una determinada situación de hecho, etc.⁸⁴ existen, pues:

a) Reconocimiento Preventivo; es aquel que se lleva antes de intentar la acción principal, para obtener la certeza que el suscriptor de ese documento privado, efectivamente lo suscribió.

b) Reconocimiento dentro del Juicio; es decir, la manifestación de voluntad de reconocimiento o no, durante el proceso, o sea, ya ejercida la acción principal.

El reconocimiento necesita de varios actos para que pueda llevarse a cabo; entre ellos:

a) Petición de Reconocimiento manifestando los motivos, Artículo 2.38 frac. II "El juicio podrá prepararse pidiendo: ... II. El reconocimiento de contenido y firma de documento privado, para juicio ejecutivo; ..." y Artículo 2.39. "Al pedirse la diligencia preparatoria debe expresarse el motivo por el que se solicita, así como el juicio que se trata de seguir o que se teme."

b) El Reconocimiento solo es procedente sobre documentos originales; Artículo 1.298. "Se presentarán los originales de los documentos privados, y, cuando formen parte de un libro, expediente o legajo, se exhibirán para que se compulse la parte que señalen los interesados."

c) Apercebimiento para el caso de no comparecer a la audiencia de reconocimiento; Artículo 2.44. "Promovido el reconocimiento, se citará a la persona a reconocer o no, como expedido por ella, o por su representado, el documento, y como suya, o de su representado, la

⁸³ Cfr. BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p.154.

firma que lo suscribe, apercibido de que si no comparece se tendrá por reconocido. El mismo apercibimiento procederá cuando el documento esté firmado a ruego de la persona que debe reconocerlo."

d) El Reconocimiento se contesta de forma categórica; Artículo 2.45. "Cuando a la diligencia de reconocimiento de documento comparezca la persona a quien se atribuya su expedición o a cuyo ruego haya sido expedido, deberá decir categóricamente si lo reconoce o no.

e) El Reconocimiento puede ser parcial; Artículo 2.46. "En caso de que reconozca como suya sólo parte del documento o solo la firma, se hará constar, con claridad, lo reconocido." y Artículo 2.49. "El documento no reconocido en su totalidad, sólo será ejecutivo en la parte reconocida, si reúne los requisitos para ello."

f) Puede haber reconocimiento ficto; Artículo 2.47. "Se tendrá por reconocido un documento;

I. Cuando no comparezca el signatario del mismo, o la persona que deba reconocerlo, cuando otra haya firmado a su nombre.

II. Cuando las personas señaladas en la fracción anterior no contesten si reconocen o no el documento."

g) Citación para reconocimiento de documento; Artículo 2.48. "La citación para el reconocimiento de un documento se hará en la misma forma que para la confesión." O sea, en forma personal, y con el apercibimiento señalado y articulado y dentro del plazo legal.

h) Se toma como prueba los documentos; Artículo 1.301. "Se considera indubitable para el cotejo:

⁸⁴ DE PINA y DE PINA VARA, *op. cit.*, *supra* nota 45 p. 432.

- I. El documento que ambas partes reconozcan como suyos;
- II. El documento privado cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquél a quien se atribuya dudosa;
- III. El documento cuya letra, firma o huella digital ha sido judicialmente declarada propia de aquél a quien se atribuya la dudosa, exceptuando el caso en que la declaración haya sido hecha en rebeldía;
- IV. El escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquél a quien perjudique;
- V. Las firmas o huellas digitales puestas en actuaciones judiciales, en presencia de un servidor judicial que tenga fe pública."

Impugnación de Documentos.

La impugnación procede tanto para documentos públicos como para documentos privados, teniéndose un plazo de tres días; Artículo 1.302. "Las partes podrán objetar los documentos presentados, al contestar la demanda, al reconvenir o al contestar ésta, o dentro de los tres días siguientes a la apertura del plazo de prueba, tratándose de los presentados hasta entonces. Los exhibidos con posterioridad, podrán serlo en igual plazo, contados desde la notificación del auto que los haya tenido como pruebas."

Para que opere la objeción se debe expresar los argumentos que se oponen en contra del documento; Artículo 1.303. "La objeción del documento debe precisar el motivo o la causa."

Ofrecimiento de los documentos; existen varios momentos procesales, en los que se puede exhibir documentos:

El primero, sucede con los acompañados a la demanda o a la contestación de la demanda; Artículo 2.100.

El segundo, durante el periodo de ofrecimiento de pruebas; Artículo 2.126 y 1.258.

El tercero, después de la demanda o contestación; Artículo 2.104.

También en el Artículo 2.105 dispone que el actor tiene tres días para presentar documentos en contra de las excepciones interpuestas por el demandado.

Los documentos se resguardaran en el seguro del Juzgado cuando así lo ordene el Juez.; Artículo 2.106.

La prueba documental se desahogara por su propia naturaleza, esto es, se consuma con su sola presentación, salvo aquellos casos que son objeto de impugnación, los cuales pierden su valor probatorio, salvo prueba en contrario, v.gr. cotejo, reconocimiento, peritaje, etc.

Ovalle cita varios criterios sostenidos por los Tribunales Federales que creemos conveniente aludir, por lo que refiere a la impugnación de los documentos privados:

"En este sentido, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que "no basta que se objete un documento para que deje de comprobar los hechos a que se refiere, sino que es necesario, además, que la objeción se funde en causas que puedan motivar la invalidez del documento y que dichas causas se comprueben". En este caso, la carga de la prueba de las causas de la objeción, recae en la parte que haya formulado ésta. Por esta razón, la propia Tercera Sala ha precisado que "al impugnar de falso el documento deberá indicarse específicamente: 1) los motivos; 2) las pruebas que se ofrezcan; 3) si el documento careciera de matriz, señalar los documentos indubitables para el cotejo, y 4) promover la correspondiente prueba pericial. Sin satisfacer estos requisitos se tiene por no redargüido o impugnado el documento".

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha estimado, como se señaló anteriormente, que cuando la objeción es hecha a un documento simple proveniente de un tercero ajeno a juicio, "basta que sean objetados en su contenido por la parte a quien perjudican, para que ...pierdan su valor probatorio".

El Juez civil, al resolver la impugnación de los documentos públicos o privados, sólo debe decidir acerca de la fuerza probatoria del documento impugnado, "sin que pueda hacer declaración alguna general que afecte al instrumento y sin perjuicio del procedimiento penal a que hubiere lugar" (artículo 386, tercer párrafo). El juez civil no puede resolver acerca de la falsedad general del documento, sino únicamente sobre su fuerza probatoria en relación con los hechos discutidos en el juicio civil. De la falsedad general del documento, si puede resolver un juez penal, pues aquella constituye un delito; pero para esto será necesario un proceso penal previo.⁸⁵

2.3.4. La Prueba Pericial.

Para el análisis de este medio probatorio es necesaria distinguir al dictamen y al perito.

Para Ovalle Favela "el dictamen pericial es el juicio emitido por personas que cuentan con una preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte, con el objeto de esclarecer algún o algunos de los hechos materia de la controversia."⁸⁶

Dictamen es la opinión o consejo que el perito en cualquier ciencia o arte, formula verbalmente o por escrito, acerca de una cuestión de su especialidad, previo requerimiento de las personas interesadas o de una autoridad de cualquier orden, o espontáneamente para servir un interés social singularmente necesitado de atención.⁸⁷

⁸⁵ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 138.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 139.

⁸⁷ DE PINA y DE PINA VARA, *op. cit.*, *supra* nota 45 p. 248.

En opinión de Kisch,⁸⁸ los peritos son terceras personas que poseen conocimientos especiales de una ciencia, arte, industria o de cualquier otra rama de la actividad humana, los cuales le permiten auxiliar al Juez en la investigación de los hechos.

Perito es la persona entendida en alguna ciencia o arte, que puede ilustrar al Juez o al Tribunal acerca de los diferentes aspectos de una realidad concreta para cuyo examen se requieren conocimientos especiales en mayor grado que los entran en el caudal de una cultura general media. Son titulares los peritos, si han recibido título profesional o carrera reglamentada por el Estado; prácticos, si la especial capacidad la han adquirido únicamente en el ejercicio de un oficio o arte.⁸⁹

Pina Vara y José Larrañaga,⁹⁰ determinan que son dos condiciones esenciales del perito, la primera, competencia, que se refiere a su conocimiento especializado sustentado por un título profesional o por la práctica que tiene del arte u oficio; y la segunda, imparcialidad, resguardada por la excusa y la recusación, cuyo procedimiento es el mismo que se sigue para el Juez, Artículo 1.319, sin embargo, esta condición o requisito se convierte en ideal, pues, en la práctica procesal no es atendida del todo, los dictámenes periciales son favorables a quien cubre los honorarios del perito que lo emite).

Estos requisitos están justificados en la necesidad de la prueba pericial, el juriconsulto Cipriano Gómez, nos refiere al respecto; en virtud de que el juzgador no puede ser un especialista en todas las ramas del saber humano, sea entonces asesorado e ilustrado por peritos, por conocedores de las diversas ramas del conocimiento humano".⁹¹

Por su parte Becerra Bautista respecto de la necesidad aduce "el juez tiene conocimientos generales ... en la ciencia del derecho, sin embargo, en determinadas controversias necesita de

⁸⁸ Kisch. Citado por ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 339.

⁸⁹ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 307.

⁹⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 307.

personas que tengan otro tipo de conocimientos que son indispensables para el esclarecimiento de un problema judicial concreto. No acudir a ellos sería, cerrar los ojos a una realidad lo que redundaría en perjuicio de la administración de justicia".⁹²

Por lo que se concluye que la función del perito, es emitir un dictamen sobre ciertos hechos o circunstancias que se encuentren controvertidos, para que el juez en su calidad de juzgador pueda emitir una decisión correcta, pues el dictamen le explica y le detalla en términos claros y precisos en un lenguaje entendible para la correcta valoración de los hechos y llegar así a la verdad.

Artículo 1.304. "La prueba pericial será ofrecida y admitida cuando la naturaleza de las cuestiones materia de la misma requieran conocimientos científicos o tecnológicos o bien experiencia práctica en el ejercicio de un servicio u oficio, con la finalidad de prestar auxilio al juzgador."

Una cuestión a destacar es respecto a el título que deben ostentar los peritos, se rige por el Artículo 2° de la Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional; los prácticos – como los denomina Pina Vara– que son aquellos que por el tiempo que llevan en el ejercicio de su actividad les da la calidad de peritos; Artículo 1.305. "Los peritos deben tener título en la ciencia, arte o industria correspondiente, si estuvieran legalmente reglamentados; en caso contrario o cuando no hubiere en el lugar peritos titulados, podrá ser nombrada cualquier persona con conocimientos en la materia, a juicio del Juez. En todo caso, deberán, cumplir con los requisitos que para ser perito requiere la Ley orgánica del Poder Judicial del Estado.

Ofrecimiento y Admisión.

⁹¹ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 276.

⁹² BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 134.

El ofrecimiento de la prueba pericial se hará dentro del plazo de cinco días, señalado en el Artículo 2.126; además exhibirá el cuestionario pertinente; Artículo 1.307. "La parte que ofrezca la prueba pericial exhibirá el cuestionario precisando los puntos objeto del dictamen."

Después de ser admitida la pericial, se dará un término de tres días a la contraparte para que proponga a su perito y adicionar el cuestionario en lo que a su interés corresponda; Artículo 1.308. "Admitida la prueba, la contraparte tendrá un plazo de tres días para que adicione el cuestionario y designe su perito."

Preparación.

Dentro de la preparación del medio probatorio, tenemos la aceptación del cargo y los requisitos que se tienen que resguardar, nos ilustra el; Artículo 1.309. "Dentro de los cinco días del auto que tenga por nombrado perito, cada uno de ellos presentará escrito de aceptación y protesta del cargo.

En el escrito de aceptación y protesta, el perito señalara sus datos de identificación, su cédula profesional, hará referencia a su experiencia profesional, y manifestará que desempeñara sus funciones con prontitud y bajo los principios de objetividad, probidad y profesionalismo.

El perito será responsable de los daños y perjuicios que cause a la parte interesada, cuando no desempeñe su cargo en los términos del párrafo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que pudiera incurrir."

La preclusión del derecho, de la contraparte del oferente, para nombrar perito, opera en los siguientes casos, Artículo 1.311. "No habrá lugar al nombramiento de otro perito, si la contraparte del oferente no designa perito, el nombrado no acepta el cargo, no acude al desahogo o no rinde su dictamen en el plazo fijado."

2.3.5. Inspección Judicial.

El concepto más socorrido por los doctrinarios es el aportado por el maestro Becerra Bautista, el cual goza de precisión y es conciso —la inspección judicial es el examen sensorial directo realizado por el juez, en persona u objeto relacionados con la controversia—⁹³

En opinión del maestro Cipriano Gómez Lara, "en esta prueba el juez, o los miembros del Tribunal, si éste es colegiado, examinan directamente las cosas o las personas para apreciar circunstancias o hechos captables directa y objetivamente."⁹⁴

Este medio probatorio ha recibido variadas y numerosas denominaciones⁹⁵ entre las que destacan encontramos: inspección judicial; inspección ocular; reconocimiento; vista de ojos; acceso judicial; etc., sin embargo, todas ellas padecen de no menos rigurosas críticas, pero la admitida por mayoría es la denominación inspección judicial, que se estima es proporcional para el medio probatorio que designa, no limita su denominación a un solo sentido, como la inspección ocular o vista de ojos, que refiere con exclusividad al sentido de la vista, ni tan extenso como el reconocimiento o el acceso judicial, pues hay reconocimiento de documentos, reconocimiento de hechos, por lo que constituye una figura procesal diferente a la inspección judicial, y el acceso se tiene en otras probanzas y por ello inadecuadas para designar al medio probatorio en cuestión.

Por lo que inspección judicial, es aquella que permite al juez examinar y analizar de forma directa con todos sus sentidos (olfativo, auditivo, gustativo, ocular y tacto) lo que la persona u objetos proyectan a la realidad.

Cabe advertir —dice Cipriano Gómez Lara— que es susceptible de materia de esta prueba todo aquello que no requiera para su apreciación u observación de conocimientos especiales, por

⁹³ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 140.

⁹⁴ GOMEZ LARA, *op. cit.*, p. 277.

⁹⁵ Cfr. ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 321.

que entonces entraríamos en el terreno de la prueba pericial; sin embargo, este reconocimiento o inspección judicial directos de las cosas o de las personas, puede combinarse o coordinarse con la prueba pericial e inclusive con la de testigos, por que en el acto mismo de la inspección judicial y teniendo el juzgador a la vista los objetos, podrá formular ciertas preguntas a los testigos y a los peritos, para completarse a si mismo aún más cabal e integral idea de las cosas examinadas y de las circunstancias que las rodean.⁹⁶

De hecho esta probanza ha recibido la crítica de no considerarla como medio de prueba por que no existe un objeto o conducta que medie entre el objeto de prueba y el juez, sin embargo, se constituye como un instrumento del cual se valen las partes y el órgano jurisdiccional para lograr certidumbre, de este último, de los hechos controvertidos y más que nada por lo directo de su carácter, por lo tanto si es un medio de prueba porque su finalidad es el cercioramiento del juez de los hechos materia de la controversia⁹⁷

La inspección judicial puede llevarse a cabo **en el local del juzgado**, cuando las personas u objetos sean susceptibles de trasladarlos ante el Juez, o bien, **en el lugar donde se encuentran las personas u objetos**, cuando estos, ya por su naturaleza o su condición no sea posible su traslado.

Su ofrecimiento se rige por el artículo 1.323. "La inspección judicial puede practicarse a petición de parte o por disposición del Juez, cuando pueda servir para aclarar o fijar hechos relativos a la litis y que no requieran conocimientos técnicos especiales, debiendo precisarse los puntos objeto de la prueba; sin estos requisitos no se admitirá."

- Sus elementos
- a) Procede a petición de parte.
 - b) Puede gestionarla el Juez a su prudente arbitrio.
 - c) Sirve para aclarar hechos controvertidos.

⁹⁶ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 277.

- d) No requiera de conocimientos especializados.
- e) Determinar los puntos sobre los que deberá versar la prueba.

Su admisión esta condicionada por todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Artículo 1.323 citado.

El desahogo de la probanza, en este podrá concurrir las partes y tendrá derecho de hacer manifiestas las observaciones que a su interés convengan, Artículo 1.324. "Las partes podrán concurrir a la inspección y hacer las observaciones que estimen oportunas." Además se levantara un acta circunstanciada firmada por todos los concurrentes, estima el Artículo 1.325. "De la inspección judicial a criterio del Juez o a petición de parte, se levantaran planos o se sacaran fotografías del lugar u objetos inspeccionados cuando sea posible, y se redactará acta circunstanciada, firmando los que en ella intervienen."

2.3.6. La Prueba Testimonial.

Es aquella que encuentra su apoyo en testimonios, declaraciones aportadas por testigos.

Afirma el procesalista Carlos Arellano García, "la prueba testimonial es aquel medio acreditado en el que, a través de testigos, se pretende obtener información, verbal o escrita, respecto a acontecimientos que se han controvertido en un proceso."⁹⁸

Ovalle por su parte refiere, "el testimonio es la declaración procesal de un tercero ajeno a la controversia, acerca de los hechos que a ésta conciernen."⁹⁹ O sea, es la expresión que el sujeto hace de forma verbal o por escrito de los hechos que presencia o que le constan.

⁹⁷ Cfr. OVALLE FAVELA, *op. cit.*, pp. 141 y 142.

⁹⁸ ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 358.

⁹⁹ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 142.

Y quien es ese tercero ajeno, pues lo es el testigo, respecto de éste se han vertido un sin fin de conceptos pareciéndonos los más adecuados los aportados por:

Pina Vara y José Larrañaga; "llamamos testigo a la persona que comunica al juez el conocimiento que posee acerca de determinado hecho (o hechos) cuyo esclarecimiento interesa para la decisión de un proceso."¹⁰⁰

Becerra Bautista, "testigo es para nosotros, la persona ajena a las partes que declara en juicio sobre hechos relacionados con la controversia, conocidos por ella directamente, o a través de sus sentidos."¹⁰¹

Hugo Alsina "testigo es la persona capaz, extraña al juicio, que es llamada a declarar sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos."¹⁰²

Por lo que se concluye que el testigo es una persona física, a la cual le constan hechos, no por actuar en ellos, sino por estar presente cuando estos ocurren y que puede conocerlos por medio de sus sentidos y es capaz de expresarlos verbal o por escrito.

Los conceptos anotados son de importancia para la comprensión de este medio probatorio, pues su fundamento radica en estos, testigo y testimonio.

Clasificación de los Testigos¹⁰³

*Por razón del nexo del testigo con el hecho:

Directo: cuando ha presenciado el hecho y por tanto posee un conocimiento inmediato.

¹⁰⁰ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 308.

¹⁰¹ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰² HUGO ALSINA, citado por ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 360.

Indirecto: cuando el conocimiento que tiene de los hechos lo adquiere a través de otras personas.

*Por la función que desempeña:

Narradores: aquellos que narran los hechos que presenciaron, y estos son controvertidos en un juicio, al cual son llamados a testificar.

Instrumentales: son aquellos en el que su presencia forma parte de la validez de un acto jurídico. V. gr. matrimonio civil.

La idoneidad de un testigo se cimienta cuando reúne las características de ser directo y narrador, lo que hace a Cipriano Gómez, pronunciarse en el sentido de que, "el testigo debe ser conocedor directo de las cuestiones sobre las que se le interroga y, además, debe tener la característica de imparcialidad, es decir, no tener un interés particular en el negocio y de no estar en una posición de relación íntima o de enemistad, con alguna de las partes en el juicio."¹⁰⁴

Rendir testimonio, afirma la doctrina, es un deber público reflejado en una obligación de hacer, establecida en el Artículo 1.326. "Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar, están obligados a declarar como testigos." Sancionados, en caso de ser citados a declarar y no comparecer o compareciendo pero negándose a declarar, con los medios de apremio pertinentes, Artículo 1.330. "Los que citados legalmente se nieguen a comparecer si causa justificada, y los que, habiendo comparecido, se nieguen a declarar, serán apremiados."

¹⁰³ Cfr. OVALLE FAVELA, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 142 y 143.

¹⁰⁴ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 278.

La legislación no dispone imposibilidad alguna para atestiguar respecto de los extranjeros, de hecho existe disposición expresa para nombrar interprete para el caso de que no hable el idioma español, lo anterior se desprende de los arts. 1.345 y 1.326.

Como se estableció en líneas anteriores por regla general, toda persona tiene el deber de informar o declarar ante la autoridad judicial sin importar nacionalidad, sexo, tendencia religiosa, posición social, etc., reforzando lo anterior el Artículo 1.261. "Los terceros están obligados a prestar auxilio a los Tribunales; en consecuencia, deben, sin demora, informar, exhibir o permitir la inspección de documentos y objetos que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos.

Los Tribunales tienen la facultad de compeler a los terceros, por los medios de apremio más eficaces, para que cumplan con esta obligación; en caso de oposición, analizaran las razones en que la funden, y resolverán sin ulterior recurso."

Sin embargo, el Artículo 1.262, establece la excepción a esta obligación de declarar "Están exentos de la obligación impuesta por el artículo anterior, ascendientes, descendientes, cónyuge y personas que deban guardar secreto profesional, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados." Pero con la salvedad de hacerlo si así lo desean, es decir, para ellos es un deber potestativo no impositivo.

Ofrecimiento.

Este medio probatorio deberá ser ofrecido dentro del termino que señala el Artículo 2.126 (5 días), de la misma forma que los demás medios probatorios es indispensable cumplir con ciertos lineamientos para que proceda su admisión, de no efectuarlos será desechada, los requisitos a cumplir los señala el Artículo 1.334. "Al ofrecer la testimonial se observarán las siguientes reglas:

- I. Se señalará el nombre y domicilio de los testigos;
- II. La mención de sí el oferente los presenta o tendrán que ser citados por el Juez;
- III. Los puntos sobre los que versará su testimonio;
- IV. La relación del testimonio con los hechos controvertidos;
- V. La exhibición del interrogatorio y copia del mismo.

De no cumplirse con estos requisitos, no se admitirá la prueba.

Además sólo le esta permitido presentar un máximo de tres testigos por hecho que pretenda demostrar con su testimonio. Artículo 1.327. "Una parte sólo puede presentar hasta tres testigos sobre cada hecho."

Una observación que señalar, al ofrecer la prueba testimonial, hay que poner especial cuidado, en la mención que se hace si el oferente se obliga a presentar a su testigo o solicita que el juez lo cite, por que el Artículo 1.328 señala la consecuencia jurídica, para el caso de que el oferente no logre presentar a su testigo y no medie causa justificada, "Cuando el oferente de la prueba se comprometa a presentar testigos, y no lo hiciere sin causa justificada, se declarara desierta ésta respecto del testigo ausente."

Ahora un aspecto relevante es el que presenta el Artículo 1.329, segundo párrafo, que aun citado el testigo por el juez y ejecutado los medios de apremio no logra que comparezca el testigo, se declara desierta la prueba, tiene sentido lógico esta disposición, pues si no se logra el testimonio ni aun aplicando los medios de apremio no hay posibilidad de obtenerlo por ninguna otra forma. "Los testigos serán citados a declarar por el Juez, cuando la parte que ofrezca su testimonio manifieste no poder presentarlos.

La prueba se declarará desierta si no es presentado el testigo por el oferente o si ejecutados los medios de apremio no se logran dicha presentación. ..."

También es esencial poner atención al señalar el domicilio del testigo o testigos, pues una inexactitud o un error da paso a una sanción grave que enuncia el Artículo 1.329, tercer párrafo. "... En caso de que el señalamiento del domicilio de algún testigo resulte inexacto o se realiza con el propósito de retardar el procedimiento, se dará vista al Ministerio Público para efectos de iniciar la averiguación que corresponda, debiéndose declarar desierta la prueba ofrecida."

Asimismo el interrogatorio que redacta el oferente contendrá preguntas que el testigo deberá responder; estas preguntas deberán reunir ciertos requisitos al igual que las repreguntas, (estas son preguntas que hace la contraria una vez terminado el interrogatorio del oferente). Estos requisitos los señalan los arts. 1.336. "Las preguntas y repreguntas sólo se referirán a hechos o circunstancias que hayan podido apreciar los testigos por medio de sus sentidos." y 1.337. "Las preguntas y repreguntas serán claras, precisas, inquisitivas y no llevar implícita la respuesta, conducentes a la cuestión debatida; procurándose que en una sola no se comprenda más de un hecho."

Y la consecuencia jurídica para el caso de no reunir los requisitos la señala el Artículo 1.338. "Las preguntas y repreguntas serán desechadas cuando;

- I. No reúnen los requisitos de los dos artículos anteriores;
- II. Se refieran a hechos o circunstancias ya probadas en autos;
- III. Sean insidiosas;
- IV. Sean contradictorias, en cuyo caso se desecharan las dos preguntas o repreguntas que contengan contradicción;
- V. Estén formuladas en términos técnicos o se refieren a opiniones o creencias.

Admisión.

Cumpliendo con todos los requisitos y observaciones anteriores, el juez admitirá sin problema alguno la prueba testimonial ofrecida, omitir algún requisito trae aparejado el desechamiento de la probanza, tal como lo previene el Artículo 1.334 última parte, citado ya anteriormente.

Asimismo el juez al pronunciar el auto que admite la prueba señalará día y hora para su desahogo, ordenando el traslado a la contraparte con las copias del interrogatorio o interrogatorios exhibidos. Artículo 1.335. El Juez señalará día y hora para su recepción mandando dar copia del interrogatorio a los demás interesados en el juicio, quienes podrán presentar repreguntas hasta en el momento en que vaya a iniciarse la diligencia."

2.3.7. De Los Elementos De Convicción Producidos O Descubiertos Por La Ciencia O La Tecnología.

Artículo 1.352. "Para acreditar los hechos controvertidos, las partes pueden presentar fotografías, registros dactiloscópicos, grabaciones de imágenes y sonidos y todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología.

Todos estos instrumentos son considerados medios de prueba, porque permiten al juzgador cerciorarse de la verdad de los hechos aducidos y controvertidos por las partes, y que necesita a fin de dictar su resolución.

Serán ofrecidos dentro del multicitado plazo de cinco días, admitidos se señalará fecha para su desahogo, se deberán ser suministrados por el oferente los aparatos o elementos necesarios para su reproducción que permita su apreciación, levantándose acta circunstanciada .

Artículo 1.353. "La parte que presente los medios de prueba a que se refiere el artículo anterior, deberá para su desahogo en la fecha que señale el Juez, ministrar los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el registro y reproducciones de los sonidos e imágenes, sin lo cual se tendrá por desierta la prueba.

Artículo 1.354. "El día del desahogo de la prueba, se incluirá en el acta lo que las partes o el Juez considere necesario, ya sea transcribiéndolo o describiéndolo."

2.3.8. Reconocimiento de contenido y firma de documento privado.

A pesar que lo establece el Artículo 1.265 como medio de prueba, en realidad se encuentra dentro del estudio de la prueba documental, por lo cual remitimos al lector a apartado donde se estudio a la medio de prueba consistente en documentos, donde se haya analizado.

2.3.9. Informes de autoridades.

De la misma forma que el anterior medio de prueba establecido por la ley como autónomo, se trata de los informes que rinde las autoridades acerca de la prueba confesional o testimonial y que la legislación no los coloca dentro de estas, sino que los considera como medios de prueba independientes.

Respecto de la confesional el Artículo 1.290. establece, "Las autoridades o los titulares de las dependencias que formen parte de la administración pública, absolverán posiciones por medio de oficio, para que, por vía de informe, sean contestadas dentro del plazo que no excederá de ocho días. En el oficio se apercibirá a la parte absolvente de tenerla por confesa si no contesta, o si no lo hace categóricamente, afirmando o negando los hechos."

Por lo que hace a la testimonial el Artículo 1.333 "Los servidores públicos con protección constitucional, generales con mando y presidentes municipales, rendirán su declaración por oficio o personalmente si lo desean."

2.3.10. Presunciones.

De Pina Vara y Castillo Larrañaga en su obra expresan, "la presunción es una operación lógica, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a la aceptación como existente de otro desconocido o incierto. La presunción sentada por vía legal (judicial) o por el raciocinio judicial (humana), es el resultado de la aplicación de las máximas que el legislador o el juez deducen de su propia experiencia."¹⁰⁵

Muchos son los doctrinarios que han negado la naturaleza jurídica de prueba o medio de prueba a la presunción, argumentos unos más que otros valederos y tomando en cuenta lo expresado por los autores en consulta, es de aceptarse que la presunción no obtiene el carácter de medio prueba, por que no se obtiene por medio de ella un convencimiento, sino que es el convencimiento mismo, por otra parte, se dice que solo permite al juzgador, quitar a una parte la carga de la prueba para imponérsela a la otra (presunción legal), es decir, solo determina a quien corresponde probar, y alguno más argumenta la materialidad, lo intangible de la prueba, o sea, no posee sustancia, es idea por tanto no es medio de prueba.¹⁰⁶

Indudablemente que la presunción no tiene materialidad, no ésta en ninguna parte físicamente, y entraña un mecanismo de razonamiento del propio juzgador mediante el cual por deducción o por inducción, se llega al conocimiento de un hecho primeramente desconocido, partiendo de la existencia de un hecho conocido. Por tanto, el mecanismo por el que se arriba a

¹⁰⁵ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 313.

¹⁰⁶ Ver obras de Lessona, Alcalá Zamora, Cipriano Gómez, Pallares, etc.

una presunción es un mecanismo meramente de raciocinio, repetimos, de deducción o de inducción lógicas y sólo en este sentido puede ser considerada como medio de prueba.¹⁰⁷

Bien, mucho se ha dicho y discutido, uno a favor otros en contra de considerar a las presunciones como medio de prueba, sin embargo, nosotros nos posicionamos en el criterio de considerar a la presunción fuera del ámbito de los medios de prueba, porque en realidad esa operación o mecanismo lógicos determina y transforma en convencimiento del juzgador.

Se ha dividido a la presunción en legal y humana; la primera por estar establecida en alguna disposición de la ley; y la segunda, se deja al libre albedrío del juzgador. Artículo 1.356. "Presunción es la consecuencia que la ley o el Juez deducen de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana."

A su vez la presunción legal se divide en relativas –*juris tantum*– que admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse con un medio probatorio, y en absoluto –*iuris et iure*– son aquellas que no admiten prueba en contrario.

En una primera impresión tanto la presunción legal como la humana admiten prueba en contrario, sin embargo; "para Lessona –escribe Becerra Bautista¹⁰⁸ la presunción *juris et de jure* no es una presunción en el sentido lógico jurídico, sino una disposición ..., es decir, constituye una norma imperativa que excluye la prueba de un hecho, considerándolo verdadero, aunque acaso no lo sea". Un aspecto a destacar en la presunción legal es que debemos probar el hecho en que se funda la presunción según lo dispone el Artículo 1.357. "El que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción."

La presunción humana, responde a una sana lógica y correcto razonamiento del juez, pues en esta clase de presunción es imprescindible la libertad del juzgador, ya que la operación lógica

¹⁰⁷ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 279.

que realice para conocer un hecho desconocido a partir de un hecho conocido, sólo es posible realizarla si posee un amplio margen de discrecionalidad.¹⁰⁹

A pesar de las opiniones, que forman mayoría, de los jurisconsultos el Código Adjetivo del Estado de México, el C.Co., el CFPC., y el CPCDF, instauran a las presunciones dentro de los medios de prueba, por tanto, están sujetas a sus reglas; estas se ofrecerán en el plazo de cinco días que se conceden para ello, una vez admitidas en el auto admisorio que se dicte al respecto, se que se desahogaran por su propia y especial naturaleza debido a que no existe diligencia alguna que se decrete para su desahogo.¹¹⁰

¹⁰⁸ BECERRA BAUTISTA, *op. cit.*, p. 162.

¹⁰⁹ Cfr. DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 314.

¹¹⁰ Cfr. ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 410.

CAPITULO III.
ESTABLECIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN PARA EL AUTO QUE ADMITE LAS
PRUEBAS.

3. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.

3.1. Las Resoluciones Judiciales.

En el mismo contexto que en los demás conceptos de figuras procesales aquí, no hay unanimidad en cuanto a sus alcances, por ello resulta complejo la determinación de sus límites, no obstante, entendemos por resolución judicial: "toda decisión o providencia que adopta un juez o tribunal en el curso de una causa contenciosa o de un expediente de jurisdicción voluntaria, sea a instancia de parte o de oficio."¹

Por su parte Rafael De Pina Vara nos dice, resolución judicial, acto procesal de un juez o un tribunal destinado a atender a las necesidades del desarrollo del proceso o a su decisión.²

Por lo que las resoluciones judiciales, son pronunciamientos que emite un juez o un tribunal, durante el proceso hasta su total conclusión, incluyendo la sentencia con que se da por terminado el juicio, estos pronunciamientos pueden ser instructorios, resolutivos o ejecutorios, según sea necesario.

El CPCEM., en su **artículo 1.192** distingue cuatro tipos de resoluciones judiciales a saber:

"Las resoluciones judiciales son:

- I. *Decretos*, cuando sean simples determinaciones de trámite;
- II. *Autos*, son decisiones que tienden al impulso y desarrollo del procedimiento;

¹ CABANELLAS, Guillermo. Citado por GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. México, Oxford University Press, 2000, p. 289.

- III. *Sentencias o autos interlocutorios*, cuando deciden un incidente promovido antes o después de la sentencia definitiva, o bien decidan alguna cuestión procesal entre partes;
- IV. *Sentencias definitivas*, cuando deciden el fondo del litigio en lo principal.

Sin embargo, el CFPC, sólo prevé tres tipos o clases de resoluciones judiciales, decretos, autos y sentencias, el cual ha sido el más preferible y deseable por los doctrinarios, en una comparativa, entre el CFPC y el CPCDF., hacen afirmar a De Pina y Castillo Larrañaga; "La clasificación de las resoluciones judiciales formulada por el Código Federal de Procedimientos Civiles, es mucho más sencilla que la del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios. Esta materia es una de las menos felizmente tratadas por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En vez de establecer tres clases de resoluciones –decretos, autos y sentencias–, complica innecesariamente la clasificación subdividiendo los autos en otras tres –provisionales, definitivos y preparatorios– y conserva el viejo tipo de sentencia interlocutoria (que es en realidad un auto) junto a la sentencia definitiva, lo que en la practica se presta a dudas y confusiones y al consiguiente planteamiento de problemas de difícil solución."³

Por lo que hace a la consideración de que las sentencias interlocutorias son en realidad autos, Alcalá-Zamora señala, "las llamadas sentencias interlocutorias, que no resuelven la controversia de fondo, sino una cuestión incidental, no constituyen realmente sentencias y deberían ser consideradas como meros autos."⁴

Las mismas consideraciones valdrían para la aún subsistente sentencia interlocutoria contemplada en el CPCEM., pero, tratar de esclarecer aún más el debate de considerarla un auto o no, es preferible ostentarlo en otro estudio más apropiado.

² DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 24ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 442.

³ DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Instituciones de Derecho Civil, 25ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 320.

Cipriano Gómez,⁵ nos indica que conocer la clasificación de las resoluciones judiciales es de relevancia para no pecar de ignorancia y aplicar el medio de impugnación idóneo que proceda en contra de ellas, por que las reglas de impugnación varían de acuerdo al tipo de resolución que se pretenda atacar.

Por tanto las resoluciones judiciales se clasifican en decretos, autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas.

3.2. Medios de Impugnación.

Diversos significados han tenido esta figura procesal, comenzando como un instrumento de combate hasta una pretensión de resistir, todas ellas, justificadas y pugnadas, pese a ello, su rasgo común imprescindible alude a la idea de oposición a una determinación, (resolución judicial) o ausencia de ésta, por parte del juez o tribunal.

Entre los conceptos vertidos destacamos el aportado por Alcalá-Zamora,⁶ "los medios de impugnación son actos procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo proveimiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima apegada a Derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos."

Por su parte Briseño Sierra indica, "la impugnación es la aplicación del instar con un fin particular individualizado. La peculiaridad que singulariza a este tipo de instancia es aquella pretensión de resistir la existencia, producción o los efectos de cierta clase de actos jurídicos."⁷

⁴ Citado por OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil, 7ª ed., México, Harla, 1998, p. 162.

⁵ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 290.

⁶ Citado por OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 198.

⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Vol. IV, 1ª ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, p. 672

De lo anterior podemos desprender que el punto de partida de los medios de impugnación por regla general, son las resoluciones judiciales, o bien, su omisión, (excepción), no obstante, la impugnación nace regularmente con motivo de resoluciones, ya sea, por que son incorrectas, erradas, ilícitas, inexactas, irregulares o sin las formalidades de ley, por ello, se le dota a las partes de instrumentos jurídicos, para hacer notar estas deficiencias o errores y en su caso provenga su revocación o modificación, por lo que la fundamentación de toda impugnación es la falibilidad del titular del órgano jurisdiccional, "es decir, los actos del hombre están siempre expuestos a caer o a incurrir en equivocaciones y en injusticias"⁸

Briseño Sierra, alude a la idea de la condicionalidad del acto procesal, ampliando la aportación de Bülow, en su condicionalidad del derecho procesal, plantea tres sectores a saber: "condiciones previas que pueden llamarse **supuestos**, condiciones actuales que han de recibir la denominación de **requisitos** y condiciones inminentes que deben conocerse como los **presupuestos**."⁹

Nos sigue exponiendo el mismo autor, los **supuestos**, su elemento distintivo, es anteceder al acto, que bien, pueden ser resoluciones judiciales u omisión de éstas, es decir, es el punto de inicio de la impugnación; los **requisitos**, son auxiliares que regulan el nacimiento del acto, que son presentes, actuales, en cuya composición se encuentra el tiempo, que puede ser determinado o indeterminado; la forma, refiere a una determinada consistencia del acto que lo distingue en su exterior de otras instancias, que bien puede ser el anuncio en caso de la apelación en el sistema judicial mexicano, y el contenido, que es el dato que individualiza a la impugnación, como la motivación, la expresión de agravios, hechos y fundamentos de derecho. Por su parte los **presupuestos**, son el cúmulo de datos que deben estar previstos, su normatividad debe ser previa, para que opere el acto impugnativo, como la competencia del órgano que resuelve el acto,

⁸ Cfr. GÓMEZ LARA, . *op. cit.*, pp. 297 y 298.

⁹ BRISEÑO SIERRA, *op. cit.*, p. 673.

su modo de sustanciación, o sea, la vía y el resultado, la resolución buscada libre de errores o ilegalidades cometidas.¹⁰

La pretensión de sistematizar y clasificar los medios de impugnativos, ha significado una tarea hasta ahora insuficiente, por la gran diversidad de factores legislativos, doctrinarios, cultura jurídica y país de aplicación, que han hecho afirmar de manera genérica al ilustre Cipriano Gómez Lara, "por tanto, la teoría general del proceso sólo puede enfocar el tema de los medios de impugnación, advirtiendo que éstos son recursos, procedimientos, instancias o acciones, reconocidas a favor de las partes para que éstas puedan combatir los actos o resoluciones de los tribunales, cuando éstos sean incorrectos, equivocados, no apegados a derecho o injustas."¹¹ Sin especificar cuales o cuantos pueden ser.

Por lo que se desprende que son tantos los medios impugnativos que resulta sumamente difícil su clasificación, pese a ello el maestro Ovalle Favela,¹² expone una clasificación que creemos es de utilidad didáctica para el desarrollo de este tema.

Clasifica en razón de: 1) **La generalidad o especificidad de los supuestos a combatir**, pueden ser ordinarios, los que se utilizan para combatir la generalidad de las resoluciones judiciales –son el instrumento normal de impugnación– v.gr. la apelación, la revisión, la reposición, etc.; los especiales, son los únicos para recurrir resoluciones señaladas por la ley en específico, v. gr. el recurso de queja, etc.; y los excepcionales, sirven para atacar resoluciones con autoridad de cosa juzgada, v.gr. la apelación extraordinaria o el amparo directo, etc.

2) **La identidad o diversidad del órgano que dicta o resuelve**; en este caso se dividen en verticales y horizontales, los primeros, verticales, ocurren cuando el tribunal que debe resolver la impugnación (a la cual se le denomina tribunal ad quem), es diferente

¹⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 673 a 675.

¹¹ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 299.

del juzgador que dicto la resolución impugnada (a la cual se le designa Juez *a quo*). Como se observa intervienen dos juzgadores, el que va a conocer y resolver el acto impugnativo (*ad quem*) y el que pronuncia la resolución que se combate (*a quo*), por regla general, el órgano judicial *ad quem* es de superior jerarquía que el órgano *a quo*. v. gr. el recurso de apelación. Por lo respecta a los segundos *horizontales*, se presentan cuando hay identidad de juzgadores, o sea, es el mismo órgano que conoce y resuelve, y el que dicta la resolución que se impugna. v. gr. recurso de reposición.

3) Los poderes atribuidos al tribunal que resuelve el acto impugnativo; dentro de esta se utiliza el medio de anulación, de sustitución y de control, por lo que hace a la anulación, el tribunal solo decide sobre la nulidad o validez del acto impugnado; dentro de la sustitución, se halla la decisión de la nulidad o validez de la resolución, pero su diferencia radica en que su decisión confirma, modifica o revoca.; por lo referente al medio de control, el *ad quem*, no invalida, no confirma, no modifica, ni revoca, sólo si debe o no aplicarse.

Con anterioridad he mencionado que toda resolución judicial, es supuesto, del acto impugnativo, sin embargo, la ley establece excepciones a esta regla disponiendo que determinadas resoluciones no pueden ser objeto de impugnación, por lo que, no cabe ningún medio de impugnación en su contra con el fin de resistir sus efectos.

No es factible, ni recomendable señalar las excepciones que la ley enuncia para los medios de impugnación, al menos para este estudio, sólo indicaremos que dentro de estas excepciones o resoluciones inimpugnables se encuentra el auto que admite pruebas, artículo 1.259 del CPCEM. primera parte, con la cual disintimos por las razones que se expresaran con posterioridad.

¹² Cfr. OVALLE FAVELA, *op. cit.*, pp. 198 a 200.

Como lo he referido con antelación no ha sido posible clasificar a los medios impugnativos que disponen las partes y los terceros legitimados para combatir las resoluciones, que satisfaga o por lo menos sea completa, en razón de esto y observando esta dificultad, sólo haremos alusión a los recursos y en específico el de apelación, cuyo análisis es de importancia para este estudio, ya que este medio impugnativo ha sido elegido como el ideal para combatir la resolución judicial (auto) que admite pruebas sin apego a derecho.

3.3. Recursos.

Recurso –nos ilustra Eduardo J. Couture– quiere decir literalmente, regreso al punto de partida. Es un re–correr, correr de nuevo, el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud de la cual se re–corre el proceso.¹³

Las anteriores ideas nos llevan a considerar ese re–correr, como el escrutinio que realiza el órgano que conoce y resuelve el recurso de la resolución que se impugna por éste, o sea, realiza un nuevo análisis de los actos que llevaron a la emisión del supuesto (resolución) del recurso y los posibles agravios que pudieran producirle al recurrente, para que, el juzgador se encuentre en condiciones de modificar o revocar o en su defecto confirmar la resolución que se recurre.

Una distinción que creemos ha quedado ya superada, es la de considerar al recurso como especie y a los medios de impugnación como el genero, y parafraseando a De Pina y Castillo, los recursos son medios de impugnación de las resoluciones judiciales; pero no todos los medios de impugnación son recursos, por lo que no es factible en la actualidad confundir a los recursos con los medios de impugnación, por que los segundos comprenden una gama tan extensa, que los recursos constituyen sólo una parte.

¹³ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 340.

A pesar, del vasto conjunto de medios de impugnación, los recursos son los medios impugnativos que se utilizan con mayor regularidad para combatir las resoluciones judiciales, tal vez se deba, al amplio trato que les da la doctrina o a su extensa regulación en los diversos Códigos Procésales, o a ambos, pues, "el recurso técnicamente, es un medio de impugnación intraprocesal, en el sentido de que vive y se da dentro del seno mismo del proceso, ya sea como reexamen parcial [o total] de ciertas cuestiones o como una segunda etapa, o segunda instancia, del mismo proceso."¹⁴ Por lo tanto el más buscado y aplicado para oponerse a las resoluciones judiciales

Los recursos –enuncian De Pina y Castillo Larrañaga– son medios técnicos mediante los cuales el Estado atiende a asegurar el más perfecto ejercicio de la función jurisdiccional.¹⁵ Esto en razón de la falibilidad del titular o titulares del órgano jurisdiccional, puesto que como humanos pueden incurrir en equivocaciones e injusticias, por aplicaciones incorrectas de la norma jurídica u omitiendo la aplicación de ésta, por lo que el Estado se ve en la necesidad de dotar a los agraviados de instrumentos aptos y eficaces para subsanar esas equivocaciones e injusticias, producto de la falibilidad humana.

Abundando más el tema Willebaldo Bazarte, nos dice "las resoluciones judiciales pueden haber sido dictadas con faltas de fondo o con lesión de los preceptos reguladores del procedimiento. Siempre que esto ocurra, debe existir una vía por donde se llegue a la corrección de los mismos. Y aún en el caso de que sean justas por su contenido, contribuye mucho a la satisfacción de la parte que sucumbe, el hecho de serle posible acudir a un tribunal superior probablemente más completo, para que el mismo negocio vuelva a ser examinado por él. Este es el objeto de los recursos, por virtud de los cuales el litigante puede impugnar ante un tribunal superior una resolución que no le satisface, con el fin de que éste vea de nuevo el asunto, y en su caso, lo resuelva en otro sentido. Pero los recursos no solo sirven al interés de las partes litigantes

¹⁴ GÓMEZ LARA, *op. cit.*, p. 299.

sino también en general, ya que ofrecen una garantía mayor de exactitud de las resoluciones judiciales y acrecientan la confianza del pueblo.¹⁶

Dentro de esas equivocaciones o ilegalidades en que pueden incurrir el juez o tribunal los autores, en general, han distinguido a dos clases. Una que la resolución judicial combatida no este ajustada a derecho en el fondo (errores *in iudicando*) y dos, en la forma (errores *in procedendo*).

Quien nos ilustra con más amplitud y probablemente con certeza es Eduardo J. Couture, quien señala "el juez puede incurrir en error en dos aspectos de su labor. Uno de ellos consiste en la desviación o apartamiento de los medios señalados por el derecho procesal para su dirección del juicio. Por error de las partes o por error propio, puede con ese apartamiento disminuir las garantías del contradictorio y privar a las partes de una defensa plena de su derecho. Este error compromete la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse. Se le llama tradicionalmente error *in procedendo*.

El segundo error o desviación no afecta a los medios de hacer el proceso, sino, a su contenido. No se trata ya de forma, sino de fondo, del derecho sustancial que está en juego en él. Este error consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal una ley aplicable o en no aplicar la ley aplicable. Puede consistir asimismo, en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo. La consecuencia de este error no afecta la validez formal de la sentencia ... sino a su propia justicia. Se le llama también tradicionalmente error *in iudicando*."¹⁷

De las ideas vertidas podemos decir que el error puede ser de forma y de fondo, al primero pertenece la aplicación de preceptos adjetivos, por ejemplo, la falta de emplazamiento del demandado, el juez se aparta del derecho procesal, omitiendo la formalidad de emplazar al

¹⁵ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 351.

¹⁶ BAZARTE CERDAN, Willebaldo. *Recursos en el Procedimiento Civil Mexicano*. 2ª ed., 3ª reimpresión, México, Editora e Informática Jurídica, 1997, p. 35.

demandado; al segundo concierne la aplicación de las normas sustantivas, por ejemplo, que el proceso se realiza con todas las formalidades de tiempo y lugar, pero el juez erró al leer y razonar las constancias y por tanto aplica equivocadamente la norma sustantiva o no la aplica errando el fondo.

Siempre ha existido discrepancias y diferencias de opinión y ahora nos hallamos frente a una, la confusión que existe entre la finalidad y el resultado de los recursos. Ya que, algunos las encuentran sinónimas, sin embargo, es erróneo ese argumento, por cuanto hace a la finalidad, los perjudicados buscan que la resolución sea modificada, o bien, sea revocada pero nunca confirmada, por lo que refiere al resultado, el recurso puede modificar, revocar o bien confirmar la resolución recurrida. Es decir, la finalidad es lo que se busca y el resultado es lo que se da.

Arellano García al conceptualizar al recurso, lo hace atendiendo al resultado, escribe, "El recurso es una institución jurídica procesal que permite al mismo órgano que la dicto o a un superior, examinar una resolución jurisdiccional dictada, a efecto de determinar si se revoca, modifica o confirma."¹⁸

Por su parte Willebaldo Bazarte, en su concepto, atiende a la finalidad del recurso, opina, "recurso, en su acepción jurídica y sentido lato, significa acción o facultad concedida por la ley a la que se cree perjudicado por una resolución judicial, para pedir la reposición, anulación o revocación de la misma."¹⁹

Una opinión que creemos muy atinente es la vertida por Domínguez del Río, quien hace una crítica respecto de la confusión entre resultado y finalidad del recurso, expone en el capítulo de la apelación, "la ley alude extensivamente al objeto del recurso o medio de impugnación de que se trate, en el sentido que el tribunal de alzada confirme, revoque o modifique la resolución

¹⁷ COUTURE, *op. cit.*, pp. 344 y 345.

¹⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Procesal Civil. 5ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 517.

¹⁹ BAZARTE CERDAN, *op. cit.*, p. 45.

recurrida, resulta impropia tal postura, ya que la voluntad del apelante se dirige con exclusividad a que el superior revoque o modifique la resolución impugnada, no que la confirme, entre otras razones, por que en caso de ser confirmada la misma, en el supuesto de convalecer la resolución recurrida, además de quedar irreparable el agravio recibido, sobreviene la condena en costas para el recurrente.²⁰

De esta opinión, se hace latente la confusión, existente entre finalidad y resultado en que incurrió la ley adjetiva para el Distrito Federal en su artículo 688, al mezclar los tres posibles resultados, con las dos posibles finalidades, o sea, la confirmación pertenece al resultado no a la finalidad, pese a ello, la ley los incluye en uno sólo.

3.4. EL RECURSO DE APELACIÓN.

El recurso de apelación ha sido también llamado, *recurso de alzada*, lo anterior, en razón de que se alza, se eleva a un Tribunal superior, posiblemente, mejor preparado para que conozca y resuelva el recurso interpuesto, además, es el medio impugnativo al que con reiterada frecuencia se acude para hacer frente a las resoluciones judiciales que nos infieren agravios por erróneas o ilegales.

Ovalle Favela nos dice, que "la apelación es un recurso ordinario y vertical, por el cual una de las partes o ambas solicitan al tribunal de segundo grado (juzgador ad quem) un nuevo examen sobre una resolución dictada por un juzgador de primer grado (juez a quo), con el objeto de que aquél la modifique o revoque."²¹ Como puede observarse este concepto atiende al criterio de la finalidad, no al resultado, asimismo, alude a los elementos distintivos del recurso; la verticalidad y lo ordinario; donde concurren dos juzgadores con diferente jerarquía judicial, y, a la común

²⁰ DOMÍNGUEZ DEL RÍO, Alfredo. Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, 1ª ed., México, Porrúa, 1977, p. 282.

²¹ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 208.

utilización que se hace de él, para oponerse o resistir los efectos de resoluciones judiciales, respectivamente.

Arellano García por su parte, expresa, "para nosotros la apelación es uno de los recursos concedidos por el legislador a las partes, a los terceros y a los demás interesados, para impugnar ante el superior las resoluciones jurisdiccionales del inferior, que el propio legislador fije como impugnables."²²

Un acierto de este concepto es considerar sólo a las resoluciones impugnables, dejando fuera, a las resoluciones inimpugnables, ambas clases fijadas por la ley, sin embargo, algunas de estas resoluciones inimpugnables que se pronuncian infieren enormes agravios a alguna de las partes, disminuyendo sus defensas, por que el juez al emitir las, subsana los errores y omisiones de la contraparte, apartándose de lo preestablecido por la ley procesal, como puede ser admitir una prueba sin que cumpla los requisitos de admisibilidad fijados para tal efecto, produciendo con ello un agravio de difícil reparación al perjudicado, por que de ninguna manera los jueces deben suplir las omisiones de las partes, recabando pruebas que solo al actor para probar su acción o al demandado para probar sus excepciones corresponde aportar.

Para analizar al recurso de apelación, es necesaria la organización de sus elementos y siguiendo al maestro Arellano García²³ procederemos a ello;

a) Objeto del Recurso de Apelación.

Mucho se ha dicho ya, acerca del objeto del recurso en general, mismas opiniones e ideas, aplicables al recurso de apelación que se analiza, no obstante, es menester reiterar con base en las ideas plasmadas por Alcalá-Zamora, en su obra, en la cual hace la comparativa del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua y del Código del Distrito Federal, y cuya opinión

²² ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, p. 530.

resulta harta correcta su aplicación a lo preceptuado por el CPCEM. y escribe, "el flagrante error en que incurre el 688 del Distrito ..., confunde la finalidad y el resultado de la apelación: nadie apela para que le confirmen la resolución a él favorable, entre otras razones ... sino para que se revoque o modifique la que le sea total o parcialmente adversa, sin perjuicio, claro está, de que su aspiración fracase y se confirme entonces la decisión impugnada ... De cualquier modo, el contraste entre finalidad y resultado lo marca con acierto el artículo 810 [del Estado de Chihuahua]".²⁴ En este mismo sentido se volcó el artículo 1.366 del CPCEM. al imprimir la distinción entre finalidad y resultado, reza, "La apelación tiene por objeto que el Tribunal de Alzada, revoque o modifique la resolución impugnada, en los puntos relativos a los agravios, lo que de no prosperar motivarán su confirmación".

b) Personas a Quienes se les Concede el Recurso de Apelación.

Del CPCEM., no se advierte precepto expreso que refiera a los sujetos legitimados que en ciertos casos, tengan la facultada para interponer apelación, de manera genérica, se encuentra el artículo 1.77. que alude a las personas que pueden intervenir en un procedimiento, pese a ello, con acierto escribe, en su crítica Alcalá-Zamora, "una regla elemental sobre legitimación para recurrir, cuya exigencia, se habría sobreentendido sin necesidad alguna de declaración al efecto en el código."²⁵ Por lo que inferimos que la legitimación, es elemento básico e imprescindible que su mención expresa resulta innecesaria por ser un mecanismo elemental.

c) Forma de Interposición.

La interposición del recurso se hace ante el mismo juzgador que ha dictado la resolución que se impugna por medio de la apelación.

²³ Cfr. *Ibidem*, pp. 530 a 550.

²⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho Procesal Mexicano. Tomo II, 1ª ed., México, Porrúa, 1977, p. 262.

Y la forma exigida por el CPCEM., es la escrita, ocurso que contendrá el anuncio de la interposición del recurso de apelación, la resolución que se recurre, los fundamentos de derecho donde se apoya la procedencia, así como domicilio para oír notificaciones en segunda instancia, esté último requisito exigido por el artículo 1.383. del CPCEM. en los demás Códigos Procésales no.

Mientras, que el Código Federal de Procedimientos Civiles, esgrime dos momentos para la introducción de la apelación, uno donde se presenta un escrito anunciando la interposición del recurso, y dos, ya ante el tribunal de alzada la expresión de agravios. El CPCDF, C.Co. y CPCEM., funden en un sólo momento procesal el anuncio de la interposición de la apelación y la expresión de agravios.

Artículo. 1.380. "En el escrito en que se interponga la apelación se expresarán agravios, acompañando copia para cada parte.

Si el recurrente no expresa agravios, no se admitirá la apelación".

En apoyo a esta tendencia del CPCEM., y de la cual somos partidarios por la prontitud que se desarrolla la tramitación del recurso, Alcalá-Zamora, antes de conocer su opinión, es preciso aclarar que estos argumentos fueron hechos antes de las reformas que sufriera el CPCDF, tal vez, con motivo de estas críticas, pues, expresa: "La otra crítica concierne a la actual separación entre dos actuaciones que podrían refundirse en una, a saber: la interposición de la apelación (Cfr. Artículo 812) y la formalización del recurso, que en ello se traduce la llamada expresión de agravios ... Pues nada más sencillo que sumarle el de 6 días para expresar agravios, y de ese modo se matarían dos pájaros de un tiro: refundir dos momentos procesales artificialmente separados y permitir al juzgador *ad quem* pronunciar sobre su admisión y calificar el grado (Cfr. Artículo 825) con mayor conocimiento de causa que el derivado de un simple escrito de

²⁵ *Ibidem*, p. 258.

interposición".²⁶ Probablemente crítica que toma en consideración la ley adjetiva del Estado de México, y salvar esta tendencia de separación y mejor suma en uno el anuncio y la expresión de agravios del recurso de apelación, directriz por demás plausible.

En lo relativo a la expresión de agravios tenemos que, está frase es objeto de críticas por parte de Alcalá-Zamora, expone, "da la sensación de que el tribunal de primera instancia hubiese procedido arbitrariamente, ofendiendo al recurrente, cuando muy bien podría acontecer que la sentencia recaída fuese irreprochable en fondo y forma y que los agravios no existiesen más que en la imaginación del ofuscado o temerario impugnador. Sustitúyase, pues, esa rúbrica por una más adecuada: expresión de disentimiento, fundamentación del recurso, exposición de las razones para impugnar la sentencia, etc."²⁷ Aún cuando los argumentos utilizados por este autor, son certeros y fundados, ningún de los otros doctrinarios sigue esta proposición de cambiar la denominación, expresión de agravios, por otra.

Siendo así, Ovalle Favela cita a una Tesis Jurisprudencial, para definir al agravio. "El agravio se constituye por la *manifestación de los motivos de inconformidad* en forma concreta, sobre las cuestiones debatidas. Por agravios deben entenderse los *razonamientos* relacionados con las circunstancias que en un caso jurídico tiendan a demostrar una violación legal o una interpretación inexacta de la ley ...", –sigue diciendo el autor– "Esto significa que en la terminología de los tribunales se emplea la palabra agravio fundamentalmente en dos sentidos: 1) como *argumento o razonamiento jurídico* que tiende a demostrar al juzgador *ad quem* que el inferior violó determinados preceptos jurídicos al pronunciar una resolución, y 2) como *lesión o el perjuicio* que se causa a una persona en sus derechos con la resolución impugnada. En el primer sentido se habla, por ejemplo, del escrito de expresión de agravios o de que los agravios son fundados; y, en el segundo se dice que tal o cual resolución causa o no agravio a alguna persona."²⁸

²⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, p. 266.

²⁷ *Ibidem*, p. 266.

²⁸ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 215.

Becerra Bautista, citado también por Ovalle, subraya, los elementos que debe contener el escrito de expresión de agravios, sin que claro está, sean cumplidos al pie de la letra:

1. La *identificación* de la resolución impugnada.
2. La *narración de los hechos* que procesalmente generaron dicha resolución.
3. Los *preceptos legales* que la parte apelante estima que fueron violados, bien sea, por haberlos aplicado indebidamente, bien sea, porque se dejaron de aplicar.
4. Los *razonamientos jurídicos* que tiendan a demostrar al tribunal de la segunda instancia que verdaderamente el juzgador a quo violó con su resolución los preceptos invocados por el apelante.
5. Los *puntos petitorios*, en los que se solicita al juzgador *ad quem* que revoque o modifique la resolución impugnada.

Una vez presentado el escrito (con su respectiva copia) de interposición del recurso de apelación y conteniendo la expresión de agravios, se corre traslado a la contraria, para que los conteste dentro de un plazo de 3 días. Artículo. 1.382. "Admitido el recurso, se correrá traslado a la contraria con la copia de los agravios por tres días, para que si desea contestarlos, lo haga ante el propio Juez."

Esta contestación en caso de ocurrir, ira destinada a refutar todos los argumentos utilizados por el recurrente, y solidificar o robustecer la legalidad de la resolución impugnada, etc., no obstante, omitir la contestación de agravios no trae consecuencia desfavorable alguna para la contraparte o apelado.

d) Término para la Interposición.

El término es variable, según se trate de sentencia definitiva o de auto y sentencia interlocutoria, así mismo será distinto según la legislación que regule el recurso de apelación.

	CPCEM (1.379)	CPCDF (692)	CFPC (241)	C.Co. (1344)
Sentencia Definitiva.	10 Días	9 Días	5 Días	9 Días
Auto o Sentencia Interlocutoria.	5 Días	6 Días	3 Días	6 Días

e) Admisión y Calificación de Grado.

Quien resuelve sobre la admisión del recurso de apelación, es el juez inferior o a quo, que es el mismo ante quien se presenta el escrito de contestación de agravios, esta admisión, debemos decir, es provisional, también puede ocurrir que se deseche el recurso.

El artículo. 1.381 establece, "Interpuesta oportunamente la apelación, el Juzgado la admitirá." Pero no sólo el tiempo debe tomarse en cuenta para la admisión, sino que también, otros elementos que se encuentran dispersos en los diferentes preceptos que regulan este medio de impugnación, el doctrinario Ovalle Favela, nos ilustra con mayor fortuna estos elementos que debe tomar en consideración el a quo, para pronunciar la admisión provisional o el desechamiento de la apelación, dice, "para tomar está decisión, el juez, debe considerar:

- 1.- Si la resolución impugnada es apelable, es decir si constituye un supuesto de este recurso.
- 2.- Si el recurrente ha cumplido con los requisitos de tiempo, forma y contenido.

3.- Si el recurrente está legitimado para apelar, es decir, si tiene interés jurídico para interponer el recurso".²⁹

Recordemos la condicionalidad del acto procesal, expuesta por Briseño Sierra, misma que aplicada al medio de impugnación, recurso de apelación, resulta, el punto 1 supuesto refiere a la procedencia del recurso, que la resolución judicial sea impugnabile; en el punto 2 los requisitos son *tiempo*, indica el termino dispuesto por la ley para hacer validamente la impugnación de la resolución judicial que nos afecta, la *forma*, nos señala el escrito de interposición del recurso de alzada, y su presentación ante el juez a quo, y el *contenido* determina básicamente la expresión de agravios; y en el punto 3, presupuestos podría decirse que el juez inferior tiene la obligación de verificar que la recurrente cuenta con la legitimación necesaria, para poder impugnar, o sea, si tiene demostrado su interés jurídico en el proceso.

Si alguno de estos tres puntos falta de satisfacer, el juez debe desechar el recurso, no obstante, el recurrente puede interponer recurso de queja, contra el desechamiento.

La calificación de grado, es la determinación del efecto en el que se admite la apelación, la determinación del efecto del recurso de alzada, refiere básicamente a pronunciarse sobre la ejecución o no del auto o sentencia, antes de que sea resuelta la apelación, por tanto, también variará el tramite.

Diversas denominaciones han tenido los efectos en que puede proceder el recurso de alzada, según la legislación que se trate o doctrinario.

	CPCEM (1.367)	CPCDF (694)	CFPC (232)	C.Co. (1338)
Ejecución.	No Suspensivo	En un Efecto	Devolutivo	Devolutivo
No-ejecución.	Suspensivo	En Ambos Efectos	Suspensivo	Suspensivo

²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 210.

La doctrina al conceptuar el tipo de efecto en que se admite la apelación, mezcla o se adhiere a alguna de las denominaciones que le da la legislación. Mientras tanto Ovalle³⁰ y Alcalá-Zamora,³¹ se inclinan por denominar ejecutivo y suspensivo a los efectos.

Como lo he mencionado el efecto determina la ejecución o no del auto o sentencia recurrida, o sea, la posibilidad de la ejecutoriedad provisional o no de la resolución impugnada mientras se sustancia el recurso interpuesto.

Alcalá-Zamora,³² señala las inconveniencias de las denominaciones, dice que cuando es posible la ejecución de la resolución impugnada, es mejor denominar al efecto que la permite, ejecutivo, pues, resulta adecuado por significación, como por conveniencia, porque en realidad se abre la posibilidad de ejecución del supuesto del acto impugnativo, expresa que denominarlo, en un sólo efecto, se presta a confusiones, ya que no es el apropiado para señalar la posibilidad de ejecución, y la expresión devolutivo, su utilización y significación es arcaica, y por tanto, inaplicable en la actualidad.

Artículo. 1.370. "La apelación admitida en efecto no suspensivo, posibilita la ejecución de la resolución apelada". Por regla, general, este efecto se dicta en autos y sentencias interlocutorias; artículo 1.378. "Son apelables las sentencias interlocutorias y los autos que específicamente señala este Código. La apelación, en este caso, se admitirá sin efecto suspensivo, salvo cuando la ley disponga lo contrario"

Y aunque la expresión que utiliza el CPCEM., no suspensivo, no resulta confuso ni arcaico, preferimos la expresión utilizada por Ovalle y Alcalá-Zamora, ejecutivo.

³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 211.

³¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, p. 265.

³² Cfr. *Ibidem*, pp. 264 y 265.

El efecto suspensivo como su expresión lo indica, suspende, la ejecución del supuesto, hasta en tanto no se resuelva el recurso, artículo 1.368. primera parte, "La apelación admitida con efecto suspensivo impide la ejecución de la resolución; ...". Este efecto, por regla general, se dicta en las sentencias definitivas, artículo 1.377. "Las sentencias definitivas son apelables con efecto suspensivo, salvo cuando la ley disponga lo contrario".

Asimismo expresamos que el efecto determina la tramitación del recurso.

Efecto suspensivo: Artículo. 1.368. "La apelación admitida con efecto suspensivo impide la ejecución de la resolución; *entre tanto, sólo podrán dictarse las resoluciones que se refieren a la administración, custodia y conservación de bienes embargados o intervenidos judicialmente, siempre que la apelación no verse sobre alguno de estos puntos*"; y artículo 1.369. "Cuando el auto contra el cual se haya admitido recuso de apelación con efecto suspensivo, hubiere recaído en expediente tramitado por separado, se remitirá al Tribunal de Alzada el expediente respectivo, sin perjuicio de que se envíen las constancias que del otro soliciten las partes.

En los autos que queden en el Tribunal no podrá dictarse resolución alguna que modifique, revoque o en cualquier forma afecte lo acordado en la resolución apelada, mientras el recurso este pendiente, para lo cual se dejará copia de ella".

Efecto No Suspensivo: Artículo 1.371. "Si fuere sentencia la apelada sin efecto suspensivo, se dejará en el Juzgado copia certificada de ella y de las constancias necesarias para ejecutarla, remitiéndose el expediente original al Tribunal de Alzada". y artículo 1.372. "Si se trata de apelación sin efecto suspensivo de un auto, el que la admita ordenará remitir al Tribunal copia del apelado, de sus notificaciones y de las constancias señaladas al interponer el recurso, adicionadas con las que señalen las demás partes dentro de dos días; en todo caso el juez decidirá sobre las constancias necesarias que integren el testimonio".

Sin embargo, para poder ejecutar la resolución impugnada con el recurso de apelación, admitido sin efecto suspensivo se debe otorgar garantía suficiente para reparar los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar con motivo de la ejecución, esto según el Artículo 1.373. "Para ejecutar la sentencia, definitiva o interlocutoria, apelada sin efecto suspensivo, se otorgará previamente garantía que podrá consistir en :

- I. Hipoteca sobre bienes bastantes, a juicio del juez, ubicados dentro del Estado;
- II. Deposito de dinero en efectivo."

Y Artículo 1.374. "La garantía será bastante para garantizar la devolución de lo que se deba percibir; sus frutos e intereses; la indemnización de daños y perjuicios y, en general, la restitución de las cosas al estado en que se hallaban antes de la ejecución, en el caso de que el Tribunal revoque la resolución." La excepción, para otorgar garantía la establece el Artículo 1.375. "Las resoluciones apeladas que concedan alimentos, custodia temporal o convivencia, se ejecutaran sin necesidad de garantía."

Una nota distintiva de este punto, es lo que la doctrina ha llamado "contra garantía", que es la posibilidad que tiene el apelante de otorgar garantía, para evitar la ejecución de la resolución impugnada, según lo señalado por el Artículo 1.376 "Otorgada la garantía, la parte contraria al ejecutante puede evitar la ejecución, otorgando a su vez, garantía bastante para responder de los daños y perjuicios, pagando el importe de los gastos de la garantía que se hubiere otorgado."

f) Tramite de la Apelación ante el *Ad Quem*.

Una vez fenecido el plazo de traslado de los agravios a la contraparte, el juez, remitirá la apelación al superior jerárquico para que lo resuelva, Artículo 1.385. "Concluido el plazo de traslado de los agravios, se remitirán a la Sala el cuaderno de apelación, los autos originales o testimonio de constancias".

Como se recordará, el pronunciamiento que hace el a quo sobre la admisión y calificación de grado, es provisional, pues, la decisión final le corresponde al Tribunal de Alzada, según lo pronunciado por el Artículo 1.386. "Recibido el cuaderno de apelación con los autos o testimonio, la Sala declarará de oficio, si la resolución recurrida es o no apelable y en qué efecto, y si se interpuso en tiempo."

Si el Tribunal superior determina que no es procedente el recurso de apelación interpuesto, devolverá al inferior los autos o el testimonio que haya enviado, con copia certificada de esta resolución, Artículo 1.387. "Si se declara que la resolución recurrida no es apelable o que no se interpuso en tiempo el recurso, se devolverán los autos al Juzgado con el testimonio de la resolución."

Asimismo si el *ad quem* acuerda la admisión, pero cambia el efecto en que debe admitirse se regula por los artículos 1.388. "Si la apelación admitida sin efecto suspensivo se declara admisible con efecto suspensivo, y no se hubieren remitido los autos originales, se ordenara al Juez que los envié". y 1.389. "Cuando la apelación se haya admitido con efecto suspensivo y se declara admisible sin efecto suspensivo, si la resolución recurrida fuere sentencia, se enviará al Juzgado la copia de ella y de las constancias necesarias para su ejecución; si fuere auto, se devolverán los originales, dejándose, en la Sala copia de las constancias necesarias".

Una cuestión que creemos es necesaria aclarar un poco más, cuando procede la remisión de los autos originales, o bien, de testimonio; si se trata de apelación contra sentencias, el juez a quo deberá remitir al tribunal *ad quem* todo el expediente original. En cambio si se trata de apelación contra autos, admitida en efecto suspensivo deberá enviar el expediente original, pero si, ha sido admitida en efecto no suspensivo sólo enviará el testimonio de apelación.

La presentación de alegatos dentro del recurso de apelación lo regula el Artículo 1.390. "Dentro de los cinco días siguientes a la calificación del grado, las partes podrán presentar alegatos por escrito".

Fijándose un plazo de 10 días para que la Sala o *ad quem* resuelva el recurso, ya sea que revoque, modifique, o bien, confirme la resolución recurrida, Artículo 1.391 "Fenecido el plazo para alegar, se realizará el turno respectivo para resolver la apelación en el plazo de diez días".

Una vez dictada la sentencia respectiva, se notificara a las partes y se remitirá al a quo, Artículo 1.392. "Notificada la sentencia se remitirá testimonio de ella y de sus notificaciones, devolviéndose los autos al Juzgado de origen".

Aún queda mucho que decir y explicar acerca de este singular recurso, pero, lo expuesto hasta ahora es suficiente para sustentar la propuesta que propugnamos.

3.5. Propuesta De Reforma Del Artículo 1.259 Del Código De Procedimientos Civiles Para El Estado De México, Estableciendo El Recurso De Apelación Para El Auto Que Admite Pruebas.

El artículo 1.259, primera parte, dispone, "El auto que admita pruebas no es recurrible; ..."

Debería decir, Artículo 1.259. **Contra el auto que admita pruebas ofrecidas; extemporáneamente, que sean contrarias a derecho o a la moral, que versen sobre hechos que no hayan sido controvertidos por las partes, o hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien, que no reúnan los requisitos establecidos por la ley, procede el recurso de apelación en efecto no suspensivo [sería mejor ejecutivo]; ..."**

Lo anterior en razón de las siguientes consideraciones:

Como se recordara, el supuesto, de los medios de impugnación y por tanto de los recursos, son las resoluciones judiciales, pero no todas las resoluciones pueden impugnarse, sólo aquellas que la legislación cataloga como impugnables, luego entonces, también existen resoluciones inimpugnables, y el auto que admite pruebas es señalado como inimpugnable por la ley.

Pero en que se basa esta calificación de impugnable o inimpugnable, Pérez Palma, nos dice que fue utilizado como argumento respecto del deber de la justicia pronta y expedita. Sin embargo, no basta ese argumento, pues "es posible que los señores magistrados vean sus escritorios, cajones y archivos menos apretados de trabajo, pero indudablemente, la administración de justicia, en si misma, no habrá mejorado, pues los problemas que surjan a este respecto, repercutirían en aquellos que han menester de ella".³³

Desprendemos que esa división es un arma de dos filos, porque no atiende al fin que persigue la aplicación de la ley, tratar con igualdad a las partes en un proceso, o porque declarar irrecurrible a un auto que reviste gran importancia, es ilógico e injusto, pues, observando la parte agraviada la incorrecta aplicación de los preceptos procesales que hace el juez, no tenga medio alguno para subsanar ese error o ilegalidad, reduciendo sus defensas, ya de su acción, ya de su excepción validamente interpuestas en perjuicio de sus intereses.

Y que mejor instrumento para subsanar, las omisiones e incorrectas aplicaciones de la ley adjetiva, que el recurso de apelación, que involucra una doble grado, pues "va en ello de por medio, la satisfacción, del anhelo de encontrar uno o más jueces, de mayor sabiduría, de mayor

³³ PÉREZ PALMA, Rafael. Guía de Derecho Procesal Civil. 5ª ed., México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1979, p. 712

experiencia , que de manera conjunta, corrijan los errores y las violaciones a la ley cometidas por el inferior³⁴

Por que he de citar algunos de los argumentos de los ilustres De Pina y Castillo Larrañaga, donde justifican el por qué del establecimiento de los recursos, y que también son viables, para demostrar la incorrecta división de las resoluciones según la posibilidad de combatirlos o no, expresan, pues "por muy decidido que sea el propósito de los jueces y tribunales de sujetarse al estricto cumplimiento de sus deberes, pueden incurrir en equivocaciones, aplicando indebidamente la ley, ya que, al fin, como hombres, no pueden sustraerse a la falibilidad humana, y de aquí que se haya siempre reconocido la necesidad de establecer medios adecuados para la reparación de los agravios e injusticias que pudieran inferirse con esas posibles equivocaciones, concediéndose, al efecto, a quien se crea en este sentido perjudicado, facultad para reclamar aquella reparación, sometiendo la resolución judicial que irroque el agravio e injusticia a un nuevo examen o revisión y enmienda, bien por el mismo juez o tribunal que la dictara o por otros jueces o tribunales superiores, según los casos"³⁵

Por lo que he de decir que el recurso de apelación es el más adecuado para subsanar los agravios que se pudieran cometer en perjuicio de la contraparte, por admitir, el juez, pruebas que no reúnan los requisitos establecidos por la legislación adjetiva, y como consecuencia haya una suplantación de la contraparte, convirtiéndose en juez y parte, o bien, lo haga por error involuntario, aun así afectaría a la contraparte, disminuyéndole sus defensas por que recordemos que el juez es humano, falible por antonomasia y vulnerable a todos los influjos bien, porque su criterio abunda en perjuicios o inconfesadas inclinaciones a favor o en contra de alguna de las partes, y al menos, no con un sentido pesimista, en el medio procesal mexicano, existe y se presenta con mayor o menor regularidad la inidoneidad de algunos jueces.

³⁴ *Ibidem*, p. 704.

³⁵ DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *op cit*, p. 351.

Hemos de recalcar que la propuesta de adición al artículo 1.259 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, no pretende en forma alguna vulnerar o menoscabar las facultades del órgano jurisdiccional, sino como complemento de esas facultades, aunque, en ocasiones se vulneran defensas y acciones de las partes respaldándose en esas facultades, pero, la esencia de esta propuesta de reforma es complementar la justicia que deberá imperar dentro del marco legal que regula relaciones humanas, para con ello seguir aplicando el principio de estricto derecho que impera en el derecho civil.

Pero ocurre y no con poca frecuencia que los jueces abusan de su facultad en materia probatoria, con las denominadas "diligencias para mejor proveer", escudándose tras esta facultad, mal concebida, comprendida y aplicada, para subsanar las omisiones de las partes a quien favorecen en materia probatoria, cuando de *iso iure* no pueden realizar tal subsanación, por que tiene el titular del órgano jurisdiccional la obligación y el deber de sujetarse en todo el procedimiento a las prescripciones que la ley adjetiva vigente enuncia, (la carga de la prueba incumbe a las partes), pues si esta señala de forma expresa los requisitos de admisibilidad, el juez no debe admitir prueba alguna que no los cumpla, pero si sucediese que el juez admita dichas pruebas carente de requisitos, y conforme a su criterio no importa si cumplen o no con los requisitos, él las admite sin mediar fundamento, y sin que ninguna persona cabal tenga duda que esa prueba no debe admitirse por la carencia de requisitos legales, el agraviado se encuentra sin defensa, para hacer notar ese error y subsanarlo, y aunque la jurisprudencia dice que se dejen de valorar las pruebas admitidas sin apego a derecho, pero puede ocurrir que el juez en su necesidad las tome en cuenta y les de pleno valor probatorio, sucedería que el agraviado, sería condenado, cuando de estricto derecho debió ser absuelto, luego entonces, apelaría la sentencia definitiva, pero si pudiese interponer el recurso de apelación en contra de esa admisión incorrecta se abstendría por tanto de la apelación de la sentencia definitiva, en cambio si sucediese lo contrario se incrementa el tiempo de revisión del ad quem, pues tendría que hacer una revisión *ex novo*, toda vez que tendría que verificar todo el procedimiento, y no sólo una parte de éste,

incrementando con ello de forma innecesaria el tiempo de la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva.

Criterios que han tomado en cuenta diversas legislaciones procesales para no incurrir en el error de considerar al auto que admite pruebas como irrecurrible, pues, es de sabida experiencia que dicha posición atenta contra la equidad de las partes en juicio, por qué a ellas les incumbe, argumentar y demostrar sus intereses, entre estas legislaciones tenemos la redacción del artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que establece el recurso de apelación en efecto devolutivo, el cual le permite seguir el procedimiento sin suspenderlo hasta en tanto no resuelva sobre el recurso interpuesto el ad quem.

Asimismo encontramos el artículo 1203 del Código de Comercio, que establece el recurso de apelación en efecto devolutivo, en contra del auto que admita las pruebas sin las formalidades y requisitos que exige, es de recalcar que Código de Comercio es de aplicación Federal, y si bien, es cierto que la legislación se refiere al derecho mercantil, también es de recordar la unidad del proceso que aplica tanto en el derecho mercantil como en el derecho civil, que sin importar la materia que regule, sus aspectos y elementos constitutivos son los mismos, así también los medios de impugnación en contra de las resoluciones que se dicten en perjuicio de las partes que resultaren afectadas por un determinación errónea, que signifique disminución de sus defensas para la protección de sus intereses.

Domínguez del Río³⁶ puntualiza los puntos más relevantes donde se apoya o se contradice la división de las resoluciones en impugnables o no impugnables, mismos que son de utilidad para justificar nuestra posición, y porque el recurso de apelación es el mejor medio de impugnación para hacer notar y subsanar las irregularidades, errores, ilegalidades, necedades, etc, del inferior y escribe:

³⁶ DOMÍNGUEZ DEL RÍO, *op. cit.*, p. 273.

[Argumentos a favor de la impugnabilidad]

1° Aun suponiendo que la judicatura estuviera compuesta y atendida por personas intachables desde cualquier ángulo, como terrícolas, no escapan al proloquio de que "errar es de humanos" y, en consecuencia, la bi-instancialidad procesal ofrece mayor garantía de una buena justicia.

2° Si como es de suponerse, o por lo menos de desearse, ocupan los cargos de juez individuos pundonorosos, el hecho de saber que sus resoluciones pueden ser impugnadas, les induce a poner mayor esmero y dedicación en su dictado que si se supieran juzgadores absolutos y al margen de toda crítica.

3° Se tiene por buena la organización judicial en dos instancias por mirarse en el tribunal superior o de alzada un cuerpo jurisdiccional emanado de los otros dos Poderes que no puede ocuparse de formar y fallar los procesos, sin perjuicio de que, en caso de impugnación se avoque aquél a su conocimiento.

4° La bi-instancialidad, o sea, para las partes, la posibilidad de impugnar la sentencia de primer grado, facilita la tarea de administrar justicia, pues no pocos juicios, se concluyen a nivel del primer peldaño, con lo cual se alcanza el inmediato la pacificación.

5° Para una organización judicial de tipo común, plagada de deficiencias y de carencias, una oportunidad más alta de recibir justicia seguirá siendo indispensable.

[Argumentos a favor de la inimpugnabilidad]

6° Sin embargo, se afirma que la impugnabilidad de las sentencias hace perder a los jueces el sentido de su responsabilidad, ante el conglomerado social a quien sirven, porque saben que sus opiniones jurídicas son en cierto modo deleznable, no constituyen la última palabra.

7° Como consecuencia de lo anterior relaja la dignidad de la función de administrar (servir) justicia.

8° La duplicidad de instancia alarga desmesuradamente la ventilación de los juicios con daño para la sociedad y persona de los colitigantes.

9° Por añadidura, si la justicia deja de ser pronta y expedita pierde sus virtudes esenciales de remediar a tiempo los conflictos y pacificar al conglomerado social.

10° La integración del tribunal superior por elementos de mayor experiencia y madurez de juicio que, además, actúan, en un plano de más serenidad, hace suponer una reducción en el número de los errores judiciales.

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

Por cuanto hace a la facultad del juez en materia probatoria en las llamadas "diligencias para mejor proveer", cuyo uso ha justificado sus errores y vicios de los jueces, su interpretación y utilización ha sido errónea como lo exponen los diversos autores en consulta, y nos permitimos verter algunas de las opiniones más destacadas por cuanto hace a la facultad del juez en materia probatoria y son :

ARELLANO GARCIA, CARLOS³⁷:

Si las partes no ofrecen ni rinden pruebas [o las ofrecen equivocadamente] el juez no puede ir más allá de lo pedido por las partes –ultra petita-, pues hacerlo equivale a violar el principio dispositivo que rige el proceso civil.

³⁷ ARELLANO GARCIA, *op. cit.*, pp. 93, 94, 95 y 227.

En el proceso civil el juez está sujeto, por otra parte, a la actividad de las partes de tal manera que no puede ir más allá de lo que éstas le piden o de lo que ellas demuestran: *net eat ultra petita*.

Basada en estos principios, la doctrina acepta que la prueba es una carga, en cuanto es una actividad optativa para las partes, pero que si no la desarrollan sufren las consecuencias de su inactividad procesal, que redundará en la improcedencia, bien sea de su acción, bien sea de su excepción opuesta.

Indiscutiblemente, el juez tiene que sujetarse en todos sus actos a la legislación adjetiva y si esta le fija los lineamientos que debe seguir tanto para admitir determinados medios de prueba, como para recibir o desahogar la probanza misma y para valorarla, su conocimiento y la conclusión que saque de las afirmaciones probadas por las partes, estarán sujetos a las que las mismas partes hayan afirmado y probado, pero a la luz de la legislación positiva.

[Por lo que] somos de la opinión de que el juez debe ser sumamente cauto en el empleo de las diligencias para mejor proveer pues, dada su imparcialidad, tales diligencias no deberán cubrir la deficiencia probatoria de alguna de las partes. Estimamos que, solo que haya una imposibilidad material para resolver producto de una profunda duda, debe decidirse el juzgador por las diligencias para mejor proveer.

BECERRA BAUTISTA, JOSE³⁸:

En el desarrollo de este trabajo hemos visto que la carga de la prueba incumbe a las partes ya que son ellas las que deben acreditar al juez los hechos constitutivos de la acción o los impeditivos o extintivos que hagan procedentes las excepciones respectivas. Un aforismo latino

³⁸ BECERRA BAUTEISTA, *op. cit.*, pp. 100, 101 y 102.

indicaba que cuando el actor no probaba, el reo debía ser absuelto *actore non probante, reus est absolvendus*, y este axioma se aplicaba también al reo en vista de que se consideraba que el reo es actor en cuanto se excepcionaba: *reus in excipiendo fit actor*.

El precepto contenido en el artículo 279 parece desconocer estas afirmaciones y admitir que el juez tiene facultades discrecionales para ordenar la práctica de pruebas, supliendo la deficiente actividad de cualquiera de las partes. Pero veamos su verdadero alcance,

Han existido tres puntos de vista contradictorios a este respecto:

Según el primero, la administración de justicia en los asuntos privados procede solamente a instancia de parte y en correlación a la misma, pues el poder judicial no tiene iniciativa. Por tanto, si por error, omisión u otra causa, alguna de las partes dejare de probar, el juez no puede corregir esos errores u omisiones.

En contrario, se afirma que el juez tiene facultades para decretar pruebas cuando su conciencia de juzgador lo obliga a investigar la verdad de los hechos por la deficiencia de las pruebas aportadas por cualquiera de las partes y como no podría resolver con esta duda de conciencia, puede decretar aquellas pruebas que estime necesarias.

Una tercera teoría intermedia ha establecido que si bien es cierto que las partes tienen a su cargo el ofrecimiento y rendición de pruebas, también lo es que los tribunales pueden ordenar la práctica de diligencias en aquellos casos en que la ley los faculte expresamente.

Aplicando estos criterios al artículo 279 encontramos que trata de inclinarse a la segunda teoría en cuanto deja al tribunal la práctica de cualquier diligencia probatoria, condicionándola a que el juez trate de no lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad. Sin embargo, dada la estructura del Código de Procedimientos Civiles es imposible

atribuir esa facultad al juez. En efecto, pueden suponerse dos hipótesis: que las partes no hayan ofrecido pruebas o que las hayan ofrecido.

Respecto del primer caso, anteriormente existía la facultad potestativa, incluso oficiosa de recabar pruebas testimoniales, documentales, confesionales, etc., e indicar su alcance como parecía decirlo el artículo 277 al establece que "el juez puede mandar recibir el pleito a prueba cuando él lo estime necesario"; pero, actualmente existe la obligación por parte del juzgador de recibir el pleito a prueba tal y como lo sostiene el mismo precepto, que a la letra refiere: "el juez mandara recibir el pleito a prueba en el caso de que los litigantes lo hayan solicitado, o de que él lo estime necesario".

Desde el punto de vista teórico, se considera no justificable el otorgamiento de esta facultad al juzgador, por que de acuerdo con la misma, sería convertirlo en parte; además porque con toda la equidad que quisiera obrar, estaría substituyéndose a la actividad de las partes, tratando de acreditar los hechos constitutivos de la acción o de los extintivos o impositivos de las excepciones respectivas.

En el segundo caso, o sea, cuando las partes hubieren ofrecido pruebas, pueden presentarse todavía dos hipótesis: que el juez estime necesarias pruebas distintas a las ofrecidas por las partes o que trate de ampliar cualquiera de las que ellas hubieran ofrecido.

En el primer supuesto, como ya fue explicado anteriormente desde el punto de vista teórico, se violaría el principio que obliga al juez a respetar la carga de la prueba porque se convertiría en parte diciendo que pruebas desearía que se adicionaran para mejorar la situación de cualquiera de las partes.

El segundo supuesto, sería la ampliación de pruebas ya rendidas. Si puede admitirse que el juez trate de ampliar las pruebas ofrecidas y rendidas por las partes, cuando las pruebas rendidas hayan dejado dudas sobre los hechos tratados de ser demostrados.

Dicha facultad es admisible porque las partes han desahogado la carga que tienen de rendir pruebas, pero si el juez tiene una duda que aclarar, debe hacerlo para aclarar esa duda; pero esto, una vez que hayan sido rendidas las pruebas.

La facultad que se ha concedido a los jueces para practicar diligencias "para mejor proveer" queda bajo este supuesto, porque se trata de ampliar aquellas diligencias de prueba, cuyos resultados pueden ser: aclarar el debate y permitir al juez formarse un juicio exacto de los hechos controvertidos.

Consecuencia de lo anterior es que el artículo 279 debe reducirse a su verdadero significado, en cuanto que los jueces tienen facultad de ampliar las diligencias probatorias una vez desahogadas, (hasta ese momento deben sujetarse de estricto a las leyes adjetivas vigentes y positivas), siempre que sean conducentes esas ampliaciones para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados y guardando para ambas partes absoluta igualdad y sin violar sus derechos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La redacción del artículo 1.259 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, en su primera parte, rompe con la equidad procesal de las partes en juicio.

SEGUNDA.- La irrecurribilidad del auto que admite pruebas, atenta contra la igualdad de los litigantes misma que debe guardar el juez en un procedimiento, y admitir pruebas que no son apegadas a derecho significa menoscabar las defensas de la parte que se ve afectada con tal resolución.

TERCERA.- La razón de lo anterior es por que el perjuicio que se le irroga a un litigante cuando se admite una prueba ilegalmente a su contrario, es inmediato, pues tendrá que soportar la recepción y desahogo de un elemento que puede ser contrario a la ley o a la moral, lo que no podrá ser reparado en la sentencia que se pronuncie en el juicio. Por lo que la instauración del recurso de apelación contra el auto que admite pruebas, es el mejor medio para subsanar el agravio inferido a la parte afectada.

CUARTA.- El establecimiento del recurso de apelación en efecto no suspensivo, es necesario, a pesar del criterio sustentado por la legislación en estudio, por que asegura la *bi-instancialidad*, o sea, la posibilidad de un segundo fallo sobre la misma cuestión.

QUINTA.- Cuando el juzgador admite pruebas, no apegadas a la legislación por la falibilidad que afecta a todos los seres humanos, dicha resoluciones debe ser impugnada.

SEXTA.- El establecimiento de un medio de impugnación, induce al juzgador a conducirse con la mayor dedicación y esmero, además este doble examen en caso de proceder, asegura una mayor confianza por parte de la sociedad.

SÉPTIMA.- Establecer una segunda instancia provoca la oportunidad al afectado de reestablecer su esfera de derechos jurídicos violados, además los jueces inferiores aseguran un más perfecto cumplimiento de las normas adjetivas y sustantivas.

OCTAVA.- El reexamen que hace el *ad quem* de lo aplicado por el *a quo*, conmina a éste último a resolver de la mejor forma los procesos que se ventilan ante él, y si esto le hace caer en irresponsabilidad, (el que sus resoluciones pueden ser objeto de revisión), entonces, sabemos que la *inidoneidad* estará presente y por tanto es menester deshacerse cuanto antes de esos elementos tan perjudiciales para la impartición de justicia. Aunado a lo anterior la segunda instancia asegura el reexamen de aquellos sujetos que no cumplen con sus responsabilidades.

NOVENA.- La *bi-instancialidad*, en ningún momento, disminuye la dignidad del *a quo*, sino que es un refuerzo, un aliciente el saber que sus resoluciones son emitidas con justicia, responsabilidad honestidad y sobre todo apegadas a derecho y que en su impugnación resultaran confirmadas estas características, haciendo mella con ello en el orgullo de los jueces, pues, sus resoluciones están emitidas sin errores, sin injusticias, sin mala fe y no pueden o no pudieron ser revocadas o modificadas por culpa suya. Y en caso de que se relaje su dignidad se tendrían por no son aptos para desempeñar tan importante labor y debieran ser destituidos.

DÉCIMA.- Entre los argumentos que hayamos en contra de lo que proponemos se encuentra "la duplicidad de instancia alarga desmesuradamente la ventilación de los juicios con daño para la sociedad y persona de los colitigantes", sin embargo, es de admitirse y plausible por ello que la legislación en análisis se establezca, la brevedad de los términos y plazos para actuar, y por ello creemos que un recurso de apelación no retrasa en perjuicio de las partes, el proceso.

DÉCIMA PRIMERA.- Para evitar las impugnaciones masivas, el apelante será condenado al pago de las costas para el caso de ser confirmada la resolución impugnada, sin excepción alguna.

DÉCIMA SEGUNDA.- Por cuanto hace a la facultad del juez en materia probatoria en las llamadas "diligencias para mejor proveer", es factible afirmar que ha sido errónea su interpretación como lo exponen los diversos autores en consulta, por que la facultad en materia probatoria de las "diligencias para mejor proveer", no exime a las partes de la carga de la prueba, ni la transmite al juzgador.

DÉCIMA TERCERA.- No se debe interpretar a las "diligencias para mejor proveer" como suplencia a las deficiencias en un ofrecimiento de pruebas, admitiendo éstas, por que carecería de sentido la existencia de las reglas generales sobre el ofrecimiento y admisión de pruebas que regulan la llamada carga de la prueba, lo cual resulta ilógico y por demás perjudicial para la impartición de justicia y por que rompe con la máxima "no se puede ser juez y parte en un mismo proceso".

DÉCIMA CUARTA.- El órgano jurisdiccional deberá utilizar tal facultad con acatamiento de las normas de la carga de la prueba. Por que compete a las partes la carga de alegar y probar los hechos cuyas omisiones y negligencias no pueden ser subsanadas por los integrantes del tribunal por ningún pretexto, ya que, la materia civil en especial es de estricto derecho y no opera por ello la suplencia de la queja. Además es deber del litigante acreditar los elementos de la acción que deduce o de la excepción que opone.

DÉCIMA QUINTA.- El juez no tiene facultades ilimitadas de admisión de pruebas pues, se le fijan reglas y requisitos para ello y si el oferente no las cumple debe el juzgador desecharlas, pero si no lo hiciere se hace necesario que las partes cuenten con medios de impugnación para hacerle ver al *a quo* su error, negligencia, injusticia, desacierto, impericia, etc. por que el juez está sujeto a la actividad de las partes, de tal manera, que no puede ir más allá de lo que éstas le piden o de lo que ellas demuestran.

DÉCIMA SEXTA.- La legislación adjetiva, le fija al órgano jurisdiccional los lineamientos a seguir para admitir los medios de prueba ofrecidos por las partes, pero, en caso de que el juez, voluntaria o involuntariamente, se aleje de esos lineamientos y admita medios probatorios, las partes deben tener a su alcance un medio de impugnación, a fin de subsanar esa violación procesal, la cual les irroga un agravio irreparable.

Por lo tanto la reforma al artículo 1.259 en su primera parte debe darse y quedar como sigue:

Artículo 1.259. "Contra el auto que admita pruebas ofrecidas; extemporáneamente, que sean contrarias a derecho o a la moral, que versen sobre hechos que no hayan sido controvertidos por las partes, o hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien, que no reúnan los requisitos establecidos por la ley, procede el recurso de apelación en efecto no suspensivo; ..."

BIBLIOGRAFÍA.

- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*. México, Madrid Tecnos, 1980, pp. 433.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Derecho Procesal Mexicano*. Tomo II, 1ª ed., México, Porrúa, 1977, p.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Teoría General del Proceso*. 7ª ed., México, Porrúa, 1998, pp. 470.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho Procesal Civil*. 5ª ed., México, Porrúa, 1998, pp. 662.
- BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*. 16ª ed., rev. y act., México, Porrúa, 1999, pp. 827
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho Procesal*. Vol. III y IV, 1ª ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Según el Nuevo Código*. Vol. I, 2ª ed., [trad. SENTIE MELENDO, Santiago], Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, pp. 421.
- CORTÉS FIGUEROA, Carlos. *Introducción a la Teoría General del Proceso*. 1ª ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1974, pp. 382.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1990, pp. 523.
- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. 24ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 525
- DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Instituciones de Derecho Civil*, 25ª ed., México, Porrúa, 2000, pp. 545.
- DOMÍNGUEZ DEL RÍO, Alfredo. *Compendio Teórico Práctico de Derecho procesal Civil*, 1ª ed., México, Porrúa, 1977, p. 473.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 44ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 443.
- GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. México, Oxford University Press, 2000, p. 337.
- OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*. 7ª ed., México, Harla, 1998, p. 431.
- OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*, 4ª ed., México, Oxford University Press, 1996, p. 351.

LEYES Y CÓDIGOS.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 3a ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2002.
- LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 3a ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2002.
- CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. 3a ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2002.
- CÓDIGO DE COMERCIO. 3a ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2002.
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 3a ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2002.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 3a ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2002.

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. México, Editorial Sista, 2002.

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO. México, Editorial Sista, 2002.

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO. México, Editorial Sista, 2002.