

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

REFORMA AL ARTÍCULO 313 DEL CÓDIGO ADJETIVO CIVIL DEL
DISTRITO FEDERAL, PARA LA PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN
EN CONTRA DE LA CALIFICACIÓN DEL PLIEGO DE POSICIONES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO
EN DERECHO PRESENTA:

RICARDO BENJAMÍN PÉREZ AGUADO

ASESOR:

MAESTRO CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y
SALVATIERRA

MÉXICO, D.F. NOVIEMBRE DEL 2009



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por acogerme como su hijo, hacerme un hombre de ciencia y dotarme de las herramientas para contribuir a seguir acuñando sus más de 450 años de grandeza. El amor que te profeso es como el que se siente por la progenitora que nos obsequia la vida.

A la Facultad de Derecho por demostrarme la noble labor del abogado y comprometerme a defender el interés ajeno en estricto apego a los principios que nuestra labor impone. Gracias por darme lecciones de vida, y aprender de los mejores juristas del país y del mundo en muchos casos.

A mi asesor de tesis, Maestro Carlos Barragán Salvatierra, por su paciencia en el presente trabajo, sus consejos y contribución para el mismo; aún más gracias por su noble labor en la formación de abogados y abogadas que contribuyan a combatir las causas estructurales que afectan a nuestro país; desde las aulas se preparan a los combatientes, que con el pensamiento por fusil libren la batalla encarnizada que afecta nuestra sociedad.

Al Seminario de Derecho Procesal y su Titular Licenciada Margarita María Guerra y Tejada; así como a la Licenciada Miriam Chávez por sus consejos y desinteresada colaboración, sin la cuál el objetivo de este trabajo no se hubiera conseguido, mi infinito y profundo agradecimiento.

A mi Madre por ser la gran arquitecta de este proyecto que llamo vida, por nunca dejar de ser mi guía, mi mano dura que a la vez es la que reconforta, por demostrarme que las personas de bien jamás renuncian a sus buenos sentimientos; pero sobre todo por confiar en mí, gracias CHICHA.

A mi padre por ser figura incólume en mi vida que jamás falto a sus obligaciones, por nunca dejar de confiar en mí, por saber enseñarme que las cosas que más valoramos son las que mas trabajo nos cuesta lograr, pues sólo el trabajo nos ofrece la recompensa a nuestro esfuerzo. Sobre todo gracias por poder enmendar el camino y poder tomar tu mano y saber que eres mi amigo, tal vez nunca te lo he dicho pero siempre te he admirado.

A mi hermana por ser confidente, cómplice y consejera en toda mi vida, por darme aliento, confort y hasta alzar la voz en momentos malos; por compartir inocencia y ver crecer la vida tomados de la mano. Nunca dejes de soñar y vuelve a tu esencia a lo básico de ti que sabes que eso es mucho, vale más y nunca se acabará, gracias manis.

A Harumy por iluminar mi vida desde tu llegada, por hacerme aprender en los momentos más complicados, y por que la sangre es como el agua que siempre vuelve a su cause; se que cuando leas esto te sentirás muy orgullosa y que llegarás tan lejos como tu grandeza te guíe, y eso mismo es certeza de que tu meta esta asegurada.

A mi yuyo por sus consejos y tantos momentos buenos que me diste en vida, por enseñarme a trabajar para dignificarse como persona, por tu sencillez y humildad que fueron los grandes lujos de tu vida. Se que este paso en mi vida te daría mucho orgullo y en gran medida es por ti, lo dedico a tu memoria que se alimenta de mi día a día y de mi corazón... no te has ido.

A Dave por ser parte fundamental de una de las mejores épocas de la familia, porque eres cómplice de la renovada unión y felicidad de este grupo de personas que te reconocen como uno de los suyos. Gracias por tu sencillez, tu sinceridad y tu grandeza como ser humano, con humildad te entrego mi eterno respeto y admiración.

A Paola por todo tu apoyo, por compartir este pedacito de vida, sueños anhelos e ilusiones y por inspirar muchos momentos durante este trabajo, en verdad gracias costillita.

A mis amigos que me han acompañado a lo largo de mi vida, algunos aparecieron más temprano en mi vida, otros de manera más reciente; sin embargo a todos ellos gracias por tantas alegrías, por no claudicar en los momentos más adversos, por compartir pasiones, gustos, vivencias y por darle cuerpo a mis memorias y robarme una sonrisa. Gracias Alberto; Alfonso, Daniel, Diego, Gaspar, Gustavo, Iván, Javier, Jesús, Jorge, Miguel, Mata, Oscar, Oswaldo, Pablo, Roberto; y en general, todos aquellos que en este momento por un golpe de traición de la memoria omite mencionar, pero que sin embargo están presentes en mis vivencia más apreciadas.

A la familia Luna, Caro, Rita; un profundo agradecimiento por el apoyo y confianza depositados en mí a lo largo de tantos años y permitirme el privilegio de coincidir en esta vida.

A los grandes abogados que me forjaron en el ámbito profesional Licenciado José Luís Espinosa Canales, Licenciado Pedro Martínez Menendez, Licenciado Francisco Javier Talavera Cuevas; Licenciada Carolina Sánchez Almaraz, Licenciado Antonio Vallejo Anguiano, Licenciado Oswaldo Saucedo López, Licenciado Raúl Rodríguez Piña; gracias por compartir su conocimiento y experiencias de vida.

A todos los familiares que han permanecido a mi lado y me han demostrado su afecto y que de una u otra forma hasta hoy me han apoyado.

INDICE

REFORMA AL ARTÍCULO 313 DEL CÓDIGO ADJETIVO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, PARA LA PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN EN CONTRA DE LA CALIFICACIÓN DEL PLIEGO DE POSICIONES.

INTRODUCCIÓN	I
--------------	---

CAPÍTULO 1. LA PRUEBA

1.1 Concepto de Prueba en general.	1
1.2 Naturaleza Jurídica de la Prueba	9
1.3 Medio de Prueba	16
1.4 Órgano de Prueba	21
1.5 Objeto de la Prueba	23
1.6 Valoración de la Prueba	26
1.7 La carga de la Prueba	30

CAPÍTULO 2. LA PRUEBA CONFESIONAL

2.1 Marco Conceptual	37
2.1.1 Confesional	37
2.1.2 Posiciones	44
2.1.3 Pliego de posiciones	48
2.2 Evolución histórica universal	51
2.2.1 Roma	51
2.2.2 Francia	53
2.2.3 España	55
2.2.4 Italia	56
2.3 Evolución histórica en México	59
2.3.1 Antecedentes al Código de 1932	59
2.3.2 Código de 1932	62

2.3.3 Opinión doctrinal	66
-------------------------	----

CAPÍTULO 3. LA PRUEBA CONFESIONAL EN EL PROCESO CIVIL

3.1 La prueba confesional en particular	70
3.2 Etapa de ofrecimiento	76
3.3 Importancia de la prueba confesional en el juicio	78
3.4 Preparación de la prueba confesional	85
3.5 Forma de desahogo	88
3.5.1 Formulación de posiciones	88
3.5.2 Exhibición del pliego de posiciones	92
3.5.3 Formalidades	94
3.5.4 Articulante	95
3.5.5 Absolvente	97
3.5.6 Calificación del pliego de posiciones	100
3.6 Distintos supuestos dentro de la audiencia	101
3.6.1 Comparecencia de ambas partes	102
3.6.2 Comparecencia sólo del articulante	106
3.6.3 Comparecencia sólo del absolvente	110
3.6.4 Incomparecencia de ambas partes	111

CAPÍTULO 4. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

4.1 Concepto de medio de impugnación	115
4.2 Concepto de recurso	122
4.3 Diferencia entre medio de impugnación y recurso	127
4.4 Clasificación de los recursos	129
4.5 Análisis del Recurso de Apelación	130
4.5.1 Procedencia del recurso de apelación	134
4.5.2 Regulación en el Código de Procedimientos Civiles del Federal.	Distrito 140

4.5.3 Propuesta de procedencia de la apelación en contra de la calificación del pliego de posiciones	147
ANEXO. CASO PRÁCTICO	154
CONCLUSIONES	172
BIBLIOGRAFÍA	178

INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo pretendemos a través de un método científico demostrar la necesidad de que el recurso de apelación proceda en contra de la calificación de las posiciones formuladas por el oferente de la prueba de confesión, para lo cual comenzaremos por los caminos de la prueba en general, escudriñando su naturaleza jurídica, delimitándolo a entender qué es una prueba, qué se entiende a su vez por medio de prueba y cuáles son; se analizará lo relativo al órgano de prueba y quiénes pueden asumir esa calidad; se detallará la actividad que deben desplegar los contendientes en materia de pruebas. Se prestará singular atención al objeto de la prueba, a su valoración y lo relativo a la carga probatoria.

Con estos antecedentes nos encontraremos listos para analizar lo relativo a la prueba de confesión en particular, primeramente en un aspecto general analizando su conceptualización gramatical, doctrinal y legal, no sólo de la prueba sino también de algunos elementos esenciales, como confesión, posiciones, pliego de posiciones entre otros; contemplaremos su evolución histórica, la forma en que fue adoptada en nuestra legislación y su evolución en el sistema jurídico interno.

En este punto estaremos listos para ahondar en la prueba confesional dentro del proceso civil dentro de la legislación vigente en el Distrito Federal, puntualizando su importancia dentro del juicio, se verá la etapa del proceso en la que debe de ofrecerse; los requerimientos legales para la preparación del medio de convicción; se analizará la forma de desahogo, dentro de lo que se explicará la formulación de posiciones y su relación con el pliego de posiciones, las formalidades que reviste la prueba y sobre manera las figuras de articulante y absolvente. En esta tesitura se verán los distintos supuestos que se presenta en el desahogo de la prueba y las repercusiones de cada caso al oferente y absolvente según sea el caso.

Posteriormente se estudiara a los medios de impugnación así como sus especies, recibiendo especial atención el recurso, se determinara su género

próximo y su diferencia específica. Se procederá a adentrarnos a lo relativo al recurso de apelación y al agravio, se observará su procedencia vinculada a la necesidad de la recurribilidad de la calificación de las posiciones efectuadas por el juez.

Todos los elementos teóricos, serán reforzados con un caso práctico en el que se evidencia la repercusión que puede ocurrir por una mala calificación de las posiciones, perjudicando al oferente de la prueba pues no puede acreditar sus afirmaciones de forma adecuada por quedar casi sin efectos la prueba intentada.

Este trabajo de investigación considera que en las condiciones en que se encuentra la legislación actual, de la que se puede ver que lo que se persigue con la substanciación de un juicio es la indagación de la verdad respecto de un interés controvertido; es así que nuestro sistema probatorio es mixto, pues si bien es cierto se regulan determinados medios de convicción en el texto legal, también lo es que se deja abierta la posibilidad de hacer llegar al a quo cualquier instrumento, persona u objeto en general, que genere convicción en el ánimo del juzgador respecto de qué versión de las sometidas a su consideración es la apegada a la verdad. Se puede advertir que el hecho de negar la procedencia del recurso de apelación contra la calificación de las posiciones efectuada por el juez, contraviene esta tendencia de libertad en lo referente a las pruebas; pues se niega la posibilidad de que se purgue de errores una decisión que impacta en el fondo del asunto, pues la confesión por el simple hecho de ser un medio de prueba, forma parte importante del proceso, acarreando dicha relevancia el riesgo de trascender en la decisión respecto a la materia de la litis.

La procedencia de la apelación en contra de la calificación identificada permite someter al examen de un órgano colegiado la decisión unilateral tomada por el a quo la cual puede estar sometida a error por distinta causas, tal y como ocurre en otras resoluciones dictadas dentro del proceso, las cuales también se pueden combatir sin mayor dificultad pues al volver a analizar un punto en específico se esta garantizando que la impartición de justicia se encuentre menos expuesta a un error.

El trámite de apelación somete al examen de tres magistrados la decisión del Juez, los cuales llegan por consenso o mayoría de votos a una determinación perfeccionada, que en determinado momento confirme o modifique la determinación, con lo cual se elimina la zozobra en la labor del juez eliminando su discrecionalidad al desarrollar este acto.

Procederemos pues a desarrollar nuestra investigación en lo términos planteados, para poder concatenar los elementos teóricos al caso práctico incluido, y formular así nuestras conclusiones respecto del tema.

REFORMA AL ARTÍCULO 313 DEL CÓDIGO ADJETIVO DEL DISTRITO FEDERAL, PARA LA PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN EN CONTRA DE LA CALIFICACIÓN DEL PLIEGO DE POSICIONES.

CAPÍTULO 1

LA PRUEBA

1.1 Concepto de Prueba en general.

Previo al análisis del concepto jurídico de la prueba, debemos tomar en cuenta la acepción amplia de dicho término; ya que como se verá la definición que se aborda en los diccionarios de la lengua española, contempla los elementos esenciales para obtener el concepto que para nuestro estudio sea el ideal.

Comencemos así pues con la Real Academia de la Lengua Española, que brinda el siguiente concepto por lo que a prueba se refiere:

“Acción y efecto de probar. // Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar o hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. // Indicio, seña o muestra que se da de una cosa. // Ensayo o experiencia que se hace de una cosa. // Justificación que de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley. // La que se obtiene de los indicios más o menos vehementes relacionados con un hecho generalmente criminal que se pretende esclarecer.”¹

Maria Moliner, en su *Diccionario de Uso del Español* aporta el siguiente concepto: “Acción de probar (demostrar). // Demostración. // Cosa con que se

¹ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª ed.; Espasa Calpe; España,; 2001; p. 1116.

prueba o se intenta probar algo: “aquí están las pruebas de lo que digo”. // Acción de probar una cosa para ver como sabe, como se comporta en cierto caso etc.”²

Como se aprecia, el sentido gramatical de la palabra esta lejos de los fines pretendidos para nuestro estudio, pues como se verá la prueba en el ámbito jurídico va más allá de un indicio; aunque por el momento, por genérico que sea los conceptos apuntados sirven para comenzar a dar forma al concepto.

La palabra prueba –dice Vicente y Caravantes- trae su etimología, según unos del adverbio *probe*, que significa honradamente, por consideración que obra con honradez el que prueba lo que pretende; o, según otros, de la palabra *probandum*, que significa recomendar, probar, experimentar, patentizar, hacer fe, según expresan varias leyes del derecho romano.

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

En un análisis estrictamente jurídico, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de Nuestra Máxima Casa de Estudios, aporta el siguiente concepto.

“PRUEBA. I Del latín *probo*, bueno, honesto; y *probandum*, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

II En sentido estricto, la prueba, es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la

² Moliner, María. *Diccionario de uso del español*. Tomo H-Z; Gredos; Madrid, 2000; p. 1125.

³ De Pina Rafael/ José Castillo Larrañaga, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 28ª ed., Porrúa, México, 2005; p. 264.

prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.

Por último, por extensión también se suele denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho, así se habla de la prueba confesional, de la prueba testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etc.”⁴

Guillermo Cabanellas en su *Diccionario de Derecho Usual* define: “PRUEBA.- Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. // Cabal refutación de una falsedad. // Comprobación. // Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver lo dudoso o discutido. // Razón, argumento, declaración, documento y otro medio para patentizar la verdad o falsedad de algo. // Indicio, muestra, señal. // Ensayo, experimento, experiencia. // Pequeña porción de un producto comestible que se gusta o examina para determinar si agrada, si es bueno o malo, o de una u otra clase.”⁵

En su *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Víctor de Santo define a la prueba de la siguiente manera.

“PRUEBA- En derecho, el conjunto de actuaciones que dentro de un juicio cualquiera que sea su índole, se dirigen a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones. Probar equivale a justificar, confirmar o verificar ante otro sujeto la exactitud de un hecho. En la órbita procesal aparece esta característica: cuando un litigante trata de probar no lo hace con el objeto de convencer a su contradictor

⁴ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II J-Z, Porrúa-UNAM, México, 2007; pp. 2632 y 2633.

⁵ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo V P-R; 21ª ed., Heliasta, Buenos Aires, 1989; p. 497.

de la inexactitud de sus dichos, o de la veracidad de los propios, ni menos aun a modo de autopueba, como sucede cuando un científico investiga las causas de un hecho. Destinatario de la prueba judicial es el juez de la causa, quien opera de tal modo a manera de sujeto pasivo de la misma. Probar por ende, es la actividad desarrollada por las partes a fin de lograr la convicción del juez respecto de los hechos controvertidos. // Comprobación.// Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. // Razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo. // Indicio muestra señal.”⁶

Por su parte Eduardo Pallares la conceptualiza: “PRUEBA. (Naturaleza de la prueba) probar es producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. También puede decirse que probar es evidenciar algo, esto es, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales. Aunque los términos probar y demostrar son sinónimos, con más frecuencia se utiliza la palabra demostrar para referirse a la actividad que tiene como término la falsedad o verdad de una proposición. La prueba de los hechos concierne principalmente a las ciencias experimentales, mientras que la demostración predomina en las ciencias deductivas y en la filosofía.

Casi todo el acervo de las verdades matemáticas, se obtienen mediante la deducción.”⁷

De las definiciones vertidas anteriormente, se observa de su interpretación armónica, que todas tienen un elemento en común, la demostración. En sentido amplio la prueba es el nexo entre un suceso; llámese afirmación, hecho, o acto; y su veracidad o falsedad. Esto en un nivel de conceptualización genérico, y se observa que al vincularlo con la materia procesal, la acreditación de la falsedad o

⁶ De Santo, Víctor. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*; 2ª ed., Universidad, Buenos Aires, 1999; pp. 7934 y 794.

⁷ Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 28ª ed., Porrúa, México 2005; pp 661 y 662.

veracidad de un suceso, desde nuestro punto de vista; es lo que generará la convicción en el juzgador para resolver la cuestión discutida ante él.

Es de resaltarse que los conceptos anteriores en un momento llegan a tratar en un mismo plano a la prueba como tal, a los sujetos que intervienen en la misma y las actividades que desarrollan con motivo de la propia prueba. Por ello nuestra postura gira en el sentido de distinguir la prueba como elemento central y concepto independiente de los sujetos de la prueba y la actividad probatoria. Por ser más claros, en el caso de la confesión por comparecencia ante la presencia judicial, el elemento central de la prueba lo constituye las respuestas dadas por el absolvente, pues es lo que en determinado momento puede generar la convicción en el juzgador y no las partes por sí mismas o su conducta al momento de ofrecer la prueba.

En estas condiciones, se puede analizar la perspectiva desde el ámbito procesal, para lo cual se estudian las posturas de distintos tratadistas.

Víctor de Santo al estudiar el concepto de prueba, considera que el término como tal, estima necesario dividir en tres significados a conocer; son el procedimiento, el medio y el resultado.

Al hablar de la prueba como procedimiento indica, “Desde un primer punto de vista, en efecto, denota la peculiar actividad que se despliega durante el desarrollo de la causa por obra de los justiciables y el órgano jurisdiccional y cuya finalidad es producir en el ánimo del juzgador una certeza, no lógica o matemática, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados... se habla, entonces, de prueba como procedimiento, durante la prueba, durante el periodo probatorio.”

La prueba como medio, es “...el conjunto de modos u operaciones (medios de prueba, v.gr., declaración de testigos, dictamen pericial, etc.) del que se

extraen, por conducto de la fuente que proporcionan (v. gr., el hecho declarado por la parte) las razones generadoras de la convicción judicial (argumentos de prueba).”

La prueba como resultado, anota: “la prueba, por último, significa el hecho mismo de la convicción judicial, es decir, el resultado de aquella actividad (se dice que algo está probado cuando ha quedado suficientemente demostrado como cierto).”

Ya que éste autor ha explicado los tres aspectos, que desde su perspectiva, deben considerarse al hablar de prueba, propone como concepto de prueba el siguiente:

“...la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones”.⁸

Muy atinado resulta el concepto aportado por este autor, pues con su planteamiento permite adentrarse a un concepto más claro de la prueba, ya que se observa el vehículo, el camino y resultado por el que se respaldarán los puntos que expongan los litigantes; sin embargo consideramos que al incluirlo en el concepto de prueba se confunden otros conceptos como medios de prueba y actividad probatoria.

Para ser más específicos en la diferenciación de la prueba por sí misma y la actividad probatoria, se apunta la opinión de Devis Echandia, quien define los actos procesales probatorios de la siguiente manera:

“Debe entenderse aquellos que se ejecutan para la petición, presentación admisión o decreto, y práctica de los medios probatorios que se utilizan en el proceso, con el fin de llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos que debe

⁸ De Santo, Víctor. *La Prueba Judicial teoría y Práctica*, Universidad, Buenos Aires, 1992. p.29.

tener en cuenta para sus decisiones... algunos de tales actos son privativos del juez, como los de admisión y decreto de pruebas; otros son exclusivos de las partes y los intervinientes, como los de petición o aducción de las pruebas, los hay en los cuales concurren el juez y las partes o esos terceros, como los de práctica de las pruebas cuando aquél y éstos intervienen; por último, en algunos concurren el juez y terceros ajenos al proceso como traductores, intérpretes, peritos y testigos...existen algunos actos que pueden servir como medios de prueba en el proceso, pero que no son procesales; se trata de los documentos, sean públicos o privados, elaborados fuera del proceso, pero que más tarde son aducidos por las partes o llevados por orden del juez al proceso.”⁹

Como vemos la prueba y la actividad probatoria si guardan una estrecha relación, sin que esto implique que tengan que confundirse en algún punto; pues la actividad probatoria son toda empresa desplegadas por las partes, terceros y el juzgador en la materialización de la prueba.

Ascencio Romero Ángel, al referirse al concepto de prueba, distingue la prueba en concepto amplio, de la prueba desde el punto de vista procesal; ya que considera que “Entendemos por prueba la demostración de la certeza de un hecho. En materia de derecho procesal, podemos decir que probar es demostrar en juicio la certeza de un hecho afirmado por alguna de las partes en litigio”¹⁰

Giuseppe Chiovenda define; “Probar significa convencer al juez de la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso”.¹¹

Consideramos insuficiente el concepto de estos dos últimos autores pues se refiere más a la acción derivada de la prueba, y que es el acreditar los puntos sobre los que versa la litis. Un tratadista se ocupa de hablar no sólo de los

⁹ Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso, aplicable a toda clase de procesos*; 3ª ed., Universidad, Buenos Aires, 1997. p 415.

¹⁰ Ascencio Romero, Ángel. *Teoría General del Proceso*; 3ª ed., Sagitario, México 2003. p. 132.

¹¹ Chiovenda, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Pedagógica Iberoamericana, Traducción y Compilación de Enrique Figueroa Alonso, México 1994; p.4.

conceptos de probar y prueba, sino que añade un tercero al hablar de motivo de prueba, se trata de José Vizcarra Dávalos y sostiene:

“Probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significación corriente expresa una operación mental de comparación... también probar es la actividad realizada en el proceso tendiente a demostrar la certeza o falsedad, existencia o inexistencia de los hechos controvertidos... Sin embargo estas definiciones son incompletas, probar es la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende. Prueba es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla; también se puede decir que son los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o recogidos por el juez, en el curso de la instrucción... es aquello en lo que el juzgador encuentra motivos para su convicción. Motivo de prueba, son las razones que producen, mediata o inmediatamente la convicción del juez... los motivos no son sin embargo, simplemente razones, sino también las circunstancias que pueden resultar de la materia o elementos de prueba y que fundan la convicción judicial.”

12

Para nosotros la prueba es aquel elemento material o inmaterial, propuesto por las partes y que genera en el juzgador el esclarecimiento respecto de los puntos controvertidos.

Esto es así pues consideramos que si un medio de prueba no consigue el generar convicción en el a quo, no puede ser tomado como prueba pues en términos simples, no probó nada por lo cual no deberá ser estimado como tal; recordemos que las partes en el desarrollo del proceso proponen al juez los elementos que consideran les garantizará el ser favorecidos al resolver la controversia; sin embargo dichos elementos no son tomados en cuenta sino hasta

¹² Vizcarra Dávalos, José; *Teoría General del Proceso*, 5ª ed., Porrúa, México 2002, pp 202 y 203.

el final del proceso con el dictado de sentencia y si en este punto no consiguen acreditar el dicho de quien los ofrece, no estarán alcanzando la calidad de prueba.

1.2 Naturaleza Jurídica de la Prueba

En tratándose de la naturaleza jurídica de la prueba, debe tenerse en cuenta que su efecto es generar convicción ante determinado suceso, o en otras palabras es el cuerpo de verdad que sostiene la postura o afirmación ante determinado hecho. Por ello en primer lugar tomaremos en cuenta la función de la prueba que es allegar de certeza ante un hecho incierto al juzgador.

No referiremos pues al concepto de probar tomando en cuenta la opinión de Ascencio Romero quien sostiene “Probar es producir un estado de certidumbre en la mente del juzgador respecto de la existencia o no de un determinado hecho, o de la verdad o falsedad de una afirmación. También se puede afirmar que probar es evidenciar algo, o sea, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales... algunos jurisconsultos han entendido la acción de probar como la actividad mental, que partiendo de un hecho o verdad conocidos, nos permitimos conocer otro que era desconocido.”¹³

Se ha acogido este concepto pues es sucinto e integral, pues se refiere a la intencionalidad de generar convicción no sólo respecto de la veracidad de un hecho o acto, sino también en el caso que se redarguya de falso; proporcionando sustento a la posición asumida por alguno de los contendientes.

Se ha puesto a consideración que la prueba tiene como el último de sus fines robustecer de certeza las afirmaciones de las partes ante un hecho controvertido pero, ¿De qué forma se presenta la prueba a los ojos del juez para generar esa convicción?.

¹³ Ascencio Romero Ángel, Op Cit, pp 133 y 134.

Una de las respuestas a estas interrogantes la proporciona Manuel Mateos Alarcón, quien considera que la prueba puede contemplarse desde dos aristas:

“1) Directa. La que se aplica precisamente al hecho mismo que es objeto de la contienda, y que tiene por fin demostrarlo de una manera inmediata y formal. Tienen el carácter de pruebas directas: la confesión, los documentos públicos y privados, las declaraciones de los testigos, las de los peritos y la inspección judicial.

2) Indirecta. La que tiende a demostrar, por medio de inducciones sacadas de hechos conocidos, que por su relación más o menos íntima con el hecho objeto de la contienda, pueden conducir a la demostración de la verdad. Tales son las presunciones llamadas en derecho humano, y cuya apreciación deja la ley al sano criterio del juez.”¹⁴

Diferimos en cuanto a la postura del autor pues en la forma planteada en específico en el segundo apartado, se confunde la función lógica y natural a desplegar por el juzgador con la consecuencia que pueda acarrear el aporte de pruebas y su desahogo. Si bien es cierto que en distintas legislaciones, como en la nuestra, se presenta la presunción como un medio de prueba; consideramos que esta de sobra resaltarla de tal manera pues dentro de la lógica procesal el juzgador deberá emplear la racionalización de los extremos de las pretensiones de las partes, con el sustento que hayan dado a las mismas; para lo cual deberá recurrir a su leal saber y entender para determinar si alguno de los contendientes logró acreditar su dicho.

¹⁴ Mateos Alarcón, Manuel. *Estudios Sobre las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal*, Cárdenas Editor y Distribuidor; México, 1971, p. 26.

Dado lo anterior se sigue el pensamiento de Ascencio Romero el cual aporta un análisis completo de la forma en que las pruebas llegan a generar la certeza de a quo ante un punto controvertido.

“a) *Pruebas directas o inmediatas*. Las pruebas directas producen el conocimiento del hecho que se trata de probar sin ningún intermediario sino de un modo inmediato y por sí mismas. Tal acontece, aunque no siempre, con la inspección judicial, examen médico de un discapacitado, etcétera.

b) *Pruebas indirectas o mediatas*. Aquí sucede lo contrario, en la mayoría de los medios de prueba: testigo, documentos, peritos, etc., la información es proporcionada al juzgador de manera indirecta. Las pruebas indirectas pueden ser de primer grado o de grados ulteriores, según que entre el medio de prueba y el hecho por probar, exista un solo eslabón o varios eslabones.

c) *Pruebas reales y personales*. Las pruebas reales las suministran las cosas; las personales, en cambio, las suministran las personas por medio de sus actividades, tales como la confesión, las declaraciones de los testigos y los dictámenes periciales. Sin embargo un individuo puede ser considerado como objeto de la prueba misma y en ese caso se obtendrá de él una prueba real, tal es el caso de las inspecciones médicas para determinar su estado mental, o en caso de lesionados.

d) *Pruebas originales y derivadas*. La clasificación de pruebas en originales y derivadas, se refiere a los documentos; bien puede ser que se trate de documentos en que se hagan constar los actos jurídicos que haya que probar, o de copias, testimonios o reproducciones del mismo....

e) *Pruebas preconstituidas y por constituir*. Las preconstituidas tienen existencia jurídica antes del litigio, ya que se trata de las aportadas por el actor al presentar su demanda.... las pruebas por constituir son las que se elaboran durante el juicio, es decir, aquellas que se ofrecen y se desahogan durante la instrucción, tales como la confesional, la testimonial, la pericial, etcétera.

f) *Pruebas nominadas e innominadas*. Las pruebas nominadas son las que están previstas y autorizadas por la ley, la misma ley determina la forma o

manera como han de ofrecerse y desahogarse; son las enumeradas por los códigos procesales, por lo que también reciben el nombre de pruebas legales. Las pruebas innominadas son las llamadas pruebas libres, cuya aceptación queda en manos del prudente arbitrio del juez precisamente por no estar reglamentadas. Esta clasificación está basada en los sistemas de valoración de la prueba aceptados doctrinariamente: el de la prueba libre y el de la prueba tasada. En la primera, el juez está facultado para admitir toda clase de pruebas, según los dictados de su conciencia; en el segundo sistema, en cambio, el juez sólo puede tomar en cuenta las que le autoriza la ley.

g) *Pruebas históricas y críticas*. Según Carnelutti, las históricas reproducen de algún modo el hecho que se trata de probar, mientras que en las críticas sólo se llega al conocimiento de ese hecho, mediante inducciones e inferencias. Son ejemplo de pruebas históricas los testigos, los documentos, las fotografías, el video, etcétera. Son ejemplo de pruebas críticas las presunciones y la pericial.

h) *Pruebas pertinentes e impertinentes*. Pertinentes son las que tienden a probar los hechos controvertidos, mientras que las impertinentes no tienen relación alguna con ellos.

i) *Pruebas idóneas e ineficaces*. Las idóneas producen certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho controvertido, mientras que las ineficaces dejan la duda sobre tales cuestiones.

j) *Pruebas útiles e inútiles*. Son pruebas útiles, las que al igual que las pruebas idóneas, sirven para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos pues en ellos centran su atención; las pruebas inútiles son las que nada aportan para esclarecer tales hechos o que se refieren a hechos que previamente han sido admitidos por las partes.

k) *Pruebas concurrentes o singulares*. Las pruebas concurrentes son las que sólo tienen eficacia probatoria cuando están asociadas con otras pruebas, por ejemplo, la prueba de presunciones, las pruebas singulares, por el contrario, pueden producir convicción aun en forma aislada: confesión judicial, inspección judicial, documentos públicos, etcétera.

l) *Pruebas morales e inmorales*. Las pruebas morales son las que en su ofrecimiento y desahogo se ajustan a los usos, costumbres y normas de convivencia impuestas por la sociedad, las pruebas inmorales son aquellas que constituyendo hechos contrarios a la moral, se llevan a cabo para atentar contra la moral social, tales como ofender a la parte contraria, producir expectación morbosa, escandalizar en el acto procesal.”¹⁵

Es menester hacer una crítica en este último inciso, pues en nuestra legislación no tienen cabida las pruebas que sean contrarias a la moral o las buenas costumbres, motivo por el cual resulta ocioso en estas condiciones diferenciar las morales de las inmorales, pues las primeras para ser consideradas como prueba deberán de carecer de las características de las segundas.

Queda claro entonces que las partes tienen como deber y como necesidad el probar sus afirmaciones, ya que el juez es ajeno a la controversia y si se acude a él es para que su sano juicio dirima el desencuentro, para lo cual no tiene más herramienta que la verdad la cual debe ser descubierta por los medios de prueba idóneos.

Robustece lo anterior lo expresado por José Becerra Bautista y explica; “Planteada la controversia el juez, que es un extraño a ella, se encuentra en presencia de afirmaciones contrarias o contradictorias pues lo afirmado por el actor puede ser contradicho u objetado por el demandado, de ahí la necesidad que tienen las partes de demostrar sus respectivas afirmaciones.”¹⁶

Una perspectiva interesante es planteada en sus respectivas obras por Chiovenda y Carlos Lessona, pues toman a la prueba en materia procesal y salen del ámbito jurídico para contrastarla en el campo científico. Es así que en primer término Giuseppe Chiovenda explica; “Por sí, la prueba de la verdad de los

¹⁵ Asencio Romero Ángel, Op Cit, pp 135 a 138.

¹⁶ Becerra Bautista, José; Becerra de Angoitia, Teresa de la Luz, *La Teoría General del Proceso aplicada al proceso civil del Distrito Federal*, Porrúa, México 1993, p. 67.

hechos no conoce límites; pero la prueba en el proceso, a diferencia de la prueba puramente lógica o científica, experimenta una primera limitación por la necesidad social de que el proceso tenga un término; una vez que la sentencia es firme, la investigación sobre los hechos de la causa queda definitivamente cerrada, y desde ese momento el derecho no vuelve a ocuparse de si los hechos estimados por el juez corresponden o no a la realidad de las cosas. Queda entonces las sentencias como afirmación de la voluntad del Estado, sin que en nada pueda afectar ya a su valor el elemento lógico de que es resultado.¹⁷

Por su parte Carlos Lessona expresa; “La ciencia del derecho, dejando a la psicología el estudio de los órganos del conocimiento humano y a la lógica el de los procesos intelectuales íntimos, con los cuales el hombre ejercita dichos órganos cognoscitivos para llegar a dicho conocimiento, se limita a reconocer la existencia de una necesidad práctica, a saber, que en las controversias civiles es menester probar los hechos alegados ante el Juez. Probar, en este sentido, significa hacer conocidos para el Juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser.”¹⁸

Sobre el particular, las características de la prueba jurídica hacen diferencia específica respecto de otras ramas del saber, es el caso de la definitividad, la que encuentra sustento en efectos pragmáticos y lógicos. Uno de los principios dentro del ámbito procesal es el de definitividad, pues ningún sentido tiene el poner en marcha la maquinaria procesal si no se busca una solución definitiva ante un conflicto sometido a consideración del juzgador. Aunado a lo anterior la prueba jurídica sostiene la postura de las partes, las cuales son expuestas en determinada etapa procesal, la cual por regla general no puede repetirse o practicarse dentro del término legal.

¹⁷ Chiovenda Giuseppe, Op. Cit., pp. 441 y 442.

¹⁸ Lessona, Carlos, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil o Exposición Comparado de los Principios de LA Prueba en Materia Civil y de sus Diversas Aplicaciones en Italia, Francia y Alemania*, Tomo I, 4ª ed., Reus, Madrid, Traducido y anotado con arreglo a la legislación y Jurisprudencia española por Enrique Aguilera de Paz, Instituto Madrid, 1957. p. 3.

Para Armienta Calderón la naturaleza jurídica de la prueba se explica de la siguiente manera: “En materia procesal, la prueba es el instrumento mediante el cual se demuestra la existencia y se verifican los hechos que habrá de conocer el órgano jurisdiccional para estar en aptitud de deducir el derecho surgido de los mismos, al momento de emitir una resolución; así, la prueba en el proceso es un método jurídico de verificación de las propiedades formuladas por las partes. Ésta es comúnmente suministrada por las partes, salvo algunas excepciones en que se impulsa a iniciativa del propio órgano jurisdiccional, como sucedía en materia penal en el extinto sistema inquisitorio; o bien, en la actualidad, en los casos de las llamadas *pruebas para mejor proveer*.”¹⁹

Se aprecia que la juridicidad de la prueba radica en la demostración jurídica de un hecho controvertido; dicha demostración debe generar convicción en el juez, para que éste se encuentre posibilitado para resolver una controversia plantada ante él. Desde nuestro punto de vista, la prueba jurídica se encuentra inmersa en el campo genérico de la prueba, pero por los fines que persigue se distingue de todas las demás acepciones, sobre manera al hablar de una verdad legal, la cual durante el proceso al alcanzar la calidad de cosa juzgada tiene como seña particular la definitividad. De igual forma la naturaleza de la prueba jurídica, generar convicción se verifica de forma inmediata o mediata, materializada o incorpórea, pero al final no es relevante la forma en que sea percibida el juzgador mientras las pruebas logren su finalidad esclarecer el hecho controvertido en aras de la adecuada impartición de justicia.

¹⁹ Armienta Calderón, Gonzalo M. *Teoría General del Proceso, Principios, Instituciones y Categorías Procesales*; Porrúa, México 2003, p. 247.

1.3 Medio de Prueba

Continuamos ahora con un tema fundamental en nuestro estudio; apuntamos ya el concepto de prueba y analizamos su naturaleza jurídica; toca entonces lo relativo a los medios de prueba, que como se verá es punto imprescindible para alcanzar la finalidad de la prueba en general, generar convicción en el juzgador.

Un primer concepto lo proporciona José Vizcarra Dávalos en los siguientes términos: “El instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción”.²⁰

Este concepto si bien en apariencia reúne los elementos necesarios, consideramos requiere ser más explícito a efecto de evitar confusión entre el concepto de medio de prueba y motivo de prueba, este último abordado por algunos tratadistas muy atinadamente; refiriéndose a él como en realidad son el cimiento del juicio emitido por el aquo.

En estas condiciones un concepto más adecuado lo proporciona Ángel Ascencio Romero, por medio de prueba entendemos todo objeto o circunstancia que sirva para lograr la convicción del juzgador respecto a la afirmación de las partes. No deben confundirse los *medios de prueba* con los *motivos de prueba*; ya que los segundos en mención, son las razones, las consideraciones, los argumentos, las intuiciones, por los que el juez o tribunal tienen por acreditados o no acreditados los hechos alegados por las partes en conflicto.²¹

Como se ve, es importante distinguir ambos conceptos pues presentan diferencias específicas, puesto que se puede ver a los medios de prueba como los

²⁰ Vizcarra Dávalos, José; Op. Cit., p 206.

²¹ Ascencio Romero, Ángel., Op. Cit, p 133.

vehículos por los que viaja la convicción que se genere en el juez respecto de la controversia ante el planteada, a diferencia de los motivos de prueba que son los distintos puntos tomados en cuenta por el juez para dar cuerpo de verdad a su veredicto.

No podemos dejar de analizar la aportación de Giuseppe Chiovenda, pues aporta un tercer concepto a considerar en buscar en la distinción del medio y motivo de prueba, este autor añade los procedimientos probatorios y fija su postura de la siguiente manera: “Conviene distinguir entre los motivos de prueba, los medios de prueba y los procedimientos probatorios. Son motivos de prueba las razones que producen, inmediatamente o no, el convencimiento del juez (por ejemplo, la afirmación de un hecho de influencia en la causa proferida por un testigo ocular; la observación directa de un daño por el mismo juez, sobre el lugar). Son medios de prueba las fuentes de que el juez extrae los motivos de prueba (en los ejemplos citados la persona del testigo, los lugares inspeccionados). Son procedimientos probatorios los complejos de las actividades necesarias para poner al juez en comunicación con los medios de prueba o para declarar la atendibilidad de una prueba.”²²

Es buena la aportación de Chiovenda en cuanto a los procedimientos probatorios, toda vez que estos son la praxis de la prueba, es decir la forma en que se desenvuelven dentro del proceso los medios de prueba.

Resulta peculiar la óptica de Victor de Santo, este autor propone la postura del medio de prueba: “El medio como actividad. Desde esta perspectiva, se entiende por medio de prueba la actividad del juez o de las partes, que suministra, al primero, el conocimiento de los hechos del proceso y, por ende, las fuentes de donde se extraen los motivos o argumentos para obtener su convencimiento sobre los hechos de la causa... el medio como instrumento. Desde un segundo ángulo, se entiende por medio de prueba los instrumentos y órganos que aportan al

²² Chiovenda, Giuseppe, Op. Cit., p. 443.

órgano jurisdiccional ese conocimiento y esas fuentes de prueba, es decir, los elementos personales y materiales de la prueba.”²³

No concordamos con este autor, toda vez que del sólo concepto de medio de prueba pretende extraer lo relativo a los motivos de prueba, así como a los procedimientos probatorios lo cual es rotundamente inexacto, apegándonos a una perspectiva que reconozca un género próximo entre la tres figuras, pero también que establezca una diferencia específica.

Una gran aportación dentro en lo relativo a los medios de prueba es realizada por Vizcarra Dávalos, dicha aportación la encontramos en la clasificación, la cual se transcribe íntegra a efecto de no alterar la esencia de su propuesta; quedando en los siguientes términos: “Los distintos medios de prueba pueden clasificarse de diversas maneras según el punto de vista desde el cual se consideren:

a) Por el momento que nacen. Algunos de ellos se crean por las partes en el momento de la celebración de un negocio jurídico con el objeto de consignar sus modalidades en la eventual previsión de un litigio y por eso se les llama “preconstituidas”, como son los instrumentos públicos y privados; otros en cambio, surgen después de producido un hecho, por lo que se les llama “circunstanciales”, como los testigos y los indicios.

b) En cuanto al conocimiento del hecho materia de la prueba. El juez formara su convicción por la observación propia, lo que constituye la prueba “Directa”, como el reconocimiento judicial; en otros casos el conocimiento se forma indirectamente a través de terceros, como en la testimonial, de la cual se dice que es una prueba “indirecta”.

c) En cuanto a la eficacia probatoria. Llámase “plena” la prueba que demuestra sin dejar dudas la existencia de un hecho, y “semiplena” cuando de ella surge únicamente la posibilidad de su existencia.

²³ De Santo, Víctor, Op. Cit., pp. 29 y 30.

d) Por el número de pruebas para probar un hecho. “simple” cuando por sí sola constituye prueba suficiente, por ejemplo la confesión; es “compuesta” cuando la prueba resulta de la reunión de diversos medios (un testigo, un indicio, la respuesta evasiva, etc.), lo que constituye, según hemos dicho, la situación normal, raro es el caso en que el juez forme su convicción sobre la base de una prueba única.

e) En cuanto a quien puede ofrecer las pruebas. Es también importante identificar quien puede “ofrecer” pruebas en el proceso. Así quien lo hace regularmente son “las partes”, como consecuencia de la carga de la prueba. El juzgador igualmente está facultado para allegar pruebas buscando la verdad (diligencias para mejor proveer). Excepcionalmente “los terceros o auxiliares de la justicia” también pueden aportarlas.”²⁴

Frecuentemente se generan dudas respecto de los medios de pruebas que puedan llegar a ser admisibles dentro de un proceso, sobre todo en cuanto a la regulación legal a atender; José Becerra Bautista trata en específico el caso de la legislación vigente en el Distrito Federal, en tratándose de los medios de prueba y hace la siguiente observación.

“Una reciente reforma derogó la enumeración de los medios de prueba que detallaba el Código de Procedimientos en su artículo 289 y en su lugar se estableció: Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que pueden producir convicción en el ánimo del juzgador, acerca de los hechos controvertidos o dudosos y al cambiar el sistema tasado por el de la convicción racional dictó esta norma: los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia.

No obstante estas reformas subsistieron las normas que definen cada uno de los medios de prueba que sirven objetivamente para crear en el ánimo del juzgador convicción apta para dictar sentencia con la amplitud necesaria para sacar deducciones propias de los hechos demostrados. La clasificación de los medios

²⁴ *Ibidem*, p 207.

de prueba debe hacerse partiendo de la naturaleza del medio empleado, así tenemos:

- a) Pruebas rendidas a través de declaraciones de personas;
- b) Pruebas que aparecen de documentos;
- c) Pruebas que aparecen de reproducciones de cosas relacionadas con la controversia;
- d) Pruebas que surgen del examen directo y personal del juez con objetos relacionados con el proceso;
- e) Pruebas que surgen de las deducciones que el juez o la ley hacen de los hechos comprobados.”²⁵

En nuestro cuerpo legal procesal civil, se ha suprimido el listado de los medios de prueba admisibles dentro de un proceso, sin embargo subsisten los lineamientos rectores de ciertos medios de prueba, permitiendo a su vez el propio texto legal que se aporte cualquier medio de prueba siempre que no sea contrario a la moral y las buenas costumbres, dando apariencia a un sistema probatorio mixto.

²⁵ Becerra Bautista José; Op. Cit., p. 71.

1.4 Órgano de Prueba

En este apartado es indispensable hacer una aclaración, si bien es cierto el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, no hace referencia directa al concepto de Órgano de Prueba; en el presente estudio se decide analizar tal tópico, ya que en lo relativo a la prueba procesal en general tal concepto es trascendente, sobre manera en la materia penal; y aunque nuestro estudio este enfocado a la materia procesal civil, ello no implica que este limitado y el concepto en análisis nos proporcionará una visión integral de la prueba.

El Maestro Carlos Barragán define este punto de la siguiente manera: “Es la persona que proporciona conocimiento por cualquier medio factible.

De los sujetos de la relación procesal, son órganos de prueba: el probable autor del delito. El ofendido, el legítimo representante, el defensor y los testigos. Tanto el Juez como el Ministerio Público no son órganos de la prueba.²⁶”

Otro concepto lo aporta el Maestro Eugenio Florian el cual al respecto nos dice: “El Judicante cuenta con la facultad potestativa de allegarse por sí mismo el objeto de la prueba misma y en virtud de ello entrar en contacto inmediato con el mismo; es decir, arrobarlo directamente, esta función la desarrolla con sus propios sentidos y mediante sus percepciones personales. Por lo que hace a los distintos sujetos que intervienen en el proceso, éstos pueden aprehender el objeto de la prueba en condiciones similares, junto con el Judicante, en concomitancia inmediata, pero también puede hacerlo con posterioridad basándose en informes suministrados por aquel. Más sin embargo, cabe destacar que el elemento sustancial sigue siendo el Judicante, a través del cual se realiza la percepción del objeto de la prueba.

²⁶Barragán Salvatierra, Carlos. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Mc. Graw Hill, México, 2004, p. 362.

Asimismo, puede el Juzgador arrobar el objeto de la prueba por conducto de intermediarios, lo que hace mediante informes de otras personas y para ello no reviste relevancia que los mismos sean de forma verbal o por escrito, que en realidad ponen el objeto de prueba en contacto con el Juez y eventualmente en contacto con los diferentes sujetos que intervienen en la relación procesal, logrando así que estos adquieran conocimiento de ese objeto por intermedio de ellas.

La persona que juega un papel de intermediaria y que se coloca en el camino entre el objeto de la prueba y el Juzgador; que le allega y proporciona al mismo tiempo a éste el conocimiento del objeto de la prueba, derivado de ello adquiere una actitud propia y una función característica, la que vamos a conocer como órgano de prueba.

Resulta necesario aclarar porque no es posible concebir al Juzgador como órgano de prueba, ello es así pues debemos entender que ello no es procedente toda vez que el Judicante adquiere el conocimiento del objeto de prueba mediante su percepción directa. En el supuesto de que el Juez adquiriera el objeto de prueba fuera de la presencia de las partes, en tal virtud se considerará a éste con relación a las partes mismas un órgano de prueba; mas sin embargo este acto no tiene nada de particular que lo diferencie de los demás de su actividad probatoria, su percepción directa queda subsumida en la actividad probatoria general que desarrolla; y en este caso el Juez tiene a su disposición, para valorarlo conforme a los sistemas que analizamos en los puntos anteriores, al órgano de prueba, en tal virtud se llega a la conclusión de que resultaría imposible que el Juzgador pudiera juzgarse a sí mismo.

En ese sentido y con base en lo antes señalado se llega a la conclusión que los únicos que pueden detentar la calidad de órgano de prueba en el proceso son las partes, los testigos y peritos, no así el Judicante puesto que cuando percibe y digiere directamente el objeto de la prueba, no es un órgano de prueba

propriadamente, sino por el contrario previamente despliega una actividad encaminada determinantemente a aprehender o adquirir ese objeto.

Las personas que intervienen en la relación procesal y a los cuales conocemos como órganos de prueba pueden hacer llegar el conocimiento del objeto al Juez de forma directa o bien de forma indirectamente, por lo que hace a esta última forma las personas que representan dichos órganos pueden aun no estar presentes en el proceso y allegarle el objeto de la prueba al Juez a través de informes, cartas, dictámenes, etc.”²⁷

Este apartado es útil para el tema a tratar pues deja muy claro que en tratándose de pruebas, las partes son las obligadas a probar sus afirmaciones y el juez tiene la facultad de valorar los medios de convicción aportados, motivo por el cual el a quo queda excluido como órgano de prueba.

1.5 Objeto de la Prueba

La prueba dentro del proceso debe tener una substancia por referirla de un modo sencillo. La prueba debe atender a un elemento del proceso, y como es un remedio para despojar la postura de las partes de la subjetividad que adolecen; no puede centrarse en otra cosa, mas que a los hechos que son por regla general un elemento objetivo del proceso.

Para Ángel Ascencio Romero, el objeto de la prueba son los hechos controvertidos. Ya que de esta manera el Juez, esta obligado a rechazar, las pruebas con las que se pretenda acreditar hechos que no han sido materia de controversia o no han sido alegados por las partes.²⁸

²⁷ Florian, Eugenio. *De las Pruebas Penales*, Tomo I, 3ª ed., Editorial Temis, Bogota Colombia, 1990. pp. 172-175

²⁸ Ascencio Romero Ángel, Op Cit p 132.

En opinión de José Vizcarra el objeto de la prueba es la comprobación de los hechos controvertidos, es decir, los invocados por las partes como fundamento de su acción o excepción y/o defensa.²⁹

Este par de opiniones si bien no son incorrectas, si son limitadas sirviendo de referente genérico del objeto mismo de la prueba, pues se dejan de lado distintos aspectos relevantes, como se verá en líneas siguientes.

José Becerra Bautista atiende con más cautela lo que puede ser considerado como hecho controvertido, y sugiere: "...el hecho debe estar controvertido. No es controvertido lo que ya está probado, bien mediante confesión de la parte, bien por otro medio probatorio, ni lo que está ya excluido por la práctica de otra prueba. Además, el juez, como ser humano, no puede desconocer aquellos hechos que son de conocimiento de todo ser civilizado y por ello no necesita que se le demuestren los hechos notorios, pues el conocimiento de éstos son un presupuesto en el ejercicio de sus funciones."³⁰

Es de resaltarse la aportación de este tratadista, pues adecuadamente refiere que si un hecho ya esta probado, aunque haya sido controvertido no es menester de ser sometido al proceso probatorio a efecto de evitar dilaciones procesales, aunque debe apuntarse que no lo excluirá del raciocinio final del juzgador. De igual forma resalta que el juez atendiendo a su naturaleza humana, así como su saber, entender y experiencia, debe contemplar los hechos apreciables a cualquiera de sus similares sin necesidad de someterlo a comprobación.

Para Giuseppe Chiovenda, se requiere en el objeto de la prueba la falta de admisión de los hechos por la contraria; y en este sentido expresa: "Son los hechos no admitidos, y que no sean notorios, ya que los hechos que no puedan

²⁹ Vizcarra Dávalos, José; Op. Cit., pp 207y 208.

³⁰ Becerra Bautista, Op. Cit., p. 70.

ser negados “sin tergiversación”, no necesitan pruebas. El juez debe conocer las normas jurídicas, y por lo tanto no son objeto de prueba en el sentido de que la falta de prueba sobre ellas pueda perjudicar jurídicamente a una de las partes. Lo mismo ocurre con las llamadas “máximas de experiencia”. Se exceptúan aquellas normas que el juez debe aplicar cuando son probadas, pero no está obligado a conocer, como las normas de derecho *consuetudinario* y las de derecho *extranjero*. Respecto de éstas normas, podrá el juez, sin embargo, aprovecharse de su conocimiento privado, si lo tuviera.”³¹

Este autor pone atención a un principio que es acogido por diversos cuerpos legales procesales en el derecho extranjero, sin ser excepción el nuestro; y es el hecho de que el derecho no debe ser probado, tomando como referencia que el juez es un jurisconsulto por excelencia, siendo indispensable para el desempeño de su labor el conocimiento de los cuerpos legales de su competencia. Sin embargo presenta la excepción la regla el derecho ajeno al marco en el que este obligado a resolver, quedando a cargo de las partes probar por ejemplo el derecho externo.

Para Víctor de Santo, el objeto de la prueba se halla constituido, “por los hechos invocados en las alegaciones, debiendo entenderse por “hechos” todos aquellos sucesos o acontecimientos externos o internos susceptibles de percepción o deducción... Los hechos revisten el primer carácter (controvertidos) cuando son afirmados por una de las partes y desconocidos o negados por la otra, es decir, cuando constituyen el contenido de una afirmación unilateral. Son en cambio conducentes los hechos provistos de relevancia para influir en la decisión del conflicto, careciendo de aquella calidad los hechos que, aunque discutidos, su falta de merituación no tendría virtualidad para alterar el contenido de la sentencia.”³²

³¹ Chiovenda, Giuseppe, Op. Cit., p. 443.

³² De Santo, Víctor, Op. Cit. p. 37

Este último teórico aborda un punto fino y trascendente para el proceso, atinadamente indica que no basta que un hecho sea controvertido, pues las partes pueden controvertir todos y cada uno de los hechos planteados por su contrario; deben ser relevantes las situaciones de facto destinadas a ser probadas, pues si no cuentan con esta característica y se someten al proceso probatorio se expone el proceso a terribles retrasos y aletargamiento en la impartición de justicia.

Consideramos pues que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos, pero únicamente los que sean controvertidos, relevantes y no sean notorios para cualquier ser humano o propios de la función judicial; ya que resulta ocioso pretender probar dentro del procedimiento los hechos en los que adolezcan de estas características.

1.6 Valoración de la Prueba

La valoración de los medios de prueba la efectúa el Juez al emitir su veredicto, donde retoma todos los elementos aportados por las partes, a efecto de determinar cual de las partes demostró los hechos que sostuvieron en cierta etapa procesal.

Vizcarra Dávalos comienza por aportar cuatro sistemas por los que el Juez puede llegar a la apreciación del medio de convicción, los cuales son:

“a) SISTEMA DE LA PRUEBA LIBRE. Este sistema otorga al juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas. Además no sólo concede al juez el poder de apreciarla, sin traba legal de ninguna especie, sino que esta potestad se extiende igualmente a la libertad de selección de las máximas de experiencia que sirven para su valorización... Este sistema ha sido llamado también de la presunción racional del juez...

b) SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL. ...En este sistema la valorización de las pruebas no depende del criterio del juez. La valorización de cada uno de los medios de prueba se encuentra previamente regulada por la ley y el juez ha de aplicarla rigurosamente, sea cual fuere su criterio personal. En este sistema el legislador da al juez reglas con carácter general según ellas tienen que juzgar sobre la admisibilidad de los medios de prueba y sobre su fuerza probatoria...

c) SISTEMA MIXTO. ... En realidad desde el punto de vista legal, no se puede hablar de la existencia de un sistema de prueba legal o de un sistema de prueba libre, rigurosamente implantados. El predominio del libre criterio del juez o del criterio legal en la apreciación de los resultados de los medios de prueba, es lo que permite dar la calificación de prueba libre o tasada, en uno u otro caso. La combinación de estos dos principios tiende a resolver el contraste tradicional entre la necesidad de la justicia y la de la certeza...

d) SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA O DE LA PRUEBA RAZONADA. Actualmente es considerado este sistema como una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción... La libre apreciación de la prueba quiere decir no sujeción a un criterio preestablecido. La sana crítica vista por Couture como “la reunión de la lógica y de la experiencia” será idea en la que el juez se inspire siempre que el legislador le deje en libertad en la apreciación de la prueba.”³³

Consideramos que conforme a esta clasificación, el código procesal del Distrito Federal, ha venido históricamente su postura, actualmente se puede hablar de un sistema mixto, pues si bien es cierto ya no hay un numeral que precise los medios de prueba que serán admisibles dentro de juicio, también lo es que el código conserva las disposiciones relativas a los medios de convicción que en determinado momento regulaba; aún más se apunta en el propio texto legal que el juez admitirá cualquier elemento que esclarezca la cuestión debatida; siempre que no contravenga la moral o las buenas costumbres. En resumen nuestra legislación no limita los medios de prueba a ofrecer por las partes, sin

³³ Vizcarra Dávalos, José; Op. Cit., pp 215 a 218.

embargo si regula lo relativo a los que tradicionalmente se ofrecen dentro de juicio.

Para robustecer lo anterior, un poco más específico Rafael de Pina explica la forma en que el sistema jurídico mexicano ha modificado los sistemas de valoración de las pruebas, es así que apunta: “El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el capítulo VII del título sexto, bajo la rúbrica “Del valor de las pruebas”, establecía en diversas normas de apreciación del material probatorio que en su mayoría han sido derogadas. El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en relación con el artículo aludido, declaró que “... en la valorización de las pruebas aportadas en un juicio, cualquiera que sea su naturaleza, cuando por el conjunto de las actuaciones adquiere el juzgador convicción diversa de los hechos debatidos, lo cual ni jurídica ni racionalmente puede dejar de ser un elemento esencial en la elevada función de impartir justicia, el artículo 424 del Código de Procedimientos Civiles concede la facultad de apreciarlas desentendiéndose, por excepción, de los preceptos que las reglamentan, a fin de que, ante todo, su fallo sea congruente con la realidad esclarecida por esas mismas actuaciones, y no resulte, a sabiendas, contrario a esa misma realidad e inocuo, por no ajustarse a la lógica de los hechos justificados.” Esta resolución que, a nuestro juicio, interpretó certeramente el precepto legal a que se refiere, confirma nuestra posición en cuanto afecta a la libertad que los jueces mexicanos tienen para la valorización de las pruebas... La valorización del resultado de la práctica de las pruebas, debe quedar al arbitrio del juzgador. En nuestra opinión, las normas sobre valorización de las pruebas deben desaparecer de los códigos de procedimientos, dejando que el juez proceda en el momento de realizarla de acuerdo con su ciencia y con su conciencia. Resulta ciertamente anómalo, que el legislador pretenda dar al juez lecciones que éste debe tener por sabidas antes de la toma de posesión del cargo. Esta clase de preceptos revela una desconfianza en la calidad personal de los jueces, que es verdaderamente lamentable. Las normas rígidas contenidas originalmente en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal han sido derogadas con

posterioridad. En actualidad el nuevo artículo 402 de dicho ordenamiento establece que los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.”³⁴

Por su parte Giuseppe Chiovenda, respecto de los sistemas de valoración de la prueba hace las siguientes consideraciones; “...Sin embargo, aun en el curso del proceso, la investigación del juez civil no es tan libre como la del científico. Ya vimos cómo, por la influencia de la prueba formal del proceso germano, se originó en nuestro proceso común el sistema de la “prueba legal”. Se creó un conjunto de reglas para determinar en qué casos debía el juez considerar o no probado un hecho, debía o no atribuir fe a un testimonio; por ejemplo, en cuanto a los testigos, se disponía que todo hecho debía ser probado al menos por dos testigos; las pruebas que no alcanzaban las condiciones establecidas por la ley, se dividían en fracciones (por ejemplo, la prueba con un solo testigo era una *semiplena probatio*); podían sumarse varias fracciones para formar una unidad, esto es la prueba completa. El derecho moderno rechazó en principio el sistema de la prueba legal, y adoptó el de que el convencimiento del juez debe *formarse libremente*. Han quedado muchos vestigios de aquel sistema. Por ejemplo, la limitación de la prueba de testigos, que tomamos del Código Francés, y que ya se encontraba también en leyes italianas anteriores, no es más que una limitación legal a la formación del convencimiento del juez, como las normas que regulan la capacidad de los testigos; la norma según la cual el documento público hace fe plena en juicio y las relativas al juramento decisorio y a la confesión.”³⁵

En nuestra opinión, el sistema de valoración de la prueba más adecuado, según las características de nuestro sistema legal; es el sistema mixto, ya que aún y cuando el Código de Procedimientos Civiles señala los medios de prueba

³⁴ De Pina, Rafael/ José Castillo Larrañaga, Op. Cit., pp. 275 y 276.

³⁵ Chiovenda, Giuseppe, Op. Cit. P. 442.

reconocidos por la ley, también abre un abanico de posibilidades en cuanto a otros medios que no menciona de forma expresa, como ocurre con el artículo 289 de dicho ordenamiento legal; lo que permite al juzgador admitir dentro del proceso distintos elementos de convicción. La bondad que se obtiene del sistema mixto, consiste en que el texto legal establece una plataforma básica para que las partes estén en la posibilidad de convencer al juez de sus pretensiones, apareciendo entonces el leal saber y entender del *A Quo* para resolver una controversia ante él planteada.

En la práctica se observa que hay medios de prueba que requieren ser regulados en cuanto al proceso probatorio, sin que esto repercuta en el ánimo del juzgador, encontrando que el espíritu de nuestra legislación es tendiente a que los jueces valoren libremente las pruebas, por la coherencia que guarden con el fondo de la controversia para ser decisivos en el veredicto final; consideramos que la reforma por la que se elimina el tasado de las pruebas es adecuado y aproxima el proceso a la adecuada impartición de justicia.

1.7 La carga de la Prueba

Uno de los principios rectores de todo proceso es el hecho de que todo lo que se afirme por las partes debe ser acreditado con elementos objetivos y convincentes; denominándose a esto como la carga de la prueba.

Para Ferrer Beltrán la perspectiva de la carga de la prueba guarda un estrecho vínculo con la verdad, y lo explica al decir: “No es necesario elaborar una argumentación detallada para mostrar que aquello que debe ser probado en juicio depende de los supuestos de hecho a los que las normas jurídicas atribuyen consecuencias jurídicas. De este modo, en el proceso deberá probarse la

proposición que afirma la ocurrencia del hecho a los efectos de la aplicación de la consecuencia jurídica prevista por el Derecho.”³⁶

Ahora bien, Gian Antonio Michelli, aporta la siguiente disertación que es interesante para nuestro estudio. “El fenómeno de la carga, estudiado hasta ahora, puede describirse sucintamente así: la ley, en determinados casos, atribuye al sujeto poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico, considerado favorable para dicho sujeto. Se habla en tales supuestos de la integración de la hipótesis jurídica mediante las actividades del sujeto, al cual el orden jurídico atribuye tal poder, cuyo ejercicio representa precisamente el único medio para alcanzar el fin jurídico previsto. Esto último, sin embargo, puede verificarse en la esfera del sujeto agente o en la esfera jurídica ajena, aun sin la cooperación de aquel en cuyo perjuicio se realizan los efectos jurídicos, provocados por el ejercicio unilateral del poder. Siguiendo esta directriz se ha desarrollado, precisamente, la obra de diferenciación entre aquellos poderes, que postulan la sujeción de un sujeto contrapuesto al titular de los primeros (los denominados derechos potestativos), y las denominadas facultades adquisitivas, cuyo ejercicio no determina ningún sacrificio ajeno.”³⁷

Estas dos primeras posturas perfectamente ilustran la obligación que deben soportar las partes en una lógica natural, acreditar por cualquier medio su dicho y que sea distinto a la simple afirmación de la procedencia de su postura; no basta en estos últimos términos, se requiere evidenciar la existencia o inexistencia de algo, su falsedad o autenticidad. Pero cuando la normalidad procesal presenta una cara distinta y ahora se presentan negativas, debe determinarse sobre quien recae el peso de la estudiada carga de la prueba.

³⁶ Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y Verdad en el Derecho*; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002. pp. 54 y 55.

³⁷ Micheli Gian, Antonio. *La Carga de la Prueba*; traducción de Santiago Sentis Melendo; Temis, Bogota, 1989; p. 76.

En los casos de la prueba de los hechos negativos Leo Rosenberg, explica desde su perspectiva lo siguiente, "...la carga de la prueba debería incumbir a la parte que afirma un hecho; en cambio, debería estar exento de la carga, quien introduce en el proceso una negativa, la afirmación de un no hecho."³⁸

No nos deja satisfechos esta postura pues sigue siendo limitada; Manuel Mateos Alarcón, ilustra en mejores términos lo siguiente: "...el que toma la iniciativa en la contienda judicial, a quien se designe con el nombre de actor, debe probar la existencia del derecho que afirma tener, y que aquel a quien se exige el cumplimiento de una obligación, se llama demandado o reo, debe probar a su vez el hecho en el cual se funda su defensa... Es consecuencia del principio que acabamos de establecer, que el que niega no está obligado a probar, sino en el caso en que su negativa importe la afirmación de un hecho... reporta la carga de la prueba aquel de los litigantes que trata de innovar el estado actual y normal de las cosas o de una situación adquirida."³⁹

Por su parte, y continuando con los hechos negativos De Santo, explica lo siguiente; "Resultan inaplicables, en cambio, en todos aquellos casos en que una norma erige a un hecho negativo en presupuesto de un efecto determinado, pues cuando ello sucede no media razón válida alguna para dispensar de la carga de la prueba a la parte que invoque un hecho de ese tipo como fundamento de una pretensión o de una oposición. La alegación de que se trata de un hecho negativo no releva de la prueba a quien lo aduce, si aquel es presupuesto de aplicación de la norma jurídica que esa parte invoca a su favor."⁴⁰

Queda claro hasta aquí que aún y tratándose de hechos negativos, subsiste la obligación de ministrar medios de prueba, en el caso de que la negativa implique *per se* una afirmación.

³⁸ Rosenberg, Leo, *La Carga de la Prueba*, 2ª edición en castellano, Traducción de Ernesto Krotoschin, IB de F, Buenos Aires, 2002, p. 377.

³⁹ Mateos Alarcón, Manuel, *Op. Cit.*, p.35.

⁴⁰ *Ibidem* p.95.

José Becerra Bautista afirma: “Si la prueba tiene como objeto los hechos deben excluirse de ella las negativas, pues éstas representan precisamente la no existencia del hecho, y como recordando un principio de lógica “el que niega no está obligado a probar”, tampoco en derecho deben demostrarse las negativas. Los glosadores, dice Lessona, distinguieron la negativa de la cualidad, la negativa de derecho y la de hecho. Es negativa de cualidad la proposición con la cual se niega la calidad jurídica o física de una persona o cosa. Esta negativa, equivale a una afirmación, debe probarse. Así, si niego que Ticio es mayor de edad, afirmo que es menor. Es negativa de derecho la proposición con la cual se niega que un acto es legítimo. Existiendo en la validez de los actos una presunción, el que niega debe probarla. Es negativa de hecho la proposición que niega la existencia y la modalidad de un hecho material... Llamábase negativa *proegnans* la que contenía en sí una afirmación según De Fano.”.⁴¹

José Vizcarra Dávalos, afirma: “La negativa en la acción o en la excepción puede ser de derecho, de cualidad o de hecho... de derecho es aquella por la cual se afirma que una cosa no es conforme al derecho, por ejemplo cuando se sostiene que una persona no puede ejecutar un determinado acto por impedírselo la ley... podrá recaer la prueba sobre el hecho impugnado en tanto no esté reconocido, pero no sobre la prohibición legal, por que respecto de ella bastará invocar el precepto pertinente... Es de cualidad cuando se niega a una persona una cualidad determinada. Si es de las que todos tienen naturalmente, como la capacidad, la prueba es necesaria y en tal caso corresponde a quien la niegue, porque debe destruir una presunción. Si se trata de cualidades accidentales, como el título profesional... es decir, que no corresponde normalmente a todas las personas, la prueba también será necesaria, pero no por parte de quien la niega, sino de quien afirma su existencia... La negativa de hecho puede ser simple o calificada. La primera es la que no determina tiempo, lugar no circunstancia alguna, como por ejemplo la de no haber contraído la obligación o no haber

⁴¹ Becerra Bautista, Op. Cit., pp. 68 y 69.

ejecutado un acto... no puede probarse pro el que niega y le basta con su negativa; porque el hecho no se presume. En la segunda, la negación importa una afirmativa, por ejemplo cuando se alega que no renunció o se contrajo espontáneamente la obligación, porque se afirma implícitamente un hecho: la violencia, el dolo, el error.”⁴²

Como se aprecia estos dos tratadistas refieren a la negativa no en forma lisa y llana, sino que reconocen sus especies de cualidad, derecho y de hecho; aunque creemos que en el caso concreto y a efecto de ser pragmáticos visualizamos la negativa como una sola, la cual se distingue únicamente para efectos teóricos sin que repercuta en cuanto al resultado.

Interesante resulta la propuesta del tratadista Víctor de Santo, pues al hablar de la carga de la prueba, afirma que entraña dos aspectos a saber, una regla de juicio y una regla de conducta.

“Por un lado, constituye una regla de conducta para el órgano jurisdiccional o regla de juicio, en cuanto le dice como debe resolver cuando no encuentra la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar la sentencia, permitiéndole pronunciarse sobre el fondo de la cuestión y evitándole el proferir un *non liquet* (es decir, una sentencia inhibitoria por falta de prueba), de modo que resulta un sucedáneo de la prueba de tales hechos. Por el otro lado, configura una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les indica cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (cuando no haya prueba allegada oficiosamente o suministrada por el adversario).”⁴³

Concordamos en este punto con este autor, pues el juzgador al momento de resolver tendrá que analizar con una visión integral cual de las partes verdaderamente robusteció su dicho con elementos objetivos convincentes. A su

⁴² Vizcarra Dávalos, José; Op. Cit., p 214.

⁴³ De Santo, Víctor, Op Cit p.71.

vez las partes desde el propio análisis de la elaboración de la demanda debe explorar los puntos que deben ser comprobados, debiendo para su procedencia reunir la suficiente evidencia por los medios que estime pertinentes.

El no cumplir con la carga de la prueba, o sea el no probar las afirmaciones dentro del proceso, acarrea una consecuencia, misma que Becerra Bautista explica al afirmar, “Pero „precisamente porque el probar es una carga, la parte que no prueba, pierde; o al menos, el hecho no probado debe considerarse como inexistente, como dice Micheli D’Onofrio, agrega: si el hecho no es probado es como si no hubiese propuesto: esto explica cómo y por qué se habla en general de carga de la prueba (*Onus probandi*) y se justifica la máxima *onus probandi incumbit ei qui dicit* (la carga de la prueba corresponde al que afirma). Deben excluirse de esta carga los hechos concordantemente admitidos por las partes o como suelen llamarse *pacifi in causa*, así como los hechos notorios.”⁴⁴

Veamos la opinión de Ascencio Romero por su parte expone: “si la prueba tiende a demostrar al juez la verdad de los hechos que cada una de las partes aduce como fundatorios de su demanda o de su contestación, es obvio que la falta de ésta redundaría en su perjuicio y por eso el ofrecimiento y desahogo de pruebas constituye lo que teórica y doctrinariamente se ha dado en llamar una carga procesal.”⁴⁵

Resalta la importancia del concepto de estos dos autores en cita, debido a que contemplan una perspectiva generalmente ignorada por el resto de los tratadistas, y es el hecho de la repercusión de la carga de la prueba para el Juez, ya que como se observó, éste puede normar su criterio para sentenciar, con base en los hechos que se han dejado de probar o que fueron debidamente probados, ya que si bien es cierto la carga de la prueba se vincula directamente a las partes,

⁴⁴Becerra Bautista, Op. Cit., pp. 67 y 68.

⁴⁵ Ascencio Romero Ángel, Op. Cit., p 139.

la consecuencia práctica se presenta por la convicción generada o no en el Juez, respecto de cierto hecho controvertido.

De las opiniones vertidas, queda claro que surgen múltiples interrogantes, sin embargo consideramos que la simplicidad es la solución de todas ellas, ya que si se busca generar un catálogo de soluciones a la diversidad de situaciones en la que la carga de la prueba debe operar, la labor se vuelve titánica; es así que consideramos que el que afirma esta obligado a probar; se excluyen de tal obligación las negativas; siempre que no entrañen una afirmación. Este último punto es el que marca la diferencia, ya que si surge disyuntiva sobre la negativa de un hecho, sólo se debe observar con detenimiento, si se trata de una negativa lisa y llana esta libre de la carga.

Hasta a aquí termina el presente capítulo, en el cual apreciamos la diferencia existente entre el concepto de prueba en general y la prueba en el ámbito jurídico. Dentro de un juicio su naturaleza obedece a generar la certeza de un suceso de forma directa o indirecta y siendo destinada al juzgador.

Se apunto que el vehículo por el cual viaja la certeza que se pueda generar en el juzgador, son los medios de prueba y por tal motivo deben ser eficaces e idóneos, ya sea que se constituyan en objetos, personas, testimonios, etcétera; debiendo referirse siempre a los hechos relevante y controvertidos.

El juzgador deberá conforme la convicción que le haya sido allegada por las partes cual de los contendientes ha colmado la carga de la prueba, en el sentido de dar cuerpo de verdad a sus afirmaciones.

CAPÍTULO 2

LA PRUEBA CONFESIONAL

2.1 Marco Conceptual

Ya han quedado planteadas, en el capítulo anterior, las bases respecto de la prueba jurídica en general; ante lo cual nos encontramos pues en condiciones de profundizar sobre la prueba confesional. Comenzaremos por apuntar ya analizar los conceptos indispensables para el presente estudio.

2.1.1 Confesional

Debemos partir del sentido gramatical, ante lo cual destacan tres conceptos a saber, confesional, confesión y confesar; de las cuales se manejan las siguientes acepciones:

María Moliner expone: “Confesional.- adj. De [la] confesión: secreto confesional. Aplicado a instituciones, adscrito a cierta religión: “escuelas no confesionales

Confesión.- 1 f. Acción de confesar [se]. 2 Cosas que se confiesan. Obra en la que un autor hace un relato de su propia vida y expone sus más íntimas reflexiones: “Las Confesiones de San Agustín”. 3(oír [en]) Sacramento que consiste decir los pecados a un sacerdote y escucharlos éste para aplicar la penitencia correspondiente y dar la absolución. Penitencia. 4 Creencia; particularmente, religión a que alguien está adscrito: “No declaró su confesión”.

Confesar.- 1 decir alguien una cosa que antes o a otras personas han procurado ocultar: “Me ha confesado que tiene más de treinta años”. Confesar secretos o intimidades propias a alguien. Reconocer alguien, particularmente en una declaración, el delito de que se le acusa: se confesó culpable. Al final confesó. Se confeso de plano. Declarar [se]. Decir los pecados al confesor.”¹

Por otro lado La Real Academia expone estos conceptos: Confesional. Adj. Perteneiente o relativo a una confesión religiosa. || 2. m. ant. Confesionario (tratado en que se dan reglas para confesarse).

La Real Academia de la lengua la define: Confesión. (del latín *confessio, onis*). f. declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro. ||2. Parte de la celebración del sacramento de la penitencia o reconciliación, en la que el penitente declara al confesor los pecados cometidos.|| 3. En el catolicismo, sacramento de la penitencia. ||4. Credo religioso. || 5. Conjunto de personas que lo profesan. ||6. *Der.* Declaración personal del litigante o del reo ante el juez en el juicio. ||7. Relato que alguien hace de su propia vida para explicarla a los demás. Confesiones de San Agustín, de Rousseau.

La Real Academia de la lengua la define como: Confesar. (de confeso). Tr. Dicho de una persona: expresar voluntariamente sus actos, ideas o sentimientos verdaderos. ||2. Dicho de una persona: Reconocer y declarar, obligada por la fuerza de la razón o por otro motivo lo que sin ello no reconocería ni declarararía. ||3. Dicho de un penitente: Declarar al confesor en el sacramento de la penitencia los pecados que ha cometido. ||4. Dicho de un confesor: oír al penitente en el sacramento de la penitencia. ||5. *Der.* Dicho de un reo o de un litigante: declarar personalmente ante el juez.²

¹ Moliner, María. Op. Cit., p. 342.

² Real Academia Española. Op. Cit. p. 419.

Como se aprecia las definición vertida no es tan abundante aunado a que remite a otros temas, así como al concepto de confesión. Por ello es pertinente observar los conceptos referentes a la confesión, igualmente en el plano gramatical.

Son importantes los conceptos apuntados, puesto que comienzan a evidenciar los orígenes de la prueba que será materia de estudio, los cuales están ligados a motivos religiosos. Resalta el ver que la acción de confesar es el revelar algo que se pretende mantener oculto o que es pocas veces benéfico para el que lo admite. Y como se verá en el desarrollo histórico ese es el vínculo que se guarda entre nuestro objeto de estudio y la religión.

Veamos a continuación la opinión de los juristas, y las acepciones que tengan respecto de la confesión conceptos apuntados, comenzando por Guillermo Cabanellas define a la confesión como la “declaración que, sobre lo sabido o hecho por él, hace alguien voluntariamente o preguntado por otro. || Reconocimiento que una persona realiza contra sí misma acerca de la verdad de un hecho, que es objeto de averiguación por un juez o tribunal. || Más estrictamente aún, admitir la propia culpa en un delito o falta. || En lo religioso la confesión sacramental.”³

Sumamente didáctico resulta el primer concepto aportado por Cabanellas, pues perfecta y sucintamente contempla los elementos de una confesión, la admisión de un hecho o idea, con intención o provocado por un tercero. Sin embargo no es suficiente la opinión de este tratadista pues pasa inadvertido que la confesión puede ser por medio distinto a la declaración y sobre todo que por regla general perjudica al confesante.

Nuestra máxima casa de estudios a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas conceptualiza la confesión judicial de la siguiente manera: “CONFESIÓN

³ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. p. 279.

JUDICIAL.- I. En un sentido lato, es la admisión que se hace en un juicio (sinónimo de procedimiento judicial) o fuera de él de la “verdad” (coincidente o no con la verdad histórica) de un hecho o de un acto, que produce consecuencias desfavorables para el confesante. Con independencia de la connotación que en el área penal puede atribuírsele la confesión judicial puede ser considerada en tres diversos estadios o momentos procesales: 1.- como la diligencia prejudicial (antes de la presentación de la demanda). 2.- como una actitud que puede asumir el demandado. 3.- como un medio de prueba (mejor llamada confesional provocada)...”⁴

Rafael de Pina afirma respecto de la confesión: “Es una declaración de parte que contiene el reconocimiento de un hecho de consecuencias judiciales desfavorables para el confesante.”⁵

Parra Quijano en su Tratado de la prueba Judicial conceptualiza a la confesión como la “Declaración que hace una parte sobre hechos propios o el conocimiento que tiene de hechos ajenos y que le perjudican o favorecen a la contraparte.”⁶

Este par de conceptos son demasiado escuetos, y omite elementos indispensables al hablar de confesión, pues no distinguen si es hecha dentro de juicio o fuera de él, si es voluntaria o inducida por persona diversa y lo mas importante si el hecho es propio o ajeno en el primer caso.

Leo Rosenberg al hablar de la confesión expone; “Se habla de una confesión calificada, cuando una parte afirma que el estado de las cosas expuesto en la demanda o la excepción (réplica) se ha producido de una manera distinta de la que sostiene el adversario, dando a su vez una explicación que en algunos

⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo I A-CH; Edit. Porrúa; México, 2002. p. 597.

⁵ De Pina Rafael/ José Castillo Larrañaga, *Op. Cit.* P 297.

⁶ Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la Prueba Judicial, La Confesión*, Tomo II, Librería del Profesional, Colombia 1984. p. 53.

puntos es inconciliable con las afirmaciones de la otra parte, de modo que de ello deba deducirse la falta de fundamento de la demanda o de la excepción (réplica).”⁷

La definición apuntada nos parece muy específica, sin que se contemplen otros supuestos más que los derivados del planteamiento de la litis, o sea en los escritos de demanda y contestación a la misma.

Becerra Bautista explica: “Confesión judicial es el reconocimiento de hechos propios que produce efectos jurídicos en contra de quien, siendo capaz, lo hace libre y formalmente en juicio”.⁸

Nos parece una definición sucinta, pero en definitiva reúne los elementos esenciales, sólo que se reduce únicamente a la confesión de carácter judicial lo cual le resta mérito al concepto.

Carlos Lessona sostiene “...la confesión es la declaración, judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por interrogatorio de la parte contraria o por el Juez directamente) mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos.”⁹

Estamos frente a un concepto muy cercano a lo ideal, es de destacarse que este autor de entrada reconoce que la confesión puede ser de forma judicial o extrajudicial; que en determinado momento la confesión puede ser por propia voluntad del sujeto que la efectúa o a instancia de otro. Fundamental resulta el hecho de que la confesión deba ser por persona que cuente con capacidad para

⁷ Rosenberg, Leo, Op. Cit. p. 283.

⁸ Becerra Bautista, José; *El Proceso Civil en México*, 17ª Edición, Porrúa, México 2000; p 113.

⁹ Lessona, Carlos, Op. Cit. p. 389.

efectuar la confesión, esta última se puede realizar parcial o totalmente debiendo contar para nuestro caso con relevancia jurídica.

Debemos permitirnos diferir en la parte en la que sostiene que la persona capaz cuenta con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio; pues resulta casi imposible que alguno de los contendientes planee facilitar el camino de su adversario; aunque puede pensarse que se inserto esta idea pues el autor omite señalar que los hechos sobre los que verse la confesión deberán ser controvertidos.

Eduardo Pallares, proporciona la siguiente definición: “Confesión es el reconocimiento expreso o tácito que hace una de las partes de hechos que le son propios, relativos a las cuestiones controvertidas y que le perjudican. No siempre la confesión es una declaración, porque la tácita se funda en el silencio de la parte, o en el hecho de no asistir a la diligencia de posiciones o evadir una respuesta categórica...”¹⁰

Para Jorge Kielmanovich, la confesión es “...la declaración de parte relativa a hechos personales, o de conocimiento personal del declarante, pasados y contrarios a su interés. Debe pues tratarse de una declaración de quien es parte en el proceso, sea como actor, demandado o tercero interviniente, y sus sucesores, en este caso, cualquiera que fuera la modalidad de esa intervención, en tanto cuenten con capacidad procesal para hacerlo en forma personal”¹¹

Estas dos definiciones pueden complementar a la vertida por Lessona, pues aquí si se advierten que deben ser controvertidos los hechos sobre los cuales se confesa, y contempla la posibilidad de que se haga expresa o tácitamente; y en el segundo concepto se habla de que debe ser parte el confesante.

¹⁰ Pallares, Eduardo. *Op. Cit.* p 175.

¹¹ Kielmanovich, Jorge L. *Op. Cit.* p. 281.

Jairo Parra Quijano considera que toda confesión debe reunir ciertos requisitos de existencia, de validez y de eficacia; y como tales reconoce: “A) Requisitos de existencia: 1. Debe ser una declaración de parte... 2. Debe tener por objeto hechos... 3. Los hechos sobre los que versa deben ser favorables a la parte contraria o perjudicarles al confesante... 4. Deben versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento de hechos ajenos... 5. Que sea expresa... B) Requisitos de validez: 1. Que sea libre... 2. Que sea consciente... 3. Que se cumplan las formalidades procesales... 4. Capacidad del confesante... C) Requisitos de eficacia: 1. La disponibilidad objetiva del derecho... 2. Que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro...”¹²

Rafael De Pina, considera que la confesión debe reunir determinadas condiciones, para contar con eficacia dentro del proceso, y así distingue: “Con arreglo a la legislación mexicana, para que la confesión haga prueba plena se requiere que concurren las condiciones siguientes: 1) Que se haga por persona capaz de obligarse; 2) Que sea hecha con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia; 3) Que sea de hecho propio, o, en su caso, del representado o del cedente y concerniente al negocio; 4) Que se haga conforme a las formalidades de la ley.”¹³

Una gran aportación es la efectuada por Mateos Alarcón¹⁴ reconoce cuatro categorías de confesión, A) Judicial o extrajudicial, al decir que “Es judicial la que se hace ante juez competente al contestar la demanda, o al absolver posiciones; y extrajudicial la que se hace ante juez incompetente.”. B) Expresa o tácita, y apunta “Es expresa la que se hace con señales o con palabras que expresan clara y manifiestamente lo que se dice; y tácita la que se infiere de algún hecho o se presume por la ley.”; C) Simple y cualificada, “Simple es la que hace el litigante confesando lisa y llanamente lo que se le pregunta; y cualificada la que se hace reconociendo la verdad del hecho sobre que recae la pregunta, pero añadiendo

¹² Parra Quijano Jairo, *Op. Cit.* pp. 104-108.

¹³ Pina, Rafael de. *Tratado de las Pruebas Civiles*, 3ª Edición, Porrúa, México 1981. p. 153.

¹⁴ Mateos Alarcón, Manuel. *Op. Cit.* p.49.

circunstancias o modificaciones que restringen o destruyen la intención del contrario... la confesión cualificada se subdivide en divisible e indivisible. Es divisible o dividua, nombre con el cual también se le designa, cuando la circunstancia o modificación que se añade en la confesión cualificada, puede separarse del hecho sobre el que recae la pregunta. Es indivisible o individua cuando la circunstancia o modificación añadida es inseparable del hecho preguntado, y no se puede admitir en una parte y desechar en otra.”. D) Espontánea o provocada. Se hace entender de la siguiente manera, “Es espontánea cuando el demandado voluntariamente reconoce, al contestar la demanda o en cualquier otro acto judicial, el derecho que ejercita el actor; y es provocada cuando se hace por cualquiera de los litigantes al contestar las preguntas que al efecto le hace su contrario.”

Muy enriquecedora resulta la postura de este tratadista, toda vez que explica abundantemente la forma en que puede llegar a presentarse dentro de un proceso; y esta visión difícilmente se aprecia en la conceptualización de otros autores.

Para nosotros la confesión desde el punto de vista jurídico, es la admisión por una persona con capacidad suficiente de un acto o suceso controvertido que le es perjudicial, la cual puede ser expresa o tácita, espontánea o propiciada por otro, judicial o extrajudicialmente.

2.1.2 Posiciones

Es tiempo de ver la sustancia de la prueba confesional, la cual ha dado en llamar de igual forma por distintos tratadistas como la prueba de posiciones; obviamente comenzaremos por conceptualizarla. En primer plano se tiene una definición gramatical y es proporcionada por la Real Academia de la Lengua Española, define la palabra posición de la siguiente manera: “Posición. Postura

actitud o modo en que alguien o algo esta puesto. ||2. Acción de poner. ||3. Categoría o condición social de cada persona respecto de las demás. ||4. Acción y efecto de suponer. ||5. Situación o disposición. Las posiciones de la esfera. ||6. Actitud o manera de pensar, obrar o conducirse respecto de algo. ||7. *Der.* Estado que en el juicio determinan, para el demandante como para el demandado, las acciones y las excepciones o defensas utilizadas respectivamente. ||8. *Der.* Cada una de las preguntas que cualquiera de los litigantes ha de absolver o contestar bajo juramento, ante el juzgador, estando citadas para este acto las otras partes.”¹⁵

Una vez más el sentido gramatical representa una amplitud basta, sin embargo sirven para entender el punto de partida de la figura jurídica. En efecto se observa que si bien para los juristas posición debe ser un cuestionamiento forzoso, también debe saberse que dicha pregunta debe determinar la postura seguida por quien la formula, por ello se le conoce como posiciones, porque se realiza en función de la actitud adoptada por una de las partes dentro del proceso.

Cabanellas conceptualiza a las posiciones al sostener: “POSICIONES.- conjunto de preguntas sobre las cuales pide un litigante que declare el otro, bajo juramento, y como prueba del juicio pendiente entre ambos, la confesión judicial (v.), sin más. Estas preguntas han de articularse por escrito, en el llamado pliego de posiciones (v.), con libertad en el juez para rechazar las que no sean pertinentes. La diligencia en que se formulan y contestan (pues el silencio así como las evasivas, poseen en principio el valor de reconocimiento de lo desfavorable para quien calla o rehúye contestar), se denomina absolución de posiciones (v.).Las preguntas suelen redactarse comenzando así: “*Jure y confiese como es cierto que...*” (v. “*Faits et articles*”, posición)

Absolver posiciones. Proceder a la prueba judicial en que una de las partes, con iniciativa en el cuestionario, pero con diligenciamiento judicial, pretende que el

¹⁵ Real Academia Española. *Op. Cit.* p. 1228.

adversario reconozca una serie de hechos y circunstancias en principio desfavorable para quien confiesa.”¹⁶

Ya se ha referido que la prueba en estudio encuentra su origen en tópicos religiosos, tal y como ilustra Manuel Mateos Alarcón pues explica que la denominación de *posiciones* es atribuible al derecho Canónico y afirma, “De aquí el origen de las posiciones, nombre que les dio el derecho Canónico a las preguntas que los litigantes podían hacerse en el juicio sobre la verdad de los hechos controvertidos, institución jurídica que mereció la sanción de la leyes civiles...”¹⁷

En efecto, la prueba confesional cobró sentido en el derecho canónico, pues el absolvente generalmente expiaba sus culpas confesando o admitiendo un hecho que no le favorecía, acto que se presentaba por temor a una sanción divina en caso de violar el juramento de conducirse con verdad.

Carlos Lessona robustece lo dicho pues profundiza en los antecedentes más remotos del interrogatorio entre las partes, y afirma: “El origen del interrogatorio, como exactamente dice Saredo, se encuentra en los primeros tiempos de la administración de justicia. En Grecia, cada una de las partes podía interrogar a la otra ante el Magistrado. En Roma; prescindiendo de muchas cuestiones discutidas, pero de puro valor histórico, debe notarse que el interrogatorio tuvo siempre grandísima importancia... en el derecho común, según la docta demostración de Michalori, surgieron las *posiciones* o por creación del derecho canónico, o por costumbre confirmada por éste; y con las *posiciones* conservaron las *interrogationes*.”¹⁸

Por su parte Eduardo Pallares comenta, “En el Derecho Canónico “la formación de las posiciones”, tienen una función especial, que Eduardo Eichmann

¹⁶ Cabanellas, Guillermo. *Op. Cit.*; pp. 330 y 331.

¹⁷ Mateos Alarcón, Manuel, *Op. Cit.*, p.52.

¹⁸ Lessona, Carlos, *Op. Cit.* pp. 485 y 486.

en su Derecho Procesal (canónico) explica así: “Las posiciones sirven para la preparación de la prueba, puesto que fijan afirmaciones taxativas”. Demandante y demandado mutuamente pueden proponerse ciertos extremos a los que deberían dar contestación siendo los propuestos por el juez. Se les designa con el nombre de posiciones o artículos: “pono”, esto es, “sostengo” o afirmo que “es cierto” o “no es cierto que”, de ahí el nombre de *positione*; llamados también artículos. Estas *positiones* y respuestas tienen el fin de simplificar las pruebas por medio de la confesión judicial.”¹⁹

Muy atinadamente este autor retoma los elementos etimológicos, de los cuales se vislumbra el porqué nombrar a cada cuestionamiento como “posición”, y es por esa postura que guardan las partes, podría decirse que es posicionarse de las afirmaciones que llevan a cada sujeto a considerar procedentes sus exigencias.

Tapia “Simple aserción hecha por escrito de hecho pertinente a la causa, sobre la cual pide en juicio el litigante que el otro declare bajo juramento para revelarse de probarlo.”²⁰

Bastante limitado se presenta la definición anterior, pues este tratadista al ser citado por Mateos Alarcón, omite ciertas características esenciales de las posiciones, como el hecho de que debe ser una pregunta que sólo permita un par de respuestas, el “sí” o el “no”.

Continuando con Mateos Alarcón, anota “Cavalario da, a nuestro juicio, una definición más clara y concreta diciendo que las posiciones son, ciertas proposiciones breves por las cuales el actor o el reo expresa por escrito hechos alegados en el juicio para que responda su contrario previo juramento.”²¹

¹⁹ Pallares, Eduardo *Op. Cit.*, p 609.

²⁰ Mateos Alarcón, Manuel, *Op. Cit.*, p.52.

²¹ *Idem.*

La conceptualización proporcionada por Cavalario comparte, entre otros, un error coincidente con la definición de Tapia, y es el que consideran que las posiciones deben ser escritas forzosamente, y recordaremos que las mismas se pueden formular oralmente.

Una de las definiciones más completas es la de Jorge L. Kielmanovich, de la cual no debe perderse de vista que aborda varios puntos imprescindibles al hablar de las posiciones y es así que aporta el siguiente concepto: “Entendemos por posiciones a las proposiciones afirmativas juramentadas que dirige la parte que las propone (ponente) a su contraria (absolvente), a fin de que ésta se expida en forma afirmativa o negativa en cuanto a la existencia o inexistencia de los hechos desfavorables contenidos en aquélla, y a que se refieren a la actuación personal de la segunda o al conocimiento que ella pudiera eventualmente tener acerca de los mismos.”²²

2.1.3 Pliego de posiciones

Nos encontramos en un punto importante para nuestro trabajo, pues toca el turno de hablar del pliego de posiciones, el cual como se verá es de singular trascendencia en el desarrollo de la prueba. Pero antes de cualquier punto observemos la definición de Guillermo Cabanellas, el cual en su diccionario enciclopédico de derecho usual, define al pliego de posiciones como el “Escrito que contiene la serie de preguntas a cuyo tenor una de las partes exige que sea interrogada la otra, bajo confesión judicial. Conjunto de preguntas sobre las cuales pide un litigante que declare el otro, bajo juramento, y como prueba del juicio pendiente entre ambos; la confesión judicial (v.), sin más.

Estas preguntas han de articularse por escrito, en el llamado *pliego de posiciones*, con libertad en el juez para rechazar las que no sean pertinentes. Las

²² Kielmanovich, Jorge L. *Medios de Prueba*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990. p. 295.

diligencias en que se formulan y contestan (pues el silencio, así como las evasivas, poseen en principio el valor de reconocimiento de lo desfavorable para quien calla o rehúye contestar), se denomina *absolución de posiciones*.

Las preguntas suelen redactarse comenzando así: “Jure y confiese como es cierto que...”.

Absolver las posiciones. Proceder a la prueba judicial en que las partes, con iniciativa en el cuestionario, pero con diligenciamiento judicial, pretende que el adversario reconozca una serie de hechos y circunstancias en principio desfavorables para quien confiesa.”²³

Aunque es basta la perspectiva de Cabanellas es imprescindible hacer algunos comentarios. Si bien es cierto que el pliego de posiciones es relevantes dentro de juicio, debe dejarse en claro desde ahora que dentro de los supuestos marcados por la legislación procesal del Distrito Federal, se puede prescindir del pliego de posiciones y sustituir por posiciones orales al momento de celebrada la audiencia de pruebas.

Dentro del sistema jurídico italiano, se identifica a la figura en estudio como el interrogatorio, y Lessona lo define así: “El interrogatorio, en sentido lato, se puede definir como la pregunta que el juez dirige a una parte a instancia de la otra, o, en casos excepcionales permitidos en la ley por su propia autoridad.”²⁴

El pliego de posiciones, como la mayor parte de la prueba confesional, tiene su razón de ser en los antecedentes de los sistemas jurídicos que a la fecha prevalecen. Así pues, en el caso del sistema romano-germánico, en el periodo formulario, se anotaban la postura de cada parte, y de inicio el Juez cuestionaba a cada parte en busca de la verdad; pero con el tiempo se permitió que las partes

²³ Cabanellas, Guillermo. *Op. Cit.* p. 276 y 331.

²⁴ Lessona Carlos, *Op. Cit.* pp. 483 y 484

fueran las que cuestionaban a sus adversarios, presentándose que con frecuencia las preguntas eran presentadas por escrito y el juez admitía o no dichos cuestionamientos.

El pliego de posiciones es el documento en el cual las partes plasman los cuestionamientos afirmativos y precisos, referentes a un solo hecho controvertido y propio de su adversario y carente de insidia.

Debe insistirse que por el hecho de que las partes hagan contener determinadas posiciones en el pliego, eso indique que serán las únicas que serán absueltas o estén en posibilidad de ello; pues en diversas legislaciones, como la nuestra se permite a las partes formular posiciones orales, para lo cual deberá comparecer el oferente de la prueba o persona facultada para esos fines.

Hay un punto de coincidencia entre la prueba testimonial y la prueba confesional, es el hecho de que en el fondo se refieren a la declaración que se efectúa dentro de juicio. Sin embargo difieren por el hecho de quien rinde ese testimonio; pero aún más difiere desde la forma de plantear los cuestionamientos.

Estas diferencias elementales entre el pliego de posiciones y el interrogatorio; las explica Mateos Alarcón con dos aspectos, "1º en que los interrogatorios se emplean en los juicios civiles para el examen de testigos, y en forma dubitativa; 2º que en las posiciones sólo se emplean para el examen de los contendientes y en forma afirmativa, motivo por el cual sostienen los tratadistas que el autor de las posiciones confiesa y afirma los hechos que en ella se refieren."²⁵

Compartimos esta opinión, aunque podríamos sumar que la diferencia radical es que en el interrogatorio a testigos las preguntas son abiertas, por su

²⁵ Mateos Alarcón, Manuel, *Op. Cit.*, p.53.

parte en el pliego de posiciones las preguntas son estructuradas de tal forma que sólo se obtenga como respuesta un “sí” o un “no”.

2.2 Evolución histórica universal

Como se aprecia la figura en estudio se centra desde luego dentro la perspectiva de nuestro sistema jurídico; sin embargo es imprescindible pretender elaborar un análisis que se ostente como detallado, sin tomar en cuenta al menos las cuestiones más relevantes en otros países; por ello en este apartado se explica un poco de la regulación en sistemas países de gran influencia en la legislación vigente y aplicable en nuestros días; tal es el caso de Roma y su aportación histórica en cuanto al sistema jurídico; o España con aportaciones de figuras jurídicas en las leyes aplicables principalmente en tiempos de la colonia; o Francia y sus aportaciones por medio del Código Napoleónico; en fin este esquema se escogió por su alta influencia, para configurar el sistema actual.

2.2.1 Roma

En la legislación Romana, se observa que se utilizaba el sistema de la provocación, que efectuaba el pretor al interrogar a las partes que ante el acudían a efecto de dirimir una controversia, allegándose de elementos para emitir la fórmula correspondiente.

Lo anterior es confirmado por Manuel Mateos Alarcón al apuntar “Todos los jurisprudencias hacen derivar este sistema para obtener la confesión de los primitivos tiempos de la legislación Romana, cuando en la primera parte del juicio el Pretor interrogaba a los contendientes a fin de adquirir los datos necesarios para dictar la fórmula; y cuando cambió la forma de los juicios entonces fue sustituida la *interrogatio in jure*, como se le llamaba, por la *interrogatio in iudicio*,

por la cual el demandado podía ser interrogado sobre todos los puntos perjudiciales relativo a sus relaciones personales, tanto por el juez como por su adversario.”²⁶

Como observamos, el autor explica el momento en que la confesión judicial, paso de ser una herramienta del juzgador, a un medio de convicción operado por el adversario. Y es que al momento de permitir al contendiente interrogar a su contrario, se deja atrás la etapa en que el pretor cuestionaba a las partes, únicamente para respaldar su veredicto.

En cuanto a los efectos de la confesión y sus orígenes en el derecho Romano, Carlos Lessona señala: “Ya hemos visto que la confesión judicial en el derecho romano tenía efectos mayores que en el derecho moderno, cuando se hacía *in iure*. Entonces no era menester la sentencia del *iudex*: la confesión producía desde luego los efectos de cosa juzgada...En Roma prescindiendo de muchas cuestiones discutidas, pero de puro valor histórico, debe notarse que el interrogatorio tuvo siempre grandísima importancia. En tiempo de las *legislaciones*, buena parte del juicio era un diálogo entre las partes; en el sistema de las *formulae*, las preguntas y contestaciones no eran elementos propios del juicio, sino medios de probar lo que en la fórmula se prevenía e insertaba, o sea actos de procedimiento que precedían a la *litis contestatio*. El actor, ante el Magistrado, proponía al contrario la demanda, y aquél que tenía la facultad de admitirla o no, si la admitía ordenaba al demandado responder. Había casos, sin embargo, en que la *interrogatio in iure* no se podía dejar de admitir; así sucedía por ejemplo, en el caso de la acción noxal, *de pauperie*, *de peculio*, *legis Aquiliae*, *revindicationis*, en las de vecindad de posesión para conocer el título con que poseía el demandado en la *haereditatis petitionem*, para averiguar *qua ex parte heris sit*, aquel que era demandado; la edad misma del demandado podía ser objeto del interrogatorio; en fin, el actor y el Magistrado podían indiferentemente interrogar. En el procedimiento justiniano, venidas a menos las *actiones interrogatiariae* (L.

²⁶ Mateos Alarcón, Manuel, *Op. Cit.*, p.51.

1, *De interrog.*, XI, 1), perduraron las *interrogationes*; pero sólo para suministrar la prueba de hecho, para excitar al adversario a la confesión. Estas *interrogationes*, que ya se practicaban *in iudicio*, perduran, pues, aun luego que cesó la distinción entre el procedimiento *in iure* e *in iudicio*.²⁷

Es importante apuntar que dentro de los antecedentes remotos de la confesión, también el derecho romano aporta una figura que aunque en desuso, guarda estrecha relación con la figura en desarrollo. Nos referimos al *instituto de las acciones interrogatorias*, la cual estaba inserta en el Digesto XI, I,1&1; así lo ilustra Eduardo J. Couture, al citar la glosa de Gregorio López; “Dice la glosa de Gregorio López: “En el título del *Digesto, de interro. Act.* Se trata también de esas preguntas que hoy han dejado de estar en uso, según Especul. Tit. *De interrog. Quoe fixunt ante lit. contest, col. 2* y se da lugar a ellas aun después de contestados el pleito, como dice Albert a la 1.1 D. d. tit. Hacia el fin. Y el que se manifestare contumaz a contestar semejantes preguntas se considera que las ha negado, I,II.4, D, d. tit.,. Y V. Bald. a la 1. Unic. Col. 19. C. de *confes.*”²⁸

Como se aprecia en el sistema romano evolucionó el simple interrogatorio hasta perfeccionar los cuestionamientos para las partes. De inicio las elaboraba el juez, situación que en la actualidad en casos específicos se puede repetir esta situación, aunque la lógica natural es que las formulen las partes.

2.2.2 Francia

Entre los antecedentes del derecho francés, se encuentran los correspondientes a la Edad Media, periodo en el cual las reglas de Derecho Canónico encontraban vigencia. Es precisamente en este sistema que se identifica la figura del juramento de calumnia.

²⁷ Lessona, Carlos, Op. Cit., pp. 485 y 486.

²⁸ Couture, Eduardo J., *Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen 2 Jurídica Universitaria, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Costa Rica 2001. p. 177.

Respecto de esta figura Mateos Alarcón explica "...el sistema interrogatorio alcanzó el desarrollo y la influencia que en la prueba tiene en la actualidad. Según los preceptos del derecho Canónico, al iniciarse el juicio cada uno de los litigantes debía jurar, el actor que la causa que sostenía era justa; y el demandado que tenía un justo motivo para combatir la acción contra él intentada. A este juramento se le llamaba de calumnia."²⁹

Este juramento posteriormente sería acoplado a la prueba confesional y tenía como base la creencia divina, en la que las partes en caso de actuar con falsedad se atenderían a la sanción divina.

Siguiendo en los lineamientos del derecho Canónico, otra figura importante sirve de antecedente a la confesión, hablamos por supuesto del juramento de malicia. Éste consistía en el acto por el cual las partes pese a haber jurado al génesis de su contienda, volvían a jurar en las etapas subsecuentes de la controversia, atendiendo a la posibilidad de que se condujeran con falta de probidad, acto que se verificaría cuantas veces se requiriera, atendiendo a sus propios actos.

Para mayor claridad en esta idea apuntaremos el comentario de Mateos Alarcón respecto del juramento de malicia, de la siguiente forma: "Pero los canonistas estimaron que los litigantes que habían prestado juramento al iniciarse el juicio, podrían creerse desligados de él en los actos posteriores y obrar de una manera desleal; y para precaver esta contingencia creyeron encontrar un remedio exigiéndoles el juramento llamado de malicia, antes o después de la contestación de la demanda, tantas veces cuantas se presuma que obran maliciosamente. Estimaron igualmente que ligados los hombres por la religión de estas especies de juramentos, jamás faltarían a la verdad cuando fueran interpelados acerca de los

²⁹ Mateos Alarcón, Manuel, *Op. Cit.*, p.51.

hechos sobre que versan las contiendas judiciales, aun cuando sus contestaciones les perjudicaran.”³⁰

Ahora bien el sistema jurídico francés en tratándose de la confesión presenta esta peculiaridad que explica Carlos Lessona: “En el derecho francés la cuestión es sumamente importante, porque la confesión extrajudicial diferenciase dentro de él, de la judicial, no sólo en que su valor probatorio, que el Código no decide, es muy disputado entre los autores, sino, además en que se sostiene que la confesión extrajudicial no es indivisible...”³¹

2.2.3 España

En la península ibérica, un ordenamiento legal sirvió de inspiración a diversos países iberoamericanos; hablamos en concreto de la Ley de las Siete Partidas. Este ordenamiento legal contempla diversas figuras procedimentales, sobre todo en materia de prueba, lo cual repercute en el medio de convicción en estudio.

Gonzalo Armienta Calderón, nos explica la importancia de las siete partidas, en específico de la partida tercera, en el procedimiento, es así que afirma:

“La Tercera Partida contiene toda la legislación procesal. Al respecto, nos dice Ignacio Medina Lima, que “la Tercera Partida es la *`que habla de la justicia, de cómo se ha de hacer ordenadamente en todo lugar por palabra de juicio et por obra de fecho´*. En ella se contienen disposiciones, definiciones y principios de Derecho judicial y procesal”. En la Tercera Partida, además, se recogen los principios que informaron el proceso romano-canónico, y dieron lugar a un proceso

³⁰ *Idem* p.51.

³¹ Lessona, Carlos, *Op. Cit.* p. 459.

lento, escrito y formalista, en el cual proliferaban los incidentes y los recursos, con diversas fases cerradas y preclusivas, así como un sistema de prueba tasada. La Partida Tercera es, en esencia, una reproducción del derecho procesal del *Digesto*, matizado con la experiencia del Derecho español.”³²

2.2.4 Italia

Obviamente al referirnos a los antecedentes del derecho Italiano, debemos de atender inmediatamente al Derecho Romano, es por ello que en este apartado hacemos referencia al estado más reciente que guarda el derecho italiano.

En este orden de ideas, Carlos Lessona, explica el concepto de la prueba judicial en el sistema jurídico procesal Italiano; y es así que afirma:

“Es confesión judicial toda aquella que se hace ante un Juez, aunque sea incompetente (art. 1.356, Cód. civ.) (a).

Si se atiende a la *forma* de la declaración que la constituye, se clasifica en *expresa* y *tácita*; si al *estímulo*, que importa no confundir con la causa, se divide en *espontánea* (que siempre se expresa) y *provocada* (expresa o tácita).

Con arreglo a nuestra legislación, no puede ser hecha la confesión ante Juez incompetente, pues según previene el art. 1.235 del Código civil, para que sea eficaz, debe prestarse ante Juez competente, y escusado es decir que debe entenderse por tal al Juez que conozca del pleito o aquel a quien éste diere comisión en su caso para la práctica de la diligencia, conforme a los arts. 255 y 592 de la ley de Enjuiciamiento civil.

³² Armienta Calderón, Gonzalo M. *Op. Cit.*, p. 19.

Dicho requisito era también exigido por nuestras antiguas leyes, y entre ellas por la ley 4^a, tít. 13 de la Partida 3^a, y por la 2^a, tít. 9^o y 4^a, tít. 28, ambas del libro 11 de la Novísima Recopilación.

En anteriores notas hemos dicho ya que nuestros tratadistas han distinguido igualmente la confesión en cuanto a su forma en *expresa y tácita*; y también puede dividirse por razón de la causa o *estímulo* que la motiva en *espontánea y provocada*.

Tiene lugar la primera cuando, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 549 de la ley de Enjuiciamiento civil, las partes confiesan o reconocen lisa y llanamente la certeza de alguno de los hechos definitivamente fijados por el colitigante como base de la litis; y, por el contrario, o de oficio, por acuerdo del Juzgado o Tribunal que conociere del asunto adoptado para mejor proveer, en uso del derecho concedido en el art. 349 de la citada ley procesal.”³³

Este mismo tratadista explica la forma en que al sistema jurídico italiano se incorporaron las posiciones como medio de prueba.

“En el derecho común, según la docta demostración de Michalori, surgieron las *positiones* o por creación de del derecho canónico, o por costumbre confirmada por éste; y con las *positiones* conservaron las *interrogationes*. ...En el derecho común coexisten las *interrogationes* y las *positiones*, pero teniendo éstas a prevalecer, aunque en su origen constituyeron una especie de la primera. Los escritores más antiguos distinguían las *interrogationes* ante *litem contestatam* y *post litem contestatam*, imitando y adoptando la distinción romana entre *interrogatio in iure e in iudicio*.

Las dos especies diferían en varios aspectos. Las primeras servían para preparar la acción; las segundas para determinar la materia de la prueba que debe

³³ Lessona, Carlos, *Op. Cit.* pp. 416 y 417.

prestar la parte interrogante según el éxito de la respuesta. Las primeras, por consiguiente, sólo las podía proponer el actor; las segundas las podía proponer también el demandado. Las primeras tenían por objeto algunas materias especiales; las segundas cualquier hecho discutido. La confesión emitida a consecuencia de las primeras tenía carácter convencional; la emitida en cuanto a las segundas significaba que el confeso *pro convicto habetur*, esto es, la confesión tenía carácter probatorio.

Ahora bien: las *interrogationes post litem contestatam* no tardaron en convertirse en las posiciones, y las *interrogationes ante litem contestatam* desaparecieron casi por completo, conservándose sólo, en posición enteramente secundaria, con las *interrogationes* que podía dirigir el Juez, si bien incluso a instancia de parte, y hasta después de la contestación del pleito, pero sólo sobre puntos especiales.”³⁴

Característica peculiar de las *positio* fue el juramento al que debían estar sometidas las partes, situación que resalta el propio Lessona, y expone; “Característica de la *positio* es el juramente. (sic) *Qui ponit* debe afirmar positivamente un hecho –y no expresar una duda como el *interrogans*- y debe responder con juramento al interrogatorio. Micalorio, más severo que sus predecesores, si consiente que *qui ponit* se refiera al precedente *iuramentum calumniae*, exige de *ille qui respondet* un juramento especial de verdad.

La *positio* difería del juramento decisorio en que no tenía por objeto un hecho decisivo, sino sólo un hecho importante; y en que el *ponens* podía siempre probar de otro modo sin afirmaciones.”³⁵

³⁴*Ibidem* p. 486.

³⁵ *Ibidem*, p. 486 y 487.

2.3 Evolución histórica en México

Manuel Mateos Alarcón al explicar que la denominación de *posiciones* es atribuible al derecho Canónico pues así se conocía a los cuestionamientos efectuados entre los litigantes sobre la veracidad de los hechos; figura que fue adoptada por diversos sistemas jurídicos; resultando de esta forma su adopción en nuestro orden jurídico, explicando que "...institución jurídica que mereció la sanción de la leyes civiles y que ha sido reproducida y que esta reglamentada por el Código de Procedimientos aunque sustituyendo el juramento por la protesta de decir verdad; porque según el art. 4º de las adiciones y reformas a la Constitución de 1857, publicadas en 25 de septiembre de 1873, la simple promesa de decir verdad sustituye al juramento religioso con sus efectos y sus penas; y según el art. 21 de la Ley Orgánica de 14 de diciembre de 1874, que produjo el mismo precepto, la protesta es un requisito legal cuando se trata de afirmar un hecho ante los tribunales."³⁶

Esta lógica es entendible pues tan sólo con mirar los cuerpos legales que han servido de sustento para nuestra legislación vigente deriva del sistema romano-germano, en los cuales los fundamentos del derecho canónico permitieron el desarrollo de la confesión tal y como se contempla hoy en día.

2.3.1 Antecedentes al Código de 1932

Los antecedentes de la legislación procesal vigente se remonta a tiempos de la colonia, con la recepción de la legislación española. Antes de esto los juicios, al menos entre los aztecas, eran orales; así lo apunta Armienta Calderón al afirmar: "Los juicios eran orales, fundamentalmente porque en su tramitación

³⁶ Mateos Alarcón, Manuel, *Op. Cit.*, p.52.

privaban los principios de celeridad y expeditéz, concentración procesal y limitación de los recursos”³⁷

Durante la colonia el sistema de administración de justicia fue bajo el mismo modelo de España, hasta 1680 donde una recopilación de leyes denominada Leyes de Indias se determinó la supletoriedad del derecho español, es el mismo Armienta Calderón que ilustra, “La recopilación de Leyes de Indias publicada en virtud de la Real Cédula de Carlos II, de 18 de mayo de 1680, dispuso que en los territorios sujetos a la soberanía española se considerara como supletoria de dichas leyes el derecho español, con arreglo a orden de la prelación establecida en las Leyes de Toro.”³⁸

Pasado el periodo colonial, la legislación actual se empezó a gestar, conservando en gran medida disposiciones de la legislación española, hasta que después de varios intentos se configuró la legislación procesal propia emanada en ocasiones del poder ejecutivo o bien del trabajo de los legisladores mexicanos.

Gonzalo Armienta reseña dicho proceso de la siguiente manera: “Como es sabido, la proclamación de Independencia de México no surtió el efecto inmediato de suprimir la vigencia de las leyes españolas, por lo que después de la misma, siguieron aplicándose: la Recopilación de Castilla, el Ordenamiento Real, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y la Ley de las Siete Partidas. La Ley de 23 de mayo de 1837 ordenó que los procesos se regularan de acuerdo con aquellas leyes, en tanto no fueran contrarias a las instituciones nacionales.

Así pues, posteriormente, la Ley de Procedimientos, expedida el 4 de mayo de 1857 por el Presidente Comonfort, tomó del acervo procesal español la mayor parte de sus instituciones, siendo hasta el año de 1872 que se promulgó el primer Código de Procedimientos Civiles. Siguiendo a éste, el de 15 de septiembre de

³⁷ Armienta Calderón, Gonzalo M. *Op. Cit.*; p. 20.

³⁸ *Ibidem*; p. 21.

1880 y el de 15 de mayo de 1884. Estos códigos nutrieron a la legislación procesal civil vigente en todas las entidades que integran la Federación Mexicana, hasta la publicación del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales de fecha 29 de agosto de 1932. Debemos también señalar la expedición de los códigos federales de procedimientos civiles de 6 de octubre de 1897 y 26 de diciembre de 1908, hasta la promulgación del Código de 31 de diciembre de 1942, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 24 de febrero de 1943.”³⁹

Desde la perspectiva de Eduardo Pallares, el código vigente después de una serie de transformaciones culminó por ser una obra jurídica innovadora y de gran valor, esto al aseverar: “Los códigos de Procedimientos Civiles de 6 de octubre de 1897 y de diciembre de 1908, siguieron una orientación doctrinal semejante a la de los códigos locales anteriores al vigente para el Distrito Federal y Territorios. El que en la actualidad rige en esta materia, de 31 de diciembre de 1942, refleja las doctrinas de los procesalistas modernos, advirtiéndose, al través de su articulado, la intención de quienes lo redactaron de hacer una obra innovadora. Propósito relativamente logrado, no obstante el empeño que, sin duda, se puso en alcanzarlo. Acerca de estas innovaciones no estaría fuera de lugar declarar que no todo lo nuevo es indeclinablemente bueno y que, en materia de legislación, abandonar el camino propio para seguir el extraño no ha sido nunca una actitud de acuerdo con el sentido de discreción y de medida que corresponde tanto al legislador como a sus asesores y colaboradores.”⁴⁰

³⁹ *Ibidem* p. 21 y 22.

⁴⁰ Pallares Portillo Eduardo, *Op. Cit.* p. 147.

2.3.2 Código de 1932

El Código de Procedimientos Civiles vigente, fue promulgado el 29 de agosto de 1932, aunque de inicio se publicó bajo la nomenclatura de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, por el transcurso del tiempo dicho código ha sufrido reformas en casi todo su contenido; pero por el momento, nos ocuparemos de mencionar lo relativo a la prueba confesional.

Las disposiciones relativas a la probanza en estudio, han sufrido modificaciones, distando en parte del texto original; en primer lugar se debe mencionar que en un principio la prueba se regulaba en el *TÍTULO V*, denominado *DE LA PRUEBA* y se desarrollaba en doce capítulos; dicho título, como se advierte desde la nomenclatura, trataba exclusivamente lo relativo a la figura de la prueba. En la actualidad el código vigente regula lo relativo a la prueba en el *TÍTULO SEXTO*, denominado *DEL JUICIO ORDINARIO*, el cuál comprende nueve capítulos, los cuales el *CAPÍTULO II, III Y IV*, éste con diez secciones; son los que contienen la disposiciones relativas a la prueba.

Una de las principales divergencias entre el código original y el vigente se presenta en cuanto al reconocimiento de los medios de prueba; así tenemos que el artículo 375 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales a la letra ordenaba:

Art. 375.- La ley reconoce como medios de prueba:

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

VIII.Presunciones.

Por su parte, la legislación vigente en su numeral 289 cambia el sistema y no limita los medios de convicción al establecer que son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos.

En tratándose de la prueba confesional en particular, tanto el texto original como el vigente, regulaban de forma idéntica la probanza en estudio, variando únicamente algunos aspectos que son dignos de resaltarse.

En primer término, el texto original distinguía la confesión judicial de la extrajudicial; radicando la diferencia en la competencia; así tenemos que la primera se efectuaba ante juez competente, ya al contestar la demanda, ya absolviendo posiciones; y la segunda ante un juez incompetente. Esto estaba ordenado en los artículos 401, 402 y 403.

Otra divergencia importante se presenta entre los dos textos, al momento del ofrecimiento, mientras que en la legislación vigente ordena que desde los escritos de demanda y contestación a la demanda y hasta diez días antes de la audiencia de pruebas, se podrá ofrecer la de confesión. En cambio el texto original ordenaba que todo litigante está obligado a declarar bajo protesta, en cualquier estado del juicio, y contestada la demanda, hasta la citación para sentencia, cuando así lo exigiere el contrario, sin que por esto se suspenda el curso de los autos. En los mismos términos podrían articularse posiciones al abogado y al procurador sobre hechos personales y que tengan relación con el asunto.

Por otro lado en el texto vigente se suprimió una disposición que se contemplaba en un principio, para el caso de que el absolvente estuviera ausente; el juez libraría el correspondiente exhorto, acompañando cerrado y sellado el pliego en que consten las preguntas; pero del cual deberá sacar previamente una

copia, que autorizada conforme a la ley con su firma y la del secretario, quedará en la secretaria del tribunal.

El efecto perjudicial de la confesión para quien la hace, era una regla que el texto original no soslayaba, al ordenar que la confesión judicial sólo produce efecto en lo que perjudica al que la hace, no en lo que le aprovecha.

Una de las divergencias significativas entre los dos textos, se presenta al analizar lo relativo a la citación del absolvente, ya que según el texto primitivo, era indispensable que el oferente presentara el pliego de posiciones, para proceder a citar al absolvente, esto atento a lo que dispone el artículo 416 original. En tanto que en el texto vigente, ordena que es menester tan sólo pedir la citación independientemente de la presentación del pliego pues incluso puede no ser presentado y formularse oralmente las posiciones; todo esto atento a lo dispuesto por el artículo 292.

En el texto original se permitía al absolvente la incomparecencia por una ocasión, en este caso se le debía citar por cédula apercibido que en caso de no comparecer sin justa causa sería declarado confeso; por así ordenarlo el artículo 418. Esto no ocurre así en el texto vigente, ya que actualmente el artículo 309 dispone que el que haya de absolver posiciones será citado personalmente, a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso.

Al observar en específico el desahogo de la prueba confesional, apreciamos de nueva cuenta una variación en cuanto a lo establecido entre los textos en análisis, así apreciamos que antiguamente primero se interrogaba al absolvente y finalizada la diligencia éste procedía a firmar dicho interrogatorio. En cambio actualmente, el código de procedimientos civiles dispone que si el citado a absolver posiciones comparece, el juez abrirá el pliego si lo hubiere, e impuesto de ellas, las calificará y aprobará sólo las que se ajusten a los dispuesto por los

artículos 311 y 312. en seguida el absolvente firmará el pliego de posiciones, antes de procederse al interrogatorio.

Para que el absolvente fuera declarado confeso, el texto anterior permitía que tal petición fuera formulada durante prácticamente todo el proceso en primera instancia, Sin embargo en la actualidad la posibilidad se encuentra limitada al momento de la diligencia o tres días después, tal y como se ordena en el artículo 323.

El auto que declara confeso al absolvente, siempre ha admitido recurso de apelación, sólo que, en el texto primitivo dicho recurso era admitido en ambos efectos, o sea con suspensión de procedimiento. Actualmente la tramitación de dicho recurso es reservada y condicionada a la apelación que se pueda formular de la sentencia definitiva.

Finalmente observamos dos disposiciones que no se encuentran vigentes, pero que si apreciamos en el texto original; en primer lugar tenemos que en el artículo 436 se señalaba que se daría traslado de la confesión a quien la hubiera solicitado, mismo que podría solicitar se repitiera la misma para aclarar lo que no se haya contestado categóricamente; dicho artículo era del siguiente tenor:

Art. 436.- De toda confesión judicial se dará traslado sin dilación al que la hubiere solicitado, si lo pidiere, quien podrá pedir se repita para aclarar algún punto dudoso sobre el cual no se haya respondido categóricamente, ó que se declare confeso al colitigante si se halla en alguno de los casos de que habla el art. 430.

En segundo lugar encontramos que el artículo 437, contemplaba la confesión del adversario por medios distinto al interrogatorio, aunque lo regulaba

de forma confusa, pues limitaba dicha confesión al papel del demandado; pues expresaba el supuesto de confesión al contestar la demanda, salvando en parte tal circunstancia al expresar “o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial”, exigiendo como requisito la ratificación de dicha confesión.

Art. 437.- Cuando la confesión no se haga al absolver las posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, el colitigante podrá pedir y deberá decretarse la ratificación. Hecha ésta, la confesión queda perfecta.

2.3.3 Opinión doctrinal

En nuestro sistema jurídico la prueba confesional dentro del procedimiento civil, ha permanecido dentro de los medios de prueba admitidos por la ley, conservando una importancia de peso, llegando a considerarla por diversos tratadistas como la prueba reina. En un inicio los medios de prueba eran regulados atendiendo al sistema de prueba tasada; para posteriormente acoplar el sistema mixto, en virtud de que si bien es cierto el texto legal no enumera los medios de prueba admisibles, si regula la forma de desahogo de algunos de ellos y que fueron acogidos en forma de lista por el texto original del código procesal vigente, aunado a que el propio cuerpo legal admite todos aquellos que generen convicción en el juzgador.

Respecto de la reforma que permitió suprimir el listado y dar paso a cualquier medio que genera convicción Rafael de Pina asevera, “El artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su versión anterior a la reforma de 1986, reconocía los medios de prueba siguientes: a) Confesión; b) Documentos públicos; c) Documentos Privados; d) Dictámenes

periciales; e) Reconocimiento o inspección judicial; f) Testigos; g) Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de las ciencias; h) Fama pública; i) Presunciones, y j) Los demás medios que produzcan convicción en el juzgador.

El citado artículo 289 en su texto vigente establece simplemente que son admisibles como medio de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos.

En relación con el texto original se comentaba: El legislador mexicano ha formulado una enumeración tan completa de los medios de prueba que difícilmente se hallará fuera de 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.

La fracción X del artículo 289 del código citado es, en realidad, superflua, dado que en las anteriores se enumeran todos los medios de prueba imaginados e imaginables.⁴¹

Desde nuestra óptica la redacción actual es la más adecuada, pues no hay un listado del que el juzgador pueda a rigor admitir únicamente los medios de prueba ahí listados, dejando de lado otro tipo de elementos que le pudieran allegar el esclarecimiento de la verdad. Obviamente el Juez deberá respetar la regla general de que no son admisibles los medios de prueba que lleguen a ser contrarios a la moral y las buenas costumbres.

La postura tomada por la redacción actual del código adjetivo del Distrito Federal, permite que la solución del conflicto materia del proceso se acerque con

⁴¹ De Pina Rafael/ José Castillo Larrañaga, *Op. Cit.* pp. 294 y 295.

mayor facilidad a la verdad legal y material, pues en la practica el elemento de certeza respecto de la existencia o no de determinado hecho o la procedencia o no de determinada prestación, puede proceder de un elemento de convicción distinto a los medios tradicionales admitidos y hasta listados en algún tiempo por el código; no debe dejarse de lado que la tecnología ha evolucionado aceleradamente y como es sabido el derecho tiene que adaptarse a la realidad social pues esta por regla general avanza más rápido.

Para nuestro estudio debe recordarse que aunque se dejo de lado el listado de los medios de prueba, la regulación de mucho de éstos permanece, lo cual consideramos adecuado, puesto que sirve de guía al juzgador en cuanto a su desarrollo y no a condicionarlo a su admisibilidad. Sin embargo si permanecemos inconformes en cuanto a que en la confesional no proceda el recurso de apelación en contra de la calificación del pliego de posiciones, tema que será abordado más adelante.

Hasta aquí termina el segundo capítulo del presente estudio en el cual se profundizo en la prueba confesional en un panorama particular, observamos que los conceptos gramaticales no hacen sino esbozar la idea del origen de esta prueba; pues se remite a la confesión entendida como poner al descubierto un hecho de difícil admisión; y que para efectos jurídicos se puede lograr no sólo por medio de los cuestionamientos del oferente de la prueba, sino que también se puede producir espontáneamente de forma verbal o escrita, ante la presencias judicial o sin ella.

Se observo que las posiciones son los cuestionamientos en sentido afirmativo respecto de un hecho controvertido, propio del absolvente y libre de insidia; las cuales se pueden plasmar en por escrito o bien formularse de forma oral y una vez que son calificadas por el juzgador, serán reproducidas al absolvente para su contestación.

Se habló también del pliego de posiciones, el cual es el documento que contiene los cuestionamientos de las partes a su adversario en forma que determine su postura a ser admitida o negada por el pasivo de la prueba. Este pliego, puede o no figurar en el desahogo de la prueba confesional, pues en nuestra legislación se permite ofrecer la prueba sin la presentación del pliego, debiendo el oferente comparecer el día y hora señalados a expresar oralmente sus posiciones.

Ha quedado asentado que la prueba confesional fue evolucionando dentro del derecho romano, en donde el juzgador en el proceso formulario cuestionaba a las partes en busca de la verdad; llegado el punto en que se permitió a las partes cuestionarse respecto de las posturas controvertidas con intervención del a quo. Este sistema se fue transmitiendo en el resto de los países que acogieron los lineamientos del derecho romano; encontrando la prueba en estudio un punto de consolidación dentro del derecho canónico.

Es en el derecho canónico donde la confesión toma tintes de solemnidad, pues el absolvente debía protestar conducirse con verdad, o arriesgarse a cometer pecado y ser acreedor a una sanción divina. Llegado el punto en que las instituciones religiosas se desvincularon con los órganos de justicia, el juramento divino fue sustituido por la protesta de conducirse con verdad.

Por último observamos que la prueba fue acogida por nuestro sistema jurídico por tradición de los ordenamientos jurídicos acogidos desde la conquista y posteriormente la colonia; en donde una réplica de la legislación aplicada en España era aplicada en nuestro país; al paso de los años y con la conformación de la legislación propia, básicamente se preservaron las instituciones jurídicas fundamentales de la legislación española.

CAPÍTULO 3

LA PRUEBA CONFESIONAL EN EL PROCESO CIVIL

3.1 La prueba confesional en particular

En este apartado nos adentramos al análisis específico de la prueba confesional en el campo práctico, o sea, su lugar en el proceso civil. Se exponen los pasos necesarios para su desarrollo en la contienda judicial, así como sus repercusiones en la misma.

La prueba confesional, como se verá, requiere en su desahogo que una de las partes responda sobre los cuestionamientos formulados por su contraria, respecto de ciertos hechos controvertidos. En esta tesitura algunos autores desestiman el que en la confesional se presente como una figura de testimonio en sentido lato; sin embargo también algunos autores refieren desde una concepción menos restringida que la confesión es en parte un testimonio realizado por una de las partes.

Dentro de las posturas que conciben a la confesión como una especie de testimonio, tenemos la planteada por Francesco Carnelutti, el pues manifiesta: “El testimonio es, pues, un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo.”¹

Parra Quijano se suma a esta postura y expone:

“1.- Configura una de las modalidades del testimonio, pero específica, es decir, de quien tiene la calidad de parte en el proceso.

¹ Carnelutti, Francesco, *La Prueba Civil. Como nace el Derecho como se hace el Proceso*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 1993. p. 65.

2.- Debe versar sobre hechos, aunque se pueden hacer afirmaciones jurídicas que significarán narración simplificada de hechos.

3.- Siendo como es testimonio la confesión, como una especie de éste, debe versar sobre hechos pasados.

4.- La confesión puede versar sobre hechos personales del confesante o sobre el conocimiento que tiene de hechos ajenos, pero con la condición de que esos hechos y ese conocimiento le causen perjuicio.”²

El maestro Eduardo J. Couture se opone a esta línea de pensamiento, y explica de manera muy completa que las divergencias que se generan históricamente entre ambas figuras:

“Cuando se trata de averiguar el origen de la prueba de posiciones, se comprueba que fue desconocida en el derecho romano. Más tarde, en el derecho canónico del periodo intermedio, fue que se recogieron algunas prácticas procesales del derecho común medieval, y se fueron elaborando lentamente, por obra de los jurisconsultos, las que hoy conocemos con el nombre de posiciones. La costumbre creó las posiciones, por el uso de dar a la demanda la forma de una aseveración. Fue luego la interpretación de los textos del derecho canónico, reforzado por la interpretación de los textos civiles en materias afines, o tenidos por tales, la que hizo surgir y mantuvo en vigor la doctrina de las posiciones. Engelman recuerda de qué manera esa costumbre, de origen primitivamente germánico, tenía una virtud de que carecían las *interrogationes* romanas. Según ella, las partes eran compelidas ante el tribunal, para eliminar dudas, vaguedades y aclarar los puntos de hecho, ya que su ausencia o su silencio, se interpretaba como asentimiento. Los tribunales italianos no hallaron dificultad en admitir este *procedimiento posicional*, ya que para ello tenían como antecedente similar las *interrogationes in iure* del antiguo derecho.

² Parra Quijano, Jairo, *Op. Cit.* p. 53.

Pero ocurrió aquí lo que frecuentemente sucede frente a dos medios jurídicos de diferente eficacia. El más vigoroso y útil de ellos absorbe y aniquila al menos vigoroso. Las posiciones, con el considerable valor coactivo de la *ficta confessio*, absorbieron y dejaron sin sentido las acciones interrogatorias que, desprovistas de esa considerable eficacia, quedaron en el futuro como un instrumento poco menos que inútil... conviene hoy repasar, con relación a nuestro derecho y en términos modernos, los elementos fundamentales que distinguen una de otras.

a) *Históricamente*. No existe confusión posible entre ambos fenómenos: uno proviene del derecho romano, otro del derecho germánico común. La subsistencia actual de ambos, sólo se justifica por eso largos e inexplicables arrastres históricos que dan a ciertos fenómenos jurídicos una especie de sobrevida muy superior a la de su existencia normal.

b) *Dogmáticamente*. Interrogación y posiciones, parten de dos supuestos antagónicos. La interrogación supone las dudas del actor, que no sabe a quién demandar. La posición supone la certeza del ponente que no duda de lo que afirma y sólo aspira a que lo confirme el absolvente. A tal punto, que, como en el derecho inglés, la doctrina y la jurisprudencia, consideran las posiciones como afirmaciones válidas del ponente.

c) *Prácticamente*. Los resultados de ambos medios son antagónicos. Las posiciones tenidas por absueltas en rebeldía suponen confesión. Se supone que el citado a absolver, consiente o confirma las proposiciones del ponente. En cambio, en las interrogaciones, no puede darse nada por confirmado.”³

Para nosotros la postura adecuada es aquella que no reconoce la confesión como una especie de testimonio, esto desde un estricto punto de vista jurídico, y es así porque si se analiza la confesión como tal es una simple admisión de un hecho o acto afirmado por la contraparte. Y tal vez se pueda sostener que por el hecho de que una de las partes en el caso de la confesión a través de la

³ Couture, Eduardo J., *Op. Cit.* p. 333 y 334.

absolución de posiciones ante la presencia judicial, se entienda como una declaración; debe tenerse en cuenta que la pretendida declaración sólo se remite a expresar una respuesta afirmativa o negativa según sea el caso, lo cual dista sobremanera de un testimonio auténtico en el cual se narren los hechos que le constan a la persona que rinde su testimonio.

El absolvente no verifica un ejercicio como tal de narrar los hechos que le consten, por el contrario, escucha la postura de su contrario y admite o niega el hecho; en todo caso en un careo procesal de parte, se estaría más cercano a que una de las partes respondiera en forma abierta a cuestionamientos del adversario o del juez, y dicho careo es un presupuesto procesal de la confesional.

En el caso del testimonio el que lo proporciona debe proporcionar circunstancias de tiempo, modo y lugar para aportar ese elemento que pueda conducir a la verdad. En el caso de la confesional, las circunstancias referidas son puestas a los oídos del absolvente y en ese momento las reconoce o desestima.

Otro punto de peso es que la postura que equipara a la confesión al testimonio, es que esta óptica es limitada pues como se sabe la confesión no necesariamente se presenta de manera verbal o expresa, sino que se puede generar tácitamente o por escrito; lo cual no ocurre con el testimonio ya que con el se pretende llegar hasta el juzgador y poner a su alcance los elementos de convicción a través de la narrativa generada por un interrogatorio.

Sirve recalcar que la confesión representa ciertas formalidades desde la articulación de las posiciones, pues deben ser afirmativas, no insidiosas, referir se a un solo hecho propio del absolvente y controvertido por las partes; y en el caso del testimonio este se genera a través de respuestas a preguntas abiertas, condicionadas sólo a referirse a los hechos que les consten a los testigos y se vinculen con la litis.

Sirve para estos efectos puntualizar que el testimonio sólo se presenta ante la presencia judicial, en cambio la confesión se puede lograr por distintos medios; es de gran apoyo la opinión de Kielmanovich el cual considera una significativa clasificación de la prueba confesional. “Atendiendo al lugar donde se produce la confesión, puede distinguirse ella en *judicial*, cuando acontece durante la tramitación del proceso y a través de la realización de un acto procesal o es una consecuencia que se desprende de su omisión (confesión ficta)...En cambio, es *extrajudicial* cuando ella se verifica fuera de los procedimientos judiciales en los que se la intenta hacer valer, supuesto en el cual la misma deberá ser acreditada como cualquier otro hecho, dado que ella, en rigor, no sería un medio de comprobación de los hechos controvertidos, sino un hecho objeto de la prueba.

A su turno y en cuanto a la forma en que se origina, cabe hablar de confesión *espontánea* cuando el reconocimiento del hecho prejudicial responde a la libre determinación e iniciativa de la parte, pudiendo efectuarse sin sujeción a formalidad alguna, aunque en realidad la admisión del hecho prejudicial al contestar la demanda o reconvencción no equivaldría a prueba, como tampoco lo sería la confesión extrajudicial llamada a constituirse en objeto de la misma. Contrariamente, la confesión será *provocada* cuando es realizada a instancia de la parte contraria, sea a través de la absolución de posiciones o del libre interrogatorio de y entre las partes, y a través de este mecanismo también a instancias del juez.

En cuanto a su contenido cabe hablar de confesión *expresa* cuando el hecho es reconocido en forma categórica y directa; mientras que es *tácita* cuando tal efecto se deriva de una actitud precedente del declarante a la cual la ley –o las máximas de la experiencia- le asignan virtualidad probatoria –así, v.gr., el silencio o la respuesta evasiva opuesta a una posición-, la cual, a diferencia de la expresa, puede ser desvirtuada, mediante prueba en contrario.

La confesión podrá ser *verbal* o *escrita*, según que quede o no instrumentada en un soporte material (o según que se exteriorice o practique en una u otra forma), siendo siempre escrita la judicial, espontánea o provocada, en tanto queda documentada... y pudiendo ser verbal o escrita la extrajudicial.

A su turno, y en cuanto al contenido de las respuestas, la confesión puede ser *simple* cuando se reconoce llanamente un hecho o una serie de ellos indisolublemente ligados entre sí, *calificada*, cuando se reconoce un hecho pero se le asigna una significación jurídica diversa que modifica o restringe sus efectos o se introduce otro inseparable de aquél, y *compleja* cuando se reconoce el hecho pero se le opone uno extintivo o modificativo, o impeditivo.

Por último la confesión puede ser *indivisible*, cuando no puede separarse la parte que es favorable de la que no lo es, así, v.gr. en la confesión simple y calificada; y *divisible* cuando puede procederse de tal modo, así. V.gr. en la compleja.⁴

Como se aprecia por estas formas en que la confesión llega al juicio, debe distinguírsele del testimonio, pues sobre el particular consideramos más basta la figura que centra nuestro estudio.

Una postura un intermedia es la planteada por el maestro Devis Echandia quien sostiene: “Uno de los actos procesales que emanan de las partes es su propia declaración ésta es el género y la confesión una de las especies; es decir toda confesión es una declaración de parte, pero ésta puede contener o no confesión... Confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del actor, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el reconocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su

⁴ *Ibidem* pp. 288 a 291.

representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso.”⁵

Como vemos el considera toda confesión como una especie de declaración presentada dentro de juicio; sin embargo consideramos que esta perspectiva es limitada pues se parte de la premisa de que toda confesión surge necesariamente por declaración, negando la posibilidad de la confesión por incomparecencia o por medios escritos, supuestos que por su puesto no guardan relación con la declaración de una de las partes. Como se insistió consideramos que el caso del careo procesal o bien la declaración de parte si puede vincularse a los testimonios por la forma en que se desarrollan, pues consisten en reproducir verbalmente al juez hechos o circunstancias del conocimiento del declarante, sin que esto se observe en la confesional.

3.2 Etapa de ofrecimiento

El artículo 290 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ordena que el juicio se abrirá a prueba por un término común de diez días, el mismo día o a más tardar el día siguiente, en que haya tenido verificativo la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales, siempre que no se haya resuelto el juicio en dicha diligencia.

Ahora bien, el artículo 308 a la letra ordena:

“Artículo 308.- Desde los escritos de demanda y contestación a la demanda y hasta diez días antes de la audiencia de pruebas, se podrá ofrecer la de confesión, quedando las partes obligadas a declarar

⁵ Devis Echandía, Hernando; *Compendio de la Prueba Judicial*; Tomo I Rubinzal-Culzoni Editores; Buenos Aires, 2000. p. 284

bajo protesta de decir verdad, cuando así lo exija el contrario...”

En este orden de ideas se entiende que la prueba confesional se podrá ofrecer desde el planteamiento de la litis, o sea al demandar, al contestar, al reconvenir y al contestar la reconvenición; de igual forma se podrá ofrecer en el plazo común otorgado a las partes, y hasta diez días antes de la celebración de la audiencia de pruebas; no resultando indispensable la exhibición del pliego de posiciones, ya que como ordena el artículo 292 del cuerpo legal en cita, la misma será admitida aún con la ausencia del mencionado pliego.

Si las partes desean que la parte absolvente comparezca y responda a los cuestionamientos bajo protesta de decir verdad deberá solicitarlo así desde el momento en que ofrezca la probanza.

Consideramos ocioso que las partes tengan que solicitar se proteste al absolvente, pues por ser el juicio un proceso seguido ante la fe de un servidor público como lo es el juzgador, debería entenderse forzoso que cualquier parte que intervenga en dicho proceso se tenga que conducir con veracidad; aún más las partes que son las directamente interesadas en que se dicte el derecho a efecto de solucionar una controversia, lo cual no se puede llevar a cabo a través de falsedades.

La confesional por el hecho de ser prueba deberá ser ofrecida expresando con toda claridad cual es el hecho o hechos que tratan de demostrar, así como las razones por las que el oferente estima que demostrará sus afirmaciones.

3.3 Importancia de la prueba confesional en el juicio

Este apartado debe insertarse en nuestro trabajo, pues se ha venido manejando la ineficacia de la prueba confesional, entre los distintos doctrinarios se han gestado distintas discusiones sobre si es necesario seguir reconociendo eficacia probatoria a este medio de convicción.

En primer lugar Rafael De Pina sobre el particular expresa:

“Entre los diferentes medios de prueba que los Códigos admiten, la confesión es uno de los que más interés ofrece, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el punto de vista práctico; tanto por la importancia que se le ha concedido históricamente, como por la crisis porque, indudablemente, atraviesa en la actualidad.

En todas las pruebas –escriben Colin y Capitant- es la confesión, a primera vista, la más conveniente, *probatio probantissima*. Sin embargo, por eficaz que se le considere, en suma, no deja de ser una prueba que puede contrariar la verdad. La práctica, ofrece ejemplos de falsas confesiones, suscritas por preocupaciones diversas, por broma o por el deseo de extraviar a la justicia. Se comprende, por tanto –dicen- que la ley no atribuya siempre una fuerza probatoria absoluta todas las variedades de la confesión... Acerca de los caracteres de la confesión se han manifestado opiniones diversas: unos la consideran –más bien que como medio de prueba- como un medio de disposición de derechos privados, en vista, sin duda, de la equiparación legal de entre la capacidad para confesar y la necesaria para obligarse, olvidando que la ley no considera nunca el proceso como un medio de disposición de derechos privados; otros, ven en ella un negocio jurídico es decir, un acto de disposición de derechos sustanciales y no sustanciales, en cuanto que quien confiesa, dicen, dispone del material del pleito y constituye la obligación del juez de tomar el hecho confesado como base de la decisión, habiéndose opuesto a esto que el material del pleito no puede ser objeto de

disposición de las partes y que la apreciación del juez depende de la voluntad de la ley, no de la de quien confiesa. También se ha considerado la confesión, en vista de lo que objetivamente es, como una manifestación de conocimiento relativa a un hecho, a la que la ley una la prohibición de producir posteriores declaraciones en sentido contrario... La confesión conserva, todavía en muchos países, la significación especial que tuvo en el pasado. Algunos legisladores, han sustituido el juramento por la protesta de decir verdad o la promesa por el honor, pero no se han resuelto a configurar este medio de prueba como lo que realmente es, como un testimonio de parte, al que son aplicables, en cuanto a su práctica y apreciación, las mismas reglas que al testimonio de tercero.”⁶

Estamos abiertamente en contra de las ideas vertidas por este tratadista, desde la óptica más amplia porque transgrede no sólo la naturaleza de la confesional a la cual desestima, sino también la de la testimonial, al afirmar que se son idénticos, solamente que en el caso de la confesión se trata de un testimonio de parte. Sumamente desafortunada es la perspectiva de este autor, pues con suma ligereza toma a la prueba confesional mediante una sólo de sus formas, la forma verbal y expresa dejando de lado el resto de las formas en que pueda configurarse la admisión de un hecho controvertido, propio de uno de los litigantes y desfavorable a sus intereses; en esta tesitura es indudable que el que rinde testimonio no persigue interés alguno y si su testimonio es perjudicial, lo podrá ser para un tercero sin que llegue a menguar sus intereses.

Algunos tratadistas dan a la confesión el peso específico de una declaración, tal es el caso de Gian Antonio Micheli, para el cual “La confesión tiene la estructura de una declaración de verdad, respecto de la cual el elemento volitivo se agota en la voluntad de declarar un hecho ...”⁷.

⁶ Pina, Rafael de. *Tratado de las Pruebas Civiles*. p. 139 y 145.

⁷ Micheli, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*; traducción de Santiago Sentis Melendo; Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1970. P 157.

Carlos Cortes Figueroa se suma a la postura de criticar a la confesión, y pone en duda a la prueba de posiciones como medio de prueba. Afirma que es un medio pero limitado únicamente a confirmar las aseveraciones del oferente de la prueba, las que se estructuran en las posiciones, sin que por si mismas las preguntas formuladas al adversario hagan prueba plena de lo afirmado, quedando supeditadas a la apreciación del juzgador.⁸

Estas dos opiniones se encuentran igualmente alejadas de una realidad por seguir teniendo en cuenta que la única forma de generar una confesión es a través de una declaración, no se especifica si sea verbal o escrita; en el primer caso; sin embargo si dejan de lado la incomparecencia o actos omisivos que generen una confesión ficta.

Mucius Scaevola, critica fuertemente la figura de la prueba confesional, respecto de su eficacia moderna, y dice: “Para que la confesión judicial afectase algún valor práctico, se necesitará una nobleza absoluta por ambas partes; pero como cuando existe esta nobleza no se suele llegar al pleito, y cuando se llega es común el empleo de toda clase de habilidades y engaños, sin otro límite que el señalado por la necesidad de velar pudorosamente las desnudeces, resulta, de hecho, que la confesión judicial, o es una habilidosa trampa para incautos, o es una sencilla puerilidad de inocentes; algo, en ambos casos, que quita fuerza demostrativa a las declaraciones presentadas, y que relega en los debates judiciales, a una escasa práctica el empleo de este medio de prueba.

Cuando cierta verdades religiosas tuvieron mayor asenso que en nuestros días y era, acaso, más general la buena fe humana, que parece desarrollarse en razón inversa de la cultura, la confesión gozó de gran prestigio y fuerza, y la solemnidad y el respeto de que la rodeaban el juramento hecho en nombre de Dios y por alguna de varias cosas muy especialmente determinadas, Dios mismo,

⁸ Cfr Cortés Figueroa, Carlos; *En torno a la Teoría General del Proceso*; 3ª Edición, Cárdenas Editor Distribuidor, México 1994. p. 326.

su Santa Madre, los Santos, la Cruz, los Evangelios, etc., contribuyeron a mantenerla en una altura superior a la de todos los elementos demostrativos. De aquí, el axioma de que lo confesado se tiene por juzgado; que ya que no puede aplicarse, se invoca todavía en los tribunales diariamente.

Más el juramento ha perdido casi por entero su antigua respetabilidad y después de pasar por la creación del que se llama indecisorio, franco reconocimiento de la falta de sinceridad de las confesiones; después de haberse consignado, además, en la Constitución Fundamental del Estado el derecho de profesar todo género de creencias religiosas, y , como consecuencia, el de jurar por ideas u objeto a veces poco dignos de consideración, el código ha venido, por el mismo camino, a omitir deliberadamente la calificación de plena con que se conocía esta prueba hasta ahora, permitiendo a los tribunales apreciarla en conjunto con todas las demás, y, por lo tanto, contrariarla y desdeñarla libremente.”⁹

Es lamentable la aseveración formulada, pues se parte de la especulación supeditando la eficacia de la prueba confesional a las buenas intenciones de los contendientes; es parcialmente cierto que en ocasiones, los litigantes en aras de alcanzar sus pretensiones recurran a los recovecos de la ley o incluso van más allá de los preceptos legales, valiéndose de artificios para la obtención de sus fines. Sin embargo este mal acto no exime al resto de las pruebas de que sean sometidas a triquiñuelas de las partes; pues se puede aleccionar testigos; falsificar documentos o atribuirles un valor del que carecen; inducir periciales, etcétera.

El error dentro de la opinión en comento, es que centra su atención en un antecedente histórico de esta prueba, nos referimos al juramento o protesta de decir verdad; el cual encuentra sus orígenes en tópicos religiosos, pero que en la actualidad se sustenta en el hecho de que las comparecencias ante fedatario público debe hacerse conduciéndose con verdad. Con esto deja de lado el

⁹ Pina, Rafael de. *Tratado de las Pruebas Civiles*. pp. 142 y 143.

verdadero sentido de esta probanza, que el litigante al formular la posición debe fijar su postura, y lograr que el absolvente se vea reducido a dar cuerpo de verdad a sus pretensiones, lo cual se hace no por el simple hecho de ofrecer la confesión, pues dentro del proceso hay otros elementos que generan convicción, los cuales concatenados deberán allegar de verdad al juez; y es ese papel por el que esta prueba es relevante dentro de juicio.

Lessona, por su parte considera que la confesión tiene una gran importancia, considerándola prueba plena, y explica: “El valor probatorio de la confesión es siempre el mismo; ella hace prueba plena. Sólo las declaraciones no hechas por la parte o por quien la represente, forman un simple indicio, ya se hagan en juicio o fuera de él; pero éstas no son propiamente confesiones. Verdad es que a la eficacia de la confesión judicial contribuye la solemnidad del juicio; pero la confesión extrajudicial no debe tener menos valor que la hecha ante un juez... Ya hemos visto que la confesión judicial en el derecho romano tenía efectos mayores que en el derecho moderno, cuando se hacía *in iure*. Entonces no era menester la sentencia del *iudex*: la confesión producía desde luego los efectos de cosa juzgada.”¹⁰

Con este aporte nos acercamos más a la importancia de esta prueba, pues se dejan de lado aspectos irrelevantes, como los antecedentes históricos de la prueba, sus solemnidades, la intencionalidad del absolvente, etcétera. Es innegable que en otra época la confesional tenía un peso distinto, sin embargo en la actualidad debe tenerse en cuenta que si la confesión se presenta, sea en la forma que sea, tiene peso específico, pues la lógica jurídica sigue siendo que difícilmente una de las partes va a admitir un hecho que le desfavorece, o en su caso, permita que por uno de sus actos se le perjudique en sus intereses.

Y es que existe la creencia generalizada de que la mejor manera de probar la verdad de un hecho es la confesión que haga aquel a quien perjudica tal hecho.

¹⁰ Lessona, Carlos, *Op. Cit.* p. 415 y 473.

Tal idea se basa en el entendido de que nadie busca el perjuicio propio. Sin embargo, esta regla no es absoluta, ya que en la práctica la buena fe de un litigante se puede contraponer con la falsedad malintencionada de su adversario, la ley ha debido determinar con toda precisión los caracteres que debe tener la confesión, para que produzca sus efectos jurídicos plenos, los cuales han sido considerado tan eficaces que se ha considerado innecesario cualquier otro medio probatorio. Por eso han dicho algunos autores que la confesión no es una prueba, sino la exclusión de toda prueba, y los antiguos decían: *confessio probatio probatissima*.¹¹

Por su parte Devis Echandia atribuye la importancia de la confesión al distinguirla de otras figuras con las que puede llegar a ser confundida por su aparente similitud, como son la admisión y el reconocimiento o allanamiento; y es así que afirma: “Hay admisión cuando en un proceso contencioso una parte acepta como cierto uno o varios hechos determinados que han sido alegados por el adversario... consideramos que en cuanto a los requisitos necesarios para su existencia, los únicos elementos diferenciales entre admisión y confesión judicial son cuatro: 1. En la admisión el hecho debe haber sido alegado previamente por la contraparte, lo cual no ocurre en la confesión; 2. La admisión debe ser siempre espontánea, al paso que la confesión puede ser también provocada mediante un interrogatorio del juez o de la parte contraria; 3. Las consecuencias de la admisión pueden ser favorables o desfavorables al admitente (lo primero cuando el hecho resulte adverso a las pretensiones o excepciones de la parte contraria que lo había alegado), mientras que en la confesión esa consecuencia es siempre adversa al confesante en cuanto favorece a su contraparte; 4. La admisión sólo puede ocurrir en el proceso y la confesión puede ser también extraprocesal... Para que esta noción (reconocimiento o allanamiento) tenga entidad propia y diferente de la admisión es indispensable limitarla a la aceptación total o parcial de las pretensiones del actor por el demandado o de las excepciones de éste por aquél,

¹¹ Cfr. Moreno Cora, Silvestre; *Tratado de las Pruebas Civiles y Penales*; Volumen 4; Jurídica Universitaria, México, 2001; p. 52.

es decir, al allanamiento o la adhesión a aquellas o éstas. Vale decir que el reconocimiento es, en definitiva, una admisión general de los hechos que fundamentan las pretensiones o excepciones que conlleven a su adhesión o allanamiento, bien sea en su totalidad o parcialmente. Entre la confesión y el reconocimiento podemos señalar estas cuatro diferencias importantes 1. La confesión no implica necesariamente la intención de asumir las consecuencias desfavorables que del acto pueden sobrevenir al confesante y de beneficiar con ellas a la otra parte, intención que bien puede faltar, sin que por eso deje de existir y ser válida, en cambio, el reconocimiento es la manifestación clara de que se aceptan esas consecuencias contenidas en las pretensiones o excepciones reconocidas. 2. La confesión de uno o varios hechos favorables al confesante no impide que éste discuta o niegue la pretensión o excepción de su adversario que los tenga como fundamento, mientras que el reconocimiento implica necesariamente la renuncia a discutir las pretensiones o excepciones del adversario, o al menos algunas de éstas cuando es apenas, por cuanto hay una adhesión expresa a ellas. 3. El reconocimiento implica la afirmación previa de los hechos por la contraparte y la confesión no. 4. El reconocimiento se refiere siempre al conjunto de hechos que fundamentan la pretensión o excepción y la confesión puede recaer sobre uno de tales hechos.”¹²

Para nosotros la relevancia de la confesional es la misma que los demás medios de prueba que pueden existir en un litigio, la cual esta en función de su utilidad para el caso específico; será importante si logra generar convicción en el ánimo del juzgador, sin importar si lo consigue por sí misma, o concatenada con algún testimonio, documento, pericial, etcétera; no hay razón por la que deba pesar toda la funcionalidad de esclarecer el conflicto de intereses que se exponen en juicio sobre la probanza en estudio.

Todas las opiniones vertidas en contra de la eficacia de la confesional están sustentadas en premisas falsas, superfluas o especulaciones, se cree que un

¹² Devis Echandía, Hernando; *Op. Cit.* pp. 277 a 279.

documento, testimonio o peritaje, por decir algo, no corren el riesgo de pasar inadvertido en el ánimo del juzgador; o en el peor de los casos, en la falta de pericia del litigante y no saber vincularlo a la litis o a un argumento que le conceda la razón en la definitiva.

Desde esta perspectiva lo que resulta ser anacrónico son las opiniones denostativas para un medio de prueba como la confesional, pues al menos en el caso de nuestra legislación procesal vigente, el medio de prueba idóneo es aquel que proporcione la certeza en el a quo respecto de las cuestiones planteadas ante su leal saber y entender; sin importar si es para incautos o maliciosos, o si sus antecedentes son referentes a un temor a la figura divina.

Finalizaremos por recordar que los romanos sostenían que no hay mayor prueba que la confesión que la confesión de propia boca; sobre lo cual se reflexiona, se debe desestimar ésta por el simple hecho de ser una prueba antigua; obviamente no, en nuestra profesión debemos buscar ser pragmáticos ante los conflictos, si sirve para desenlazar la contienda, pues que ese peso tenga, en caso que no sea así no hay más que desestimarla, pero siempre por sus fines y no por cuestiones accesorias.

3.4 Preparación de la prueba confesional

La preparación para el desahogo de la prueba confesional, estará a cargo del oferente de la misma, para ello se debe procurar la citación del absolvente, puesto que si bien es cierto que dentro de los supuestos para el desahogo de este medio de convicción, se encuentra el que ante la incomparecencia del absolvente, también lo es que para que se le declare confeso ante su inasistencia, debe haber mediado la notificación y el apercibimiento de ser declarado confeso de las posiciones calificadas de legales.

Lo anterior se confirma al observarse lo dispuesto por el artículo 309 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal que a la letra ordena:

“Artículo 309.- El que haya de absolver posiciones será citado personalmente, a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso.”

Esta notificación deberá ser en forma personal, tal y como lo ordena el artículo 114 del mismo ordenamiento legal.

“Artículo 114.- Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:
...II. El auto que ordena la absolución de posiciones o reconocimiento de documentos;...”

Debe entenderse que la falta de esta citación personal, la incomparecencia del absolvente no producirá los efectos perjudiciales característicos de esta prueba, consistentes en tenerlo por confeso de las posiciones calificadas de legales.

Dentro de este apartado debemos considerar que si el oferente de la prueba, requiere la asistencia personalísima del adversario, deberá solicitarlo así expresamente, esto se desprende del artículo 310 del cuerpo legal citado, al ordenar:

“Artículo 310.- Las personas físicas que sean parte en juicio, sólo están obligadas a absolver posiciones personalmente, cuando así lo exija el que las articula, y desde el ofrecimiento de la prueba se señale la

necesidad de que la absolución deba realizarse de modo estrictamente personal, y existan hechos concretos en la demanda o contestación que justifiquen dicha exigencia, la que será calificada por el tribunal para así ordenar su recepción...”

De la interpretación *contrario sensu* del artículo de referencia, se entenderá que a falta de la petición del oferente, el absolvente no está obligado a comparecer de manera personal, pudiendo desahogarse la probanza por medio de la persona que tenga conocimiento de los hechos sobre los que versa la confesional, por lo cual es un punto en el que deberá reparar el oferente para que alcance la convicción del juez en los términos deseados.

Kielmanovich considera que la citación para absolver posiciones no se puede verificar a través de edictos, conclusión a la que llega en estricto apego a la legislación Argentina.¹³ Sin embargo es digno mencionarlo por que en nuestro sistema jurídico, se debe abarcar el supuesto de esta clase de citación. A título personal se considera que en un juicio, en el que se ha emplazado por edictos, no hay limitante dentro de nuestra legislación. Y para el caso de juicios seguidos en rebeldía, se puede solicitar que las notificaciones surtan efectos mediante la publicación en el Boletín Judicial.

El pliego de posiciones idealmente debe haberse exhibido en sobre cerrado y puesto en resguardo en el seguro del juzgado. Se dice idealmente puesto que así el litigante puede previamente con prudencia y razonadamente elaborar los cuestionamientos eficaces para provocar que su contrario admita los puntos que le desfavorecen, en caso de que no lo haga así y pretenda en la audiencia formularlas oralmente puede generar dilaciones innecesarias.

¹³ Cfr. Kielmanovich, Jorge L. *Op. Cit.* p. 303.

3.5 Forma de desahogo

Una vez que la prueba ha sido preparada por el oferente, el día de la celebración de la audiencia de desahogo de pruebas, el juez al abrir dicha diligencia, debe verificar si se encuentra preparada adecuadamente la prueba confesional.

En caso de que se encuentren reunidos los preparativos de la prueba, el juez certificara la existencia o inexistencia del pliego de posiciones, en caso de encontrarse cerrado lo abrirá en el acto, procederá a la examinación de dicho pliego, y teniendo la calificación, solicitará al absolvente la firma del pliego para posteriormente proceder a reproducir las posiciones. Una vez concluido esto, en caso de estar presente el articulante, le preguntará a éste si existe alguna posición que se desee agregar, en caso de ser así será calificada en los mismos términos descritos. Si no estuviere presente el articulante se reducirá únicamente a las posiciones calificadas en el pliego escrito, salvo que en ejercicio de la facultad de la libre interrogación del juez, se planteara algún interrogatorio a su consideración.

En caso de que no exista en el secreto del juzgado pliego de posiciones, sólo si esta presente el oferente o persona facultada para absolver posiciones, se podrán formular de forma directa, debiendo ser valoradas por el juez; ya que en caso contrario la prueba deberá ser declarada desierta por falta de interés procesal.

3.5.1 Formulación de posiciones

El Código Procesal Vigente en el Distrito Federal establece determinadas exigencias para la admisibilidad de las posiciones propuestas por el oferente de la prueba. En primer término en el artículo 311 se establece.

“Artículo 311.- Las posiciones deberán articularse en términos precisos; no han de contener cada una más que un solo hecho y éste ha de ser propio de la parte absolvente; no han de ser insidiosas. Se tendrán por insidiosas las preguntas que se dirijan a ofuscar la inteligencia del que ha de responder, con objeto de inducirlo a error y obtener una confesión contraria a la verdad. Un hecho complejo, compuesto de dos o más hechos, podrá comprenderse en una posición cuando por la íntima relación que exista entre ellos, no pueda afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro.

Podrán articularse posiciones relativas a hechos negativos que envuelvan una abstención o que impliquen un hecho o consecuencia de carácter positivo, siempre que se formulen en términos que no den lugar a respuestas confusas.”

Por otra parte el artículo 312 ordena:

“Artículo 312.- Las posiciones deberán concretarse a hechos que sean objeto del debate, debiendo repelerse de oficio las que no reúnan este requisito. El juez deberá ser escrupuloso en el cumplimiento de este precepto.

De la interpretación armónica de estos artículos podemos extraer los siguientes requisitos legales para las posiciones:

- 1.- Deben estructurarse de forma precisa.
- 2.- Referirse a un solo hecho, salvo que dos hechos sean imprescindibles el uno del otro.
- 3.- El hecho sobre el que verse, debe ser propio del absolvente.
- 4.- No debe estar tildada de insidia.
- 5.- Las posiciones relativas a hechos negativos, no deberán articularse de forma tal que propicie respuestas carentes de claridad.
- 6.- El hecho que contenga la posición, deberá ser materia de controversia.

Manuel Mateos Alarcón, analiza los requisitos para la admisibilidad de las posiciones, explicando que dichos requisitos deberán ser colmados para que el adversario se encuentre obligado a absolver las mismas; es así que apunta:

“Para que las posiciones sean admisibles y esté el colitigante obligado a absolverlas es indispensable que llenen los requisitos siguientes:

1o. Se deben articular, o valiéndose del lenguaje común, se deben formular por escrito y ser presentadas al juez con la debida anticipación, pues de otra manera no puede ser citado el que ha declarado para la práctica de la diligencia respectiva...

2o. Deben articularse las posiciones en términos claros y precisos, pues de otra manera no se podría exigir del absolvente contestaciones concretas y categóricas, ni el juez puede tenerlo por contumaz si rehúsa contestarlas porque no entiende su contenido.

3o. No han de ser insidiosas. Se tiene por insidiosas, según el artículo 413 del Código de Procedimientos, las preguntas que tienden a ofuscar la inteligencia

del que ha de responder, con el objeto de obtener una confesión contraria a la verdad.

4o. Cada posición debe contener o referirse a un solo hecho, pues si contiene varios, se hace imposible que el absolvente conteste de una manera precisa y categórica, y se le pone en situación de negarlas, por cuanto a que a la vez se refieren a hechos falsos y verdaderos. Además, de la reunión de varios hechos en una sola posición nace la confusión y puede surgir la duda acerca de si aquellos han quedado o no probados.

5o. El hecho de ser propio del que absuelve las posiciones, porque no declara como testigo, ni los hechos ajenos pueden tener ninguna influencia en la demostración de los propios...

6o. El hecho ha de ser concerniente al negocio, esto es, pertinente al objeto del juicio, por la misma razón por la cual se exige en general que toda prueba recaiga sobre los hechos que son materia del juicio, pues de otra manera resultaría inútil, porque no ilustraría el criterio del juez para ponerlo en aptitud de resolver la contienda.”¹⁴

Este autor también reconoce otros requisitos para la admisibilidad de las posiciones, ajeno a los lineamientos expresos de la legislación; entre ellos menciona:

“A) las posiciones no deben ser contrarias a la moral y al derecho...

B) Las posiciones no deben tener por objeto destruir presunciones “*juris et de jure*”...

¹⁴ Mateos Alarcón, Manuel. *Op. Cit.* pp.57 a 59.

C) Las posiciones no deben tener por objeto demostrar la existencia de un acto sin efecto jurídico legal...

D) Las posiciones no deben recaer sobre hechos ya demostrados por otros medios legales...¹⁵

Es pertinente marcar en este punto que la regla de que las posiciones se deben referir exclusivamente a hechos propios, encuentra una excepción en un aspecto legal que no se menciona expresamente pero que se infiere por la deducción. La ley para el cesionario respecto del negocio cedido, según los términos utilizados, asimila a un apoderado con facultades para absolver posiciones; lo que se aprecia que es la excepción a la regla citada, pues en caso de comparecer a absolver posiciones, será cuestionado respecto de los hechos desplegados por el cedente; encontrando su explicación esta situación al considerarse que el cesionario será el único que puede defender el negocio materia de la cesión con calidad de parte.

Por otro lado los representantes legales como los que ejercen la patria potestad, los tutores, albaceas o síndicos, podrán absolver posiciones y obligar a sus representados, teniendo como tope los límites de sus facultades y con respecto a los hechos que pueden realizar con plena validez.¹⁶

3.5.2 Exhibición del pliego de posiciones

La única parte del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en la que se aborda lo relativo al pliego de posiciones, es el numeral 292 que a la letra ordena:

¹⁵ *Ibidem.* pp.59 a 61.

¹⁶ Cfr. Becerra Bautista, José; *Op. Cit.* p 115.

Artículo 292.- La prueba confesional se ofrece presentando el pliego que contenga las posiciones. Si este se presentare cerrado, deberá guardarse así en el secreto, asentándose la razón respectiva en la misma cubierta. La prueba será admisible aunque no se exhiba el pliego, pidiendo tan sólo la citación; pero si no concurriere el absolvente a la diligencia de prueba, no podrá ser declarado confeso más que de aquellas posiciones que con anticipación se hubieren formulado.

Consideramos desafortunada la redacción de este artículo, pues comienza exigiendo para el ofrecimiento de la prueba la exhibición del pliego de posiciones y posteriormente refiere que será admisible aunque no se exhiba el pliego de posiciones, lo cual resulta contradictorio, pues en caso de que la primera orden se cumpliera, el litigante que no exhibiera pliego de posiciones no podría ofrecer dicha prueba.

Respecto de la especificación de si el pliego se presenta cerrado; hay opiniones encontradas, pues hay quien considera que en todo momento deberá reservarse el contenido de las posiciones, para evitar que maliciosamente el absolvente pueda variar sus respuestas; sin embargo esto nos parece irrelevante pues si las posiciones están firmemente construidas difícilmente el absolvente puede evadir admitir el contenido de la misma. Esta idea se robustece cuando se contempla que la excepción es el caso en el que las posiciones sean absueltas por una corporación oficial, ya que el propio Código establece que el pliego será absuelto mediante oficio, en el cual se transcribe el contenido de las posiciones, y si se reflexiona no se encuentra motivo suficiente para que la propia corporación carezca de malicia, ante lo cual debería presumirse lo mismo que para los particulares o personas morales.

3.5.3 Formalidades

Debemos entender por formalidades aquellos procedimientos sin los que la prueba no esta lista para ser desahogada conforme a la ley, motivo por el cual se aplaza su desahogo en algunos casos o bien se declara desierta.

Es así que debemos tener presente que la prueba requiere ser ofrecida en los términos que determina el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, y como se apunto en el apartado 3.2; y se podrá ofrecer desde el planteamiento de la litis, de igual forma se podrá ofrecer en el plazo común otorgado a las partes, y hasta diez días antes de la celebración de la audiencia de pruebas.

Se debe mencionar también la notificación que se deba hacer al absolvente, que en términos del artículo 114 de la legislación adjetiva del Distrito Federal se deberá hacer en forma personal. Tal notificación de podrá practicar hasta un día antes de la celebración de la audiencia de desahogo de pruebas.

De las dos formas de formular posiciones, oral y escrita; se entiende que deben reducirse a los requisitos legales, por cualquier conducto que se expresen, so pena de no ser calificadas de legales y por ello quedar fuera de las posiciones a absolver.

En caso de que las posiciones se contengan en un pliego de posiciones, al momento del desahogo de la prueba, el absolvente deberá firmar el pliego, previo a que emita sus respuestas, de igual forma firmará el acta levantada y en el que se asienten sus respuestas.

Aunque el Código no presenta una estructura en la que se debe plantear la posición, se entiende que el cuestionamiento al adversario se debe reducir a dos posibles respuestas, el “sí” o el “no”; quedando facultado el absolvente a agregar alguna aclaración, pero siendo necesaria la respuesta previa a cualquier respuesta diversa.

Becerra Bautista aporta las formalidades de la confesión en el desahogo de la misma, para tener plena validez: “En el desarrollo de la diligencia, el juez tiene varios deberes que cumplir, para la validez del acto: abrir el pliego de posiciones, imponerse de ellas, calificar y aprobar las que satisfagan los requisitos legales y desechar las que se encuentren en el caso contrario; apercibir al declarante que se niegue a contestar o que contestare con evasivas o dijere ignorar los hechos propios, a tenerlo por confeso sobre los hechos de los cuales sus respuestas no fueren categóricas o terminantes; y a exigir al declarante la protesta de decir verdad... para que no pueda dudarse del alcance de la confesión, la ley exige: que el absolvente firme el pliego de posiciones, antes del interrogatorio; que se levante acta en que se hagan constar las respuestas dadas por el absolvente, implicando la pregunta; que el acta sea firmada por el absolvente al final de la última hoja y al margen de las demás y de que esto se haga, después de que hayan leído esas actas.”¹⁷

3.5.4 Articulante

Es pertinente hacer notar que la exposición sobre articulante y absolvente coincidirán de cierta forma, por cuanto hace a las personas que pueden colmar el papel respectivo, pues las partes pueden ofrecer el medio de convicción en estudio, teniendo como resultado que el actor fungirá como articulante al ofrecerla, y lo hará a su vez como absolvente al ser cuestionado por el demandado. Así que

¹⁷ *Ibidem* p 118 y 119.

una vez formulada esta aclaración procederemos a la explicación de ambas figuras comenzando por el articulante.

La anterior aclaración es pertinente ya que como explica Cipriano Gómez Lara: “Es de hacer notar, que la parte absolvente, es decir la sometida al interrogatorio, puede en un momento dado convertirse en parte articulante y someter a la contraria a su vez, a un interrogatorio similar.”¹⁸.

En cuanto a las personas que pueden articular posiciones, Manuel Mateos Alarcón, explica “El Código de Procedimientos otorga a todos los litigantes la facultad de exigir a sus contrarios que declaren bajo protesta de decir verdad sobre los hechos que determinan, sin limitación de ninguna especie; y de ahí se infiere que el ejercicio de esa facultad, el derecho de articular posiciones, compete a las partes que intervienen en los juicios, cualquiera que sea su estado y condición, mayores o menores, capaces o incapaces...El menor de edad no puede absolver posiciones, porque por su inexperiencia no está en aptitud de conocer el alcance y consecuencias de ellas y puede fácilmente incidir en errores trascendentales para sus intereses, en tanto que articulándolas no puede correr ese peligro, porque no interviene personalmente en el juicio, sino su tutor, que obra y gestiona en su nombre y representación.”¹⁹

Mucho se ha dicho respecto de la supuesta anacronía de la confesional, sin embargo consideramos que es labor fundamental del articulante emplear este medio de prueba para obtener de su adversario el mayor indicio de la certeza de su postura y que es la admisión de un hecho que le es desfavorable.

Por esto el articulante debe ser escrupuloso en la forma de elaborar las posiciones, para que logre abordar el sentido real e histórico de esta probanza,

¹⁸ Gómez Lara, Cipriano, *Derecho Procesal Civil* 6ª Edición, México, 1998. p. 275.

¹⁹ Mateos Alarcón, Manuel, *Op. Cit.*, pp.56 y 57.

soslayando aspectos irrelevantes, centrándose a las exigencias de ley y concatenando con los hechos vitales para la litis.

3.5.5 Absolvente

De todos los que participan dentro del proceso, pueden ser absolventes las personas a las que directamente les interesa el resultado de la definitiva por representar un beneficio o un menoscabo a sus intereses; sea bien por sí solos o por sus representantes.

La persona que absuelva posiciones, sólo se encuentra obligada a presentarse personalmente al juzgado a responder a los cuestionamientos de la contraparte, cuando así lo solicite expresamente el oferente de la prueba.

En caso de que el absolvente sea un mandatario o apoderado, forzosamente deberá conocer los hechos sobre los que versen las posiciones, toda vez que será declarado confeso en caso de que afirme desconocer el contenido de la posición.

Es derecho del absolvente, una vez colmada la obligación de responder un “sí” o un “no”, hacer alguna aclaración respecto de la respuesta efectuada.

En tratándose de personas de existencia ideal, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se restringe que el oferente de la prueba, solicite una persona en específico para que sea citada y en su oportunidad absuelva posiciones, bastando con que se presente persona que cuente con facultad expresa para responder a los cuestionamientos propios de esta prueba..

En este apartado, es imprescindible, apuntar la perspectiva doctrinal respecto de la absolución de posiciones, ya que lo que aparentemente es un

tópico sin complicación, acorde a distintas definiciones, se sumaron aristas debatidas por los diversos tratadistas.

En primer lugar tenemos que Jorge Kielmanovich en su obra *Medios de Prueba*²⁰, critica la definición de Palacio, y expone su argumento.

“Para Palacio denominase absolució de posiciones a la declaració prestada en juicio por cualquiera de las partes, a requerimiento de la contraria, mediante contestació, con previo juramento o promesa de decir verdad, a un interrogatorio formulado por escrito (llamado pliego de posiciones).

Para nosotros la cuestió de que el “interrogatorio” se encuentre redactado por escrito deviene irrelevante, pues como se verá, la absolució de posiciones puede realizarse a viva voz, en tanto y en cuanto el absolvente comparezca a la audiencia. La razón de ser del pliego responde al propósito de cristalizar el apercibimiento previsto para la producció de esta prueba, y puede tener así por absueltas en forma *ficta* las posiciones contenidas en aquel.

Este autor propone su concepto y señala: “Por eso, preferimos definir a la absolució de posiciones como un medio para provocar que el adversario (absolvente) reconozca, bajo juramento o promesa de decir verdad, un hecho pasado previamente afirmado por el ponente, personal o de conocimiento personal de aquél, y contrario al interés que sostiene en la concreta causa.”

Para el cada parte podrá exigir que su adversario absuelva, con juramento o promesa de decir verdad, posiciones concernientes a la cuestió que se ventila; los representantes de los incapaces, por los hechos en que hayan intervenido personalmente con ese carácter, y los apoderados podrán ser citados a absolver posiciones por hechos realizados en nombre de sus mandantes estando vigente el mandato, si así lo solicita el ponente.

²⁰ Kielmanovich, Jorge L. *Op. Cit.* p. 291 y 292.

Dentro del sistema seguido por nuestra legislación, existe un supuesto por el cual las corporaciones oficiales, para absolver posiciones, no es menester su comparecencia ante el juez de la causa; sino que lo podrán hacer mediante oficio.

No todos los tratadistas se encuentran conformes con considerar confesión dicha contestación, entre ellos tenemos a Rafael De Pina, y expresa:

“El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 326, siguiendo una tradición que ha llegado hasta nuestros días, dispone que las autoridades, las corporaciones oficiales y los establecimientos que formen parte de la administración pública no absolverán posiciones en la forma ordinaria; pero que la parte contraria podrá pedir que se les libre oficio, insertando las preguntas que quiera hacerles para que, por vía de informe, sean contestadas. Este medio de investigación de la verdad en el proceso, tan dispar de la confesión, debe articularse, a nuestro juicio, como un medio de prueba independiente –los informes de la s autoridades- de acuerdo con características propias.

Enlazar estos informes con la prueba de confesión carece de sentido.

No se puede equiparar al funcionario o autoridad que informa sobre un hecho acerca del cual ha tenido conocimiento por razón del cargo oficial, con el gerente de una empresa privada o con el procurador de la parte con poder especial para absolver posiciones.”²¹

La ley exige a los abogados de las partes de la obligación de absolver posiciones de hechos no propios; lo cual es perfectamente entendible, pues se les estaría exigiendo afirmar o negar categóricamente un actuar ajeno.²²

²¹ Pina, Rafael de. *Op. Cit.* p. 159.

²² Cfr. Moreno Cora, Silvestre; *Op. Cit.* p. 52.

Se puede afirmar de forma sencilla que absuelven posiciones la persona que de manera directa puede ver afectada su esfera jurídica por la determinación de fondo que dicte el A Quo, o como explica José Becerra las personas a las que beneficia o perjudica la sentencia.

Sin embargo se presenta un factor de exclusión de las personas que pueden absolver posiciones, dicho factor se presenta en tratándose de los apoderados o mandatarios, los cuales para poder absolver posiciones deberán contar con cláusula especial que los faculte a desplegar tal actividad procesal, la explicación de este requisito ordenado por la ley, obedece a que la repercusión de aceptar o negar un hecho, como se ha explicado, tiene como consecuencia y por regla general un efecto adverso a los intereses de quien ejecuta la confesión, ante lo cual el legislador ha estimado pertinente requerir un acto abiertamente voluntario del dueño del negocio para que faculte a su representante a la aceptación o negación de los hechos sobre los que se centra la confesión, ya que el procurador puede hacer los actos que son necesarios, no los que sean voluntarios.²³

3.5.6 Calificación del pliego de posiciones

La aprobación o desaprobación de las posiciones propuestas por las partes, es facultad exclusiva del Juez, la cual desarrolla en la audiencia de desahogo de pruebas al momento, por supuesto de proceder con la confesional. En nuestra legislación procesal para el Distrito Federal el artículo 313 establece:

Artículo 313.- Si el citado a absolver posiciones comparece, el juez abrirá el pliego si lo hubiere, e impuesto de ellas, las calificará y aprobará sólo las que se ajusten a lo dispuesto por los artículos 311 y

²³ Cfr. Becerra Bautista, José; *Op. Cit.* p 115

312. En seguida el absolvente firmará el pliego de posiciones, antes de procederse al interrogatorio. Contra la calificación de posiciones no procede recurso alguno.

El Juez basará su decisión en algunas limitantes que marca el propio código, dichas limitantes como se han analizado, se concentran en los artículos 311 y 312, y se refieren a que las posiciones deberán ser precisas, contener un solo hecho, el hecho debe ser propio del absolvente, no deben ser insidiosas y concretarse a los hechos debatidos.

Sin embargo estas limitantes únicamente hacen las veces de parámetros, que están supeditados al saber y entender del Juez, el cual pondrá todo su conocimiento y experiencia para determinar cual posición se ajusta a las peticiones de la ley y cuales son ajenas a las mismas. Lo cual deriva en que no exista un criterio uniforme para la calificación de las posiciones, puesto que cada juez, por el simple hecho de ser persona, tiene una apreciación distinta de la realidad, puesto que su visión esta forjada conforme su experiencia particular; así pues se puede considerar que la calificación conforme las reglas del código adolece de discrecionalidad, ya que cada juez libremente determina la legalidad de las posiciones.

3.6 Distintos supuestos dentro de la audiencia

En este punto nos adentramos en los pasos a seguir para el desahogo de la prueba confesional, y en específico, cuando el oferente ha cubierto los requisitos de admisibilidad de la prueba; es importante este apartado pues según cada legislación de cada país puede llegar a establecer distintas disposiciones, que si bien, no varían la esencia de la prueba, si constituyen detalles que permiten diferenciar los procedimientos.

En este sentido, Carlos Lessona, ejemplifica lo dicho en el párrafo que antecede, al afirmar: “En el derecho moderno, son de advertir las disposiciones del Código Francés que mandan que el interrogatorio se siga privadamente ante el presidente o el Juez delegado y sin la presencia del interrogante. Muy notable es la crítica que Bellot hace en su relación del Código Ginebrino. El insigne procesalista cree que si un legislador se propusiera encontrar un medio para hacer inútil el interrogatorio, ningún sistema podría escoger mejor que el francés.

De acuerdo con esta opinión, el código ginebrino exige que el interrogatorio se haga en la audiencia, hallándose presente el adversario.

El código italiano consiente la intervención del adversario, y faculta al Tribunal colegiado para delegar en un Juez u ordenar que el interrogatorio se haga en audiencia.”²⁴

3.6.1 Comparecencia de ambas partes

Lo ideal es que las partes comparecieran al desahogo de la prueba, estando imposibilitado el absolvente de ser asistido por su abogado al momento de absolver las posiciones.

El ideal de la comparecencia de las partes, es que la prueba puede ser perfeccionada a plenitud, pues el articulante puede ampliar, en su caso las posiciones presentadas por escrito, o en su caso hacerlas todas en forma oral; y en el caso del absolvente, puede formular posiciones al articulante, momento en el que los roles dentro de la confesional se invierten.²⁵

²⁴ Lessona, Carlos, *Op. Cit.* p. 525.

²⁵ Cfr. Becerra Bautista, José; *Op. Cit.* p 119.

El día y hora señalado para que se verifique la audiencia de desahogo de la confesional; el Juez declarará abierta la audiencia, asentando en el acta la comparecencia de las partes, y procediendo a desahogar la prueba de posiciones; se cerciorará de la existencia o inexistencia del pliego de posiciones en el seguro del Juzgado.

En caso de existir pliego de posiciones, el Juez lo abrirá, para calificar de legales las que se ajusten a derecho; el absolvente firmará el pliego de posiciones y se procederá a su desahogó.

Esto es robustecido por el artículo 313 del ordenamiento legal citado, el cual a la letra ordena:

Artículo 313.- Si el citado a absolver posiciones comparece, el juez abrirá el pliego si lo hubiere, e impuesto de ellas, las calificará y aprobará sólo las que se ajusten a lo dispuesto por los artículos 311 y 312. En seguida el absolvente firmará el pliego de posiciones, antes de procederse al interrogatorio. Contra la calificación de posiciones no procede recurso alguno.

Conforme al artículo 314, en el caso en que la figura del absolvente repose sobre varias personas respecto de un pliego idéntico, el Juez debe verificar la absolución por separado y en una misma audiencia, evitando a toda costa que el citado que ya respondió las posiciones, advierta a los demás comparecientes del contenido de los cuestionamientos de su adversario.

Una vez que fueron absueltas las posiciones contenidas en el pliego de posiciones, el articulante puede agregar otras en forma oral, las cuales serán calificadas por el juez, plasmándolas en el acta que deberá firmar el absolvente,

una vez que fueron aprobadas, procediendo a su absolución. Una vez hecho esto y si no hay más posiciones por agregar, el absolvente deberá firmar el acta en la que aparezcan sus respuestas.

Aun y cuando el absolvente comparezca a la audiencia de desahogo de pruebas, puede ser declarado confeso, en términos del artículo 316 de Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

Artículo 316.- Las contestaciones deberán ser categóricas, en sentido afirmativo o negativo, pudiendo el que las dé, agregar las explicaciones que estime convenientes, o las que el juez les pida. En el caso de que el declarante se negare a contestar o contestare con evasivas, o dijere ignorar los hechos propios, el juez lo apercibirá en el acto, de tenerlo por confeso sobre los hechos de los cuales sus respuestas no fueren categóricas o terminantes.

A pesar de contener esta disposición, el legislador en el artículo 322 lista las causas para que el absolvente sea declarado confeso.

Artículo 322.- el que deba absolver posiciones será declarado confeso: 1- Cuando sin justa causa no comparezca; 2- Cuando se niegue a declarar; 3- Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente.

En el primer caso, el juez abrirá el pliego y calificará las posiciones antes de hacer la declaración.

El artículo 318 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal dispone:

Artículo 318.- Absueltas las posiciones, el absolvente tiene derecho a su vez a formularlas en el acto al articulante, si hubiere asistido. El tribunal puede, libremente, interrogar a las partes sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes a la averiguación de la verdad.

Como se aprecia, este artículo otorga al juzgador la facultad de indagar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos; aunque consideramos desafortunada la redacción, ya que al hacer referencia al “tribunal”, la práctica queda desfasada de la práctica, debido a que quien conduce la audiencia de desahogo de pruebas es el titular de un Juzgado, que si bien forma parte del Tribunal, resulta casi imposible imaginar al Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal interrogando a las partes.

Una vez hecha la precisión que antecede, Micheli considera que la confesión que se pudiera lograr mediante el interrogatorio que efectúe el Juez, carece de efectos vinculatorios, o sea no puede perjudicar al absolvente.”²⁶

No compartimos la opinión de Micheli, en virtud de que aunque la interrogación provenga del A quo, debe perjudicar al absolvente si por su respuesta se causa ese efecto, por el simple hecho de generarse dentro de juicio, máxime que ese grado de libertad que la ley confiere no restringe los efectos de la confesión que de ella se deriven.

Ahora bien Becerra Bautista, comenta que la confesión puede llegar a ser considerada extrajudicial, si se hace ante juez incompetente, ya que si bien es cierto que lo que distingue a la confesión judicial de la extrajudicial es el hacerlo

²⁶ Cfr. Micheli, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. P 159.

ante la presencia del juzgador, también considera que la falta de competencia de éste, genera ser considerada extrajudicial.²⁷

Desde nuestra perspectiva, siguiendo el principio de que todo lo actuado ante juez incompetente es nulo; se puede afirmar que la suerte que siguen los actos procesales que se verificaran ante un Juez incompetente, también afectaría a una confesión generada en estas condiciones.

3.6.2 Comparecencia sólo del articulante

Hay perspectivas que consideran que la declaración de confeso por la incomparecencia del absolvente no demuestra por sí la certeza de los hechos contenidos en las posiciones, obligando al juzgador a valorar en el mismo plano al resto de los medios de prueba que se hayan ofrecido por las partes.

En este sentido Micheli sostiene: "...la falta de respuesta injustificada al interrogatorio no da lugar a una *ficta confessio*, si bien proporciona al juez un elemento de prueba particularmente calificado, pero que no lo exime de considerar también los otros elementos de prueba..."²⁸

La consecuencia inmediata de la falta de comparecencia del absolvente, es la de ser declarado confeso de las posiciones que sean calificadas de legales, tal como lo ordena el artículo 309.

Artículo 309.- El que haya de absolver posiciones será citado personalmente, a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo

²⁷ Cfr. Becerra Bautista, José; *Op. Cit.* p 118.

²⁸ Micheli, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil.* p 159.

apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso.

Debe considerarse que la ausencia del absolvente no obedece estrictamente a la evasión de la admisión de un hecho perjudicial, sino que por casualidad, pueden existir determinadas circunstancias que impidan al absolvente acudir a cumplimentar la citación absolviendo las posiciones. Desafortunadamente, la legislación procesal aplicable al Distrito Federal, en su artículo 321 únicamente reconoce, para la confesión la enfermedad legalmente comprobada; y decimos desafortunadamente, ya que como lo indicamos, las circunstancias de inasistencia pueden ser de cualquier índole, no exclusivamente un padecimiento de la salud.

Artículo 321.- En caso de enfermedad legalmente comprobada, del que deba declarar, el tribunal se trasladará al domicilio de aquél, donde se efectuará la diligencia en presencia de la otra parte, si asistiere.

Consideramos que la intención del legislador, aparentemente no es del todo mala, pues por un lado se puede pensar que la finalidad es que el proceso no se retarde y evitar la artimaña de los litigantes, para eludir las absoluciones de posiciones; sin embargo no trasciende de ser una mera buena voluntad, traducida en una mala redacción del artículo. Y es que al reflexionar un poco en las cuestiones prácticas, al mencionarse la palabra enfermedad, excluye cualquier otra circunstancia que obstaculice la absolución de posiciones.

De igual forma señala únicamente la condición del absolvente, pero reflexionemos y encontraremos que el articulante, de igual forma puede tener alguna enfermedad, y se reserva el derecho de formular posiciones en forma oral y directa en el desarrollo de la audiencia; por el principio de equidad en el proceso, ¿no se debería conceder el mismo beneficio?

Y porque el mencionado artículo expresa que el “tribunal se trasladará”, es el caso de que el inmueble será removido de sus cimientos, para ser trasladado hasta donde se hallará el absolvente; no es acaso el juzgador el que se debe constituir en el domicilio del enfermo.

Lo que el Código Adjetivo no explica es la forma o los requisitos para comprobar “legalmente” la enfermedad del absolvente, ¿se verifica incidentalmente?, o basta expresarlo en el juicio, constituyéndose el juzgador como experto en cuestiones de salud para determinar la autenticidad de la enfermedad; por ello entendemos que deben ser enfermedades con prolongación temporal; sin incluirse por supuesto las emergencias médicas.

En Argentina, como explica Jorge Kielmanovich, el absolvente deberá acreditar la enfermedad con suficiente antelación a la audiencia, presentando al efecto un certificado de valoración médica, el cual debe contener el lugar donde se halla el absolvente, el tipo de padecimiento y el tiempo que durará el mismo; quedando facultado el contrario para impugnar dicho certificado.²⁹

Entonces se aprecia que acorde a lo que ordena el Código Adjetivo para el Distrito Federal, el Juez declarará abierta la audiencia, asentando en el acta la incomparecencia del absolvente, verificando que este debidamente notificado. Posteriormente, certificará la existencia o inexistencia del pliego de posiciones que hubiese exhibido el articulante.

En caso de que existiera pliego de posiciones en sobre cerrado en el secreto del juzgado, se procederá a su apertura y calificación de las posiciones en el contenidas, teniendo al absolvente por confeso, a petición del articulante, de las calificadas de legales. Una vez hecho esto, se abre la posibilidad de que el absolvente añada posiciones, las cuales serán formuladas oralmente y calificadas

²⁹ Kielmanovich, Jorge L. *Op. Cit.* p. 307.

por el juzgador, y de encontrarlas ajustadas a derecho, se tendrá por confeso de las mismas al absolvente.

Ahora bien, si no existiera pliego de posiciones, el articulante las formulará en el momento de la diligencia, haciendo constar esta circunstancia el Juez, calificando las mismas y teniendo por confeso, a petición del articulante, al absolvente ausente sin justa causa.

El artículo 322 aporta el fundamento de lo aquí expuesto:

Artículo 322.- El que deba absolver posiciones será declarado confeso: 1- Cuando sin justa causa no comparezca; 2- Cuando se niegue a declarar; 3- Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente.

En el primer caso, el juez abrirá el pliego y calificará las posiciones antes de hacer la declaración.

Es digno de resaltarse que el Código en cita exige, para que el absolvente sea declarado confeso, y sobre el particular en caso de incomparecencia, que exista apercibimiento respecto de tal declaración; y que la declaración se a solicitada por el articulante al momento de la diligencia o tres días después.

Artículo 323.- No podrá ser declarado confeso el llamado a absolver posiciones, si no hubiere sido apercibido legalmente. La declaración de confeso se hará a petición de parte, en el mismo acto de la diligencia o dentro de los tres días posteriores.

El artículo 292, contenido en el Capítulo III denominado “Del Ofrecimiento y Admisión de Pruebas” del Título Sexto “Del Juicio Ordinario” dispone:

Artículo 292.- La prueba confesional se ofrece presentando el pliego que contenga las posiciones. Si este se presentare cerrado, deberá guardarse así en el secreto, asentándose la razón respectiva en la misma cubierta. La prueba será admisible aunque no se exhiba el pliego, pidiendo tan sólo la citación; pero si no concurriere el absolvente a la diligencia de prueba, no podrá ser declarado confeso más que de aquellas posiciones que con anticipación se hubieren formulado.

Es preciso que el lector no se confunda con la parte final de este artículo, ya que si bien es cierto que ordena una anticipación para que se declare confeso al absolvente ausente, también lo es que del articulado que regula el desahogo de la confesión, no limita al articulante con la presentación del pliego de posiciones; máxime que lo faculta en su artículo 317 a formularlas oralmente, con lo que la anticipación se entiende previa a la petición de declaración de tenerlo por confeso, y si se autoriza que dentro de la audiencia se planteen las posiciones, debe hacerse de esta manera para hacer efectivo el apercibimiento.

3.6.3 Comparecencia sólo del absolvente

Llegada la fecha señalada en autos para el desahogo de la prueba en estudio, el juez declara abierta la audiencia, asentando la presencia del absolvente; de inmediato procede a constatar la debida notificación de la prueba y la existencia del pliego de posiciones en el seguro del juzgado. Si se presentó dicho pliego, el juez lo abrirá, examinará las preguntas contenidas en el mismo, y las que hayan sido calificadas de legales, serán formuladas al absolvente para ser

respondidas en los términos ordenados en la legislación adjetiva; firmando previamente el pliego de posiciones el que haya de absolver las mismas.

Ahora bien lo relevante en este supuesto, es que si el oferente de la prueba no se presenta a la diligencia, y no exhibió pliego de posiciones, se pierde la oportunidad de formular oralmente posiciones, dando como resultado que la prueba no se pueda desahogar, ya que si la esencia de ésta es el posicionamiento, que en forma de pregunta hace el oferente, al no haber preguntas la prueba queda desierta por causas imputables al oferente; siendo lo correcto que el Juez deseche la misma por estas causas.

En caso de que fueran varias las personas citadas a absolver posiciones, lo deberán hacer en una sola diligencia, impidiendo se puedan orientar en cuanto al contenido de las respuestas, impidiendo el juez la comunicación entre ellos; esto encuentra su sustento legal en el artículo 314 que ordena:

Artículo 314.- Si fueren varios los que hayan de absolver posiciones y al tenor de un mismo interrogatorio, las diligencias se practicarán separadamente y en un mismo acto, evitando que los que absuelvan primero se comuniquen con los que han de absolver después.

3.6.4 Incomparecencia de ambas partes

En la hora y en el día que el A quo determinó para el desahogo de las pruebas, se declarará abierta la misma haciendo constar la incomparecencia de las partes; deduciendo de lo actuado si la notificación fue practicada legalmente. Posteriormente se extrae del seguro del resguardo del juzgado, si lo hubiere; el pliego de posiciones presentado por el articulante. Se abrirá el pliego y se analizan

las posiciones y se autorizan las estructuradas acorde a los requisitos de ley. Y dada la ausencia de las partes, el oferente contara con tres días para solicitar se declare confeso al absolvente de las posiciones aprobadas por el juez. En este punto se debe observar que si no se calificó de legal posición alguna de las contenidas en el pliego, el absolvente no puede añadir verbalmente posición alguna, anulando la posibilidad de la declaración de confeso, ante lo cual el medio de prueba pierde su eficacia.

Por otro lado, si no comparecieron las partes y no se exhibió pliego de posiciones alguno, el Juez lo asentará en esta forma, resultando procedente que la prueba se declare desierta por falta de interés jurídico.

Aquí finaliza el tercer capítulo de nuestro estudio, el cual ha servido para ubicar a la prueba confesional dentro del proceso en materia civil, ubicando que puede ser ofrecida desde el planteamiento de la litis, en el periodo común para ofrecer pruebas o en el último de los casos hasta diez días antes de la celebración de la audiencia de desahogo de pruebas; para lo cual no es menester exhibir el pliego de posiciones.

Hemos revisado que los detractores de la confesional en el proceso contemporáneo son abundantes, pues cuestionan su efectividad fundándose en la malicia de las partes para obtener un resultado favorable en la definitiva; en el origen divino del juramento para responder con veracidad los cuestionamientos del oferente; y hasta atribuir una naturaleza similar al interrogatorio de testigos.

Se apuntó que estas posturas son inexactas pues sus fundamentos se alejan de la naturaleza jurídica de la confesión, la cual nada tiene que ver con un interrogatorio abierto, pues a través de las posiciones las partes fijan su postura en forma clara y categórica, buscando que su contrario admita dicha circunstancia a su entero perjuicio. En la confesión no se busca que el absolvente relate de

manera descriptiva un suceso, por el contrario se le sostiene afirmativamente una acción, para que emita necesariamente un par de respuestas: “sí” o “no”.

Observamos que para la preparación de la prueba confesional debe efectuarse el ofrecimiento en los términos ordenados por la ley; solicitando la presencia personalísima del absolvente y no por apoderado o persona diversa, protestado de conducirse con verdad; y efectuar la notificación de forma oportuna y a más tardar veinticuatro horas antes de que tenga verificativo la audiencia de pruebas.

Se explico que para el desahogo de la prueba sea que se articularan por escrito o en forma oral, las posiciones deben plantearse en sentido afirmativo, respecto de un solo hecho controvertido propio del absolvente y carentes de insidia. En caso de exhibirse pliego de posiciones, este deberá ofrecerse preferentemente cerrado, salvo al caso de las corporaciones oficiales.

Por lo que respecta a las figuras de articulante y absolvente, se presenta un efecto recíproco, el articulante en determinado puede ser absolvente y viceversa; esto en el sentido de que la prueba esta dirigida a las partes los cuales por equidad procesal podrán desempeñar ambos supuestos según sea ofrecida la prueba dentro del proceso. Es importante que la supuesta anacronía de la confesional, sea revertida con el buen desempeño del oferente de la prueba, pues el medio de prueba debe ser adecuadamente conducido por el litigante para lograr la convicción en el juzgador, al efectuar una adecuada relación entre los hechos controvertidos y el contenido de las posiciones, en el caso de la confesión por comparecencia.

En lo relativo a la calificación del pliego de posiciones, es abierta nuestra oposición a la falta de recurso en contra de esta determinación judicial, pues la confesional como medio de prueba reviste singular importancia dentro del proceso y con esta medida es expuesta al arbitrio del juzgador, lo cual por sí no es malo,

sin embargo no se entiende porque no como en los otros casos de la determinaciones judiciales no se permea someter a examen de un órgano colegiado la adecuada resolución del a quo en aras de la adecuada impartición de justicia.

Finalmente se expones los supuestos dentro de la audiencia de desahogo de pruebas respecto de la confesional; y para fines de esta investigación se aseveró que la calificación del pliego de posiciones es posible cuando el articulante esta presente y exhibe pliego de posiciones y/o formula oralmente posiciones; o en caso de que no asista pero se exhiba pliego de posiciones, pues en el entendido de que no comparezca ni exhiba pliego de posiciones, se cierra la última posibilidad referente a articularlas en forma verbal quedando desierta la prueba.

CAPÍTULO 4

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

4.1 Concepto de medio de impugnación

Comenzamos la parte final de este estudio, nos adentramos al tema de los medios de impugnación como género para llegar a la especie que son los recursos. Comencemos con el maestro Gómez Lara, adjudica la existencia de los medios de impugnación a lo perfectible de los actos humanos, que son los que finalmente desarrollan el proceso, como el Juez y los Secretarios de Acuerdos; y en este sentido manifiesta: “Indudablemente, toda la impugnación se basa en la fiabilidad humana, es decir, los actos del hombre están siempre expuestos a caer o a incurrir en equivocaciones y en injusticias. Esta puede ser considerada la razón justificativa de la impugnación.”¹

Sobre la misma postura Héctor Santos Azuela ilustra: “Con el fin de procurar la seguridad y la justicia como fines esenciales en la sociedad política, los medios de impugnación son regulados como instrumentos legales para superar y corregir la inevitable falibilidad humana al juzgar en los conflictos... en su más lata acepción la impugnación se concibe como el instrumento de la parte interesada o agraviada para requerir del tribunal de lazada, la remoción de una sentencia que le resultó desfavorable o le acarreó algún perjuicio.”²

Como se aprecia en primer plano el espíritu de los medios de impugnación es someter a examen una resolución dictada dentro de un proceso, pues como es derivada de un acto humano es perfectible; siendo la finalidad empalmarla con la realidad fáctica y jurídica.

¹ Gómez Lara, Cipriano, Op. Cit. pp. 297 y 298.

² Santos Azuela Héctor, *Teoría General del Proceso*, Mc Graw Hill, México 2000. p 207.

Comenzamos con las definiciones de los medios de impugnación y se toma en cuenta la opinión de Enrique M. Falcón define a los medios de impugnación así: “Es una amplia gama de medidas, tendientes a atacar o refutar actos procesales y procedimientos. Dentro de estas impugnaciones hallamos una particular que se da contra las resoluciones judiciales. A este tipo de impugnaciones se las llama específicamente “recursos”.”³

No compartimos que en el concepto se tome a los medios de impugnación como “medidas” consideramos que es adecuado denominarlos instrumentos procesales y más que atacar actos procesales, se atacan las determinaciones dictadas por el juez; pues dentro de los actos procesales se encuentran también las conductas desplegadas por las partes las cuales no son materia de los medios impugnativos.

Micheli define a los medios de impugnación como “los instrumentos procesales ofrecidos por las partes para provocar aquel control sobre la decisión del Juez, y este control es encomendado a un Juez no sólo diverso de aquel que ha emitido el pronunciamiento impugnado o gravado, sino también de grado superior, aun cuando no esté en relación jerárquica verdadera y propia con el primero.”⁴

De esta definición se advierte que se tiene a los medios de impugnación como instrumentos procesales, sin embargo es inexacto que invariablemente sea un juez diverso y superior el encargado de determinar la exactitud y validez de una resolución judicial, pues en ciertos casos es el propio juez autor de la resolución impugnada, el que vuelve a evaluar todos los elementos de la determinación para determinar si es la más adecuada.

³ Falcón, Enrique M. *Elementos de Derecho Procesal Civil II*, Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina, 1987. p 151.

⁴ Micheli Gian, Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. P. 266.

Eduardo Pallares proporciona la siguiente definición: “MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.- Los medios de impugnación no sólo comprenden los recursos ordinarios y extraordinarios que pueden hacerse valer contra las resoluciones judiciales, tales como la revocación, la apelación, el juicio de amparo, la apelación extraordinaria y la queja. También hay que incluir en ellos la oposición del tercero, el incidente de nulidad, la audiencia en rebeldía, la restitución *in integrum*, la revisión de oficio, la protesta, etc.”⁵

Debe resaltarse que en este concepto se maneja al amparo como un recurso, lo cual es inexacto, pues la propia naturaleza jurídica de esta figura nos indica que es un juicio independiente y no un último recurso, pues es de explorado derecho que lo que se busca en primer término es la salvaguarda de las garantías individuales del litigante.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, define a los medios de impugnación en la forma que a continuación se apunta: “MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.- I Configuran los instrumentos jurídicos consagrados por las leyes procesales para corregir, modificar, revocar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias, errores (sic) ilegalidad o injusticia. II Se trata de una institución sumamente compleja que ha ocasionado numerosos debates, por lo que, sin adentrarnos en los diversos planteamientos doctrinales, tomaremos en consideración la clasificación de los medios de impugnación, en tres sectores, estimados de manera flexible y que se han denominado: *remedios procesales*, *recursos* y *procesos impugnativos*.

Entendemos como *remedios procesales* los medios que pretenden la corrección de los actos y resolución judiciales ante el mismo juez que los ha dictado; pero tomando en consideración que, en algunos supuestos, resulta difícil trazar una frontera claramente delimitada entre dichos remedios y algunos recursos procesales, podemos señalar la aclaración de sentencia, la revocación y la

⁵ Pallares, Eduardo. Op. Cit.; p 560.

excitativa de justicia. 1. La *aclaración de sentencia* no se encuentra regulada expresamente en la mayoría de los códigos procesales mexicanos, pero constituye una práctica constante de nuestros tribunales, y además, existen varias disposiciones legales que consagran esta institución a través de la instancia de parte afectada en la cual, presentada dentro de un breve plazo, generalmente de tres días, debe señalar con toda claridad la contradicción, ambigüedad u oscuridad del fallo, cuyo sentido no puede variarse, de acuerdo con lo dispuesto por los aa. 84 del CPC; 223 del CFPC; 847 de la LFT y 351 y 359 del CFPP. 2. En segundo término debe considerarse la llamada revocación estimada como la impugnación que la parte afectada puede plantear ante el mismo juez o tribunal que dictó la resolución procedimental, cuando esta no puede ser combatida a través de un recurso, con el propósito de lograr su modificación o sustitución. Así lo disponen los aa. 227-230 del CFPC; 412 y 413 del CPP; 361-362 del CFPP así como los aa. 684 y 685 del CPC, el cual califica como reposición el citado instrumento cuando se hace valer contra resoluciones del Tribunal Superior de Justicia del DF (TSJDF). 3. Puede considerarse también dentro de esta categoría, para la materia fiscal federal la llamada *excitativa de justicia* regulada por los aa. 240 y 241 de CFF, de acuerdo con los cuales, las partes de un proceso de nulidad fiscal pueden presentar la citada excitativa ante la sala superior del TFF cuando los magistrados instructores no elaboren los proyectos respectivos dentro de los plazos señalados por el propio CFF. En tal virtud podríamos estimarla como una queja o reclamación por retraso en el pronunciamiento de las resoluciones respectivas. Varias leyes expedidas en las entidades federativas han consagrado este instrumento respecto de los tribunales de lo contenciosos administrativo.”⁶

Santos Azuela sostiene que existen tres grupos dentro de los medios de impugnación, los remedios procesales, los recursos y los llamados procesos impugnativos; y los explica de la siguiente manera: “A la luz de la dogmática, los remedios procesales pretenden obtener la corrección de los actos y resoluciones judiciales ante el mismo juzgador encargado de emitirlos... estos a su vez se

⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit. p. 2498 y 2499.

subdividen en aclaración de sentencia, revocación y excitativas de justicia. Por su interposición ante el propio juzgador que emitió la sentencia, con objeto de que la reconsidere, se les llama medios de impugnación horizontales... Se denominan recursos los medios de impugnación oponibles dentro del mismo proceso ante un órgano jurisdiccional de superior jerarquía, tanto por violaciones cometidas en el procedimiento como en las resoluciones judiciales respectivas... incluyen la apelación la queja y la reclamación.”⁷

Son atinados estos dos conceptos pues ya brindan una clasificación de los medios de impugnación en un sentido amplio pero didáctico, coincidiendo en los puntos referentes a los remedios procesales y en cuanto a los recursos; en la primer definición se añaden los procesos impugnativos; siempre teniendo en cuenta que lo que se pretende es obtener una certeza mayor en cuanto a que el fallo sea adecuado y apegado a la verdad sustentada.

Es así que Francesco Carnelutti reflexiona sobre la impugnación en el proceso y apunta: “El principio de la impugnación es muy simple; en efecto, se trata de volver a juzgar ¿Cómo se verifica la exactitud de una operación aritmética? Se le vuelve a hacer otra vez; y si no basta una vez, dos, tres veces seguidas: si el resultado no cambia, se adquiere, si no propiamente la certeza, sí por lo menos una razonable persuasión de que no ha habido equivocación. De igual modo se procede para verificar la justicia de la decisión.”⁸

Es una analogía simple pero brinda una idea muy precisa de lo que en gran medida se pretende con los medios de impugnación; el que a través del sometimiento, de la determinación judicial, aun nuevo criterio que determine la validez de lo ya resuelto, sea por el propio juzgador o por un órgano superior, acerca a los litigantes a la razón fundada de que el fallo ha sido pronunciado adecuadamente. Aunque como se dijo, esto es sólo una de las finalidades de los

⁷ Santos Azuela Héctor. *Op. Cit.* p. 210 y 211.

⁸ Carnelutti, Francesco, *Op. Cit.*, p. 379.

medios de impugnación, resultado de la inconformidad de las partes con determinada resolución, combatiéndola a través de las especies de los medios de impugnación.

Robustece lo anterior la opinión de Ovalle Fabela respecto de la impugnación; “La palabra impugnación proviene del latín *impugnatio*, acción y efecto del verbo *impugnare*, el cual significa combatir, contradecir, refutar, luchar contra. En efecto, en el derecho la expresión impugnación tiene un sentido muy amplio: se le utiliza para designar tanto las inconformidades de las partes y demás participante contra los actos del órgano jurisdiccional, como las objeciones que se formulan contra actos de las propias partes (la impugnación de documentos por ejemplo). En el derecho procesal, sin embargo, suele emplearse la palabra impugnación para denominar la refutación de la validez o de la legalidad de los actos procesales del órgano jurisdiccional. Sólo estos actos –y no los de las partes ni de los terceros- son objeto de impugnación procesal en sentido estricto... Los medios de impugnación son los procedimientos a través de los cuales las partes y los demás sujetos legitimados controvierten la validez o la legalidad de los actos procesales o las omisiones del órgano jurisdiccional, y solicitan una resolución que anule, revoque o modifique el acto impugnado o que ordene subsanar la omisión... En estos procedimientos intervienen los siguientes sujetos: 1. La parte o el sujeto legitimado para interponer el medio de impugnación, al que podemos denominar genéricamente el impugnador... 2. El órgano jurisdiccional responsable del acto o de la omisión impugnados (juez a quo). 3. El órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver el medio de impugnación (cuando no es el mismo que el anterior, se le denomina juzgador ad quem). 4. La contraparte del impugnador, a la que normalmente se le permite intervenir en defensa de la validez o la legalidad del acto reclamado.”⁹

⁹ Ovalle Favela, José; *Teoría General del Proceso*, 6ª Edición, Oxford University Press, México 2001. pp. 318 y 319.

Muy completa resulta esta postura respecto de los medios de impugnación, pues se le mira como la forma de inconformarse con las determinaciones judiciales. Como se especifica hay figuras jurídicas asignadas a las partes identificadas como impugnación, sin embargo procesalmente hablando debe entenderse únicamente como el acto para contravenir una resolución judicial; esta impugnación no es exclusiva de las partes, pues en ciertos juicios otros sujetos que intervienen en el proceso sin ser parte en sentido formal, se encuentran facultados para impugnar. Finalmente es destacable el identificar los cuatro sujetos que intervienen en el proceso de impugnación, con la salvedad de que en la tramitación ante el propio juez de facto se reduce a tres, pues el juzgador que emite el acto es constreñido a someterlo a un nuevo examen.

Es importante no pensar que sólo las partes pueden combatir las determinaciones judiciales, pues esta apreciación es errónea, toda vez que las resoluciones judiciales producen efectos jurídicos que benefician o afectan no sólo a los contendientes sino que en muchas ocasiones acarrear efectos para otros sujetos, a los cuales la ley ofrece alguna forma de defensa de forma casuística.

Micheli en este sentido considera para que los medios de impugnación sean procedentes deben ser necesariamente promovidos por parte legitimada y directamente interesada; lo cual explica al afirmar: “Se ha recordado ya que la regla general es en el sentido de que tal poder corresponde a la parte vencida; quien ha sido parte en la fase procesal que ha dado lugar a la sentencia a impugnar está legitimado para proponer la impugnación; legitimación que encuentra por eso fundamento en la posición procesal tenida por los sujetos en el proceso, aun cuando se haya verificado su constitución en juicio y se haya declarado su contumacia. Por parte hay que entender sin embargo, no sólo el sujeto que ha actuado en el proceso en nombre y por cuenta propia, sino también quien ha obrado en nombre y por cuenta de otros y en nombre propio por un derecho ajeno, y por tanto el representante y el sustituto procesal; además, el

representado y el sustituto pueden impugnar personalmente la sentencia obtenida contra el propio representante o el sustituto.”¹⁰

Desde nuestra óptica los medios de impugnación son los instrumentos procesales al alcance de los sujetos que por mandato de ley, pueden combatir las determinaciones judiciales que les afecten en algún modo; ya sea que se substancien ante el autor de la resolución o ante un sujeto u órgano superior; buscando con el mismo modificar, anular o sustituir el criterio con el que se inconforman.

4.2 Concepto de recurso

Es tiempo de analizar la figura vinculada a nuestra investigación el recurso, haciéndolo de entrada por analizar su conceptualización y pondremos en primer plano el concepto gramatical, veamos así la definición de la Real Academia de la Lengua Española. RECURSO. Acción y efecto de recurrir.// vuelta o retorno de una cosa al lugar de donde salió.// acción que concede la ley al interesado de un juicio o en otro procedimiento para reclamar contra las resoluciones, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante alguna otra.// **contencioso administrativo.** El que se interpone contra las resoluciones de la administración activa que reúne determinadas condiciones establecidas en las leyes.// **de apelación.** El que se entabla a fin de que una resolución sea revocada, total o parcialmente, por tribunal o autoridad superior al que la dictó.// **de queja.** El que interponen los tribunales contra la invasión de atribuciones por autoridades administrativas, y en general, el que los interesados promueven ante un tribunal o autoridad superior contra la resistencia de un inferior a admitir una apelación u otro recurso.¹¹

¹⁰ Micheli Gian, Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. P. 278.

¹¹ Real Academia Española. Op. Cit. p. 1156.

En la opinión de María Moliner el concepto de recurso es: “RECURSO. Medio a que se recurre para algo.// medio que encuentra a alguien o que se le ocurre para conseguir algo: “tener muchos recursos”.// conjunto de elementos o bienes que se dispone para cubrir una necesidad o emprender algo: “los recursos hidráulicos de un país”. // reclamación presentada contra una resolución de una autoridad ante la misma que la ha dictado ante otra superior.// el que se interpone ante un alto tribunal de justicia cuando los derechos fundamentales reconocidos en la constitución no han sido respetados por otros tribunales o autoridades. // El que se entabla ante autoridad superior a la que dictó la resolución.// el que se interpone contra la administración pública.”¹²

Guillermo Cabanellas lo conceptualiza en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual en la siguiente forma: “RECURSO. Medio, procedimiento extraordinario. //acudimiento a personas o cosas para solución de caso difícil. // Acogimiento al favor ajeno en la adversidad propia.// solicitud.// petición escrita.// memoria.// por antonomasia, en lo procesal, la reclamación que, concedida por la ley o reglamento, formula quien se cree perjudicado o agraviado por la resolución de un juez o tribunal, para ante el mismo o el superior inmediato, con el fin de que le reforme o revoque.”¹³

Estos tres conceptos aportan un panorama muy genérico del concepto en análisis, que van desde el recurso como concepto ligado a la riqueza, como el recurso como oportunidad para conseguir algo; sin embargo se toman elementos importantes como es el referente a volver al lugar de donde se partió. Esta idea se vincula directamente a la figura procesal, pues lo que se busca es volver al cause de las cosas y determinar si existe defecto en algún punto, el cual deberá ser subsanado o ante su inexistencia confirmar la determinación, lo que acarrea una mayor certeza respecto de la resolución.

¹² Moliner, María. Op. Cit. p. 1185.

¹³ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit.; 1989; p. 497.

Para Enrique M. Falcón, recurso “es todo acto de impugnación de una resolución judicial por el que se pretende la revisión y modificación de lo resuelto respecto de la pretensión principal.”¹⁴

Diferimos de este concepto, pues reduce los recursos a la impugnación de la resolución definitiva, negando la posibilidad de que en el desarrollo del proceso se puedan combatir decisiones judiciales que si bien no resuelven el fondo de la controversia, si dan forma a la decisión final, las cuales si no se corrigen a través de un recurso en caso de error, muy probablemente viciarán el veredicto final.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas en su Enciclopedia Jurídica Mexicana identifica al recurso como: “RECURSO.- I (del latín *recursos*, camino de vuelta, de regreso o retorno). Es el medio de impugnación que se interpone contra una resolución judicial pronunciada en un proceso ya iniciado, generalmente ante un juez o tribunal de mayor jerarquía y de manera excepcional ante el mismo juzgador, con el objeto de que dicha resolución sea revocada, modificada o anulada. II La doctrina distingue dentro del género de los medios de impugnación varias categorías, entre ellas los *remedios procesales* considerados como los instrumentos que pretenden la corrección de los actos y las resoluciones judiciales ante el mismo juez de la causa; los *recursos* que se pueden interponer dentro del mismo procedimiento, pero ante un órgano judicial superior, por violaciones cometidas tanto en el mismo procedimiento, como en las resoluciones judiciales respectivas; y finalmente los *procesos impugnativos* que son aquellos que conforman una relación procesal autónoma para combatir una determinación anterior, generalmente de carácter administrativo, y en este sentido podemos citar al llamado proceso de lo contencioso-administrativo.”¹⁵

Eduardo Pallares lo define así: “RECURSOS.- 1. Los recursos son los medios de impugnación que otorga la ley a las partes y a los terceros para que

¹⁴ Falcón, Enrique M., Op. Cit., p 152.

¹⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo VI P-Z; Porrúa; México, 2002. pp. 2702 y 2703.

obtengan, mediante ellos, la revocación o modificación de una resolución judicial sea ésta auto o decreto. Excepcionalmente, el recurso tiene por objeto nulificar la resolución o la instancia misma. 2. la palabra recurso tiene dos sentidos, uno amplio y otro restringido y propio. En sentido amplio, significa, como ya se dijo, el medio que otorga la ley para que la persona agraviada por una resolución judicial obtenga su revocación, modificación o nulidad. En sentido más restringido el recurso presupone, que la revocación, rescisión o nulidad de la resolución estén encomendados a tribunales de una instancia superior. Nuestra ley, fiel a una tradición clásica, emplea la palabra recurso en el primer sentido, y de esta manera establece la revocación, y en algunos casos la queja, pero no faltan autores modernos como prieto castro que sostienen la conveniencia de emplear únicamente la palabra recurso en el segundo sentido.”¹⁶

La gran aportación de estos conceptos, es que explican porque hay una inexacta aplicación del término recurso en nuestra legislación procesal; pues emplean indistintamente el concepto para referirse a la impugnación a resolver ante el propio juez y el caso en que será resuelto por un juzgador superior o bien un órgano igualmente superior.

Cuando la impugnación planteada debe ser resuelta por el propio juzgador, no debe ser denominado recurso como tal, algunos tratadistas han dado en llamarle remedios procesales; lo cual nos parece adecuado, pues de ello se entiende que dentro del proceso el juez con base en un sano juicio acepta someter a reconsideración una determinación emitida por él, permitiendo que se libere de errores o se purguen los que se hubieran cometido y en caso de ausencia de los mismos se cerciore el a quo de sus razonamientos para emitir el acto impugnado.

¹⁶ Pallares, Eduardo. Op. Cit.; p 685.

Por su parte Willebaldo Bazarte Cerdán define al recurso como “la acción o facultad concedida por la ley al que se cree perjudicado por una resolución judicial para pedir la reposición, anulación o revocación de la misma.”¹⁷

Es una definición breve la de Willebaldo Bazarte, sin embargo no le impide ser atinada; es formidable como exalta que es la ley la que faculta al recurrente a combatir una resolución que le perjudica.

Eduardo J. Couture, define en cuanto a la etimología, al recurso como: “Recurso quiere decir, literalmente, regreso al punto de partida. Es un re-correr, correr de nuevo, el camino ya hecho... Son medios de fiscalización confiados a la parte; el error de procedimiento o el error de juicio, sólo se corrigen mediante requerimiento o protesta de la parte perjudicada. Si ésta no impugna el acto, el vicio queda subsanado... no son propiamente medios de subsanación a cargo de la parte, sino que son medios de subsanación que funcionan por iniciativa de la parte y a cargo del mismo juez (reposición) o del otro juez superior (apelación, nulidad).”¹⁸

Es correcto como ilustra este autor que el recurso consiste en volver a andar el camino ya explorado; sin embargo consideramos un error que se contemple que dicho recorrido debe ser impulsado únicamente por las partes, pues los efectos de una determinación alcanzan más allá de los intereses de las partes y como se explicó, la ley permite que otros sujetos puedan combatir la resolución si se consideran afectados, no por simple apreciación sino por situación objetiva y legal.

Enrique Palacio aporta este concepto: “...cabe definir a los recursos como aquellos actos procesales en cuya virtud quien se considera agraviado por una

¹⁷ Bazarte Cerdan, Willebaldo. *Los Recursos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y territorios de la Baja California*; 2ª Edición, Ediciones Botas, México 1971. p. 7.

¹⁸ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª edición; I. B de F, Buenos Aires y Montevideo; 2005. p 277, 285 y 286.

resolución judicial pide, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados desde la notificación de aquella, que un órgano superior en grado al que la dictó o en su caso éste mismo, la reforme, modifique, amplíe o anule.”¹⁹

Se detecta una ligera imprecisión, consistente en que este autor señala que todos los recursos deben hacerse valer dentro del proceso; sin embargo debe recordarse que el proceso finaliza al momento de dictar la sentencia definitiva; en contra de la cuál se puede promover recurso alguno con el ánimo de modificarla o sustituirla; perspectiva desde la cual este recurso estaría fuera del proceso original, ya que de hecho es así como se inicia la segunda instancia en nuestra legislación.

Para nosotros el recurso se puede conceptualizar como el instrumento jurídico por el cual cualquier persona legalmente autorizada, impugna una resolución judicial que le causa afectación, buscando que ésta se modifique, nulifique o sustituya, por criterio de un sujeto u órgano superior

4.3 Diferencia entre medio de impugnación y recurso.

Después de analizar en apartados distintos a los medios de impugnación y al recurso, se puede establecer que existe un género próximo y una diferencia específica entre ambos. Cipriano Gómez Lara comienza por distinguirlos de la siguiente forma:

“Es necesario dejar establecida una distinción necesaria entre el recurso y el medio de impugnación. Todo recurso es, en realidad, un medio de impugnación; contrariamente, existen medios de impugnación que no son recursos. Esto significa, pues, que el medio de impugnación es el género y el recurso es la

¹⁹ Palacio Lino, Enrique; *Derecho Procesal*; Tomo V Actos Procesales, Abeledo Perrot; Buenos Aires 1980. p. 29.

especie. 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 un reexamen parcial de ciertas cuestiones o como una segunda etapa, o segunda instancia, del mismo proceso. Por el contrario pueden existir medios de impugnación extra o metaprocesales, entendido esto en el sentido de que no están dentro del proceso primario, ni formar parte de él, estos medios de impugnación pueden ser considerados extraordinarios y frecuentemente dan lugar a nuevos o ulteriores procesos.”²⁰

Como queda claro, el recurso lleva consigo muchos elementos de los medios de impugnación, lo cual constituye su género próximo; verbigracia el someter a examen la determinación impugnada; si embargo el recurso permite únicamente que dicho examen sea realizado por una figura de autoridad superior en grado y no por el mismo juez, como en otros medios de impugnación, lo cual constituye su deferencia específica.

Debe tenerse en cuenta que este estudio por la instancia superior esta plenamente justificado; pues lo que se persigue no es el aletargar el proceso, sino buscar su perfeccionamiento; si existe la duda razonable de que la resolución pueda ser inexacta, un examen de dicho veredicto es necesario para dar certeza jurídica a las partes de que en caso de confirmación, la resolución fue adecuada, o si por el contrario existe algún defecto, éste se pueda subsanar y empalmar la realidad jurídica a la realidad fáctica.

Sobre este tenor Bazarte Cerdán sostiene: “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 aun en el caso de que sean justas por su contenido, contribuye mucho a la satisfacción de la parte que

²⁰ Gómez Lara, Cipriano, Op. Cit. p. 299.

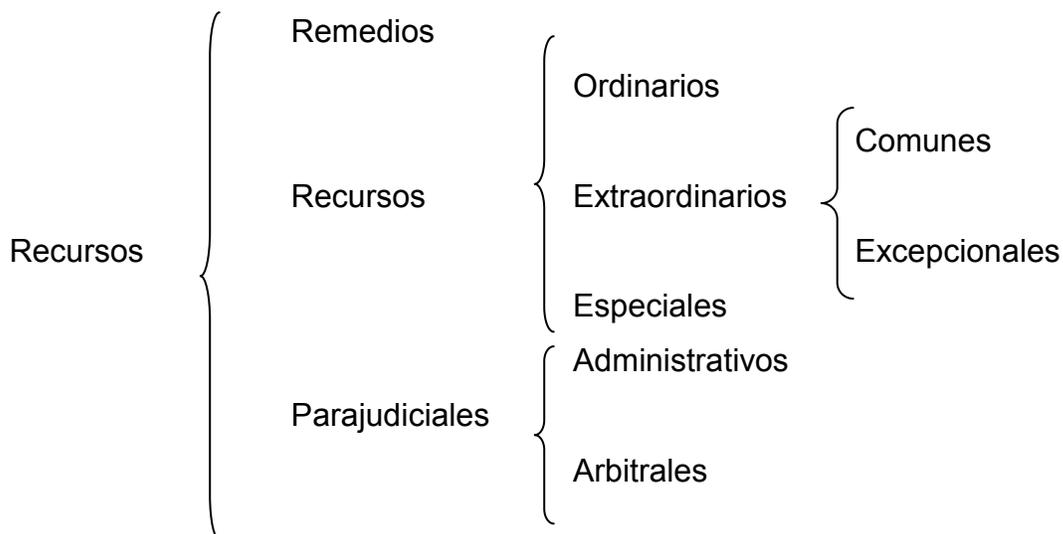
sucumbe, el hecho de serle posible acudir a un tribunal superior, probablemente más completo, para que el mismo negocio vuelva a ser examinado por él.”²¹

Aun más en términos simples Víctor de Santo robustece esta idea; “La experiencia enseña que dos jueces distintos alcanzan una mayor profundidad que uno solo en la sustanciación y resolución del litigio.”²²

Desde nuestra perspectiva es propio del recurso que substanciado que fue, deja en los litigantes una menor zozobra respecto del adecuado pronunciamiento del fallo, pues una visión externa y calificada la a desentrañado y analizado.

4.4 Clasificación de los recursos

Falcón clasifica a los recursos de la siguiente manera:



Los recursos podemos dividirlos en tres especies: 1) Remedios: articulaciones que se presentan para el mismo juez o tribunal que dictó la

²¹ Bazarte Cerdán, Willebaldo. *Los Recursos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y territorios de la Baja California*. p. 7.

²² De Santo, Víctor. *Tratado de los Recursos*; Tomo I Recursos Ordinarios, 2ª edición; Universidad, Buenos Aires, 1999. p.109.

resolución impugnada las resuelva, 2) Recursos propiamente dichos, para ser resueltos por otro tribunal distinto. Estos recursos pueden ser ordinarios, aquellos previstos para el tratamiento de la cuestión dentro de las instancias regulares del proceso; o extraordinarios, previstos para el tratamiento de cuestiones de carácter especial fuera de las instancias ordinarias, que pueden dividirse en comunes o excepcionales. Por último, dentro de los recursos hallamos los especiales, aquellos que tienen notas propias y que están destinados a la corrección de los mismos recursos. 3) El último grupo corresponde a los recursos parajudiciales. Son estos los correspondientes al procedimiento administrativo, tanto en la tramitación dentro de la administración como cuando se recurre a la justicia (contencioso administrativo), y los supuestos del arbitraje, ya que se trate de los recursos regulares, como el que da lugar a la acción de nulidad.”²³

Nos parece adecuada la clasificación efectuada, con la salvedad de incluir los remedios procesales en esta clasificación, pues consideramos que debe ser característica de esta figura el que su tramitación y resolución se ante una autoridad jurisdiccional superior en grado; lo cual no se presenta en los remedios procesales, pues estos tienen por característica ser substanciados ante el propio emisor de la resolución combatida.

4.5 Análisis del Recurso de Apelación

Toca el turno de hablar del recurso que en específico interesa a nuestro estudio, es lo referente al recurso de apelación, visualicemos su conceptualización, y citemos en primer lugar a Falcón, en los siguientes términos: “El recurso de apelación es un medio de impugnación que tienen una parte para atacar resoluciones judiciales, con el objeto de que otro tribunal al que se

²³ Falcón, Enrique M._Op. Cit. p 152 y 153.

denomina “superior”, la revoque total o parcialmente por haber incurrido el tribunal que dictó la resolución en un error de juzgamiento.”²⁴

Este concepto es impreciso pues la apelación puede ser interpuesta por cualquier persona que la ley autorice independientemente de ser parte o no; debe tenerse en cuenta que las resoluciones judiciales paran efectos no sólo a las partes, pues casuísticamente pueden extenderse más allá de los intereses de los litigantes.

Santos Azuela define a la apelación como “el recurso que se presenta ante el juzgador de grado superior (*ad quem*) para que repare los defectos, errores y vicios de una resolución emitida por el juez de jerarquía inferior (*juez a quo*)”²⁵.

Diferimos en esta postura pues se entiende que el único fin de la apelación es “reparar” los efectos de la determinación judicial; para nosotros a través de la apelación se busca modificar, ampliar, sustituir o revocar la resolución que se combate, toda vez que en los términos planteados por el autor se limitan los efectos de este recurso.

Palacio Lino sostiene lo siguiente: “El recurso de apelación es el remedio procesal encaminado a lograr que un órgano judicial jerárquicamente superior con respecto al que dictó una resolución que se estima injusta, la revoque o reforme, total o parcialmente.”²⁶

Menos afortunada es esta definición pues sostiene que la apelación es un remedio procesal, lo cual de ser cierto no permitiría su tramitación ante una entidad superior en grado.

²⁴ *Ibidem* p 163.

²⁵ Santos Azuela Héctor, Op. Cit. p 211.

²⁶ Palacio Lino, Enrique; Op. Cit. pp. 79 y 80.

A su vez Víctor de Santo asevera, “Se trata de un medio de ataque que tiene el litigante para refutar las resoluciones del órgano judicial, a fin de que el superior jerárquico las revoque total o parcialmente en razón de haber incurrido el inferior en un error de juicio.”²⁷

Este concepto carece de elementos esenciales para la apelación, toda vez que afirma sólo busca la revocación de la resolución, cuando no es preciso, pues según el caso se puede buscar se amplíe, modifique o sustituya. También contempla que los motivos por lo que se deba demandar es por que exista un error de juicio; dejando de lado los errores denominados “in procedendo” o errores cometidos en el desarrollo del proceso.

Eduardo J. Couture define la apelación y explica sus elementos al sostener: “la apelación, o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior. Se distinguen en este concepto tres elementos. Por un lado el objeto mismo de la apelación, o sea el agravio y su necesidad de reparación por acto del superior... el objeto es, en consecuencia, la operación de revisión a cargo del superior, sobre la justicia o injusticia de la sentencia apelada. Por otro, los sujetos de la apelación. Este punto tiene por objeto determinar quiénes pueden deducir recurso, y quienes no pueden deducirlo... En último término, los efectos de la apelación. Interpuesto el recurso se produce la inmediata sumisión del asunto al juez superior (efecto devolutivo). Pero en la previsión natural de que la nueva sentencia pudiera ser revocatoria de la anterior, normalmente se suspenden (efecto suspensivo) los efectos de la sentencia recurrida...”²⁸

Es bueno el aporte de este autos al analizar los elementos de la apelación, sin embargo se expresa únicamente respecto de la sentencia, como si fuera la

²⁷ De Santo, Víctor. *Tratado de los Recursos*; p. 253.

²⁸ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p 286 y 287.

única determinación judicial que se pudiera combatir por medio de este recurso, lo cual es erróneo, pues como se sabe hay otro tipo de resoluciones judiciales sin ser siquiera sentencias que son apelables. y la revocación de la misma. También es impreciso que contemple únicamente que la apelación busca revocar la determinación que se impugna; pues como ya se vio por sus fines a través de la apelación se puede modificar, ampliar o sustituir la mencionada actuación judicial.

Por su parte José Becerra Bautista conceptualiza el recurso en comentario de la siguiente manera: “Por apelación entendemos el recurso en virtud del cual un tribunal de segundo grado, a petición de parte legítima, revoca, modifica, o confirma una resolución de primera instancia... Si recordamos también la etimología de la palabra apelar, que viene del latín *apellare*, que significa *pedir auxilio*, entenderemos fácilmente que la apelación es una petición que se hace al juez de grado superior para que repare los defectos, vicios y errores de una resolución dictada por el inferior. De lo anterior se desprende que debe haber un juez inferior: juez *aquo*; un superior: juez *ad quem*; un denunciante de defectos, vicios o errores de la resolución: apelante; una resolución impugnada y una persona a quien pudo beneficiar esta resolución: parte apelada (toda vez que en todo proceso encontramos la resolución trilateral de dos partes y un juez.”²⁹

Es loable el concepto tan claro aportado por el maestro Becerra Bautista, reúne todos los elementos imprescindibles para el recurso en estudio, destaca la presencia de la legitimación para interponer el recurso, la intencionalidad de no sólo revocar un determinación judicial; ante un tribunal de segundo grado, ante la presencia de imperfecciones en la función del inferior jerárquico.

Para nuestro estudio por apelación debe entenderse como el recurso asequible a la persona facultada por ley, por el cual se impugna ante un órgano judicial superior una resolución judicial del inferior jerárquico que le genera

²⁹ Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*. p 589.

agravio; a efecto de que se modifique, amplíe, revoque o sustituya, purgando los errores de juicio o de proceso.

4.5.1 Procedencia del recurso de apelación

Como se apuntó dependiendo del tipo de determinación judicial es el recurso que se deberá interponer para impugnar la misma, para lo cual se toma en cuenta lo expresado por Bazarte Cerdán el cual proporciona una lista muy específica en la que se apuntan las resoluciones que se hacen contener en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

“ I.- Decretos; El apercibimiento del juez a las partes o terceros; El nombramiento o remoción de un depositario; La sustitución de un perito hecha por el juez; El señalamiento de día y hora para celebrar en audiencia o acto procesal; La citación de las partes o terceros para comparecer a alguna diligencia; El medio de citación empleado por el juez; y La imposición de una medida de apremio.

II.- Autos Provisionales: Auto de exequéndum; Las providencias precautorias; Las medidas preparatorias del juicio; Las medidas de aseguramiento en los juicios universales; La primera providencia del juez en los concursos y sucesiones; El señalamiento de alimentos en los juicios de divorcio; y La separación de los cónyuges en los casos de divorcio.

III.- Autos Definitivos: Auto desconociendo personalidad en el actor al interponer la demanda; Auto declarando incompetente al juez; Auto aprobatorio de un convenio o transacción; Auto teniendo por desistido al actor de la acción o de la demanda; Auto dando por terminada la providencia de lanzamiento; Auto que se niega a darle curso a la demanda; Auto que ordena acumular un juicio al sucesorio; Auto que niega a declarar rebelde al demandado; Auto que suspende el procedimiento; La resolución que ordena remitir el juicio a otro tribunal; La resolución que levanta el embargo en los juicios ejecutivos; y Auto que sobresee un juicio testamentario por aparecer el testamento.

IV.- Autos Preparatorios; Auto teniendo por ofrecidas pruebas; Auto de admisión de pruebas; Auto de apertura del juicio a personales; Auto que desecha personales; y Auto que se niega a preparar o practicar una personales.

V.- Sentencias: Definitivas e Interlocutorias.

VI.- Autos de Trámite Complejo: El auto que deniega la suspensión del procedimiento en el caso señalado por el artículo 386 del CPCDF; Los autos que radican los juicios; Los autos que radican los incidentes; El auto que cita para sentencia; La resolución que radica remisión de autos; Autos teniendo por desistido al actor de la acción o de la demanda parcialmente; y El auto que desecha una recusación.”³⁰

Entonces debe entenderse que la apelación requiere de determinados requisitos para su procedencia, al respecto Enrique M. Falcón, apunta, “a) Que la resolución sea recurrible; b) Que la resolución cause un agravio; c) Que la resolución cause gravamen; d) Que se funde en un error de la resolución recurrida; y, e) Que se cumplan los demás requisitos formales correspondientes a cada recurso.”³¹

Otra opinión es aportada por De Santo en las siguientes condiciones: “Con respecto a los requisitos de admisibilidad del recurso de apelación, los autores coinciden en la siguiente enumeración: 1) resolución apelable; 2) legitimación; 3) gravamen; 4) deducción oportuna; 5) motivación; 6) cumplimiento de las formalidades. El recurso de apelación, además, debe ser idóneo y jurídicamente posible. Lo primero, cuando se ajusta legalmente a la resolución atacada, y lo segundo cuando se interpone contra una resolución factible de ser recurrida mediante ese remedio procesal.”³²

³⁰ Bazarte Cerdán, Willebaldo. *Los Recursos, la caducidad y los incidentes de nulidad en el procedimiento civil mexicano; doctrina, comentarios, jurisprudencias y tesis jurisprudenciales..* pp. 128 a 132.

³¹ Falcón, Enrique M. Op. Cit. p 155.

³² De Santo, Víctor. *Tratado de los Recursos.* pp. 263 y 264.

La primera opinión es muy genérica, aunque si toca puntos fundamentales no permite generar una idea vinculada exactamente a la apelación. Por su parte la opinión de De Santo, es destacada, pues permite anticipar que la apelación tiene un trámite específico y que requiere la atención de las particularidades que la ley impone.

Bazarte Cerdán efectúa un gran aporte, pues profundiza en las acciones que despliega el juez dentro del proceso y el peso específico que tienen dentro del mismo, es así que distingue entre los actos jurisdiccionales y los actos administrativos a cargo del Juez del conocimiento y explica: “Son actos jurisdiccionales, las sentencias, las interlocutorias, las resoluciones de los jueces que deciden sobre uno de los presupuestos procesales, como personalidad, competencia, carácter ejecutivo de la acción, desechamiento de la demanda. Por exclusión son actos administrativos aquellos que sirven para preparar la buena marcha del proceso, la comodidad, la rapidez, pero que no tienen que ver ni con ni con la resolución de uno de los presupuestos procesales ni con ninguno de los puntos fundamentales de la sentencia que se resuelve de antemano, ni con la sentencia misma; los cuales quedan intactos, haya o no esos actos administrativos. Los actos administrativos del juez son para facilitar la marcha del proceso, para desembarazarlo de los obstáculos que se presenten, pero dejando intacta la armadura del proceso, como los presupuestos procesales y aquellos puntos que se van resolviendo durante la marcha del juicio y que, sin embargo, van a influir sobre la sentencia, todo eso permanece intacto. De lo expuesto se sigue una regla: el acto jurisdiccional es apelable, el acto administrativo es revocable.”³³

Es clara la diferencia según la repercusión dentro del proceso, pues existen actos que son indispensable para que las determinaciones del juez se materialicen, aunque sin embargo no tienen un impacto para el fondo del asunto

³³ Bazarte Cerdán, Willebaldo. *Los Recursos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y territorios de la Baja California*. pp. 15 y 16.

de su conocimiento, por el contrario existen otros actos que trascienden en sus efectos hasta la materia de la litis; siendo éstos últimos por su importancia del conocimiento de un órgano superior en grado.

En cuanto a la admisión del recurso de apelación por parte del Juez, Becerra Bautista ilustra: “Para determinar si es admisible o no la apelación hecha valer, el juez tiene que resolver: si el recurrente tiene interés jurídico y, consecuentemente, legitimación para apelar, por ser parte, tercerista que haya salido al juicio o tercero que reciba perjuicio con la resolución, etc.; si el recurso fue interpuesto en tiempo y si se trata de una resolución impugnada por medio de este recurso.”³⁴

Es menester abordar lo relativo al agravio, puesto que para que la apelación proceda debe ocasionar un agravio a la o las personas a las que sus efectos alcanzan; Couture en este sentido expone: “Entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio”³⁵

Enrique Palacio Lino asevera: “Por agravio debe entenderse la insatisfacción total o parcial, de cualquiera de las pretensiones (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso.”³⁶

Para Víctor de Santo³⁷, se dice que hay agravio cuando una resolución judicial causa a un litigante un perjuicio o gravamen material o moral, de carácter actual.

Desde la óptica de Enrique Vescovi, agravio “es el perjuicio que, en virtud de la sucumbencia, tiene que sufrir la parte para estar habilitada para introducir este recurso, que justamente tiene por finalidad esencial reparar dicho perjuicio.”³⁸

³⁴ Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*. pp. 598 y 599.

³⁵ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p 283.

³⁶ Palacio Lino, Op. Cit. p. 86.

³⁷ De Santo, Víctor. *Tratado de los Recursos*. p. 258.

El concepto de Palacio es correcto en contraposición a lo planteado por De Santo y Vescovi; pues el segundo de los citados insiste en que el perjuicio afecta sólo a uno de los litigantes, cuando la insatisfacción puede ser general y no sólo para uno de ellos, de igual forma omite la posibilidad de que se perjudique con la resolución a un tercero. El último de los autores apuntados sostiene que se apela cuando se es vencido, lo cual es incorrecto, pues se puede haber obtenido sentencia favorable en apariencia, quedando inconforme el presunto vencedor con los alcances del veredicto, en el caso de sentencia; aunque conviene decir que por el hecho de referirse a sucumbir en contienda, se cierra la idea de que se apelen otro tipo de resoluciones judiciales.

Para nosotros el agravio es el menoscabo material o moral, que sufre determinada persona como consecuencia de una resolución judicial que repercute en el fondo de un litigio. Debe aclararse que se ve el agravio desde una de sus acepciones, pues como adelante se detalla se puede entender den otros términos dentro del escrito por el cual se promueve el recurso de apelación.

Dentro de nuestra legislación al promover la apelación deben expresarse los agravios que causa la resolución impugnada, los cuales deben contener ciertos puntos esenciales, los cuales puntualiza Becerra Bautista al decir:

“En resumen, desde el punto de vista formal, el escrito de expresión de agravios nuestro, similar a la editio appellationis de la doctrina italiana, debe contener:

La identificación de la resolución impugnada, bien se trate de un auto o de una sentencia, interlocutoria o definitiva; la narración de los hechos que procesalmente generaron esa resolución; los preceptos legales que la parte apelante estima que fueron violados, bien sea por haberlos aplicados indebidamente, bien sea porque dejaron de aplicar; los razonamientos jurídicos que demuestren al tribunal de segundo grado que efectivamente el juez a quo violó con su determinación los

³⁸ Vescovi, Enrique; *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Ibero América*; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988. p. 106.

preceptos cuya violación invoca el apelante, y los puntos petitorios, en el sentido de que la resolución impugnada se revoque o se modifique... Las partes no pueden ampliar en la apelación los problemas planteados por ellas en primera instancia... El tribunal de segunda instancia no puede suplir, modificar o ampliar los agravios en beneficio de quienes los formula... Los agravios deben atacar el contenido de la resolución impugnada en lo que tenga de ilegal, pero el tribunal de segundo grado no puede substituirse en el arbitrio que legalmente compete al inferior...”³⁹

En estos términos podemos conceptualizar a los agravios desde el punto de vista del escrito por el que se promueve el recurso de apelación, como los argumentos lógico jurídicos expresados ante un órgano judicial de alzada por persona legitimada e interesada en que una resolución judicial se modifique, amplíe, revoque o sustituya; por considerar que le genera un menoscabo material o moral, por vicios de juicio o proceso.

Ovalle Fabela afirma que “Los razonamientos que exprese el impugnador pueden tratar de demostrar que el acto impugnado: a) infringió las normas procesales que regulan las condiciones de tiempo, forma o lugar de aquél (errores in procedendo); b) violó las normas sustantivas, por aplicar una ley inaplicable, por interpretar indebidamente la ley aplicable o por no aplicar la ley aplicable (errores in iudicando), o c) se basó en un juicio erróneo sobre los hechos, por haber valorado indebidamente las pruebas o por no haberlas valorado.”⁴⁰

Por último nos referiremos a los efectos en que puede ser admitida la apelación, Vescovi explica que la apelación en caso de proceder puede ocurrir con dos efectos, los cuales explica en los siguientes términos:

“El efecto devolutivo... consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, entrega la jurisdicción (facultad

³⁹Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*. pp. 611 a 614.

⁴⁰Ovalle Favela, José; *Teoría General del Proceso*. p. 320.

de juzgar) al superior. Proviene de la época en que, por derivar la facultad de juzgar del emperador y éste la delegaba en los jueces, por lo que al recurrir ante aquél se producía realmente una devolución de dicho poder...

El efecto suspensivo significa que el acto impugnado no puede ejecutarse, que queda en suspenso al ser denunciado por ilicitud (invalidez, etc.). Lo que tiene cierta lógica, puesto que si se da la garantía de la revisión por el órgano superior, no parece razonable que el acto impugnado se cumpla; por lo demás, en ciertos casos si se cumple, la posterior revocación resulta inoperante (ineficaz). Por eso es que, muchas veces, para la ejecución provisional se exige una caución para garantizar los daños que se puedan ocasionar con el cumplimiento en caso de revisión.”⁴¹

4.5.2 Regulación en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

El maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo habla respecto del sistema que nuestra legislación atribuye al recurso de apelación. “De los dos tipos más difundidos de apelación, los códigos mexicanos acogen, por influjo español, que arranca de la *Partida III* (título XVI, ley 39, y título XXIII, ley 26) y que, en definitiva, a través del proceso común entronca con el romano, no el amplio, que determina un nuevo y total examen de la instancia anterior, sino el restringido, que se limita a la mera comprobación de la sentencia apelada. Conforme al primero, la apelación representa un *novum indicium* (una segunda primera instancia, como llegó a decirse en Alemania), con prohibición tan sólo de nuevas demandas, pero sin restricción para nuevas excepciones y con amplitud para la recepción de nuevas pruebas. A tenor del segundo, la exclusión se extiende asimismo a las excepciones (con la obligada salvedad de las supervenientes: art. 824) y, aunque no de manera absoluta, a las pruebas, de tal modo que la segunda instancia queda, por decirlo así, encuadra por la fijación del material del proceso llevada a

⁴¹ Vescovi, Enrique; *Op. Cit.* pp. 55 a 57.

cabo en la primera... el artículo 688 confunde la finalidad y el resultado de la apelación: nadie apela para que le confirmen la resolución a él favorable, entre otras razones, por la ya expuesta y criticada de que no se permite recurrir a quien “obtuvo todo lo que pidió”, 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.”⁴²

Becerra Bautista resume el procedimiento seguido con motivo del recurso de apelación, concatenándolo con el articulado del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior confirme, revoque o modifique la resolución del inferior (artículo 688); la apelación debe interponerse por escrito ante el juez que pronunció la resolución impugnada (artículo 691), el litigante al interponer la apelación ante el juez, expresara los agravios que considere le causa la resolución recurrida (artículo 692); el juez al tener por interpuesto el recurso de apelación, dará vista del mismo a la parte apelada, para que en el término de tres días conteste los agravios si se tratare de auto o sentencia interlocutoria, y de seis días si se tratare de sentencia definitiva (artículo 693); en el caso de que el apelante omitiera expresar agravios al interponer el recurso de apelación ante el juez, sin necesidad de acusar rebeldía, y precluirá su derecho (artículo 705); y en los escritos de expresión de agravios y contestación, tratándose de apelación de sentencia definitiva, agravios y contestación, tratándose de apelación de sentencia definitiva, las partes sólo podrán ofrecer pruebas cuando hubieren ocurrido hechos supervenientes (artículo 706).”⁴³.

A continuación, se comentan los artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, directamente relacionados con la prueba objeto de estudio, comenzando con las disposiciones de la prueba en general, pero que por la naturaleza de la prueba Confesional deben observarse en específico para ésta.

⁴² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*, 2ª ed., Tomo II, Porrúa, México 1985. pp. 261 y 262.

⁴³ Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*. p 591.

Es así que tenemos en cuanto a la prueba en general los artículos 278, 279, 280, 281 y 289 transcritos plantean el panorama general regulador de la prueba objeto del presente estudio; es así que vemos que el Juez en busca de la veracidad de las afirmaciones de las partes, que le permitan resolver la problemática ante el planteada, recurre a cualquier persona, documento u objeto para tal fin; sobre el particular las partes son las que admiten mediante la confesión una aseveración de su contraparte a través de la absolución de posiciones.

Es interesante para nuestro estudio el contenido del artículo 279, pues dicho numeral vislumbra la posibilidad de que el Juez, en aras de alcanzar una resolución aparejada a la realidad fáctica, podrá ampliar cualquier diligencia probatoria y si se tiene en cuenta que la propuesta de este trabajo es la posibilidad de admitir el recurso de apelación en contra de la calificación del pliego de posiciones; vemos entonces que el a quo en efecto esta posibilitado para ajustar su decisión a las determinaciones ordenadas por el ad quem en cuanto a la calificación de las posiciones formuladas por las partes.

Respecto de los artículos 290, 291, 292 y 298 deben hacerse unas consideraciones, en primer término se observa una posible confusión en el momento idóneo para ofrecer la prueba confesional. Y es que la confesión se puede ofrecer la prueba confesional, ya que el artículo 290 señala que el juicio se abrirá a prueba desde la celebración de la audiencia previa, o a más tardar al día siguiente, si es que no se término en dicha diligencia el litigio; dicho término será por diez días. Pero tal situación es parcialmente real pues si bien es cierto que lo marca el código adjetivo, también lo es que el mismo contempla regla particular para el caso de la confesión en el numeral 308, en el que ordena que desde el escrito de demanda y hasta diez días antes de la celebración de la audiencia de ley, se podrá ofrecer como medio de convicción la prueba confesional acompañando o no el pliego de posiciones.

Observamos también que es desafortunada la redacción del artículo 292 del ordenamiento analizado, pues ordena que la prueba de confesión “se ofrece, con la exhibición del pliego de posiciones”; lo cual es falso pues el propio artículo contempla que la confesión deberá admitirse aun y cuando no se exhiba el pliego de posiciones, haciendo carente de lógica la redacción del legislador.

Respecto del primer párrafo del numeral 299 debe precisarse que legalmente se exige, que la notificación para absolver posiciones sea de carácter personal. En el segundo párrafo es digno apuntar que la prueba en estudio, en caso de estar ofrecida en tiempo y forma, se prepara con la citación personal del absolvente, la exhibición del pliego de posiciones o en su caso la formulación de posiciones de forma oral por el oferente presente en el local del Juzgado en el día y hora señalados para la celebración de la audiencia.

Observamos en el artículo 308 una excepción a la regla general para las pruebas, consistente en el periodo común de diez días posterior a la audiencia previa y de conciliación, pues como se observa se tienen hasta diez días antes de la audiencia para ofrecer este medio de convicción.

De igual forma de este artículo deriva un punto por el cual la confesión es calificada por diversos doctrinarios como una prueba carente de efectividad; ya que se aprecia que el texto apunta la obligatoriedad a responder a los cuestionamientos del adversario en forma de posiciones, bajo protesta de ley sólo cuando lo solicite el oferente de la prueba. Es por ello que nos preguntamos, aunque sea la praxis entre los litigantes el hecho de solicitar en el escrito rigurosamente la protesta del absolvente, ¿Que ocurre en el caso de no suceder así?; es pues que se abre la posibilidad para que el absolvente plenamente incurra en falsedad por la falta de protesta, a sabiendas de no acarrear consecuencia legal alguna; ¿no es parte del origen de esta probanza la protesta como requisito sine quanon? Consideramos que el hecho de que en el texto legal se imponga al

oferente la solicitud de la protesta del absolvente, esta de sobra pues no tendría sentido esperar que una de las partes comparezca ante la autoridad judicial a expresar cuestiones alejadas de la realidad fáctica, máxime que los órganos de impartición de justicia desempeñan sus funciones de buena fe; sobreentendiéndose la necesidad de que los comparecientes se conduzcan con plena verdad.

Hay posturas que consideran insuficiente el plazo señalado en artículo 309 para realizar la notificación al absolvente, sin embargo desde nuestra perspectiva consideramos que las partes al estar enteradas de un juicio, y al saber la existencia de una audiencia de pruebas desde que se verifica la audiencia previa y de conciliación, suelen estar enterados desde antes de colmar el texto de este numeral, del señalamiento de una fecha futura para que tenga verificativo la audiencia de desahogo de pruebas.

Este artículo constriñe al absolvente a presentarse a la audiencia de desahogo de pruebas, pues la sanción en caso de dejar de atender y cumplir las determinaciones judiciales, en este caso es la admisión de todos y cada uno de los cuestionamientos del oferente.

Respecto del artículo 310 Consideramos que la idoneidad del absolvente, en el caso de las personas físicas, es el propio adversario toda vez que el propio código ordena que las posiciones versen sobre hechos propios, el oferente de la prueba debe ser cauteloso de solicitar la asistencia personalísima, así como en el contenido de las posiciones para hacer de esta medio de prueba una herramienta adecuada para acreditar sus afirmaciones.

En el artículo 311 se marcan ciertos parámetros para la articulación de las posiciones, aunque debe entenderse que sólo en la práctica cada litigante descubre la formula exacta para articular las posiciones ajustándolas al texto legal.

Es interesante ver que si bien es cierto el texto legal ofrece en el artículo 312 un referente para que el juez efectúe un criterio discriminatorio al momento de calificar las posiciones; también lo es el hecho de que sólo se requiere del Juzgador un criterio escrupuloso al momento de ejercitar una facultad discrecional, pues su resolución de la calificación del pliego de posiciones no produce mayor consecuencia jurídica en el sentido de encontrarse restringido el derecho de los articularantes para inconformarse con dicha calificación.

El artículo 313 es el esquema central de nuestro estudio pues aquí se plasma literalmente la restricción para recurrir la determinación judicial tomada al momento de calificar el pliego de posiciones. Guarda estrecha relación con los artículos 311 y 312, pues ahí se plasman los lineamientos para que el juez aprecie como legal o no las posiciones del oferente de la prueba. No nos aventuraremos a desarrollar nuestra tesis en este apartado, sin embargo hay que apuntar escuetamente que el criterio del juzgador le permite, conforme su leal saber y entender, vincular el pliego de posiciones o las posiciones orales en su caso a lo ordenado por la ley procesal, sin que se asegure que dicha apreciación este exenta de vicios o errores inherentes a la naturaleza humana, considerándose adecuado someter al examen de un órgano superior y colegiado para ofrecer a las partes y al propio juez que la determinación final es un tanto más adecuada por consenso.

Los artículos 314 y 315 procuran garantizar la efectividad de la prueba de confesión, impidiendo un aleccionamiento o acto alguno que mengue la efectividad del medio de convicción.

Artículo 316.- Las contestaciones deberán ser categóricas, en sentido afirmativo o negativo, pudiendo el que las dé, agregar las explicaciones que estime convenientes, o las que el juez le pida.

En el caso de que el declarante se negare a contestar o contestare con evasivas, o dijere ignorar los hechos propios, el juez lo apercibirá en el acto, de tenerlo por

confeso sobre los hechos de los cuales sus respuestas no fueren categóricas o terminantes.

Consideramos desafortunada la redacción del numeral 320, toda vez que es vaga e imprecisa la expresión “al enterarse de su declaración”; pues pareciera que el absolvente carece de sentido común para reconocer lo que emana de su psique como respuesta a un cuestionamiento específico. Y es en ese sentido que consideramos que lo que se podría variar en determinado momento es sólo la aclaración efectuada por el absolvente, pues en el desarrollo de la audiencia debe tenerse en cuenta que el absolvente tiene tiempo suficiente para decidir entre dos respuestas diametralmente distintas, o sea un “sí” o un “no”, razón por la cual no debe variarse el sentido de dicha respuesta.

En este caso se aprecia una incongruencia consistente en que se ordena que para el caso de que el absolvente no comparezca, se deberá abrir previamente el pliego de posiciones y ser calificado, omitiendo por supuesto, la posibilidad de que el oferente de la prueba formule las posiciones oralmente y sean calificadas y resulta poco lógico que se omita este punto pues nada impide que se omita presentar el pliego de posiciones cuando se pueden formular oralmente, por lo cual es inexacto el texto del numeral en cita.

4.5.3 Propuesta de procedencia de la apelación en contra de la calificación del pliego de posiciones

Hemos analizado hasta este punto el desarrolló de la prueba confesional, pasando por el devenir histórico, doctrinal, legal y práctico, tanto en nuestro sistema legal como la perspectiva de otros países.

En este transitar observamos que la prueba confesional esta estrechamente ligada a las cuestiones teológicas, pues el juramento que reviste la solemnidad de esta prueba, en sus inicios versaba respecto de una deidad, a la que los comparecientes difícilmente se atrevían a contravenir incurriendo en falsedad.

No es de extrañarse que a nuestra legislación haya sido importada la prueba en estudio con las particularidades de los sistemas jurídicos de mayor influencia, o sea, el Derecho Romano y el Derecho de España.

En nuestra legislación vigente la prueba confesional sigue siendo una prueba reconocida y regulada por todos los códigos procesales, pese a que doctrinalmente ha sido atacada la prueba de referencia al sostener diversos autores que con el simple hecho de que el absolvente niegue las posiciones de su articulante la prueba carece de valor dentro del juicio, puesto que en sus antecedentes más remotos la confesión tenía un peso específico por el temor del absolvente a una sanción divina.

Si bien es cierto que en la práctica es habitual la conducta de las partes consistente en negar lisa y llanamente las posiciones, también lo es que ello no debe limitar el peso que tenga la prueba confesional, pues por tratarse de un medio de prueba cobra relevancia al ser concatenada con el resto de los medios de convicción ofrecidos dentro de un juicio; pues el Juez al emitir su Sentencia deberá apreciar en su conjunto todas las pruebas que obren en el expediente y hayan sido debidamente desahogadas y que le permitan indagar la verdad respecto de la controversia ante él planteada.

Consideramos que las posturas que califican de ineficaz a la prueba de posiciones, lo hacen desde una perspectiva limitada, pues no se puede calificar su efectividad de manera aislada, ya que el juicio como proceso esta integrado por distintos procedimientos; es así que uno de los procedimientos principales es el desahogo de pruebas, ya que a través de esto el Juez accede a los elementos que sirvan de base para formarse un criterio respecto de las afirmaciones de los contendientes.

En general se ha apreciado que los detractores de la prueba confesional, lo hacen sin tener en cuenta su real naturaleza jurídica, referente a que el oferente de la prueba muestre su postura frente a su contraparte, para que este simplemente la acepte o la niegue; sin que esto implique que tenga que declarar como en el caso de la testimonial o el careo procesal. Se centran las críticas en basarse en sus antecedentes históricos como son los temas religiosos, o en especulaciones respecto de la intencionalidad de las partes; asignando a su vez la carga de tener el pleno efecto probatorio en todo el proceso, dejando de lado que son cada una de las pruebas formara parte de la estructura de verdad que soporte las afirmaciones de las partes.

Es pertinente sostener que es labor propia de los abogados litigantes, en estricto cumplimiento a los principios que nuestra profesión nos confiere y en defensa de los intereses de nuestros representados; poner toda la diligencia, tenacidad y astucia al formular posiciones, de forma escrita u oral, para evitar que el absolvente pretenda viciar la prueba con simples respuestas negativas; en caso contrario se caerá en la comodidad de culpar la naturaleza de la prueba para justificar la falta de éxito en su desahogo. Si el litigante formula posiciones en perfecta armonía con el resto de los medios de prueba y en estrecha vinculación con las aseveraciones dentro de juicio, servirán de sustento unas pruebas a otras haciendo nula la negativa lisa y llana del absolvente pues el Juez tendrá como evidente la falsedad de las respuestas al analizar la integridad del proceso.

Sin embargo hay otra razón por la que los litigantes deben poner atención singular a las posiciones que se formulen y que distan de la voluntariedad de las partes para responder en forma categórica a las posiciones; consiste en el criterio del juez al momento de calificar las posiciones. Como se marca claramente en la ley la calificación del pliego de posiciones no admite recurso alguno; lo cual obliga a los litigantes a poner suma cautela en la forma de articular las posiciones, toda vez que aunque la ley marca unas directrices para la calificación de legal de las mismas; también lo es que esa descripción contenida en los artículos 311 y 312 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, esta sometida al examen del Juez que por el hecho de ser persona, se encuentra expuesto a errores o vicios en su criterio, ya sea por cuestiones de experiencia en la profesión, bagaje cultural, conflictos emocionales, atavismos históricos y en general todas las circunstancias que nos rodean por nuestra naturaleza humana.

No debemos confundir nuestra postura, no descalificamos la labor judicial por los motivos expuestos; por el contrario nos solidarizamos con la postura general de la ley procesal al permitir a las partes acudir a un órgano colegiado y superior para someter a estudio la determinación del Juez, el cual pudo estar expuesto a los vicios apuntados alejándolo de una adecuada aplicación de la ley al caso concreto, aportando confianza en que tres criterios puedan respaldar o enderezar en su caso la determinación recurrida.

No se aprecia una razón suficiente por la que la calificación del pliego de posiciones no deba ser contenida dentro de la generalidad de los actos que puedan ser recurribles, máxime si se considera que la repercusión dentro del proceso es importante pues hablamos de un medio de prueba, que tiene como finalidad el esclarecimiento de la controversia llevada ante el A quo.

Es decir, la calificación del pliego de posiciones es un acto dentro del proceso en el que el juez tiene que aplicar plenamente su criterio, pues evaluará la

legalidad de las preguntas propuestas por el oferente de la confesión como posiciones. La legalidad depende de que estén ajustadas a lo ordenado por los artículos 311 y 312 del Código Adjetivo del Distrito Federal, o sea han de ser precisas, remitirse a sólo un hecho objeto del debate propio del absolvente salvo que dos hechos guarden íntima relación y carente de insidia. Este acto aparentemente sencillo en realidad es un tanto complejo, pues al someter a la perspectiva del juzgador sendas preguntas, el mismo está expuesto a una falsa apreciación de las posiciones propuestas, pues como en todos los actos procesales en los que debe valerse de su criterio, se presenta la frecuente diversidad de perspectivas, pues queda claro que no todos tenemos uniformidad de pensar, aparejando como resultado un alto grado de probabilidad de afectación al oferente por inexactitud de criterio.

Sin embargo es normal que dentro de una controversia se presenten divergencias, aún más con las resoluciones del juez, quien en determinadas situaciones afecta a alguna de las partes, derivando en una inconformidad y la búsqueda de revertir tal determinación a través de algún recurso; lo cual resulta natural y hasta indispensable a efecto de respetar las formalidades del proceso y la garantía de audiencia. Esta posibilidad de buscar revertir en todo o en parte las resoluciones judiciales, se observan de igual forma en las determinaciones que en mayor o menor medida afecten el proceso, lo cual derivará en el tipo de recurso a emplear, pues queda claro que ningún sentido tendrá el recurrir cualquier tipo de determinación si no repercute en el fondo del juicio.

Al hablar de la repercusión de la calificación de las posiciones, debe tenerse en cuenta que se trata de un medio de convicción, el cual permitirá el esclarecimiento de la verdad a la vista del Juez, razón suficiente para descartar que se trate de una resolución de mero trámite pues no es el objeto de dar impulso al proceso, sino por el contrario constituirá una parte del fondo del proceso. Este punto nos permite dilucidar sobre la necesidad de recurrir la calificación referida en caso de inconformidad, pues como ha quedado claro que es basta la importancia

por ser un medio de convicción y al negar al oferente de la prueba la posibilidad de inconformarse con el criterio del Juez, se impide que demuestre sus afirmaciones adecuadamente y hace latente el riesgo de restar efectividad a la prueba.

Conviene ahondar respecto de la repercusión de la decisión al validar las posiciones, se ha insistido que lo que realiza el juez es un acto netamente humano, pues razona respecto de ciertas cuestiones expuestas ante él, y en cierto supuesto puede privar del derecho de las partes de acreditar sus afirmaciones por medio de la confesión, pues notamos que según el texto de la ley en la audiencia de desahogo de pruebas el articulante puede formular posiciones orales en caso de estar presente. Pero reflexionemos en el supuesto de que se ofrece la confesional y se presenta el pliego de posiciones, y llegado el día de la audiencia no comparece ninguna de las partes, se abre el pliego de posiciones y no se califica de legal ninguna de las posiciones propuestas; el articulante al no estar presente no puede formular más posiciones con lo cual la prueba quedará desierta pues no hay preguntas por las que el absolvente sería declarado confeso al no asistir.

Ahora bien, en el caso de que aún estando presente el oferente de la prueba, y asistiendo o no el absolvente, el primero intenta enderezar el pliego formulando posiciones oralmente, sin embargo el juzgador persiste en desestimar las mismas sin que califique alguna de legal.

En ambos casos el oferente está imposibilitado para revivir su prueba pues el juez a determinado no calificar de legal posición alguna por las consideraciones que pueda considerar, las cuales evidentemente no satisfacen al oferente, pero no hay forma de inconformarse y en su caso modificar esa determinación para que la prueba de posiciones se desahogue, lo cual imposibilita al interesado acreditar sus afirmaciones por este medio de prueba bastándole la suerte que sigan el resto de las probanzas sugeridas.

El proceso realmente se ve afectado cuando se desestiman posiciones y se niega la posibilidad del que el litigante impugne la determinación en la que se

contengan las razones por las cuales no se admiten las posiciones. La repercusión es de trascendencia singular; en virtud de que todo lo vinculado con los medios de prueba repercute en el fondo del negocio; se limita la posibilidad de llegar al esclarecimiento de la verdad, o en determinado momento obtener una verdad con un sustento muy frágil.

No debemos olvidar que la realidad jurídica debe empalmarse en la medida de lo posible a la realidad de hecho; y todo litigante en materia civil sabe que es frecuente que aunque en juicio se presenten iguales condiciones como es la narrativa de hechos, las pretensiones y hasta las partes; en cuanto el juzgador es distinto, la calificación de las posiciones es en muchos casos radicalmente distinta, arrojando resultados diversos en el resultado de la prueba. No es malo que el juez emplee su sano juicio en la calificación de las posiciones; pues esa es su función; lo que causa un desequilibrio y altera la certeza jurídica del litigante, es el hecho de que no se pueda revertir el error que se llegue a presentar en el acto de la calificación de las posiciones.

Piénsese en los casos en los que hay identidad de demandados y no se puede llevar a juicio a todos en el mismo expediente, como ocurre en ciertos casos de arrendamiento; por decir que los demandados fueran seis personas, tendremos seis juzgadores distintos; los cuales tendrán ante sí los mismos hechos, las mismas prestaciones; sin embargo la calificación de posiciones serán valoradas en forma distinta, y al estar negada la apelación, al mismo tiempo se niega la garantía de audiencia a las partes; y se pone en grave riesgo el alcanzar los fines del proceso como la impartición adecuada de justicia, pues las posiciones robustecen el proceso al buscar la verdad detrás de la controversia.

Es aquí donde nuestro estudio encuentra sustento, así como en el caso práctico que más adelante se apunta, pues en el se aprecia que las causas por las que el A quo estima no son legales las posiciones propuestas son insuficientes, pues a su criterio no versan sobre los hechos controvertidos; y sobre el particular

cabe señalar que se trata de un juicio de divorcio necesario en el cual por ministerio de ley, el juzgador deberá resolver lo relativo a los menores aun y cuando las partes no hagan mención alguna en sus escrito de demanda, contestación a la demanda, demanda en reconvención y contestación a la reconvención; sin embargo al articular posiciones en el caso concreto referentes a los hechos relativos a los menores, el juez determinó que como no se encontraban apuntados en los escritos de referencia no eran apegados a derecho, lo cual es totalmente erróneo, tratándose de una falsa apreciación del juez, la cual evidentemente hubiera sido desestimada en el tribunal de alzada por haber orden legal expresa en la que se obliga al juez de lo familiar procurar por los menores y buscar en todo momento el esclarecimiento de la verdad y que mejor que a través de los medios de convicción.

No resta más que decir que es una necesidad la recurribilidad de la calificación del pliego de posiciones, por el simple hecho de que tal decisión impacta en el fondo del litigio pues se busca indagar la verdad de la controversia, y como se hace evidente es preferible un examen colegiado de dicha decisión para no restar efectividad a la prueba en estudio; es menester para robustecer nuestra postura apuntar el criterio seguido por Víctor de Santo: “De ahí que en la medida en que un pronunciamiento judicial pueda padecer error que importe un gravamen, es decir, un perjuicio o una lesión a los intereses de uno de los litigantes, la legislación de forma le otorga el derecho de obtener de otro tribunal la reparación de dicho error mediante el control de la decisión por vía recursiva.”⁴⁴

Por lo anterior proponemos se suprima del texto del artículo 313 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal la parte final que a la letra dice: “Contra la calificación de posiciones no procede recurso alguno.” Y sustituirse por: “Contra la calificación de posiciones procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.”

⁴⁴ De Santo, Víctor. *Tratado de los Recursos*; p. 110.

La tramitación de este recurso se hará de forma normal, integrando el testimonio de apelación, remitiéndolo a la Sala en turno sin suspensión del procedimiento, así substanciadas las etapas ante la sala y una vez que se obtiene la sentencia, si se confirma el auto permanece intacto el proceso, por el contrario si se ordena calificar de legales las posiciones, el juez en términos del artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, ordenará ampliar la audiencia de pruebas para desahogar la prueba confesional en los términos ordenados por la Sala.

ANEXO

CASO PRÁCTICO

En este apartado se expone un caso verificado en la práctica judicial, en el cual se hace evidente la tesis planteada y sustentada en el presente estudio. se trata de un Juicio de Divorcio Necesario, promovido antes de las reformas por las que se deja de exigir una causal en que se funde la demanda; en el cual se demandó la disolución del vínculo matrimonial, la guarda y custodia del menor, una pensión alimenticia a favor del menor, así como la liquidación de la sociedad conyugal bajo la que se celebró el matrimonio.

En estos antecedentes se procede pues a transcribir en primer término el contenido del escrito de ofrecimiento de pruebas, mediante el cual se ofrece la prueba confesional; aclarándose que en privilegio del respeto de la privacidad de las personas que fungieron como contendientes en el caso citado, se han suprimido los nombres de las partes sin alterar la substancia de dicho libelo.

#####

VS

#####

DIVORCIO NECESARIO

EXPEDIENTE: ###/2005

C. JUEZ DÉCIMO SEGUNDO DE LO FAMILIAR EN EL DISTRITO FEDERAL

por propio derecho y en mi calidad de parte actora, personalidad que tengo debidamente acreditada en los autos del juicio al rubro citado, ante usted con el debido respeto que merece su investidura comparezco para exponer:

Que por medio del presente escrito y dentro del plazo de diez días a que se refiere el artículo 290 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ofrezco las siguientes:

PRUEBAS

1.- LA CONFESIONAL, a cargo del C. #####; quien deberá comparecer en forma personal y no por conducto de apoderado ni representante alguno, a absolver las posiciones que previamente sean calificadas de legales; en la fecha y hora que se sirva señalar su Señoría para el desahogo de los medios de convicción; con el apercibimiento que en caso de incomparecencia sin justa causa será declarado confeso de las posiciones que previamente sean calificadas de legales.

Esta prueba se relaciona con todos y cada uno de los hechos y prestaciones mencionados en el cuerpo del escrito inicial de demanda.

Esta prueba se ofrece para acreditar las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, así como para la procedencia de las prestaciones reclamadas en el mismo. Con este medio de convicción se demostrará que el demandado ha colmado las hipótesis identificadas en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal fracciones IX, XII y XVII. Se hará evidente la falta de sustento de las afirmaciones del demandado.

2.- LA TESTIMONIAL, que se sirva rendir el C. #####, respecto de los hechos que le consten; persona a la que me comprometo a presentar el día y hora que se sirva señalar su Señoría para el desahogo de los medios de convicción ofrecidos en el presente juicio.

Esta prueba se relaciona con todos y cada uno de los hechos y prestaciones mencionados en el cuerpo del escrito inicial de demanda, en específico con los hechos 3, 9, 13, 16, 17 y 18.

Esta prueba se ofrece para acreditar las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, así como para la procedencia de las prestaciones reclamadas en el mismo. Con este medio de convicción se demostrará que el demandado ha colmado las hipótesis identificadas en el artículo 267 Código Civil del Distrito Federal fracciones IX, XII y XVII. Se hará evidente la conducta violenta con la que actúa el demandado, la cual es poco apta para el sano desarrollo de nuestra hija; su reiterada falta de empleo, lo que se tradujo en el incumplimiento de las obligaciones alimentarias; aunado a la conducta dolosa de mi contrario y que me ha privado del contacto con mi menor hija; poniendo de manifiesto la falta de sustento de las afirmaciones del demandado.

3.- LA TESTIMONIAL, que se sirva rendir la C. #####, respecto de los hechos que le consten; persona a la que me comprometo a presentar el día y hora que se sirva señalar su Señoría para el desahogo de los medios de convicción ofrecidos en el presente juicio.

Esta prueba se relaciona con todos y cada uno de los hechos y prestaciones mencionados en el cuerpo del escrito inicial de demanda, en específico con los hechos 6, 9, 13, 16, 17 y 18.

Esta prueba se ofrece para acreditar las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, así como para la procedencia de las prestaciones reclamadas en el mismo. Con este medio de convicción se demostrará que el demandado ha colmado las hipótesis identificadas en el artículo 267 Código Civil del Distrito Federal fracciones IX, XII y XVII. Se hará evidente la conducta violenta con la que actúa el demandado, la cual es poco apta para el sano desarrollo de nuestra hija; su reiterada falta de empleo, lo que se tradujo en el incumplimiento de las obligaciones alimentarias; aunado a la conducta dolosa de mi contrario y que me ha privado del contacto con mi menor hija; poniendo de manifiesto la falta de sustento de las afirmaciones del demandado.

4.- LA DOCUMENTAL PÚBLICA, consistente en el Acta de Matrimonio expedida por el Juez Sexto del Registro Civil del Distrito Federal, y que adjunto se exhibe como Anexo 1 adjunto al escrito inicial de demanda.

Se relaciona esta prueba con todos y cada uno de los hechos y prestaciones mencionados en el cuerpo del escrito inicial de demanda, en específico con el hecho 1.

Esta prueba se ofrece para acreditar la existencia del vínculo matrimonial, así como la legitimación activa y pasiva de las partes.

5.- LA DOCUMENTAL PÚBLICA, consistente en el Acta de Nacimiento de la menor #####, que se acompaña al presente curso como Anexo 2 adjunto al escrito inicial de demanda.

Se relaciona esta prueba con todos y cada uno de los hechos y prestaciones mencionados en el cuerpo del escrito inicial de demanda, en específico con el hecho 2.

Esta prueba se ofrece para acreditar el nacimiento de nuestra menor hija, así como la legitimación activa y pasiva de las partes.

6.- LA DOCUMENTAL PÚBLICA, consistente en el informe que se sirva rendir el C. Director del Instituto Mexicano del Seguro Social, en el que se haga saber a este Juzgado lo siguiente:

- 1) Si el señor #####, se encuentra dado de alta en dicha institución.
- 2) Cuantas personas físicas o morales han dado de alta como su trabajador al señor #####.
- 3) De existir uno o más patrones respecto del señor #####, informe durante que tiempo lo tuvieron vigente con cada patrón.
- 4) Si actualmente el señor ##### se encuentra dado de alta por algún patrón, para el cual preste sus servicios a la fecha.

A efecto de obtener la información antes precisada, solicito se gire atento oficio al C. DIRECTOR DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL IMSS, para que por su conducto proporcione la información requerida.

Se relaciona esta prueba todos y cada uno de los hechos y prestaciones mencionados en el cuerpo del escrito inicial de demanda, en específico con el hecho 5.

Esta prueba se ofrece para acreditar las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, así como para la procedencia de las prestaciones reclamadas en el mismo. Con este medio de convicción se demostrará la continua inestabilidad económica permanente a la que el suscrito se atiene, pues nunca ha sido capaz de permanecer en un empleo estable el tiempo suficiente para procurar cubrir las necesidades alimentarias derivadas del vínculo matrimonial y de la paternidad de nuestra menor hija. Pues a pesar de estar en condiciones físicas para retener una fuente de ingresos formal, esto no se verificó; lo cual no permea el pleno desarrollo de nuestra menor hija, al estar en constante riesgo la satisfacción de sus necesidades primarias. El demandado ha colmado la hipótesis identificada en el artículo 267 Código Civil del Distrito Federal fracciones XII. Y se pone de manifiesto la falta de sustento de las afirmaciones del demandado.

7.- LA DOCUMENTAL PÚBLICA, consistente en el informe que se sirva rendir el C. Director del INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES DE TRABAJADORES DEL ESTADO ISSSTE, en el que se haga saber a este Juzgado lo siguiente:

- 1) Si el señor #####, se encuentra dado de alta en dicha institución.
- 2) Cuantas dependencias oficiales han dado de alta como trabajador al servicio del Estado al señor #####.
- 3) De existir una o más dependencias oficiales que han dado de alta al señor #####, informe durante que tiempo lo tuvieron vigente con cada una de ellas.
- 4) Si actualmente el señor ##### se encuentra dado de alta por alguna corporación oficial, para la cual preste sus servicios a la fecha.

A efecto de obtener la información antes precisada, solicito se gire atento oficio al C. DIRECTOR DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES DE TRABAJADORES DEL ESTADO ISSSTE, para que por su conducto proporcione la información requerida.

Se relaciona esta prueba todos y cada uno de los hechos y prestaciones mencionados en el cuerpo del escrito inicial de demanda, en específico con los hechos 3, 4, 5, 6, 9, 10, 13.

Esta prueba se ofrece para acreditar las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, así como para la procedencia de las prestaciones reclamadas en el mismo. Con este medio de convicción se demostrará la continua inestabilidad económica permanente a la que el suscrito se atiene, pues nunca ha sido capaz de permanecer en un empleo estable el tiempo suficiente para procurar cubrir las necesidades alimentarias derivadas del vínculo matrimonial y de la paternidad de nuestra menor hija. Pues a pesar de estar en condiciones físicas para retener una

fuentes de ingresos formal, esto no se verificó; lo cual no permea el pleno desarrollo de nuestra menor hija, al estar en constante riesgo la satisfacción de sus necesidades primarias. El demandado ha colmado la hipótesis identificada en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal fracciones XII. Y se pone de manifiesto la falta de sustento de las afirmaciones del demandado.

8.- LA DOCUMENTAL PÚBLICA, consistente en el informe que deberá rendir el SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DEPENDIENTE DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en relación a las declaraciones del señor ##### respecto del Impuesto sobre la Renta correspondientes a los ejercicios fiscales del año 2004 y 2005.

Se relaciona esta prueba todos y cada uno de los hechos y prestaciones mencionados en el cuerpo del escrito inicial de demanda, en específico con los hechos 3, 4, 5, 6, 9, 10, 13.

Esta prueba se ofrece para acreditar las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, así como para la procedencia de las prestaciones reclamadas en el mismo. Con este medio de convicción se demostrará la continua inestabilidad económica permanente a la que el suscrito se atiene, pues nunca ha sido capaz de permanecer en un empleo estable el tiempo suficiente para procurar cubrir las necesidades alimentarias derivadas del vínculo matrimonial y de la paternidad de nuestra menor hija. Pues a pesar de estar en condiciones físicas para retener una fuente de ingresos formal, esto no se verificó; lo cual no permea el pleno desarrollo de nuestra menor hija, al estar en constante riesgo la satisfacción de sus necesidades primarias. El demandado ha colmado la hipótesis identificada en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal fracciones XII. Y se pone de manifiesto la falta de sustento de las afirmaciones del demandado.

9.- LA PERICIAL EN PSICOLOGÍA, consistente en LA VALORACIÓN PSICOLÓGICA, la que versara sobre las características de la personalidad de las partes y de nuestra menor hija; la cual deberá resolver las siguientes cuestiones:

1. Si la menor #####, es manipulada por el señor #####.
2. Si la menor presenta un rechazo a la figura materna.
3. En caso de existir ese rechazo, determinar si el mismo es generado por la manipulación que pueda ejercer el señor #####.
4. Determinar si la menor #####, presenta conductas tendientes a la violencia y de donde son adquiridos esos patrones en caso de presentarse.
5. Determinar si la menor ##### ha sido víctima de violencia intrafamiliar.
6. Determinar quién ha proferido dicha violencia en caso de existir.
7. Determinar si las partes han sido víctimas de violencia intrafamiliar.
8. Determinar si las partes tienen secuelas de violencia intrafamiliar vivida en su infancia.
9. En caso de que alguna de las partes presente secuelas de violencia familiar en su infancia, determinar en que medida la trasladan a su núcleo familiar en la actualidad.

10. *Determinar si alguna de las partes tiende a la generación de violencia.*
11. *Determinar si se observan los roles típicos de violencia intrafamiliar entre las partes, y a quién se atribuye cada rol.*
12. *Determinar el nivel de afectación a la menor al vivir únicamente con el padre, en función de la edad y sexo de la menor.*
13. *Determinar cual de las partes es la persona idónea para detentar la guarda y custodia.*
14. *Indique la metodología empleada para resolver las cuestiones planteadas.*

A efecto de dar cumplimiento al artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles, señalo para la práctica y desahogo de este medio de prueba, atento al artículo 353 del Código de Procedimientos Civiles, a #####, con domicilio en #####.

Se relaciona esta prueba todos y cada uno de los hechos y prestaciones mencionados en el cuerpo del escrito inicial de demanda, en específico con los hechos 3, 9, 13, 14, 15, 16, 17 y 18.

Esta prueba se ofrece para acreditar las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, así como para la procedencia de las prestaciones reclamadas en el mismo. Con este medio de convicción se demostrará que el demandado ha colmado la hipótesis identificada en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal fracción XVII. Se hará evidente la conducta violenta con la que actúa el demandado, y la influencia dolosa que ejerce a fin de evitar la convivencia entre la suscrita y mi menor hija, así como la poca capacidad de educar adecuadamente a nuestra menor hija, dada su inestabilidad emocional, que concatenada con su inestabilidad económica, laboral y legal, al ser desertor del Ejército Mexicano, lo cual es poco apta para el sano desarrollo de nuestra hija.

10.- LA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, consistente en todo lo actuado en el presente juicio y en todo lo que beneficie a la suscrita.

Esta prueba se relaciona con todos y cada uno de los hechos expresados en este escrito de demanda.

Esta prueba se ofrece para acreditar las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, así como para la procedencia de las prestaciones reclamadas en el mismo. Con este medio de convicción se demostrará que el demandado ha colmado las hipótesis identificadas en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal fracciones IX, XII y XVII. Se hará evidente la falta de sustento de las afirmaciones del demandado.

11.- LA PRESUNCIONAL EN SU DOBLE ASPECTO LEGAL Y HUMANA, en todo lo que beneficie a la suscrita.

Esta prueba se relaciona con todos y cada uno de los hechos expresados en este escrito de demanda.

Esta prueba se ofrece para acreditar las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, así como para la procedencia de las prestaciones reclamadas en el mismo. Con este medio de convicción se demostrará que el demandado ha colmado las hipótesis identificadas en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal fracciones IX, XII y XVII. Se hará evidente la falta de sustento de las afirmaciones del demandado.

Por lo en mérito fundado;
A USTED C. JUEZ, pido se sirva:

PRIMERO.- Tenerme por presentada dentro del término de ley ofreciendo las pruebas descritas en el presente escrito.

SEGUNDO.- Girar los oficios identificados para los fines precisados.

TECERO.- Atento a lo dispuesto al artículo 269 primer párrafo del Código de procedimientos Civiles del Distrito Federal, señalar la audiencia de recepción de pruebas dentro de los quince días siguientes a la admisión de las mismas.

PROTESTO LO JUSTO
México Distrito Federal, a 26 de junio de 2008

#####

El Juzgador admitió todas las pruebas para el caso del oferente en al caso apuntado, y se señaló día y hora para la celebración primeramente de la audiencia previa y de conciliación, en la cual no se puso fin al proceso continuando con la secuela procesal; se abrió el juicio a prueba y se señaló día y hora para le celebración de la audiencia de ley. Llegado el día, se debe apuntar que la oferente de la confesional la preparó debidamente, notificando en términos de ley y exhibiendo oportunamente el pliego de posiciones que se absolverían al tenor de la prueba confesional; a continuación se apunta el pliego de posiciones que fue presentado ante el juzgado para su aprobación legal.

PLIEGO DE POSICIONES QUE DEBERA ABSOLVER DE MANERA PERSONAL Y NO POR CONDUCTO DE APODERADO LEGAL ALGUNO EL C. #####
CON RESPECTO A LA PRUEBA CONFESIONAL OFRECIDA A SU CARGO,

DENTRO DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL, DIVORCIO NECESARIO, EXPEDIENTE ####/2008.

Que diga el absolvente si es cierto como lo es

- 1.- ¿Qué con fecha ##### contrajo matrimonio con la C. #####?
- 2.- ¿Qué durante su matrimonio civil procreó junto con la C. ##### a una menor de nombre #####?
- 3.- ¿Qué al inicio de su matrimonio usted vivió junto con su aún esposa en el domicilio ubicado ##### en esta Ciudad?
- 4.- ¿Qué usted sabe que el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, es propiedad del padre de su cónyuge, el C. #####?
- 5.- ¿Qué Usted habitó junto con su cónyuge el domicilio propiedad de el padre de su esposa ubicado en ##### en esta Ciudad, en calidad de “arrimados”?
- 6.- ¿Qué su cónyuge y usted tuvieron que vivir en el domicilio propiedad del C. #####, porque usted carecía de recursos económicos para proporcionar un domicilio a su esposa y su hija?
- 7.- ¿Que Usted tuvo varias confrontaciones con el C. ##### porque usted carecía de recursos económicos y no tenía empleo durante el tiempo que habitaron el domicilio propiedad del padre de su esposa?
- 8.- ¿Qué el día #####, Usted tuvo una confrontación verbal con el C. #####?
- 9.- ¿Qué derivado de la confrontación del día #####, Usted decidió que su familia abandonarían el domicilio propiedad del padre de su cónyuge?
10. ¿Qué durante el tiempo que usted y su familia vivieron en calidad de “arrimados” en el domicilio propiedad del C. #####, Usted se abstuvo de efectuar aportación económica alguna para hacer frente a los gastos cotidianos?
11. ¿Qué durante el tiempo que usted y su familia habitaron el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, usted permanecía por periodos prolongados sin conseguir alguna fuente de ingresos?
12. ¿Qué tras la salida del domicilio propiedad del C. #####, su cónyuge y usted tomaron como domicilio el ubicado en #####?
13. ¿Qué el domicilio ubicado en #####, fue habitado por usted y su esposa como domicilio de alquiler?
14. ¿Qué usted sabe que su cónyuge la C. #####, firmó en calidad de arrendataria los contratos de arrendamiento de fecha #####; ##### y #####; respecto del inmueble ubicado en #####?
15. ¿Qué usted sabe que su cónyuge solicitó a su familiar de nombre ##### que le prestara su firma como fiador en los contratos de arrendamiento de #####; ##### y #####; respecto del inmueble ubicado en #####?
16. ¿Que usted sabe que los todos recibos de pago de pensión rentística del inmueble ubicado en #####, fueron expedidos a nombre de la C. #####?
17. ¿Qué durante el tiempo que usted y su cónyuge habitaron el domicilio ubicado en #####, usted carecía de una fuente permanente de ingresos?
18. ¿Qué durante el tiempo que usted y su cónyuge habitaron el domicilio ubicado en #####, usted no conservó empleo alguno por más de dos años?

19. ¿Qué durante el tiempo que usted y su cónyuge habitaron el domicilio ubicado en #####, los empleos que llegó a tener los abandonaba sin causa justificable?

20. ¿Qué durante el tiempo que usted y su cónyuge habitaron el domicilio ubicado en #####, a pesar de las cargas económicas y gastos de manutención para con su hija, usted abandonaba los empleos que llegaba a tener?

21. ¿Qué durante el tiempo que usted y su cónyuge habitaron el domicilio ubicado en #####, a pesar de las cargas económicas y gastos de manutención para con su hija, usted abandonaba los empleos que llegaba a tener usted se abstenía de buscar fuente de ingresos?

22. ¿Qué durante el tiempo que usted y su cónyuge habitaron el domicilio ubicado en #####, su esposa soportaba las cargas del sostenimiento del hogar?

23. ¿Qué usted sabe que su cónyuge laboró en la oficina de agencia de seguros de nombre #####?

24. ¿Qué su cónyuge tuvo que laborar en la oficina de seguros #####, con motivo de la precaria situación económica que vivían dentro de su matrimonio?

25. ¿Qué usted sabe que su esposa complementaba los ingresos de su matrimonio con la venta de productos de la marca *Mary Kay*?

26. ¿Qué su cónyuge tuvo que complementar los ingresos de su matrimonio con la venta de productos de la marca *Mary Kay*, con motivo de la precaria situación económica que vivían dentro de su matrimonio?

27. ¿Qué usted sabe que su esposa fue demandada ante el Juzgado ##### de Arrendamiento Inmobiliario del Distrito Federal, en el expediente ###/2005, por el atraso en el pago de la renta del inmueble ubicado en #####?

28. ¿Qué el motivo del atraso en el pago de la renta del inmueble ubicado en #####, y que derivó en la demanda incoada en contra de su cónyuge ante el Juzgado Séptimo del Arrendamiento Inmobiliario del Distrito Federal en el expediente ###/2005, fue derivado de la precaria situación económica que vivían dentro de su matrimonio?

29. ¿Qué durante la substanciación del juicio seguido contra su cónyuge ante el Juzgado ##### del Arrendamiento Inmobiliario del Distrito Federal en el expediente ###/2005, usted carecía de fuente de ingresos?

30. ¿Qué durante la substanciación del juicio seguido contra su cónyuge ante el Juzgado ##### del Arrendamiento Inmobiliario del Distrito Federal en el expediente ###/2005, usted se abstuvo de conseguir una fuente de ingresos?

31. ¿Qué derivado de la difícil situación económica y del litigio seguido en contra de su cónyuge ante el Juzgado ##### del Arrendamiento Inmobiliario del Distrito Federal en el expediente ###/2005, usted y su esposa solicitaron alojamiento en el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, propiedad de la C. #####?

32. ¿Qué su cónyuge y usted tuvieron que vivir en el domicilio propiedad de la C. #####, porque usted carecía de recursos económicos para solventar la difícil situación económica que se vivía dentro de su matrimonio?

33. ¿Que usted tuvo varias confrontaciones con la C. ##### porque usted carecía de recursos económicos y no tenía empleo durante el tiempo que habitaron el domicilio propiedad del padre de su esposa?

34. ¿Qué el día #####, usted tuvo un altercado con la C. #####?

35. ¿Qué con fecha #####, usted decidió dejar junto con su familia el domicilio ubicado en #####?

36. ¿Qué durante el tiempo que usted y su familia vivieron en calidad de “arrimados” en el domicilio propiedad de la C. #####, usted se abstuvo de efectuar aportación económica alguna para hacer frente a los gastos cotidianos?

37. ¿Qué durante el tiempo que usted y su familia habitaron el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, usted permanecía por periodos prolongados sin conseguir alguna fuente de ingresos?

38. ¿Qué el motivo de la salida de usted y su familia del domicilio propiedad de la C. #####, fue por el altercado que usted tuvo con ella?

39. ¿Qué con fecha ##### usted agredió física y verbalmente a la C. ##### en el domicilio propiedad de esta?

40. ¿Qué con fecha ##### usted agredió física y verbalmente a su cónyuge en el domicilio propiedad de su aún suegra?

41. ¿Qué usted sabe que su cónyuge laboró en la empresa ##### en el departamento de #####, con el puesto de asistente administrativo?

42. ¿Qué su cónyuge tuvo que laborar en la empresa ##### en el departamento de #####, con el puesto de asistente administrativo, con motivo de la precaria situación económica que vivían dentro de su matrimonio?

43. ¿Qué en el tiempo en que su cónyuge laboraba en la empresa ##### en el departamento de #####, con el puesto de asistente administrativo, usted carecía de fuente de ingresos?

44. ¿Qué en el tiempo en que su cónyuge laboraba en la empresa ##### en el departamento de #####, con el puesto de asistente administrativo, usted se abstuvo de buscar conseguir alguna fuente de ingresos?

45. ¿Qué usted sabe que su cónyuge laboró en la empresa #####?

46. ¿Qué su cónyuge tuvo que laborar en la empresa #####, con motivo de la precaria situación económica que atravesaban?

47. ¿Qué en el tiempo en que su cónyuge laboraba en la empresa #####, usted carecía de fuente de ingresos?

48. ¿Qué usted generó violencia psicológica en contra de su cónyuge y su hija?

49. ¿Qué usted dejaba marcas en la piel de su hija por la violencia física que ejercía?

50. ¿Qué usted sabe que a su cónyuge le fue asignado el expediente número ##/2006 en el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar?

51. ¿Qué usted sabe que la causa de que a su cónyuge le fuera asignado el expediente número ###/2006 en el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar, fue la violencia física que ejercía usted ejercía en contra de su esposa y su hija?

52. ¿Qué el día #####, usted sostuvo una fuerte discusión vía telefónica con su cónyuge?

53. ¿Qué el día #####, usted amenazó con privar de la vida a su cónyuge?

54. ¿Qué el día #####, al llegar a su domicilio se encontraban en él la madre y el hermano de su cónyuge?

55. ¿Qué usted, la madre de su cónyuge, el hermano de su cónyuge y su propia cónyuge, sostuvieron una plática el día ##### en el interior de su domicilio?

56. ¿Qué después de la plática sostenida entre usted, su suegra, su cuñado y su cónyuge, su esposa y usted acordaron disolver su vínculo matrimonial por medio de un procedimiento voluntario?

57. ¿Qué usted pactó con su cónyuge que ésta detentaría la guarda y custodia, disfrutando usted de un régimen de visitas amplio?

58. ¿Qué usted pactó con su cónyuge que ésta habitaría junto con su hija el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad?

59. ¿Qué usted pacto con su cónyuge, que usted habitaría temporalmente el domicilio ubicado en #####, mientras conseguía una fuente de ingresos por un lapso no mayor a un mes?

60. ¿Qué su menor hija se negaba a convivir con usted?

61. ¿Qué las convivencias con su hija se realizaron fueron propiciadas por su cónyuge hasta erradicar la negativa de su hija a convivir con usted?

62. ¿Qué después de que su cónyuge habitaba con su hija el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, usted se abstuvo de obtener una fuente de ingresos?

63. ¿Qué después de que su cónyuge habitaba con su hija el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, usted se abstuvo de buscar conseguir una fuente de ingresos?

64. ¿Qué el día ##### usted acudió al convivió con motivo de la conclusión del proceso educativo preescolar de su hija, en virtud de que su cónyuge lo invitó a efecto de mejorar la relación entre su hija y usted?

65. ¿Qué el día ##### su hija fue a vivir con usted?

66. ¿Qué el hecho de que la menor fuera a vivir con usted fue de carácter temporal, pactándose un lapso de una semana?

67. ¿Qué el hecho de que la menor pasara un tiempo con usted fue recomendación de su cónyuge para consolidar la relación entre usted y su hija?

68. ¿Qué usted a partir del día #####, sólo permitió que su hija viera a su progenitora en cuatro ocasiones?

69. ¿Qué a partir del día ##### usted estuvo presente en las cuatro convivencias efectuadas entre su hija y su cónyuge?

70. ¿Qué usted se abstuvo de propiciar la convivencia entre su hija y su cónyuge?

71. ¿Qué usted siguió habitando el domicilio ubicado en #####?

72. ¿Qué usted recibió de propia mano bienes de consumo para su hija, de parte de la actora?

73. ¿Qué el día ##### recibió una llamada de su cónyuge?

74. ¿Qué el motivo de la llamada de su cónyuge del día ##### fue para notificarle que el día #####, la actora conviviría con su hija con motivo del festejo de su cumpleaños?

75. ¿Qué usted negó la convivencia entre su hija y su cónyuge el día #####?

76. ¿Qué usted proporcionó como número celular a la actora para la comunicación con la menor el #####?

77. ¿Que sin dar aviso a su cónyuge canceló el número celular #####?

78. ¿Qué sin dar aviso a su cónyuge usted abandonó el domicilio ubicado en #####?

79. ¿Qué sin consentimiento de su cónyuge usted para el primer año de primaria inscribió a su hija en la escuela ##### ubicada en ##### en esta Ciudad?

80. ¿Qué sin consentimiento de su cónyuge usted dio de baja a su hija de la escuela ##### ubicada en #####?

81. ¿Qué sin consentimiento de su cónyuge usted para el segundo año de primaria inscribió a su hija en la escuela ##### ubicada en ##### en esta Ciudad?

82. ¿Qué durante el ciclo escolar ##### usted dejó de presentar en ochenta ocasiones a la menor #####?

83. ¿Qué usted sabe que su hija debe cumplir con el ochenta por ciento de asistencia para aprobar un ciclo escolar?

84. ¿Qué sin causa justa usted dio de baja a la menor #####, del turno matutino de la ##### cuando el ciclo escolar ##### aún no concluía?

85. ¿Qué sin causa justa usted inscribió a la menor ##### en el turno vespertino de la Escuela Primaria ##### cuando el ciclo escolar ##### aún no concluía?

86. ¿Qué sin consentimiento de su cónyuge usted dio de baja a la menor #####, del turno matutino de la Escuela Primaria ##### cuando el ciclo escolar ##### aún no concluía?

87. ¿Qué sin consentimiento de su cónyuge usted para el primer año de primaria inscribió a su hija en la escuela ##### ubicada en ##### en esta Ciudad?

88. ¿Qué en su escrito de contestación de demanda usted se abstuvo se indicar el domicilio que habita con la menor #####?

89. ¿Qué en la diligencia celebrada ante este juzgado al día #####, usted señaló como domicilio el ubicado en ##### ESTADO DE MÉXICO?

90. ¿Qué sin causa justa usted cambió su domicilio al inmueble ubicado en ##### ESTADO DE MÉXICO?

91. ¿Qué el domicilio que actualmente habita se encuentra fuera de la jurisdicción de este juzgado?

92. ¿Qué usted cambió su domicilio junto con su hija a otra entidad federativa sin consentimiento de su cónyuge?

93. ¿Qué usted se abstuvo de informar a su cónyuge el cambio de domicilio a otra entidad federativa en compañía de su menor hija?

94. ¿Qué usted actualmente carece de alguna fuente de ingresos?

95. ¿Qué usted ha incumplido con lo pactado en el convenio celebrado dentro de la diligencia de fecha ##### celebrada ante este Juzgado?

96. ¿Qué se ha abstenido de propiciar la convivencia entre su hija y su cónyuge?

97. ¿Qué usted ha hecho del conocimiento de su hija el contenido del presente juicio?

98. ¿Qué usted se abstuvo, sin justa causa, presentar a la menor #####, a las valoraciones psicológicas ordenadas por la C. Juez ##### de lo familiar, ante la Subprocuraduría de Procesos de la Fiscalía de Procesos en lo Familiar Área Biopsicosocial, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal?

99. ¿Qué usted sin justa causa se abstuvo de presentarse ante la Subprocuraduría de Procesos de la Fiscalía de Procesos en lo Familiar Área Biopsicosocial, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a efecto

de que se le practicaran las valoraciones psicológicas solicitadas por la C. Juez ##### de lo familiar?

100. ¿Qué en el año ##### usted ingresó al Ejercito Mexicano?

101. ¿Qué usted se abstuvo de solicitar su baja del Ejercito Mexicano en términos de ley?

102. ¿Qué usted deserto del Ejercito Mexicano?

103. ¿Qué usted es considerado desertor por el Ejercito Mexicano?

104. ¿Qué durante el tiempo que usted vivió en el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, usted mostraba un comportamiento agresivo para con el dueño de la casa el C. #####?

105. ¿Qué durante el tiempo que usted vivió en el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, usted mostraba un comportamiento agresivo para con la madre de su esposa?

106. ¿Qué durante el tiempo que usted vivió en el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, usted mostraba un comportamiento agresivo para con la dueña de la casa la C. #####?

107. ¿Qué durante el tiempo que usted vivió en el domicilio ubicado en ##### en esta Ciudad, usted mostraba un comportamiento agresivo para con el padre de su esposa?

108. ¿Qué en su escrito de contestación a la demanda apuntó que usted padeció una inestabilidad económica durante su matrimonio?

109. ¿Qué usted logró dar de alta en el Instituto Mexicano del Seguro Social a su cónyuge sólo un mes antes del parto de su hija?

110. ¿Qué después de laborar en la empresa #####, usted ingresó a la Policía Auxiliar del Distrito Federal?

111. ¿Qué usted trabajó en la empresa ##### en el año de #####?

112. ¿Qué usted prestó servicio en la Policía Auxiliar en el año #####?

113. ¿Qué usted prestó servicio en la Policía Auxiliar durante 1 año 3 meses?

114. ¿Qué usted solicitó baja voluntaria de la Policía Auxiliar del Distrito Federal?

115. ¿Qué usted manifestó en su escrito de contestación que durante su matrimonio atravesó una inestabilidad laboral?

116. ¿Qué en su escrito de contestación a la demanda usted se abstuvo de manifestar cual es su fuente actual de ingresos?

117. ¿Qué usted prestó servicio en la institución denominada “Cuerpo de Vigilancia Auxiliar y Urbana del Estado de México”?

113. ¿Qué usted prestó la institución denominada “Cuerpo de Vigilancia Auxiliar y Urbana del Estado de México” durante 5 meses?

114. ¿Qué usted solicitó baja voluntaria de la institución denominada “Cuerpo de Vigilancia Auxiliar y Urbana del Estado de México”?

115. ¿Qué usted en su escrito de contestación a la demanda solicitó una valoración psicológica para las partes y para la menor #####?

116. ¿Qué en su escrito de contestación a la demanda usted exhibió como ANEXOS 44 al ANEXO 50 siete recibos de pago de renta a su nombre emitidos por la C. #####, respecto del inmueble ubicado en #####?

117. ¿Qué usted habitó junto con su hija el domicilio ubicado en ##### hasta el mes de ##### de #####?

118. ¿Qué usted empezó a vivir junto con su hija en el domicilio ubicado en #####, desde el mes de #####.

119. ¿Qué el domicilio ubicado en #####, queda a unos cinco minutos de distancia de la Escuela Primaria #####, a la cual asiste su hija

120. ¿Qué su hija actualmente estudia en la escuela primaria ##### ubicada en ##### en esta Ciudad?

121. ¿Qué actualmente su domicilio ubicado en otra entidad federativa queda a hora y media de distancia de la escuela de su hija.

122. ¿Qué usted no cuenta con un medio propio e idóneo para transportar a su hija?

123. ¿Qué usted en diversas ocasiones sostuvo discusiones verbales con la C. ##### y que es madre de su aún esposa?

124. ¿Qué usted en diversas ocasiones agredió físicamente a la C. ##### y que es madre de su aún esposa?

125. ¿Qué usted en diversas ocasiones agredió físicamente a su cónyuge?

126. ¿Qué usted se abstuvo de proporcionar cantidad en dinero alguna para la manutención de la C. #####?

127. ¿Qué usted jamás proporcione dinero alguna a la C. #####?

128. ¿Qué usted se ha abstenido de dejar convivir a la menor con su Señora madre?

129. ¿Qué usted jamás ayudo a la C. ##### a la manutención de la menor #####?

130. ¿Qué usted se ha negado a que la menor ##### conviva con su Señora #####?

Me reservo el derecho para formular posiciones verbales.

PROTESTO LO JUSTO

México, Distrito Federal a los ##### días del mes de ##### de #####.

Llegado el día y hora señalados para la audiencia de ley la misma se abrió y haciendo constar la presencia de los comparecientes, se procedió a calificar el pliego de posiciones, a continuación se transcribe la parte relativa a dicha calificación.

En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo LAS ##### HORAS DEL DÍA ##### DE ##### DE #####, día y hora señalado para que tenga verificativo LA AUDIENCIA DE LEY, estuvieron presentes en el local de este Juzgado ##### de lo familiar ante su titular la Licenciada #####, asistida del C. Secretario de Acuerdos "B", mismo que autoriza

y da fe, la parte actora ##### quien se identifica con credencial de elector con fotografía con número de folio##### , expedida a su favor por el Instituto Federal Electoral, asistida de su abogado patrono Licenciado ##### quien se identifica con cédula profesional número ##### , expedida a su favor por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, quienes presentan a sus testigos: #####, quienes se identifican con credencial de elector con fotografía con números de folio #####, expedidas a su favor por el Instituto Federal Electoral y la parte demandada ##### , quien se identifica con credencial de elector con fotografía con número de folio ##### expedida a su favor por el Instituto Federal Electoral, asistido de su abogado patrono Licenciado ##### quien se identifica con cédula profesional número##### expedida a su favor por Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, quien presenta a sus testigos ##### quienes se identifican con credencial de elector con fotografía con números de folio #####, expedidas a su favor por el Instituto Federal Electoral, documentos que se tuvieron a la vista y se devuelven a los interesados firmando para constancia. LA C. JUEZ DECLARA ABIERTA LA AUDIENCIA.- En seguida se pasó al desahogo de la prueba confesional ofrecida por la actora a cargo del demandado #####, quien se encuentra presente, por lo que se le protesta para que se conduzca con verdad en lo que va a declarar apercibido de las penas en que incurren los declaran con falsedad ante la presencia judicial, protestando conducirse con verdad en lo que va a declarar, manifestando llamarse como ha quedado escrito, tener 29 años de edad, casado originario del Estado de México, con estudios de bachillerato, ocupación empleado, con domicilio actual en: #####, y en este acto se da cuenta a la C. Juez con un sobre cerrado que dice contener pliego se posiciones el cual se procedió a su apertura y se observa que contiene un número de 130 posiciones, calificándose de legales con excepción de las marcadas 1 y2 por constar en autos, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21, por no estar relacionadas, 26 por encontrarse ya formulada, 30, 33, 37, 42, 43, 44, 46, 47, 45, 51, 62, 63, 72, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, por no estar relacionadas, 106 y 107 por encontrarse ya formuladas, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127 por no estar relacionada, 128 por encontrarse ya formulada, 129 por no estar relacionada, 130 por encontrarse ya formulada...”

Se aprecia que los criterios de calificación son limitados y si mayor sustento, pues el juez se limita a sostener que no se encuentran relacionadas las posiciones o en su caso que ya esta formulada en otra posición. Y es en este punto donde se deja en estado de indefensión al oferente de la prueba

confesional, toda vez que al no existir recurso alguno en contra de la calificación referida, dicho acto se encuentra expuesto a vicios en la apreciación; separándose de la naturaleza de los actos judiciales, los cuales deben estar fundados y motivados; en el caso en concreto el judicante se abstiene de expresar argumentos lógico jurídicos que sostenga su razonamiento.

En el caso en estudio se aprecia primeramente que el bloque de preguntas que van de la posición 15 a la 21, el Juez considera que no guardan relación con la litis lo cual constituye un error grave, pues todas se dirigen al punto de acreditar que el demandado no sufragaba los gastos de manutención del hogar, teniendo que efectuarlo así la actora recurriendo a diversos empleos sin que el demandado contribuyera a dicho gasto. Estas preguntas guardan estrecho vínculo con el texto de la demanda inicial y con las pretensiones de la actora, por lo cual es obvio el vínculo que guardan con los hechos y aun más con otros medios de prueba que fueron admitidos como es el caso de las documentales, las cuales se hubieran perfeccionado con la absolución de dichas posiciones.

En el segundo bloque de preguntas que contemplan las posiciones 30, 33, 37, 42, 43, 44, 46, 47, 45, 51, 62, 63, 72, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103; el Juez deja de admitirlas por no considerarlas relacionadas con los hechos, careciendo tal criterio de sustento, máxime que al analizar el contenido de dichas posiciones el a quo deja de lado situaciones como es el hecho de los actos de violencia generados por el demandado contra la actora y su familia; el hecho de que la actora haya trabajado en diversas empresas para suministrar lo indispensable para las cargas del matrimonio y la obligación alimentaria mientras el demandado carecía de empleo; o las conductas desplegadas por el demandado para impedir la convivencia entre la menor y su madre, como fueron el cambio de domicilio a otra entidad federativa, el cambio de escuelas de la menor o el cambio de teléfono; incluso el hecho de haber violado el demandado acuerdos sostenidos en el

desarrollo del proceso y en específico respecto del régimen de visitas y convivencias.

Por último en el tercer bloque que comprende las posiciones 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127; deja de observar de nueva cuenta cuestiones relacionadas con la menor e incluso afirmaciones realizadas por el propio demandado en su escrito de contestación a la demanda. No obra decir que las preguntas que no fueron calificadas de legales por estar supuestamente ya formuladas, sin que se precise cual posición es considerada como idéntica a la que es desestimada.

Resulta pues evidente que la calificación es inadecuada, pues el razonamiento del Juzgador excluye lo relacionado con la menor, por considerar que al tratarse de un juicio de divorcio no se pueden plantear ese tipo de preguntas, sin embargo el Juez se encuentra constreñido a resolver las cuestiones de menores aún y cuando las partes no lo soliciten, debiendo para ello buscar los mayores elementos que sostengan su criterio. Por otro lado si se limita la prueba de posiciones únicamente al contenido de los escritos de demanda y contestación, se limita la efectividad de la prueba puesto que no debe olvidarse que el proceso se compone de diversas partes y el Juez no debe dejar de lado los acontecimientos posteriores a la fijación de la litis; ya que como se observa en el caso expuesto hubo distintos actos posteriores a la fase inicial del proceso que repercuten en el fondo de la controversia planteada, debiendo el Juez resolver sobre dichas circunstancias.

La oferente de la prueba se vio imposibilitada para revertir el criterio de calificación, sin que se pueda acceder al esclarecimiento de la verdad por medio de la prueba en estudio, pues es factible sostener que las limitantes a la misma son impuestas desde los propios órganos de administración de justicia, al estimar que la absolución de posiciones es sólo una etapa aislada del proceso sin observar que al momento de dictar sentencia debe tenerse en cuenta como un

todo cada procedimiento, que va desde la demanda y hasta los alegatos, pues el fin a alcanzar lo amerita y lo es la administración de justicia y no sólo una verdad legal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se apunto que la actividad probatoria es por regla general suministrada por las parte, pues son éstos los que buscan resultar favorecidos en la solución de la controversia planteada, al demostrar sus afirmaciones por los distintos medios de prueba. Observamos que la confesión en especie forma parte del género prueba, que son los actos o elementos que generan convicción en el Juzgador respecto de los hechos controvertidos y sostenidos por las partes.

Apuntamos que los medios de prueba son todos aquellos objetos, cosas o circunstancia que sirvan de vehículo al Juzgador para acceder a la verdad de fondo respecto de una controversia planteada ante el. Se determino que las únicas personas que pueden detentar la calidad de órgano de prueba lo son las partes, los testigos y los peritos, pues son éstos los que allegan la verdad al Juzgador.

SEGUNDA.- El sistema seguido por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal nos muestra que se acopla al sistema mixto de admisibilidad de pruebas pues si bien es cierto que se permite ofrecer como medio de prueba todo aquel que genere convicción en el ánimo del Juzgador, también lo es que se conserva el texto por el que se regula expresamente los medios de prueba tradicionales. El objeto de la prueba son las circunstancias fácticas sostenidas por las partes y que son el centro del negocio y por medio de los cuales se fijó la litis. Se observa que la valoración de las pruebas es exclusiva del Juzgador, pues es este el que confronta las aseveraciones de las partes con los medios de prueba a portados, llegando con ello a una convicción sobre cual de las versiones es la que encuentra sustento en una realidad fáctica y jurídica. La carga de la prueba es un principio fundamental en el proceso, pues todo el que afirma por regla general esta obligado a probar, ya que en caso de no hacerlo resultará perjudicado con la falta de eficacia probatoria, desvaneciendo sus pretensiones por carecer de una base sólida.

TERCERA.- La confesional encuentra su origen gramatical en el latín confessio, que significa declaración que alguien hace de lo que sabe; y que de igual forma tiene su origen estrechamente vinculado a los temas religiosos. Jurídicamente la confesión se entiende como el reconocimiento que hace una de las partes sobre un hecho que le desfavorece y que es sostenido por su contraparte.

CUARTA.- La confesión se logra mediante la articulación de las posiciones, las cuales constituyen el cuestionamiento que hace de forma directa el oferente al absolvente para que en una respuesta afirmativa o negativa afronte la postura sostenida por el oferente. Las posiciones se pueden hacer contener en el pliego de posiciones, mismo que será calificado al momento de desahogar la prueba o en su defecto formularlas oralmente en el desarrollo de la propia audiencia.

QUINTA.- La prueba confesional se podrá ofrecer desde el planteamiento de la litis, o sea al demandar, al contestar, al reconvenir y al contestar la reconvencción; de igual forma se podrá ofrecer en el plazo común otorgado a las partes, y hasta diez días antes de la celebración de la audiencia de pruebas; no resultando indispensable la exhibición del pliego de posiciones, ya que como ordena el artículo 292 del cuerpo legal en cita, la misma será admitida aún con la ausencia del mencionado pliego.

SEXTA.- Se aprecia que diversas opiniones doctrinales sostienen que la prueba confesional ha perdido parte de su eficacia que detentaba en otro tiempo, sin embargo debe tenerse en cuenta que la prueba de posiciones es relevante por el simple hecho de ser un conductor de la verdad para el Judicante, y que concatenada con el resto de los medios de convicción permea la claridad respecto de una controversia, trayendo como resultado su relevancia intrínseca.

SEPTIMA.- La preparación para el desahogo de la prueba confesional esta a cargo del oferente, mediando la citación del absolvente. El día de la audiencia es posible la comparecencia de ambas partes; la incomparecencia sólo del absolvente; la incomparecencia sólo del articulante; y, la incomparecencia de ambas partes. Sólo en los dos últimos casos no se pueden formular posiciones oralmente al momento del desahogo de la prueba.

OCTAVA.- Los requisitos legales para la formulación de posiciones son: 1.- Deben estructurarse de forma precisa. 2.- Referirse a un solo hecho, salvo que

dos hechos sean imprescindibles el uno del otro. 3.- El hecho sobre el que verse, debe ser propio del absolvente. 4.- No debe estar tildada de insidia. 5.- Las posiciones relativas a hechos negativos, no deberán articularse de forma tal que propicie respuestas carentes de claridad. 6.- El hecho que contenga la posición, deberá ser materia de controversia. La figura del articulante y absolvente pueden coincidir en las partes según su actividad procesal al ofrecer la prueba.

NOVENA.- Es desafortunada la redacción del artículo 292 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pues el pliego de posiciones debe presentarse cerrado evitando el aleccionamiento del absolvente, salvo en el caso de las corporaciones oficiales pues las mismas serán absueltas mediante oficio. De igual forma erróneamente menciona que la prueba confesional se ofrece con la exhibición del pliego de posiciones, pues deberá admitirse aun sin que esto se lleve a cabo.

DECIMA.- No existe un criterio uniforme en la calificación de las posiciones, pues los jueces se guían por los artículos 311 y 312 del código adjetivo; auxiliándose de su leal saber y entender, derivando en una discrecionalidad al atribuir legalidad a las posiciones propuestas. El texto legal debe atribuir a la absolución de posiciones la característica de ser bajo protesta de decir verdad si necesidad de ser solicitado por el oferente, pues se entiende que el absolvente no comparece a decir mentiras o sorprender la buena fe de las instituciones que imparten justicia.

DÉCIMA PRIMERA.- Los recursos son los medios de impugnación otorgados a las partes para obtener la revocación, sustitución, ampliación o modificación de una determinación judicial. A su vez la apelación recurso asequible a la persona facultada por ley, por el cual se impugna ante un órgano judicial superior una resolución judicial del inferior jerárquico que le genera agravio; a efecto de que se modifique, amplíe, revoque o sustituya, purgando los errores de juicio o de proceso. Por podemos conceptualizar a los agravios desde

el punto de vista del escrito por el que se promueve el recurso de apelación, como los argumentos lógico jurídicos expresados ante un órgano judicial de alzada por persona legitimada e interesada en que una resolución judicial se modifique, amplíe, revoque o sustituya; por considerar que le genera un menoscabo material o moral, por vicios de juicio o proceso.

DÉCIMA SEGUNDA.- El contenido del artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal vislumbra la posibilidad de que el Juez, en aras de alcanzar una resolución aparejada a la realidad fáctica, podrá ampliar cualquier diligencia probatoria y si se tiene en cuenta que la propuesta de este trabajo es la posibilidad de admitir el recurso de apelación en contra de la calificación del pliego de posiciones; vemos entonces que el a quo en efecto esta posibilitado para ajustar su decisión a las determinaciones ordenadas por el ad quem en cuanto a la calificación de las posiciones formuladas por las partes.

DÉCIMA TERCERA.- No debe ser desestimada la prueba confesional en virtud de que su relevancia radica en forma parte de un conjunto de actos que conforman al proceso, mismo que no puede ser contemplado si no es en su totalidad, pues mediante el se logra el esclarecimiento de la controversia planteada ante el Juez. La convicción que se logre infundir en el juzgador se hará mediante todos los medios de prueba que aporten esos elementos que alleguen la verdad.

DÉCIMA CUARTA.- En virtud de que la calificación de posiciones es un acto discrecional, se estima conveniente que dicha decisión sea sometida al examen de un órgano colegiado en aras de alcanzar un refinamiento en dicho acto procesal. Contra la calificación del pliego de posiciones debe proceder el recurso de apelación, pues se trata de un acto dentro del proceso que impacta el fondo del asunto, toda vez que se habla de un medio de prueba, y que en determinado caso

puede privar al oferente de su oportunidad de probar sus afirmaciones por una mala calificación de las posiciones.

Al estar en riesgo la actividad probatoria mediante la calificación de las posiciones, debe ponerse a la consideración del criterio de los magistrados del Tribunal de Alzada el pronunciamiento del inferior, depurando los vicios que pudieran estar presentes garantizando a los contendientes un perfeccionamiento en la actividad jurisdiccional.

DÉCIMA QUINTA.- Proponemos se suprima del texto del artículo 313 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal la parte final que a la letra dice: “Contra la calificación de posiciones no procede recurso alguno.” Y sustituirse por: “Contra la calificación de posiciones procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.” La tramitación de este recurso se hará de forma normal, integrando el testimonio de apelación, remitiéndolo a la Sala en turno sin suspensión del procedimiento, así substanciadas las etapas ante la sala y una vez que se obtiene la sentencia, si se confirma el auto permanece intacto el proceso, por el contrario si se ordena calificar de legales las posiciones, el juez en términos del artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, ordenará ampliar la audiencia de pruebas para desahogar la prueba confesional en los términos ordenados por la Sala.

En este orden de ideas el texto del artículo 313 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal queda de la siguiente manera:

Artículo 313.- Si el citado a absolver posiciones comparece, el juez abrirá el pliego si lo hubiere, e impuesto de ellas, las calificará y aprobará sólo las que se ajusten a lo dispuesto por los artículos 311 y 312. En seguida el absolvente firmará el pliego de posiciones, antes de procederse al interrogatorio. Contra la calificación del pliego de posiciones procede la apelación en el efecto devolutivo.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "*Derecho Procesal Mexicano*", Tomo II, 2ª ed., Porrúa, México, 1985.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo; *Instituciones de Derecho Romano*, Tr. José M. Caramés Ferro; 10ª ed., Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986.

ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M. "*Teoría General del Proceso, Principios, Instituciones y Categorías Procesales*"; Porrúa, México 2003.

- ASCENCIO ROMERO, Ángel. *“Teoría General del Proceso”*; 3ª ed., Sagitario, México 2003.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *“Derecho Procesal Penal”*, 2ª ed., Mc. Graw Hill, México, 2004
- BAZARTE CERDAN, Wilebaldo. *“Los Recursos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y territorios de la Baja California”*; 2ª ed., Ediciones Botas, México 1971.
- BAZARTE CERDAN, Wilebaldo. *“Los Recursos, la caducidad y los incidentes de nulidad en el procedimiento civil mexicano; doctrina, comentarios, jurisprudencias y tesis jurisprudenciales”*; Editorial e informática Jurídica, México, 2001.
- BECERRA BAUTISTA José; BECERRA DE ANGOITIA, Teresa de la Luz, *“La Teoría General del Proceso aplicada al proceso civil del Distrito Federal”*, Porrúa, México 1993.
- BECERRA BAUTISTA, José; *“El Proceso Civil en México”*, 17ª Edición, Porrúa, México 2000.
- CARNELUTTI, Francesco, *“La Prueba Civil. Como nace el Derecho como se hace el Proceso”*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 1993.
- CORTÉS FIGUEROA, Carlos; *“En torno a la Teoría General del Proceso”*; 3ª ed., Cárdenas Editor Distribuidor, México 1994.
- COUTURE, Eduardo J., *“Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil”*, Volumen 2, Jurídica Universitaria, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Costa Rica, 2001.
- COUTURE, Eduardo J., *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*, 4ª edición; I. B de F, Buenos Aires y Montevideo; 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *“Curso de Derecho Procesal Civil”*, Pedagógica Iberoamericana; Traducción y Compilación de Enrique Figueroa Alonso; México 1994.
- DE PINA, Rafael/ CASTILLO LARRAÑAGA, José, *“Instituciones de Derecho Procesal Civil”*, 28ª ed., Porrúa, México 2005.
- DE SANTO, Víctor. *“Tratado de los Recursos”*; Tomo I Recursos Ordinarios, 2ª ed., Universidad, Buenos Aires, 1999.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando; *“Teoría General del Proceso, aplicable a toda clase de procesos”*; 3ª ed. Universidad, Buenos Aires, 1997.

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando; “*Compendio de la Prueba Judicial*”; Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores; Buenos Aires, 2000.
- FALCÓN, Enrique M. “*Elementos de Derecho Procesal Civil I*”, Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina, 1987.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “*Prueba y Verdad en el Derecho*”; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002.
- FLORIAN, Eugenio. *De las Pruebas Penales*, Tomo I, 3ª ed., Editorial Temis, Bogota Colombia, 1990.
- GOMEZ LARA, Cipriano, “*Derecho Procesal Civil*”, 6ª ed. Oxford, México 1998.
- KIELMANOVICH, Jorge L. “*Medios de Prueba*”; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- LESSONA, Carlos, “*Teoría General de la Prueba en Derecho Civil o Exposición Comparado de los Principios de LA Prueba en Materia Civil y de sus Diversas Aplicaciones en Italia, Francia y Alemania*”, Tomo I, 4ª ed., Traducido y anotado con arreglo a la legislación y Jurisprudencia española por Enrique Aguilera de Paz, Instituto Reus, Madrid, 1957.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel. “*Estudio sobre la Pruebas en materia Civil, Mercantil y Federal*”; Cárdenas Editor y Distribuidor; México, 1971.
- MICHELI, Gian Antonio. “*Curso de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo; Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1970.
- MICHELI, Gian Antonio; “*La Carga de la Prueba*”; traducción de Santiago Sentis Melendo; Temis, Bogota, 1989
- MORENO CORA, Silvestre; *Tratado de las Pruebas Civiles y Penales*; Volumen 4; Jurídica Universitaria, México, 2001
- OVALLE FAVELA, José; “*Teoría General del Proceso*”, 6ª ed., Oxford University Press, México 2001.
- PALACIO LINO, Enrique; “*Derecho Procesal Civil*”; Tomo V Actos Procesales, Abeledo Perrot; Buenos Aires, 1980.
- PARRA QUIJANO, Jairo, “*Tratado de la Prueba Judicial, La Confesión*”, Tomo II, Librería del Profesional, Colombia, 1984.
- PINA, Rafael de. “*Tratado de las Pruebas Civiles*”, 3ª ed., Porrúa, México 1981.

ROSENBERG Leo; La Carga de la Prueba, tr. Ernesto Krotoschin, 2ª ed. IB de F, Montevideo-Buenos Aires; 2002.

SANTOS AZUELA, Héctor, "*Teoría General del Proceso*", Mc Graw Hill, México 2000.

VESCOVI, Enrique; "*Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Ibero América*"; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

VIZCARRA DÁVALOS, José; "*Teoría General del Proceso*", 5ª ed., Porrúa, México 2002.

DICCIONARIOS

CABANELLAS, Guillermo. "*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*". Tomo V P-R; 21 ed.; Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989.

DE SANTO, Víctor. "*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*"; 2ª ed., Universidad, Buenos Aires, 1999.

DICCIONARIO Jurídico Mexicano, Tomo II J-Z, Porrúa-UNAM, México 2007.

MOLINER, María. "*Diccionario de uso del español*". Tomo H-Z; Gredos; Madrid, 1975.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM. "*Enciclopedia Jurídica Mexicana*". Tomo I A-CH y Tomo VI P-Z; Porrúa; México, 2002.

PALLARES, Eduardo, "*Diccionario de Derecho Procesal Civil*", 28ª ed., Porrúa, México, 2005.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "*Diccionario de la Lengua Española*". 21ª ed.; Espasa Calpe; España, 1992.

LEGISLACIÓN

"Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal", Ediciones Fiscales ISEF S.A., México, 2009.