

764



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS Y CRITICA DE LAS REFORMAS DE
MAYO DE 1996 EN MATERIA MERCANTIL EN LO
RELATIVO A LAS PRUEBAS CONFESIONAL,
DOCUMENTAL, PERICIAL Y TESTIMONIAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JOSE MAURICIO RUEDA GUTIERREZ



MEXICO, D.F.,

2002



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.

**ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS REFORMAS DE MAYO DE 1996
EN MATERIA MERCANTIL EN LO RELATIVO A LAS
PRUEBAS CONFESIONAL, DOCUMENTAL, PERICIAL Y
TESTIMONIAL**

A MIS PADRES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes Históricos de las Pruebas

1.1.	Principio de la prueba formal y legal en el derecho romano	1
1.2.	Origen de la prueba confesional	10
1.3.	Juramento de calumnia y de malicia	15
1.4.	Origen de la prueba testimonial en el Derecho Romano en nuestra legislación.	17
1.5.	Antecedentes en el Derecho Español y Argentino (Sana Crítica)	20

CAPÍTULO SEGUNDO

Principios Generales en materia probatoria

2.1.	Concepto de prueba	25
2.2.	Principio de la carga de la prueba	30
2.3.	Principio de Inmediación	38
2.4.	Principio de Oralidad y escritura	40
2.5.	Principio de adquisición	41
2.6.	Reglas Generales sobre las pruebas	43
2.7.	Regulación de las reglas generales sobre la prueba antes y después de las reformas del año de 1996 en el Código de Comercio	44
2.8.	Del término probatorio	57
2.9.	Medios de prueba modernos que incorpora el Código de Comercio.	65
2.10.	Proyecto de mejoras	75

CAPÍTULO TERCERO

La prueba confesional

3.1.	Concepto	79
3.2.	Clasificación de la prueba confesional	88

3.3.	Diferencia con el reconocimiento de documentos	99
3.4.	Regulación de la prueba confesional, antes y después de las reformas de mayo de 1996	101
3.5.	Valor probatorio que se le otorga a la prueba confesional según en el Código de Comercio	115
3.6.	Proyecto de Mejoras	123

CAPÍTULO CUARTO

La Prueba Documental

4.1.	Concepto de documento	127
4.2.	Clasificación de los Documentos según el Código de Comercio	139
4.3.	Clasificación de documentos según Pallares	143
4.4.	Objeción de Documentos en la Legislación actual. Análisis y Crítica	149
4.5.	Regulación de la prueba Documental antes y después de la Reforma de mayo de 1996 en el Código de Comercio	158
4.6.	Inconstitucionalidad del Artículo 1243	176
4.7.	Valor Probatorio de los Documentos	182
4.8.	Proyecto de Mejoras	193

CAPÍTULO QUINTO

La Prueba pericial

5.1.	Concepto	195
5.2.	Cuando es necesario su ofrecimiento	203
5.3.	Reglamentación de la Prueba Pericial en el Código de Comercio antes y después de la reforma de mayo de 1996	206
5.4.	Clasificación de la prueba pericial	229
5.5.	Valor probatorio en el Código de Comercio	233
5.6.	Sustitución de peritos, falta de regulación en el Código de Comercio	236
5.7.	Proyecto de Mejoras	238

CAPÍTULO SEXTO

La prueba testimonial

6.1. Concepto	243
6.2. Importancia en el pasado	249
6.3. Diversas clases de testigos	251
6.4. Quienes no pueden ser testigos	257
6.5. Regulación de la prueba testimonial antes y después de la reforma e mayo de 1996 en el Código de Comercio	260
6.6. Testigo fuera de jurisdicción	281
6.7. Valor probatorio de la prueba testimonial	286
6.8. Proyecto de mejoras	297

CONCLUSIONES

Son todas las que se contienen en los proyectos de mejoras de cada capítulo.

BIBLIOGRAFÍA

302

INTRODUCCIÓN

Es evidente que uno de los objetivos del derecho es que en una sociedad determinada exista justicia y se dé a cada quien lo que le pertenece para así estar en posibilidades de convivir en armonía y no se aplique la fuerza sobre la razón para que cada individuo o ser humano tenga lo que por derecho le pertenece.

Desde luego que las normas jurídicas se plasman en los distintos ordenamientos legales que se forman a través de un procedimiento legislativo formal y en esas condiciones los juzgadores tienen la tarea de aplicar e interpretar el derecho para resolver los conflictos o controversias que de distintas materias se dilucidan ante los tribunales de nuestro País, observándose que los Juzgadores tienen que analizar el precepto legal invocado al caso concreto que se presente, interpretar dicha norma y determinar si es aplicable a dicho caso.

Además de ello, el juzgador tiene que auxiliarse de diversos medios de prueba para determinar a quien le asiste la razón en un determinado procedimiento jurisdiccional, siendo de vital importancia la aportación de tales medios de prueba para llegar a la verdad controvertida y como consecuencia de ello a la verdadera impartición de justicia siendo por ello que la regulación de tales medios de prueba en nuestra legislación debe ser adecuada en cuanto al ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración de las pruebas que las partes aporten en juicio.

También es muy importante mencionar que la regulación de los procedimientos jurisdiccionales y de las pruebas que se tengan que desahogar en estos procedimientos debe realizarse de una manera adecuada con el propósito de que el desarrollo de los mismos no se torne dilatado y eterno ya que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 de nuestra Constitución, la

impartición de la justicia debe ser expedita y gratuita, pues tal y como lo menciona el insigne jurista italiano Carnellutti la impartición de justicia tardada, no es una buena impartición de justicia.

Es por ello que las reformas al Código de Comercio en lo relativo a las pruebas en el mes de mayo de 1996, tuvieron como objetivo erradicar la dilatación de los procedimientos en cuanto al desahogo de pruebas y hacer éstos más ágiles en beneficio de la parte actora y de la justicia en sí, pues existían procedimientos mercantiles que en ocasiones duraban más de tres o cuatro años sin que en los mismos se ofrecieran demasiadas pruebas que motivaran su dilatación o retardo en exceso.

En efecto, dichas reformas tuvieron por objeto que el ofrecimiento y desahogo de las pruebas en dichos procedimientos se realizara de manera mucho más ágil de la forma en que se venían ofreciendo y desahogando con anterioridad a las citadas reformas, pues como ya se mencionó, el retardo de los procedimientos era injustificado y se debía a una incompleta y deficiente regulación de los medios probatorios en el Código de Comercio. Un ejemplo muy claro de esta circunstancia sucedía cuando era ofrecida una prueba pericial y por diversas circunstancias el perito de alguna de las partes no aceptaba el cargo propuesto en el término de ley o no rendía su dictamen en el día de la audiencia que se había señalado para tal efecto, debía designársele un perito en rebeldía y en la mayoría de ocasiones ello dilataba enormemente el procedimiento pues además de que el procedimiento ya se había retardado por esa circunstancia, en algunos casos la ciencia, arte o materia sobre la que debía versar la pericial no era común y tenían que girarse oficios a diversas dependencias públicas con el objeto de que las mismas designaran a un perito en la materia solicitada, circunstancia que no sucede actualmente con las reformas a la prueba pericial en el Código de Comercio ya que en caso de que el perito de la parte oferente de la prueba no acepte el cargo conferido, la prueba se declarará desierta y en caso que el de la contraria a la oferente no lo acepte, se tendrá a ésta por conforme con el dictamen que en su caso rinda el perito de la contraria, situación que hace que el desahogo

de la prueba se haga mucho más ágil en comparación con la regulación del desahogo de esta prueba antes de las reformas, aunado a que dichos peritos tienen un plazo de diez días para emitir su dictamen.

El anterior ejemplo, es sólo una muestra de las diversas reformas que se realizaron en el capítulo de pruebas en el Código de Comercio y que tendieron a agilizar el desahogo de las mismas y por ende del procedimiento, sin embargo, a pesar de la buena intención del legislador para realizar estas reformas, consideramos que hubo algunas deficiencias y no se reformaron cuestiones que debían haberse modificado para hacer todavía más ágil el desahogo de las pruebas y no dejar en muchas ocasiones a la interpretación del juzgador determinaciones que lógicamente son necesarias para que una prueba pueda desahogarse pero que no están plasmadas en la ley y que se deja a su interpretación, por ende es necesario que se establezca una normatividad adecuada para que el ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración de las pruebas en materia mercantil se realice conforme a la letra de la ley y en muy especiales casos conforme a su interpretación jurídica, pero que en la mayoría de las ocasiones todo el procedimiento probatorio se encuentre perfectamente regulado en atención al principio de la seguridad jurídica que debe prevalecer en todo procedimiento.

Es por ello que el objetivo de este trabajo es analizar las reformas realizadas en el Código de Comercio en la materia probatoria, únicamente en cuanto a las pruebas documental, confesional, pericial y testimonial, criticar las mismas y en su caso proponer diversas reformas que harían que el ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración de las pruebas fuera el más óptimo con el afán de que los procedimientos se tornaran más ágiles y se llegara de mejor manera a la verdad de los hechos controvertidos, esperando que este trabajo sirva para lograr tal objetivo en nuestra legislación mercantil, ya que es claro que una regulación adecuada en el capítulo de pruebas en nuestro Código de Comercio auxiliaría demasiado a los jueces a lograr tal objetivo e impartir de una manera más adecuada la justicia.

CAPÍTULO PRIMERO

1.1. PRINCIPIO DE PRUEBA FORMAL Y RACIONAL EN EL DERECHO ROMANO

Es importante estudiar los antecedentes históricos de las pruebas de las cuales se va a realizar el análisis en este trabajo, a efecto de conocer cuales fueron sus orígenes y observar que avances han tenido el ofrecimiento de las mismas en un procedimiento, así como cuales fueron los criterios tomados por los impartidores de justicia en el derecho romano y en otros sistemas legales para valorar y analizar las pruebas aportadas por las partes, al momento de dictar la sentencia y de igual forma observar que evolución ha tenido la valoración de las pruebas a lo largo de la historia.

Es por ello que en este apartado analizaremos los principios que rigen a la materia probatoria con relación a la valoración que los juzgadores en el derecho romano principalmente, y de manera general en otros sistemas jurídicos, realizaban de las pruebas que se aportaban en juicio, siendo estos dos principios los de la prueba racional y de prueba formal, siendo el análisis más importante el del derecho romano, que es por excelencia la cultura que da origen a la ciencia jurídica en todo el universo.

El primero de los principios, es decir, el de la prueba racional, otorgaba al Juzgador amplia libertad para valorar, según su criterio y experiencia, las pruebas ofrecidas por las partes sin tener que ajustarse a un tasamiento, valoración aritmética o específica de cada una de esas pruebas que la ley establecía para tal efecto, y que por el contrario, si existía en el principio de la prueba formal, en el que el juzgador, no podía evadir las reglas o parámetros que la ley impone para valorar las pruebas, aun cuando el mismo determinara lo contrario con relación a ese tasamiento ordenado por la ley, so pena de que en caso de no observar lo dispuesto por la misma con relación a la valoración

especifica de esas pruebas, la sentencia que se dictara en ese procedimiento, no se encontraba ajustada a derecho, siendo un efecto de ello que la autoridad superior revocara la misma, valorando de forma adecuada las pruebas que el inferior no valoró debidamente.

Por otra parte, el sistema de prueba formal obliga al juzgador, como se dijo anteriormente, a otorgarle un valor específico a cada una de las pruebas aportadas por las partes, de acuerdo a las reglas que fija la Ley, limitando la libertad de éste para otorgar el valor probatorio que él desee a esas pruebas, resultando totalmente opuesto al sistema de prueba racional. Un ejemplo de ello, es claramente lo que establece nuestro sistema jurídico procesal, ya que en el Código de Comercio vigente y en los Códigos de Procedimientos Civiles de cada entidad federativa, se citan ciertas condiciones y reglas bajo las cuales una prueba debe ser valorada por el Juez, pues dichas reglas establecen en qué casos puede concedérsele pleno valor probatorio a un documento o a un testimonio y cuándo no, como es el caso del valor probatorio que se le otorga a una prueba confesional, ya que para otorgársele pleno valor probatorio tienen que ocurrir ciertas características y condiciones entre las que destacan que debe realizarse por persona capaz, que sean hechos propios y que se haga con pleno conocimiento de causa.

Para Robert Wynes Millar¹ "El primer sistema se orienta hacia la convicción objetiva del Juez y el otro hacia la subjetiva".

Estos dos principios en materia probatoria son citados en este capítulo de antecedentes históricos, ya que tienen su origen en el juramento decisorio, institución jurídica procesal de reconocida importancia en el derecho romano.

¹ Wynes Robert Millar Principios formativos del derecho civil Pág. 121. El autor establece esta distinción tajante entre un sistema y otro, considerando que esta distinción no debe ser tan severa, ya que no puede considerarse que el sistema de prueba racional, sea en cierta forma, una apreciación subjetiva del juzgador, pues a pesar de que es un sistema donde se le da libertad para valorar la prueba, éste debe fundamentar y motivar la valoración que le ha otorgado a determinada probanza.

Sin embargo y a pesar de que el derecho romano es reconocido como el origen de todo el derecho y un modelo a seguir por la trascendencia e importancia de la creación de sus instituciones jurídicas, THAYER citado por Wynes, establece que estos dos principios también tienen su origen en el derecho germánico en el que se establecía un sistema de prueba unilateral dominado exclusivamente por el principio formal en el que generalmente las pruebas eran un medio prescrito que, en derecho civil principalmente fue el juramento con conjuradores. Esta prueba según Wynes, era una invocación a la divinidad; "Señor Juez elevo mi demanda a Dios y a vos". Esta era la fórmula con que el actor se presenta ante el Juez.

De acuerdo a lo anterior, Wynes² establece que "El Juez no cumplía con la función de examinar el caso, sino de ayudar a la demandada para obtener la sentencia de Dios".

Manresa³, establece que "El juramento es el acto por el cual el hombre pone a Dios por testigo de que es verdad lo que dice o que cumplirá lo que promete".

El principio de la prueba racional fue el que prevaleció en el derecho romano, ya que en él la prueba tenía la característica de acreditar ante el Juez la verdad de las alegaciones realizadas durante el procedimiento, sin embargo en el juramento decisorio del derecho romano, como lo vemos, surgió en el periodo del Sistema formulario, y se despliega una importante manifestación de sanciones religiosas más severas que las que podía imponer el estado soberano. Existen dos clases de juramentos, el iusiurandum voluntarium o juramento voluntario, y el iusiurandum necessarium, o juramento obligatorio.

² Ibidem Pág. 122.

³ Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil reformada. Pág. 205.

El *iusiurandum voluntarium* o juramento voluntario era propuesto por una de las partes a la otra en razón de un convenio previo a la contienda judicial que se fundamentaba en aspectos tanto de hecho como de derecho, que fijaban la litis en la contienda y que son determinantes para la debida solución de la controversia. En este caso "El actor se lo presta y se lo defiere al demandado, antes de la iniciación del pleito o después del procedimiento *in iure*". Una vez realizado, es de importante trascendencia su resultado, ya que si el demandado jura (confiesa), la consecuencia es que queda fundada la *exceptio iusurandi*, o la negación de la acción por el pretor; La prestación del juramento por el actor origina la *actio iusurandi*.

En la actualidad, resulta impensable que se llegue a desahogar una prueba como ésta y que su valoración llegue a ser tal que pueda considerarse definitiva para la conclusión de un procedimiento, sin aportar otro tipo de pruebas, ya que el tiempo en el que cobró gran importancia y trascendencia el desahogo de este juramento, fue en una época en la que los principios de honorabilidad y honestidad eran parte fundamental del hombre y eran la mayoría quienes tenían esos atributos, en parte por la formación del hombre de aquella época y por el temor que se tenía al "castigo divino", por lo que el desahogo y resultado de esta prueba era fundamental para la resolución de una controversia.

Igualmente, resulta imposible que en la actualidad se dé este tipo de juramentos, antes de la iniciación de una controversia y por convenio previo de las partes (juramento voluntario) sin la coacción procesal del Juez en un procedimiento, es decir, que dicho juramento se prestara por alguna de las partes antes de iniciar el proceso judicial.

La segunda forma de los juramentos citados es el *iusiurandum necessarium*, Juramento necesario, cuyo nombre obedece a que a diferencia del voluntario, éste se da ya en el procedimiento bajo coacción procesal del Órgano jurisdiccional. Se trata de un juramento en el que el actor defiere al demandado o el demandado puede deferir al actor, teniendo como contenido básico una

conclusión jurídica, de donde se desprende otra diferencia con el voluntario, en el que podía tener como objeto una situación de hecho o de derecho.

Al igual que en el juramento voluntario, pero con la única diferencia que éste se realiza fuera del juicio, el juramento necesario también decidía la causa de la controversia. El resultado de la procedencia del juramento hacía las veces de una sentencia sin que jurídicamente se dictara ésta en estricto sentido, si no que tenía como consecuencia un fallo⁴ que en caso de ser desfavorable para el demandado, se producía inmediatamente la ejecución del derecho del actor y la privación de un derecho, cosa u objeto por el que el enjuiciado haya sido demandado.

La figura jurídica del juramento, aquí estudiada en sus dos variantes, se asemeja claramente a la prueba confesional que regula nuestra legislación, aplicándose claramente en los dos juramentos, el principio general del derecho que establece "Confesión de parte relevo de prueba", significando lo anterior que en caso de que si una de las partes confiesa un hecho que le perjudica, que verse sobre el fondo de la litis y que resuelva la controversia, prácticamente no tiene que ofrecerse prueba alguna que tienda a acreditar los hechos o excepciones sobre los que verse la litis, resultando como consecuencia de ello una sentencia desfavorable para quien realizó esa confesión en juicio.

Lo anterior sucede de manera semejante en nuestra legislación, y de manera concreta en el Código de Comercio vigente⁵ en el sentido de que si se intenta el ejercicio de una acción en la vía ordinaria y al momento de que el demandado confiesa un hecho que le perjudique, afectando toda la demanda y que ese hecho relevante sea en la litis, en ese momento el actor puede solicitar el

⁴ Para don Joaquín Escriche, el concepto de FALLO es "la sentencia definitiva que se dictaba en una petición o causa", consideración con la que no estamos de acuerdo en razón de que el concepto no puede ni debe ser tan limitado, debiéndose ampliar a cualquier resolución que emita el juzgador, ya sea auto, interlocutoria o definitiva, pues en un juicio el Juez puede emitir diversos fallos, no sólo la sentencia definitiva. "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia". Pág. XX.

⁵ Artículo 1288.

cambio de la vía ordinaria a la vía ejecutiva, gozando del derecho de embargar bienes sin tener la necesidad de esperar a la sentencia definitiva.

A grandes rasgos estas son las similitudes existentes entre la figura jurídico procesal del juramento en el derecho romano y la prueba confesional regulada por nuestra legislación en el Código de Comercio vigente.

Retomando el tema de los juramentos en el derecho romano con relación a los principios de prueba formal y racional, de los dos juramentos antes estudiados, surge un tercer tipo de juramento denominado "iusurandum iudiciale", que a diferencia de los otros dos juramentos, en caso de que este procediera, no es un substitutivo de la sentencia, sino un verdadero medio de prueba; se aplica in iudicio no in iure cuando el Juez, a su libre arbitrio exige o permite a una de las partes complementar así su prueba, de otro modo insuficiente.

En el periodo del sistema del libelo, el denominado Juramento necesario, se mezcla con el judicial, formando uno solo en el que, al igual que los demás versan sobre una cuestión decisiva de la controversia, y a este también se le denomina "iusurandum neccesarium" pudiendo ser referido y deferido, es decir, puede trasladarse del actor hacia el demandado y viceversa.

Wynes⁶ establece que este tipo de juramento, de manera idéntica o similar a los juramentos citados con anterioridad, en el caso de su prestación o denegación, determina, el resultado del juicio, con la diferencia de que ahora ha de seguir una sentencia formal⁷.

⁶ Los procedimientos formativos del procedimiento Civil, P.P. 124 y 125.

⁷ Al explicar anteriormente las consecuencias jurídicas que tenía el hecho de que una de las partes confesara en juicio, se declara que el Juez emitía un fallo sin reunir las características ni condiciones de una sentencia formal, entendiéndose por esta la resolución que pone fin al juicio, conformándose por los resultados, considerandos y puntos resolutivos, abarcando todos los puntos controvertidos de la litis, siendo congruente con las pretensiones de las partes, estudiando la acción y excepciones opuestas, valorando y estudiando todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes, entre otros requisitos formales.

En este periodo del Sistema del Libelo, se observa claramente un nuevo y diferente concepto del principio formal, en razón de que en este periodo se establecía que el testimonio de un sólo testigo no puede aceptarse como prueba, estableciéndose la máxima "Testis onus, Testis nullus.". Lo que significa que para que un juzgador pueda otorgarle valor probatorio a una prueba testimonial, tendrían que ofrecerse dos o más testigos para acreditar el hecho que se pretendiera probar con el ofrecimiento de dicha prueba, lo que claramente demuestra la hegemonía del Principio de prueba formal sobre la valoración de las pruebas que se le imponía al Juez en esa época, y que lo obligaban a valorar las pruebas de acuerdo a las normas y reglas establecidas y no a su libre albedrío.

Estas reglas que se imponía a los Juzgadores de tasar de cierta manera las pruebas que eran ofrecidas por las partes, vienen a constituir el origen y centro del principio formal que caracteriza al derecho romano-canónico. El inicio de este sistema se vislumbra en los escritos de los juristas italianos de los siglos XIII y XIV y alcanzan su plenitud en las "Conclusiones probatorium" de Mascardus que aparecieron en 1586.

En el comienzo de este Sistema Formal, se estableció la idea de atribuir de un valor predeterminado a cualquier elemento probatorio, presentándose un complejo conjunto de problemas de reglas aritméticas en el que el testimonio de un testigo, no tenía valor alguno; dos testigos intachables (testes classici) hacían prueba plena (plena probatio).

Este sistema se desarrolla por una serie de reglas fijas y absolutas de los diferentes grados de fe de reconocer las declaraciones de los testigos, según el sexo, edad y condiciones individuales; se consideraban como unidad de declaración la de un testigo digno de buena fe y se valoraban por fracciones de unidad los testimonios de los testigos dudosos. De tal forma que un testigo intachable hacía media prueba, uno sospechoso menos de media, en tanto que un testigo intachable y uno dudoso hacían más de media. La reputación pública (fama), el colejo de letras (comparatio literatum), se consideraba otros medios de

semiprueba en los cuales se seguían similares criterios en cuanto a que eran tasadas según la naturaleza de su rendición y origen.

En este sentido, el principio formal, estableció una serie de métodos y principios, bajo los cuales el Juez de manera inflexible y estricta, tenía que observar las reglas y condiciones que las leyes le marcaban, para valorar y justipreciar las pruebas que le eran aportadas en juicio, considerando Wynes⁸, que "La funciones del Juzgador se reducen a las de un simple contador".

El Sistema de prueba formal perduró en el sistema de derecho Romano medieval perfilándose a fines del siglo XVI, como Sistema dominante en los tribunales seculares del continente, observándose claramente su predominio y hegemonía al establecerse en los procesos que un testigo sospechoso constituye un cuarto de prueba; que las declaraciones de dos mujeres equivale a la de dos hombres, y que la prueba de pago requerirá de la rendición de cinco testimonios, siendo este sistema desde nuestro punto de vista, uno de los que más atenta en contra de la expedición de justicia, pues prácticamente hacía imposible que se acreditaran los hechos con los que se pretendían probar los extremos de una acción o para el demandado la improcedencia de la misma, provocándose con ello la fabricación de pruebas inexistentes, observándose aún en la actualidad en nuestro sistema jurídico procesal y en específico en el Código de Comercio, donde se requiere el testimonio de dos personas sobre un determinado hecho para que pueda considerarse por el Juez al momento de dictar sentencia.

Con la revolución francesa, comenzó a debilitarse el sistema probatorio formal, ya que el decreto de la asamblea constituyente de septiembre de 1791 estableció un jurado en los juicios penales, obligando a los miembros de dicho jurado, a decidir los juicios "Suivant votre conscience et votre intime conviction", inclinándose la valoración de las pruebas en los juicios del orden

⁸ Los procedimientos formativos del procedimiento Civil, Pág. 127.

criminal, claramente hacia el sistema racional, donde se permite al juzgador realizar una libre valoración de las pruebas ofrecidas.

Como una consecuencia de la inclusión de este sistema en los procesos penales, en los primeros años del siglo XIX, se incluyó su regulación en los Códigos Civiles.

Después de que Francia erradicó el principio formal de valoración de pruebas, consecuentemente vino ese cambio en Alemania en el Código Civil de 1887, aunque en Suecia continúa dicho Sistema, conservando aún los criterios de prueba plena y semiplena.

En España, de acuerdo a lo establecido por la ley de enjuiciamiento civil de 1855 comentada por Manresa⁹ se establece también la figura del juramento del que hablamos líneas anteriores en el derecho romano, estableciéndose tres tipos de juramentos; El juramento puede ser voluntario, necesario y judicial, dividiéndose este último y que es el más importante en decisorio o indecisorio. El juramento decisorio es "el que una parte pide o defiere a la otra, obligándose a estar y pasar por lo que esta declare, de tal modo que el pleito haya de decidirse precisamente por lo que la misma haya manifestado ser cierto bajo tal juramento. Y se dice indecisorio o indeferido, cuando la parte que lo pide a la contraria no se obliga a estar o pasar por lo que esta diga, sino en cuanto declare a la intención de aquel, a cuyo fin se reserva la prueba para el caso contrario.

Después de explicar muy brevemente el juramento judicial, dividido en decisorio e indecisorio en la Ley de enjuiciamiento civil, es preciso establecer que sistema de valoración de pruebas seguía la citada ley, y encontramos que la misma seguía el sistema de prueba racional, toda vez que, los jueces podían

⁹ Los procedimientos formativos del procedimiento Civil. Pág. 205.

valorar, toda y cada una de las pruebas aportadas por las partes de acuerdo a su sentir y tomando en cuenta las situaciones bajo las cuales se hayan desahogado, existiendo amplia libertad para ello, sin tener que sujetarse a las reglas que la ley establecía, a excepción del juramento decisorio, en el que el que lo prestaba estaba obligado a pasar por lo que aquel dijera en juicio, situación en la cual el Juez debía otorgarle toda la fuerza probatoria que la propia ley confería, ya que el juramento decisorio hacia prueba plena, mientras que el indecisorio sólo perjudicaba al declarante más no era considerado como un objeto para dar por terminada la litis, sino que tenía que administrarse con otros medios de prueba, para que el Juez al dictar la sentencia pudiera otorgarle algún valor probatorio.

Estos son los dos sistemas de valoración existentes en la antigüedad en el derecho romano y en otros sistemas legales, prevaleciendo en nuestro sistema legal un sistema de valoración tasado, es decir, inclinándose hacia el principio de prueba legal o formal, sin la rigidez del mismo, pero en el que el Juez no puede otorgarle valor probatorio pleno a una determinada prueba, sin que esa prueba reúna ciertas características que la propia ley le exige, tal y como sucede al valorar el Juez la prueba de testigos.

1.2. ORIGEN DE LA PRUEBA CONFESIONAL

En la misma forma que el origen de los principios de valoración de pruebas formal y racional provienen del derecho romano, también la prueba confesional tiene su origen en dicho sistema jurídico, aclarando que no se estableció en el subtema claramente que se hablaría de los orígenes de esta prueba en ese derecho, ya que se analizarán los orígenes de esta prueba, también, en otros sistemas jurídicos, sin embargo consideramos que es el sistema de derecho romano es el más importante por ser el origen de todos los sistemas jurídicos del mundo.

MATEOS ALARCÓN¹⁰ establece que el origen de la prueba confesional surge en el derecho romano, cuando el pretor, en la primera parte del juicio, interrogaba a los contendientes a fin de adquirir los datos necesarios para adquirir la fórmula; y cuando cambio la forma de los juicios entonces fue substituida la interrogatio in iure, como se le llamaba, por la interrogatio in iudicio, por la cual el demandado podía ser interrogado sobre los puntos perjudiciales relativos a sus relaciones personales, tanto por el Juez como por su adversario.

Evidentemente que de acuerdo a la forma en que se realizaba el desahogo de la confesional en el derecho romano, el mismo ha evolucionado de manera considerable hasta nuestras fechas, pues claramente quien esta facultada únicamente para realizar las preguntas o posiciones es la contraparte del que es citado a confesar, más nunca puede hacerlo el Juez, ya que estaría supliendo la impericia o falta de interés de la parte contraria del declarante, situación que en nuestro sistema legal, por lo menos en la ley, no es así ya que nuestra legislación permite al Juzgador, y con el único fin de averiguar la verdad sobre los hechos controvertidos, la facultad a preguntar a las partes las situaciones que desee y que vayan directamente al fondo del negocio¹¹, pero de ninguna manera de oficio podrá desahogarse la prueba confesional por decisión propia, sino con la petición de una de las partes. En realidad, el hecho de que el Juez pregunte a las partes de oficio, no acontece con frecuencia en los tribunales, ya que cada uno de los litigantes deberá estar preparado para realizar las preguntas pertinentes a la contraparte y así averiguar la verdad o lo más cercano a la verdad en lo que favorezca a su cliente, aunque puede darse el caso, como ha ocurrido excepcionalmente y por lo general en los juicios familiares, que una de las partes se encuentre asistida por su abogado y la contraria no, presentándose el supuesto de que la parte que no este asistida por su abogado, pretenda hacer preguntas a la contraria, no pudiéndose calificar de

¹⁰ "Las pruebas en materia Civil, Mercantil y Federal" Editorial Cardenas Editores y Distribuidor Quinta Edición 1998. Pág. 76.

¹¹ Artículo 366 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

legal ninguna pregunta por no estar formuladas conforme a derecho, siendo en ese caso que el Juez por conducto del secretario de acuerdos, realice diversas preguntas a la contraria con el fin de averiguar la verdad, considerando que ello no es justo, pues el Juez estará asesorando y ayudando a una de las partes, violándose el principio general de derecho de la igualdad entre las partes a pesar de que se trate de juicios familiares.

Por su parte el distinguido juriconsulto argentino Hugo Alsina¹², citando a Chioventa, Lessona, Prieto Castro y Castellari, establece que la prueba confesional, "originariamente era el reconocimiento espontáneo que el demandado hacía ante el magistrado de las afirmaciones del actor, con lo cual terminaba la controversia sin seguir adelante el proceso (*confessio in iure*)". Fue hasta el periodo de la reelaboración del derecho romano, bajo el influjo de las Instituciones germanas y después del derecho canónico, cuando se dio gran importancia al hecho de que una parte reconociera los hechos que le imputaba la contraria y que le desfavorecían, introduciéndose como una prueba, no ya como un derecho, sino como una obligación, agregándole dos elementos que fueron el interrogatorio y el juramento, del que se ha hablado ampliamente en el capítulo anterior.

En Roma, en el sistema formulario¹³, el actor proponía al magistrado la demanda, y si este la aceptaba, ordenaba al demandado responder (*Interrogatio in iure*). En el procedimiento extraordinario las interrogaciones se utilizaron para suministrar la prueba del hecho (*interrogatio in iudicium*), haciendo una distinción entre las interrogaciones ante *litem contestatam*, que servían para preparar la demanda, y las interrogaciones *post litem contestam*, que tomaron el

¹² Hugo Alsina Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial" segundo tomo. Editorial Compañía Argentina de editores S de R.L Buenos Aires 1942 pág. 243.

¹³ El sistema consistía en que las partes le proponían la fórmula al Juez, es decir, la forma, tiempos y condiciones bajo las que se llevaría a cabo el juicio y se dictara la sentencia y tiene su origen en la fusión del *ius honorarium* y *ius gentium*, teniendo como característica principal, que una vez elegida la forma, su cumplimiento era inquebrantable.

nombre de posiciones (del comienzo de cada pregunta; *pono quod*) provocándose así la confesión en juicio.

Posteriormente, se integro una nueva figura en esta prueba llamada *la ficta confessio*, en la se manejaba el supuesto de que si el citado a absolver posiciones no contestaba o contestaba con evasivas las preguntas que le eran realizadas, se le tenía por confeso respecto de los hechos que el contrario le hacia en el interrogatorio, teniéndose por confeso al absolvente no solo de los hechos que el mismo confesaba, sino de aquellos que el contrario le imputaba y afirmaba en el interrogatorio propuesto, regulándose actualmente en nuestra legislación de esta forma¹⁴.

En la Ley de enjuiciamiento civil de España de 1855 se regulaba de manera muy simple y sencilla el desahogo de esta prueba, ya que solo se establecía que el citado a confesar debía contestar afirmativa o negativamente a las preguntas que se le realizaban, y que el declarante debía firmar su declaración, lo cual bastaba para recibir su declaración, lo que, en opinión de Manresa "Permitía recibir la confesión secretamente" como ocurría en esa época, situación que no sucede en la actualidad, ya que las audiencias confesionales y de otro tipo, son públicas, pudiendo comparecer el abogado del absolvente, pero sin estar presente en la diligencia en la que absolverá su cliente las posiciones que se le articulen.

En dicha Ley, también se establecía, que de toda confesión judicial debía darse vista a la parte que la hubiere solicitado, la que después de analizar las preguntas de su contraria, podía solicitar una nueva fecha de audiencia para aclarar algún punto dudoso que no estuviere claro o bien para solicitarle al Juez que declarara de manera categórica, afirmando o negando alguna pregunta que no se haya contestado en esa forma. En este dispositivo legal, también se establecía la obligación a las partes de declarar bajo juramento, desde la

¹⁴ Artículo 1232 fracción I del Código de Comercio.

contestación de la demanda hasta la citación para sentencia, modificándose posteriormente esta regla para establecerse que únicamente a partir de que abriera el juicio a prueba, y hasta la citación para sentencia.

En la Ley de enjuiciamiento civil, comenta Manresa, que esta situación se prestaba a dilaciones y abusos que en dicho sistema se observaba, pues en cualquier momento uno de las partes podía solicitar la comparecencia de su contraparte, aún cuando no se abría el juicio a prueba, siendo que al momento de contestar la demanda, en la réplica o en la duplica, se podían confesar los hechos, sin necesidad de acudir a la confesión judicial, hasta que se entre al periodo de prueba.

Como antecedente de esta prueba en nuestro sistema legal, se puede citar la "Ley que arregla los procedimientos judiciales en los Tribunales y juzgados de Distrito y Territorios Federales de 1857" y posteriormente el Código de Procedimientos Civiles de 1872 en el que se establecía que la prueba confesional podía ser judicial, es decir ante Juez competente, al contestar la demanda o absolver posiciones; es extrajudicial la confesión aquella que se practica ante Juez incompetente o ante dos testigos, especialmente en este Código se hace la exigencia para el que debe absolver posiciones que lo haga bajo protesta de decir verdad, que Joaquín Escriche¹⁵ explica que esta declaración de conducirse con verdad se debe entender "Como la testificación ó declaración espontánea que se hace para adquirir o conservar un derecho..." "Llámase protesta, porque quien la hace manifiesta que no tiene ánimo de hacer lo que va a hacer".

Todo lo anterior, es a grandes rasgos, el antecedente de la prueba confesional que más adelante trataremos con más detenimiento en el capítulo tercero de este trabajo, en donde ahondaremos más sobre el tema y nos adentraremos en su regulación dentro de nuestra legislación, específicamente en

¹⁵ Diccionario razonado de la legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Pág. 539.

el Código de Comercio, observando claramente que la prueba documental le ha quitado el estigma a esta prueba, de ser "la reina de las pruebas", pues dada la modernidad que existe en la actualidad con la creación de las computadoras y muy recientemente del internet y la seguridad que da a los individuos la celebración de diversos actos por escrito, la prueba documental ha tomado ese lugar, siendo actualmente la prueba de mayor importancia dentro del procedimiento tanto mercantil como civil.

1.3. JURAMENTO DE CALUMNIA Y DE MALICIA

Como se ha manifestado en los dos capítulos anteriores, tanto el interrogatorio como el juramento, han sido dos elementos importantes dentro del ofrecimiento y desahogo de la prueba confesional en las legislaciones pasadas. En el primer subtema, hablamos de lo que significaba el juramento decisorio e indecisorio y de su importancia en los procedimientos en los que se utilizaban, mencionando que el juramento era una especie de invocación ante la divinidad a efecto de imponer a ésta como testigo de la verdad.

El Juramento Judicial, a su vez se subdividía en el juramento de calumnia y juramento de malicia. Para Mateos Alarcón¹⁶ el juramento de calumnia, durante la Edad Media, cuando el derecho canónico adquirió preponderancia dentro del sistema interrogatorio, consistía en que al inicio de los juicios, cada uno de los litigantes debía jurar; primero el actor, debía manifestar que la causa que sostenía era justa, y el demandado a su vez, que tenía una justa causa de defensa para combatir la acción contra la intentada.

Por su parte, Manresa establece que en las Leyes de las partidas, el juramento de calumnia consistía en el juramento que hacen en juicio tanto el actor

¹⁶ Las Pruebas en materia Civil, Mercantil y Federal. Pág. 76.

como el demandante, o el demandante y el demandado, de que el primero no entabla su acción, ni el segundo sus excepciones, con el objeto de calumniar o vejar a su adversario, sino porque se cree asistido de razón y derecho.

Este tipo de juramento, se realizaba con la finalidad de evitar juicios inútiles e injustos, ya que no se debían ni se deben iniciar procedimientos frívolos y fraudulentos y hacer girar la maquinaria judicial del estado, sin otra finalidad que causarle un perjuicio al contrario, ya que evidentemente los juicios o procedimientos se inician con el objetivo de que el estado reconozca un derecho en favor de aquel que intenta una acción y que ese derecho sea respetado por su contrario y por terceros, siendo también un objetivo importante que el Estado a través *del imperium* con que está dotado, obligue a los gobernados a hacer cumplir una determinación tomada por el mismo a través de uno de los poderes que lo conforman, es decir el poder judicial, y no simplemente intentar acciones frívolas e improcedentes sin otro fin de causarle perjuicio a otra persona.

Conjuntamente con este juramento de calumnia, existe el juramento de malicia, que Mateos Alarcón nos explica que al existir la creencia de que los litigantes se pudieran desligar o desentender del juramento prestado al inicio del juicio, obrar de una forma desleal, consideraron que la manera más conveniente de obligar a las partes a conducirse con verdad durante el procedimiento, era a través de este juramento que podía hacerse a las partes, antes o después de contestada la demanda, y tantas veces cuanto se presumiera que obraran maliciosamente, considerando que al prestar este juramento y estar la divinidad como de testigo de este juramento, éstas se conducirían con la verdad por delante, aún en el supuesto de que dichas declaraciones les perjudicaran.

Siguiendo con la explicación de este juramento, Mateos Alarcón nos precisa en qué momento del procedimiento o juicio podía prestarse, siendo Manresa en sus comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil quien nos explica en qué consiste el mismo y al respecto manifiesta que el juramento de malicia es "el

que todo litigante debe prestar cuando lo exija su adversario, para asegurar que no procede con malicia o engaño al proponer algún artículo o incidente”.

La citada Ley, establece un tercer tipo de juramento, que es el juramento de decir verdad, y que es aquél por el cual se afirma que no se faltara a la verdad, y se dirá francamente lo que se sepa sobre aquello que verse la pregunta. Este juramento lo prestan los litigantes, peritos y testigos siempre que tienen que declarar en juicio.

1.4. ORIGEN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL DERECHO ROMANO Y EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Al igual que en el capítulo anterior, en este abordaremos los antecedentes históricos de la prueba testimonial en el derecho romano, para posteriormente entrar al estudio de los antecedentes de esta misma prueba en nuestro sistema legal.

Mateos Alarcón¹⁷ nos explica que el derecho romano estima la prueba testimonial como un medio de convicción, y por ello, determinó y autorizó quienes podían ser testigos, cuantos serían necesarios para probar un hecho y demás circunstancias bajo las que tenían que rendirse, pero no le da el carácter de una prueba indiscutible, sino que dejó al arbitrio del Juez la estimación de su valor probatorio.

En el comienzo del Sistema formulario, la prueba no existió como tal y posteriormente se incluyó, sin que se le pudiera otorgar un valor probatorio pleno.

¹⁷ Las Pruebas en materia Civil, Mercantil y Federal. Pág. 276.

La ley 3ª, párrafo 1, libro 22, Título 5º del Digesto, establece "*Tu magis scireb potest, quamtam fides hebenda sit tistibus; qui er cujus aestimationem sint*"; y en el párrafo segundo agrega "*Non utique ad unam probationem, alligari debere; sea ex sententia animi tui te aestimare oportore quid aut creas aut parum probatum tibi opinaris*".

Por su parte Hugo Alsina¹⁸ manifiesta, que en los pueblos primitivos, la prueba testimonial era considerada como importante, ya que en el supuesto de que el acusado no confesara el hecho que se le imputaba, se recurría a los testigos, a efecto de que declararan respecto al hecho que se le imputaba al acusado y si este era verídico, en primer término se recurría al testigo por la garantía que tenía la palabra de las personas y por otra parte en razón de que no estaba desarrollada la escritura.

Cuando la prueba testimonial fue incluida ya como prueba en el derecho romano, se requería que para que se tuviera por probado un hecho con el ofrecimiento de esa prueba, se tenía que recibir el testimonio de dos personas; En esas condiciones la prueba testimonial ofrecida con un solo testigo, era una prueba semiplena, (semiplena probatio), es decir, el juzgador no podía concederle valor probatorio pleno, teniendo que robustecerse con otras pruebas, la declaración de ese testigo singular.

Una vez desarrollada la escritura, la prueba testimonial perdió valor probatorio, pues la misma escritura permite la permanencia de las declaraciones, y ofrece mayor seguridad jurídica, ya que a todas luces es más certero que quede constancia por escrito de la celebración de un acto jurídico o de cualquier acto ante un fedatario o funcionario público, que un testigo haga o realice una declaración ante un Juez de hechos pasados y que esa declaración, por diversas circunstancias, no se le pueda atribuir la veracidad debida, siendo por ello que a

¹⁸ Tratado Teórico Práctico de Derecho procesal Civil y Comercial. Pág. 391.

esta prueba se le restó mucha importancia a partir de que la escritura fue desarrollando y utilizándose como un instrumento de mayor seguridad para verificar y constatar la celebración de diversos actos, aunque en ciertos casos y por la imprevisión del acontecimiento de los hechos, es imposible que se pueda constatar y captar la forma y circunstancias bajo las que ocurrieron tales acontecimientos, siendo acreditable ese hecho, solamente con presentación de testigos.

Esta prueba, tuvo su origen en nuestro Sistema Legal, en el Título 16 de la partida 3ª, y en el 11, Lib. XI de la Novísima recopilación; ya que como es sabido, la legislación española siguió rigiéndonos a pesar de ser una Nación independiente, de conformidad con la Ley que el Gobierno Mexicano expidió el 23 de Mayo de 1837, en la que se considera que la legislación española seguirá teniendo vigencia y aplicación en nuestro País, siempre y cuando ésta no se contradiga con la nacional, es decir que la aplicación de la Ley española se haría de manera supletoria.

La primera Ley procesal creada por un Gobierno Mexicano, fue la expedida por el general Ignacio Comonfort el 4 de Mayo de 1857, para posteriormente crearse en 1872 un Código de Procedimientos Civiles que fue efímero, para después crearse el Código de Procedimientos Civiles de 1880, que es la legislación en la que se ahonda sobre las pruebas en el juicio civil, concretamente, el artículo 594 de dicho ordenamiento, señala cuales son los medios de prueba que la Ley reconoce, estableciéndose ya en dicho ordenamiento, a la prueba de testigos, como un medio de prueba que se podía aportar, y del cual el Juez se serviría para dictar la sentencia y resolver la litis.

Dicho ordenamiento establecía, que el examen de los testigos se haría con sujeción los interrogatorios exhibidos por las partes, excepción hecha sobre los hechos confesados judicialmente; para rendir su testimonio, dicho ordenamiento establecía que previamente se les tendría que tomar razón de su nombre completo, estado civil, domicilio, si son parientes o enemigos de alguno

de los litigantes¹⁹ y en que grado, si tienen interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante y finalmente si son amigos o enemigos de las partes.

Las reglas establecidas en este Código de Procedimientos Civiles, básicamente fueron tomadas de la Ley de enjuiciamiento civil española de 1855, por lo que prácticamente se puede hablar que su regulación, es idéntica o cuando menos muy semejante a la Ley de enjuiciamiento civil de 1885.

Posterior a ese Código de Procedimientos Civiles, fue creado el Código de Procedimientos Civiles de 1884, que estuvo vigente en el Distrito Federal y territorios, hasta que lo abrogó el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932. Código de Procedimientos para el Distrito Federal, que hasta la fecha sigue vigente.

1.5 ANTECEDENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO (SANA CRÍTICA)

En el primer subtema de este capítulo, hablamos de los dos sistemas o principios que existían en la antigüedad para valorar las pruebas aportadas durante un procedimiento por el Juzgador, y que eran los sistemas o principios de prueba racional y el sistema de prueba legal, explicando ahora un concepto y un sistema relacionado con la valoración de pruebas que tiene semejanza con los dos principios antes citados, pero que difiere de los dos y que es característico de los sistemas legales hispano - americano, y en concreto de los sistemas judiciales españoles y argentinos.

¹⁹ Técnicamente, esa pregunta que se realizaba y se realiza en los procedimientos civiles por parte del Juez o secretario de acuerdos a los testigos, está mal realizada, ya que se debe preguntar si tienen relación de amistad o enemistad con las partes, más no con los litigantes, pues de acuerdo a lo que se establece dentro de la "jerga jurídica" de los Tribunales, Litigante es el abogado patrono del cliente, de ahí que válidamente un pariente de las partes al contestar la pregunta formulada, podría contestar que no tiene ningún parentesco con el litigante, pues su relación es con la parte más no con el litigante.

Este sistema, denominado la sana Crítica, se refiere a la forma en que el juzgador tiene que valorar las pruebas al momento de dictar sentencia, encontrando un justo equilibrio entre los principios de prueba legal y de la libre convicción del Juez, no siendo tan drástico como el primero, y mucho menos incierto e inseguro como el segundo, debiendo el juzgador, valorar las pruebas de acuerdo a la Lógica y experiencia contenidas en su intelecto, sin tener que sujetarse a una regla preestablecida por la ley para asignarle un valor determinado a una prueba, y tampoco dejar al libre albedrío del Juez la valoración de las mismas, sino que éste deberá valorar dicha prueba de acuerdo con un razonamiento lógico jurídico, en el que exponga los motivos y razonamientos por los cuales le otorga, a las pruebas aportadas por las partes, ese valor probatorio en la sentencia, fijando en cierta forma, sus propias reglas para apreciar y valorar las pruebas que le hayan sido aportadas.

El distinguido jurista uruguayo, Eduardo J. Couture²⁰, considera que la sana crítica, primero que nada, y antes que relacionarla íntimamente con la ciencia del derecho, debe entenderse como "Las reglas del correcto entendimiento humano". Sobre esa base, considera que la sana crítica aplicada a la ciencia del derecho se contrae a que "El Juez que debe de decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente, sino de la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero sin que se olviden los preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento."

Como lo mencionamos al iniciar el planteamiento de este tema, la figura de la sana crítica es característica de los sistemas jurídicos hispano americanos, en específico de los sistemas de España y de Argentina, teniendo sus orígenes en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, en la que ésta

²⁰ Estudios de derecho procesal civil Editorial Ediciones De Palma, Buenos Aires. 1988 P.P 270 y 271

forma de valorar las pruebas, fue la guía para los Juzgadores de apreciar las mismas y dictar las sentencias conforme a la lógica y la experiencia.

Sentis Melendo, establece que el artículo 317 de la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, preceptuaba lo siguiente: "los jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos". Caravantes, citado por Sentis Melendo, encuentra el origen de este artículo en los artículos 147 y 148 del reglamento del Consejo Real, que preceptuaban que el Consejo calificase, "según las reglas de la sana crítica las circunstancias conducentes a considerar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones (de los testigos), señalando también que "no carece de analogía lo dispuesto por el artículo 82 del decreto de 20 de Junio de 1852 sobre jurisdicción de hacienda, sobre que el juicio acerca de la certeza de los hechos ha de formarse en esta clase de procesos por las reglas ordinarias de la crítica racional, aplicada a los indicios, datos y comprobantes de toda especie que aparezcan en la causa, y por la regla de la ley 45 de la ley provisional para la aplicación del Código penal, sobre en el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquieran los Tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado. Según las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontrasen la evidencia moral que requiere la ley 12, Título 14, partida 3, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código.

Como podrá observarse, estas consideraciones no solo se refieren a la prueba de los testigos en materia civil, sino a cualquier tipo de prueba y en cualquier materia observándose la uniformidad y coordinación de la legislación, para aplicar a diversas materias, el mismo sistema de valoración de pruebas. Estos criterios fueron citados en dicha Ley hace más de siglo y medio, que se referían a la sana crítica y a la crítica racional. El artículo 317 de la ley de 1855 pasó, a formar parte de los artículos 609, 632 y 659 de la ley de enjuiciamiento civil de 1881.

El artículo citado en la Ley de enjuiciamiento civil, deja al arbitrio del magistrado el estimar los medios que han de formar su convicción, de suerte que

puede juzgar no probado el hecho que afirman dos o más testigos, y suficientemente probado el que atestigua uno solo, observando claramente de lo anterior, que esta forma de valorar las pruebas por parte de los jueces, no era con base a un tasamiento preestablecido por la Ley, o de acuerdo al libre albedrío del impartidor de justicia, sino de acuerdo y con base a un razonamiento lógico, racional y jurídico de su parte, siendo este sistema, desde nuestro punto de vista el más adecuado para valorar una prueba, ya que otorga en el procedimiento, el principio esencial de la seguridad jurídica y no somete a los jueces a valorar una prueba de forma estrecha ni holgadamente.

La legislación y la doctrina de Argentina, también ha tomado como base para valorar las pruebas aportadas en juicio el sistema de la sana crítica, encontrándonos en innumerables legislaciones procesales locales de las distintas provincias argentinas, esta forma de apreciación de las pruebas, sin embargo, el método materia de estudio en este apartado, tiene su origen primordialmente, en la Ley de enjuiciamiento civil española de 1855, continuando hasta la fecha esta forma de valorar las pruebas por parte de los Tribunales de los citados Países.

Como corolario a este tema, e independientemente que se ahondará en capítulos subsecuentes sobre la valoración que nuestra Ley y los Juzgadores le otorgan a las pruebas en específico, considero que de cierta manera es necesario mencionar que nuestro sistema de valoración de pruebas se asemeja al de la sana crítica, pues es una mezcla, o mejor dicho un punto intermedio entre la libre convicción y el sistema de la prueba legal, inclinándose en algunos casos, en mayor grado, hacia el sistema de prueba legal. Un ejemplo de ello es lo que establecen los artículos del Código de Comercio en cuanto a la valoración de las pruebas, ya que en ciertas pruebas exigen la concurrencia de algunos elementos y circunstancias, para que se les pueda otorgar valor probatorio pleno, como es el caso de la prueba confesional y de la documental, pero por otro lado, se deja al arbitrio del Juzgador la justipreciación de las pruebas como la pericial y el cotejo de letras, aunque en lo que respecta a la prueba testimonial, por un lado se deja a

su arbitrio su apreciación y contrariamente por otro, se establecen ciertas reglas bajo las que el Juez no puede tener por probados los hechos para los que se haya ofrecido esa prueba, sin que concurren diversas circunstancias bajo las que se haya desahogado dicha prueba, incluso, imponiendo al oferente de la prueba, el número de personas que tendrían que acudir a rendir su testimonio²¹, circunstancia que a todas luces hace posible que puedan fabricarse pruebas en juicio.

²¹ Artículos 1302 y 1303 del Código de Comercio.

CAPÍTULO SEGUNDO

2.1. CONCEPTO DE PRUEBA

Resulta de vital trascendencia para la comprensión y entendimiento de este trabajo, el estudiar y expresar los diversos conceptos que de prueba han concebido los diferentes tratadistas de la materia procesal, tanto extranjeros como nacionales que se planteará en este apartado, así como el concepto propio que concebimos de la prueba.

Es de explorado derecho, que la prueba guarda un importante espacio dentro de un procedimiento de cualquier materia e índole, ya sea un procedimiento judicial o extrajudicial, ante una autoridad judicial, administrativa, penal, laboral o incluso ante un árbitro, ya que mediante esta figura jurídica procesal las partes tendrán la posibilidad de allegar elementos al Juzgador, autoridad o árbitro, para demostrar sus respectivas afirmaciones en el proceso, pretendiendo con las pruebas aportadas, demostrar la procedencia de la acción o bien de las excepciones planteadas en el mismo. También resulta de vital importancia para el Juez, autoridad o en su caso árbitro, el hecho de que las partes que intervienen en el proceso, le aporten las diversas probanzas que en su caso consideren pertinentes para demostrar las afirmaciones, pues de ello dependerá, que el indicado para dirimir la controversia o litis planteada, llegue a la verdad de los hechos y se encuentre en aptitudes de dictar una sentencia o resolución que se encuentre apegada a derecho, cumpliéndose con ello la finalidad u objetivo principal de la ciencia jurídica, llegar a la verdad de los hechos, e impartir justicia para la partes.

En innumerables ocasiones, los Jueces, abogados, estudiantes de derecho, escuchamos decir, que resulta injusto e inaudito el hecho de que el Juez, aun teniendo pleno conocimiento de los hechos y sabiendo a quien le asiste la razón, no declare o constituya un derecho a favor de la parte que tiene en su

patrimonio ese derecho, con el argumento de que no se otorgó el derecho o la razón a la parte que lo tiene, por no haber aportado los medios de prueba idóneos o dentro del término que la Ley le concedía, de ahí la importancia de la prueba en el sistema judicial, ya que por mucho que la Ley confiera un derecho a favor de alguien, para gozar del mismo, siempre tiene que acreditarse su existencia dentro del proceso, con la aportación de pruebas en juicio bajo las condiciones y términos que se establecen en la ley.

Entre los diversos conceptos de prueba dilucidados por algunos de los estudiosos del Derecho en materia procesal, encontramos el concepto del distinguido jurista Eduardo Bonnier que establece que "La palabra prueba, tomada en el sentido más lato, designa todo medio directo o indirecto de llegar al conocimiento de los hechos. Pero frecuentemente se da a esta expresión un significado más restringido, cuando se distingue lo que es evidente de lo que necesita probarse..." "En el primer caso, la prueba es directa, intuitiva; en el segundo caso, es indirecta mediata. Siendo esta última prueba la única que exige de la inteligencia una operación más o menos complicada, es también la que recibe en el lenguaje vulgar, el nombre de prueba."

De esta definición, podemos concluir que Bonnier, en el primer concepto de prueba en sentido lato, elabora una definición sencilla y simple, pero no por ello incompleta o equivocada, ya que evidentemente más que encontrar un concepto de prueba, es definir los objetivos, fines y propósitos que se busca con ella, por lo que la definición en sentido lato de Bonnier, llena los requisitos más esenciales que tiene que contener una definición en sentido amplio.

En el sentido restringido de la definición de prueba, el célebre Tratadista, propiamente no elabora un concepto de prueba, sino que diferencia los hechos que realmente son sujetos de prueba y los hechos que no necesitan probarse, ya que existen hechos en la demanda o en la contestación a la misma, que son tan evidentes que no requieren de ninguna prueba para ser demostrados, explicando Bonnier, que la prueba realmente tiene un objetivo y es necesaria

cuando estamos en presencia de hechos dudosos, de los cuales el Juez tiene que tomar en cuenta diversas probanzas para llegar a la verdad de los mismos, encontrándonos, en este momento, realmente ante la prueba ya que ésta tiene como principal objetivo, llegar al conocimiento de la verdad sobre hechos dudosos en el procedimiento, por ello Bonnier manifiesta que en sentido estricto, vulgarmente así se le llama a la prueba.

Hugo Alsina²² define a la prueba como, "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".

De la definición otorgada por el ilustre maestro argentino, se desprende muy claramente que solamente los hechos importantes o dudosos para resolver la controversia, son los que deben ser sujetos de prueba, es decir, no puede ni debe admitirse una prueba para demostrar hechos que no tienen relación con la litis, o que son irrelevantes para la solución de la misma, de ahí que Alsina manifiesta que la prueba es el medio para llegar a la verdad de un hecho controvertido, afirmando con ello que la prueba no tiene como objetivo la demostración de hechos inútiles para el proceso²³.

El insigne jurista italiano, Giuseppe Chiovenda²⁴, no define propiamente a la prueba, sino que señala que la acción de probar "significa el convencimiento del Juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso".

²² Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo II, Ed. Compañía Argentina de Editores, S. de R.L. Buenos Aires, Pág. 172.

²³ Aquí encontramos una semejanza con lo manifestado por Bonnier en el sentido de que no se deben admitir pruebas inútiles, pero a la vez una diferencia ya que Bonnier establece que no se deben admitir pruebas que tiendan a probar hechos evidentes, y Alsina manifiesta que no se deben admitir pruebas que tiendan a acreditar hechos intrascendentes.

²⁴ Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo IV. Procedimiento de Conocimiento. Trad. Santiago Sentis Melendo y Nicelo Alcalá Zamora y Castillo. Ed. UTHEA Argentina, Buenos Aires 1944. Pág. 205.

Este concepto, reafirma que el principal objetivo de la materia probatoria en cualquier rama del derecho, evidente y claramente, se aboca hacia la comprobación de hechos que verdaderamente son los que conforman la litis planteada, pues sería inútil y dañino para el procedimiento, recibir pruebas que tengan como finalidad acreditar hechos o circunstancia que no tenga relevancia dentro de la controversia con el único afán de retardar el procedimiento, debiendo el Juez, en estas situaciones, identificar la importancia e idoneidad de las pruebas ofrecidas, para determinar su admisión o no.

Dellepiane²⁵ manifiesta que la palabra prueba, tiene dos conceptos o acepciones, entendiéndose por el primero "el que se utiliza para distinguir los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el Juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria, etc.), y en segundo lugar, entiéndese por prueba la acción de probar, de hacer la prueba, es decir, producir elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que se alegan como base de la acción".

Por último, nos permitimos tomar el concepto de prueba de uno de nuestros más distinguidos juristas dentro de la materia procesal, quien es el maestro Eduardo Pallares, que establece dos conceptos fundamentales en la doctrina de la prueba, que son, el expresado con el verbo probar, y el que se menciona con el sustantivo prueba.

Para Eduardo Pallares²⁶ probar, consiste "en evidenciar la verdad o la falsedad de un juicio, o la existencia o inexistencia de un hecho" y el sustantivo prueba significa "Todo aquello que pueda servir para lograr la evidencia mencionada".

²⁵ Nueva Teoría de la Prueba. Antonio Dellepiane, Editorial Temis Bogotá Colombia 1989 pág. 1

²⁶ Derecho Procesal Civil. Primera edición Editorial Porrúa México. 1961 Pág. 371.

El citado autor, también define los medios de prueba, entendiendo por estos a "Todas aquellas cosas, hechos o abstenciones que puedan producir en él animo del Juez una certeza sobre los puntos litigiosos."

De tales conceptos, podemos concluir que para el célebre jurista mexicano, la prueba, más que ser un simple concepto, encierra toda una doctrina jurídica, ya que efectivamente, la materia probatoria tiene diferentes acepciones y conceptos diferentes entre sí, pues el concepto de prueba, no significa probar, sino un medio para llegar al objetivo, que precisamente es acreditar los hechos o excepciones ante el Juzgador, y los medios de prueba, son precisamente los elementos materiales de los que se valen las partes para pretender probar al Juez los hechos o excepciones planteadas; así tenemos, que probar significa acreditar, con los medios de prueba (documentos, testigos, videocintas, peritajes, etc.), la existencia de la acción o la excepción, de ahí la diferenciación precisa y atinada que realiza el Maestro Pallares, aunque en la realidad, los litigantes y juzgadores, utilizan estos conceptos como sinónimos, es decir, utilizándolos para un solo fin que es el acreditar los hechos y manifestaciones vertidas ante el Juez, siendo válida la diferenciación, solo dentro de la doctrina.

De los conceptos analizados con anterioridad, evidentemente llegamos a la conclusión, de que la prueba significa lo siguiente:

Son todos aquellos elementos que pueden producir ánimo en el Juzgador para resolver una litis.

Son aquellos elementos de los que se valen las partes para acreditar los hechos manifestados en la demanda, o las excepciones opuestas en la contestación de la misma.

Las pruebas deben ofrecerse para acreditar hechos dudosos e importantes para la litis.

La prueba es el medio que se utiliza para probar, entendiéndose con ello, que la prueba es el medio material para acreditar un hecho, y probar significa materializar esa acreditación con la rendición de la prueba ofrecida, es decir, no con el ofrecimiento de la prueba se puede decir que ya se probó un hecho.

2.2. PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En la materia de pruebas, la doctrina, ha establecido una serie de reglas bajo las cuales deben ofrecerse las pruebas en particular, definiendo una serie de principios y de bases que se observarán en el momento del ofrecimiento de las mismas, siendo fundamental la inclusión de estos principios, a fin de conformar un criterio universal, el cual, encierra una imprescindible lógica jurídica, bajo la que deben ofrecerse y desahogarse las pruebas ofrecidas en el juicio.

El primer principio que abordaremos en este capítulo, será el del principio de la carga de la prueba, que no solamente se hace presente en cuanto a las pruebas, sino que es un principio que se observa y se aplica en todo el proceso. Este principio se refiere a la carga procesal, que tienen las partes de acreditar los hechos y circunstancias narrados en sus escritos de demanda y de contestación respectivas, con los medios probatorios que las mismas consideren idóneos y suficientes para demostrar al Juez la verdad de sus afirmaciones.

La discusión que ha imperado en el devenir de la historia procesal en el sentido de que si la carga es una obligación o no de las partes, ha quedado dilucidada y aclarada en el sentido de que la carga de la prueba no es una obligación, es decir, no es un imperativo dentro del proceso, sino una opción para las partes, ya que las mismas pueden o no ofrecer pruebas para demostrar las afirmaciones realizadas en juicio, puesto que no existe una sanción en caso de omitir tal ofrecimiento, más sin embargo, el hecho de que el actor no ofrezca pruebas para acreditar su acción y el demandado no las ofrezca para acreditar sus excepciones, lógicamente tendrá como consecuencia para el actor que el

Juez desestime la acción y para el demandado, que el Juez lo condene al pago o cumplimiento de las prestaciones que el actor le demanda²⁷.

El principio fundamental que rige la distribución de la carga de la prueba, es que cada parte tiene la carga, valga la redundancia, de probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica en que apoya sus pretensiones²⁸.

En ese sentido, la carga de la prueba, es, desde nuestro punto de vista, el más importante de los principios que rigen la materia probatoria, ya que este principio nos indicará a quién incumbe el aportar pruebas para acreditar los extremos de las afirmaciones hechas en juicio, y así obtener una sentencia favorable a sus intereses.

La carga de la prueba, no podría concebirse en un proceso inquisitorio, por obvias razones. En este frente a las pruebas ordenadas de oficio por el Tribunal, no puede hablarse propiamente de la carga de la prueba. Esta, es como se verá inmediatamente, un riesgo o quebranto para la parte, derivado de la falta de prueba; y en los casos de iniciativa judicial, no se concibe crear ese riesgo, ya que, en definitiva, gravitaría sobre la justicia misma²⁹.

Es preciso acotar, que dentro de un procedimiento, el Juez primero que nada, deberá de estudiar los extremos y alcances de la acción ejercitada por el actor, analizando y valorando las pruebas que éste le haya aportado para

²⁷ Carnelutti, Sentis Melendo y otros autores, diferencian el concepto de obligación y el concepto de carga de la prueba, manifestando que en realidad, las partes no tienen obligación de probar, es decir, en caso de que no cumplan con esa situación, prácticamente no existe sanción para el que no pruebe, más que la no acreditación de la acción o excepción intentada, pero propiamente no es una sanción, pues el que no cumple con una obligación, es responsable de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte por su incumplimiento, siendo estos conceptos, totalmente diferentes, llegando al grado de llamar "opción", a la carga que tienen las partes de probar los hechos o excepciones planteadas en juicio.

²⁸ Eduardo Pallares. Op. Cit. pág. 379.

²⁹ Eduardo J. Couture, Op. Cit. Pág. 241.

acreditar la existencia de su derecho a ejercitar una acción en contra del demandado, ya que en el supuesto de que el actor no provea de pruebas suficientes al Juez para acreditar los elementos de su acción, a pesar de que el demandado haya opuesto excepciones y defensas, si el actor no ofreció pruebas suficientes para producir en el Juzgador la convicción de que la acción y su derecho existen, el demandado no tendrá la carga de ofrecer pruebas y acreditar las excepciones opuestas, ya que es de explorado derecho que las excepciones y defensas opuestas por el demandado dentro de un juicio, se oponen únicamente para desvirtuar la acción ejercitada en su contra, es decir, para acreditar que la acción ejercitada por el actor no ha nacido o ya se extinguió, por lo que es de concluirse, que sería ocioso que el Juzgador analizará las excepciones y pruebas aportadas por el demandado, si de las pruebas aportadas por el actor se desprende claramente que esa acción no ha nacido o ya se extinguió.

En el Código de Comercio antes y después de las reformas de mayo de 1996, se tiene que el ofrecimiento de pruebas por las partes es una obligación, y no una carga, ya que dicho ordenamiento legal, en el apartado relativo a las reglas generales sobre la prueba, en su artículo 1194, prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 1194.- El que afirma está obligado a probar. En consecuencia, el actor deberá probar su acción y el reo sus excepciones.

Este precepto legal, confunde lo que se refiere a la carga de la prueba con lo relativo a la comprobación de los hechos positivos que se plantean en juicio, es decir, evidentemente que el que afirma está obligado a probar, en consecuencia el que niega no está obligado a hacerlo, salvo los casos que la propia ley establezca lo contrario, pero claramente, este artículo se refiere a la obligación que tienen las partes de probar sus afirmaciones, de lo que se concluye, que en este precepto no debe incluirse la obligación que tienen las partes de ofrecer pruebas para acreditar el ejercicio de la acción o de las excepciones, pues el hecho de ofrecer pruebas para acreditar la acción o la

excepción, no es una obligación sino una carga como lo hemos mencionado anteriormente.

En ese sentido, la correcta redacción de ese artículo debería ser como sigue:

"Incumbe a las partes el hecho de ofrecer las pruebas que consideren pertinentes para acreditar los hechos expuestos en juicio, por lo tanto el actor ofrecerá las pruebas para acreditar su acción, y el demandado las pruebas para acreditar sus excepciones".

Un ejemplo claro de ello es lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que el artículo 281 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 281.- Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.

Por otra parte, es necesaria la existencia de un artículo donde se establezca que el que afirma, ofrecerá pruebas para acreditar esa afirmación y el que niega no tendrá que hacerlo, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario, ya que no siempre por el hecho de narrar un hecho afirmando una cosa, ello traería como consecuencia la acreditación de la acción o de la excepción, pues válidamente puedo narrar hechos negativos de los cuales se desprende el nacimiento del derecho o la extinción del mismo. Además, esta situación va de acuerdo con lo establecido por DEPINA Y CASTILLO LARRAÑAGA, que manifiestan que "La carga de la prueba no puede depender de negar o afirmar un hecho (interés o necesidad según nosotros) que se tiene que demostrar el fundamento de cuanto se pretende en juicio, dado que ninguna demanda o excepción alguna puede prosperar en juicio si no se demuestra".

En esas condiciones, nuestro Código de Comercio, impone a las partes en juicio la obligación de ofrecer pruebas para acreditar los extremos de la

acción o de la excepción opuesta según sea el caso, siendo que ya hemos comentado que la misma es una carga y no una obligación.

Otro ejemplo de que nuestro Código de Comercio no deja en las partes la opción de ofrecer o no pruebas en juicio, es lo establecido por el artículo 1199 del citado ordenamiento, que a la letra establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1199.- El Juez recibirá el pleito a prueba en el caso de que las partes lo hayan solicitado, o de que él lo estime necesario.

De la redacción de este precepto legal, se infiere que el juzgador no otorga a las partes la opción de ofrecer o no pruebas, ya que en el supuesto de que las partes no lo soliciten, el Juez está facultado para abrir el juicio a prueba, situación que no quiere decir que obligue a las partes a ofrecerlas, o que las sancione por no hacerlo, pero de cierta forma va más allá de lo que las partes solicitan. Pensemos en el supuesto de que las partes manifiesten que no es necesario abrir el juicio a prueba, puesto que con los documentos exhibidos se demuestra la claridad de los hechos litigiosos, o que el demandado tácitamente haya reconocido el adeudo reclamado por el actor y directamente después de contestada la demanda, soliciten se pase para sentencia, si el Juez considera que es necesario abrir el juicio a prueba, tendrá la facultad de hacerlo.

Esta situación ha sido criticada por el maestro José Becerra Bautista³⁰, en el sentido de que "El Juez no puede ir más allá de lo pedido por las partes *-ultra petita-*, pues hacerlo equivale al principio dispositivo que rige el proceso civil.

Sin embargo, posterior a realizar esa crítica, reconsidera y manifiesta que "Queriendo dar a este precepto un alcance lógico, puede pensarse en aquellos casos en que mediando un interés superior o de orden público, el Juez

³⁰ "El proceso civil en México". Pág. 93.

no se conforme con la simple confesión de la demanda producida por el demandado, confesión que lo obligaría a dictar sentencia condenatoria. Pensemos en un caso de nulidad de matrimonio en que el demandado simple y llanamente confiesa la demanda; el Juez para evitar una simulación de actos, puede ordenar que el pleito se reciba a prueba; la parte actora debería aportar probanzas que justificaran y robustecieran la confesión de la demanda, pues el Juez, de hecho, está negando validez a esa confesión".

Aquí observamos, que en el comentario del maestro Becerra, no se aleja la realidad que se observa en muchos de los juicios que se dirimen en nuestros tribunales, pero que en una minoría de juicios, sino es que en ninguno de ellos, se da este supuesto en el que el Juez vaya más allá de lo que las partes manifiestan en juicio.

Por otra parte, como lo manifesté al comenzar a hablar del principio de la carga de la prueba, este principio básicamente nos sirve de ayuda para saber a quien de las partes incumbe el ofrecer pruebas para acreditar su dicho dentro del juicio y también para saber que se va a probar, yendo esto acorde con la forma en que se plantea la acción y la excepción y de acuerdo a la forma en que fueron narrados y contestados los hechos dentro del juicio.

Así tenemos que la doctrina ha establecido una serie de supuestos en los que se distribuye la carga de la prueba entre las partes, y algunas de ellas han sido plasmadas en nuestro Código de Comercio, y otras en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Esas condiciones o supuestos son los siguientes:

- I. El que afirma está obligado a probar. (De lo que se colige que el que niega no está obligado a hacerlo, salvo los casos que la Ley disponga otra cosa).
- II. El que niega, no está obligado a probar, sino en el caso de que su

negación envuelva la afirmación expresa de un hecho.

- III. El que niega, también está obligado a probar cuando desconozca la presunción legal que tiene a su favor el coligante.
- IV. El que niega, también está obligado a probar cuando desconozca la capacidad de su contraria.
- V. El que niega, está obligado a probar, cuando esa negación, sea un elemento constitutivo para el ejercicio de la acción.

A efecto de explicar de mejor manera los supuestos en los que la negación de un hecho, no exime al que la hace de la carga de la prueba, estableceremos algunos ejemplos de ello, ya que establecer un ejemplo del primer supuesto en el que el que afirma está obligado a probar, es una situación muy sencilla de entender y sería ocioso ejemplificar dicho supuesto.

El primer ejemplo que estableceremos será en el caso que el que niega está obligado a probar cuando esa negación envuelva una afirmación. "Si niego que estuve en la ciudad de México el 26 de febrero del año dos mil, esa negación implica una afirmación, pues el hecho de negar que no estuve en la Ciudad de México ese día, quiere decir que me encontraba en otro lugar, de lo que se desprende que esa negación implica una afirmación".

En segundo término, podríamos establecer como ejemplo que la Ley presume que el poseedor de un inmueble, posee los bienes muebles que se hallen en él. El que niegue esa presunción debe demostrar precisamente que el poseedor del inmueble, no poseyó los bienes muebles mientras duró la posesión del inmueble.

En el caso del desconocimiento de la capacidad, el ejemplo es muy claro, si el demandado opone como excepción que el actor no tenía capacidad

para celebrar el contrato base de la acción, el hecho de negar la capacidad de su contraria, lo obliga a acreditar dicha incapacidad para contratar.

Por último, tratándose de la negación en caso de que la misma sea un elemento constitutivo de la acción, cabe como ejemplo el supuesto en que el propietario de un inmueble enclavado en otro, desea constituir una servidumbre legal de paso, para poder tener acceso a su terreno, manifestando al presentar la demanda, que no tiene dicha servidumbre, por lo que esa negación, tiene que ser acreditada por el actor, siendo la prueba idónea para acreditar dicha afirmación una inspección judicial administrada con prueba testimonial.

Dentro del tema de la carga de la prueba, tiene gran importancia el identificar, qué tipo de hechos son los que se narran en la demanda y contestación a la misma, para determinar a quién incumbe la carga de la prueba, ya que la doctrina establece que existen hechos constitutivos, extintivos e impeditivos, y dependiendo de qué hechos sean los que componen la demanda y contestación, sabremos a quién incumbe la carga de probar.

Por ejemplo, si Pedro le presta a Luis una determinada cantidad de dinero y Luis no le paga en el tiempo convenido, Pedro únicamente tendrá la carga de probar que su derecho ha nacido, es decir el hecho constitutivo de la acción, que bien podría ser un contrato de mutuo para acreditar el préstamo, más no tendría que acreditar que Luis no le ha pagado, pues corresponde a este, demostrar el hecho extintivo de la acción, es decir, Luis puede afirmar que efectivamente Pedro le prestó una determinada cantidad de dinero, pero que ya le pagó, por lo que correspondería a éste probar el hecho extintivo de la acción. En ese mismo ejemplo, podría ocurrir que Pedro le haya prestado a Luis una cierta cantidad de dinero, y Pedro demande a Luis porque éste no le haya pagado, de lo cual, Pedro tendrá que demostrar el hecho constitutivo de su acción, que como dijimos, es un contrato de mutuo, sin embargo, Luis se excepcionará, manifestando que efectivamente no le ha pagado a Pedro, porque en el Contrato

no se estipuló fecha y lugar de pago, por lo que corresponde a Luis demostrar esa circunstancia, observándose en este ejemplo un hecho impeditivo de la acción

Por último, es conveniente resaltar el hecho de que la carga de la prueba, es el principio más importante que rige a la materia probatoria, ya que en la medida en que se establezca de manera determinante a quién incumbe la carga de la prueba, el Juzgador podrá precisar qué parte en conflicto tiene que probar y qué hechos son los que se deben de probar.

2.3. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Otro de los principios que rigen a la materia probatoria, es el relativo a la inmediación que al igual que el principio anteriormente estudiado y que se refiere al de la carga de la prueba, es un principio que se aplica en general a todo el proceso, y que es parte de la teoría general de éste, abordando su estudio de manera específica a la materia probatoria, que podrá apreciar la importancia y utilidad que tiene dentro de este ámbito.

Desde luego que el principio de la inmediación, en el aspecto general del proceso, se refiere a la cercanía y aproximación que tiene el Juez en el procedimiento, y estas características, también son aplicadas a la materia probatoria, pues a decir del maestro José Ovalle Favela³¹, "El Juez debe ser quien dirija, de manera personal, sin mediación de nadie, la producción de la prueba. Si la prueba está encaminada a lograr el cercioramiento del juzgador, nada más lógico que sea éste quien dirija su producción."

Continuando con la exposición del maestro Ovalle Favela, posterior a establecer la importancia que tiene el principio de la inmediación dentro del

³¹ "Derecho Procesal Civil". pág. 127.

procedimiento probatorio, manifiesta que en nuestro País, este principio no tiene cabida, ya que en los procedimientos, los Jueces del conocimiento, no son los que llevan a cabo las diligencias que tienen como objeto desahogar las pruebas aportadas por las partes, sino que quienes llevan a cabo tales diligencias de prueba, son los secretarios de acuerdos, sin la presencia o conducción del juzgador.

En efecto, como lo afirma el maestro Ovalle Favela, es conocido por todos los abogados litigantes, que en los procesos ante los Tribunales de nuestro País, los jueces no llevan a cabo y mucho menos presiden las audiencias de desahogo de pruebas, ni siquiera la prueba de la inspección judicial, situación que a todas luces no es conveniente, pues resultaría mejor para el Juzgador y para el proceso, verificar de manera personal el desahogo de las pruebas aportadas en juicio, a efecto de tener una mejor visión de las mismas y de su relación con la litis planteada.

La intermediación o cercanía que tenga el Juez en el procedimiento y con las partes, es a todas luces muy importante, toda vez que quién mejor que el Juzgador para celebrar y llevar a cabo el desahogo de pruebas que posteriormente tendrá que analizar y valorar para dictar una sentencia apegada a derecho y que llegue a la verdad de los hechos, resolviendo la controversia de una manera justa.

Desafortunadamente, en nuestro País, existe demasiada carga de trabajo para los Tribunales que se encargan de aplicar la justicia, resultando prácticamente imposible que el Juzgador tenga un contacto directo con las partes y la posibilidad de presenciar y presidir de esa manera las audiencias de desahogo de pruebas, lo que traería como consecuencia, sentencias más justas y apegadas a la realidad de lo que se ha observado durante el juicio.

2.4. PRINCIPIO DE ORALIDAD Y ESCRITURA

Este principio, al igual que los anteriores, tiene una aplicación dentro de la teoría general del proceso, pero independientemente de ello, analizaremos su inclusión dentro de la materia probatoria, para dilucidar su importancia y su función dentro del ofrecimiento y desahogo de pruebas.

Nuestro sistema jurídico, por excelencia, ha sido el sistema escrito, criticado por muchos toda vez que le suprime autenticidad al juicio y a las contestaciones de demanda, prestándose esta situación a menos espontaneidad en las manifestaciones, que permiten presentar argumentos menos verdaderos y más pensados que pueden atentar contra la verdad.

Para el distinguido procesalista argentino SANTIAGO SENTIS MELENDO³² "La oralidad es la forma natural y normal de conseguir la intermediación, la cual difícilmente se logra de manera absoluta en la escritura: pero no porque ello sea imposible sino por la facilidad que ofrece el sistema de la escritura para el incumplimiento de los deberes procesales; un testigo que declara oralmente no puede prestar su declaración más que ante el Juez, el que declara reduciéndose a escritura su declaración, puede hacerlo, y de ordinario lo hará, ante cualquier funcionario o empleado de secretaría."

En nuestro sistema procesal civil y mercantil, las declaraciones de las partes y de los testigos se hacen de manera oral, aunque las preguntas, en ciertos casos como en la confesional, se hacen de manera escrita, a través del secretario de acuerdos que le hace la pregunta al absolvente, con excepción de las preguntas que se les realizan a los funcionarios públicos, que por su cargo o investidura, se encuentran facultados para desahogar preguntas por escrito, es

³² Op. Cit. pág. 548.

decir, sin acudir al Tribunal o Juzgado para contestar de manera personal y oral el interrogatorio al que son sometidos.

Estamos de acuerdo con lo manifestado por el maestro Sentis Melendo, con relación a que el principio de la oralidad, hace que el Juez tenga más cercanía con las partes en juicio, pero en realidad, y dado el número cuantioso de juicios que se tramitan diariamente en nuestros Juzgados, prácticamente resulta imposible que se dé un sistema oral en nuestras leyes procesales, con lo que definitivamente no se da la inmediatez entre jueces y partes que es lo más deseable en los procedimientos, para obtener como resultado una sentencia más apegada a la realidad.

Sin embargo, el sistema de la oralidad ha perdido fuerza con el desarrollo de la escritura, ya que generalmente las pruebas aportadas por las partes en un juicio para sustentar la acción o las excepciones propuestas, se basan en documentales públicas o privadas, restando importancia a las pruebas que se desahogan de forma oral como son la testimonial y la confesional.

2.5. PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN

Este principio, a diferencia de los enunciados con anterioridad, más que pertenecer a la Teoría General del Proceso, es un principio que se puede asociar con las pruebas, o como dicen algunos autores, con la teoría general de la prueba³³ ya que este principio va íntimamente ligado con la interrogante que nos formulamos al ofrecer una prueba, y que es ¿Para quién se prueba?.

Este cuestionamiento tiene dos respuestas que son las siguientes; para las partes o para el procedimiento. Esta disyuntiva, tiene su origen en la

³³ Hugo Alsina, considera que al hablar de la prueba, tiene que hacerse dentro del ámbito de una Teoría general, no como un tema aislado. Op. Cit. pág. 172.

manifestación de algunos autores en el sentido de que el procedimiento es de orden público, y más que aportar pruebas para que una de las partes acredite su acción o su excepción, se aportan pruebas para llegar a la verdad, verdad que no solamente puede beneficiar o perjudicar a una de las partes, sino que el beneficio o perjuicio de esa verdad, puede incluir a terceros que no formaron parte del proceso, (a menos que se les haya llamado a juicio), de lo que se concluye que las pruebas se aportan para el procedimiento, y no para las partes.

Es evidente, que este principio tiene íntima relación con los axiomas o valores que persigue el derecho, que son siempre la justicia y llegar a la verdad de los hechos, independientemente de que las pruebas lleguen a beneficiar o perjudicar a una de las partes.

Pero a pesar de lo anterior, este principio no siempre tiene cabida en los juicios, pues a pesar de que el mismo señala que las pruebas se aportan para el procedimiento y no para las partes, es lógico, que las partes aportan pruebas para convencer al Juez de las aseveraciones y manifestaciones hechas a su favor, acreditando con las mismas las acciones o excepciones planteadas durante el procedimiento, sin importar que esas pruebas alcancen a beneficiar o perjudicar a terceros ajenos al mismo.

El principio de que la adquisición de las pruebas son para el procedimiento y no para las partes, claramente se observa en las diversas disposiciones de nuestros Códigos Procesales y de Comercio, que facultan al Juez para allegarse todo tipo de pruebas y valerse de cualquier cosa o tercero³⁴ con el objeto de conocer la verdad de los hechos, e incluso de abrir el juicio prueba a pesar de que las partes no se lo hayan solicitado.

³⁴ Artículo 278 Código de Procedimientos Civiles Para el Distrito Federal.

2.6. REGLAS GENERALES SOBRE LAS PRUEBAS

CONCEPTO

Las reglas generales sobre las pruebas, son desde nuestro punto de vista, "las condiciones generales y requisitos que establece la Ley, para que una prueba pueda ser admitida en juicio, además de que precisan en qué forma y en qué plazos una prueba debe ser ofrecida y correlativamente admitida por el juzgador".

La definición antes descrita, fue elaborada sin tomar como base ninguna definición o concepto de los autores de la materia, ya que ninguno de ellos, ni siquiera los prestigiados autores mexicanos dedicados a la materia procesal, establecen una definición de las reglas generales sobre la prueba, a pesar de que en nuestros Códigos de Procedimientos Civiles tanto del Distrito Federal, como el Federal y el de Comercio, se incluye un capítulo referente a las reglas generales sobre las pruebas.

Las reglas generales sobre las pruebas, son, como su nombre lo indica, principios o aspectos generales que se tienen que observar tanto por las partes como el Juzgador, para estar en posibilidades de ofrecer una prueba conforme a derecho y que no esté prohibida por la ley, con el propósito de que el Juzgador la admita y tengamos la posibilidad de acreditar los hechos que funden la acción o la excepción planteada.

Es importante aclarar, que estas reglas, son aspectos generales sobre todas las pruebas que se pueden ofrecer en juicio, y que el propio Código de Comercio establece otros requisitos para las pruebas en particular (confesional, pericial, testimonial etc.), que también se tienen que cumplir para que la prueba en específico pueda ser admitida.

Respecto a las reglas generales sobre las pruebas, por obvias razones, hablaremos en específico de las contenidas en el Código de Comercio, ya que también estas reglas se encuentran contenidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y en otros Códigos de Procedimientos Civiles de otras Entidades Federativas.

Las reglas generales sobre las pruebas nos indican a quién corresponde la carga de la prueba, de la que ya hablamos anteriormente, los términos bajo los que se tienen que ofrecer y desahogar las pruebas ofrecidas, la carga a las partes de manifestar qué hechos son los que se pretende demostrar con las pruebas y su relación con las mismas, etc., temas que abordaremos más adelante de manera detallada.

Por último, cabe señalar, que las reglas generales sobre las pruebas, se refieren a los requisitos que se deben de cumplir para el ofrecimiento de cualquier prueba en general, sin dejar de observar las condiciones y requisitos que el propio Código establece para el ofrecimiento de pruebas en particular.

2.7 REGULACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES SOBRE LA PRUEBA ANTES Y DESPUÉS DE LAS REFORMAS DEL AÑO DE 1996, EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Una vez establecido qué son y qué significan las reglas generales sobre las pruebas, realizaremos un análisis comparativo de la regulación de estas reglas antes y después a la reforma de mayo de 1996 en el Código de Comercio.

Estas modificaciones a las reglas generales sobre las pruebas, en su mayoría fueron benéficas para los procedimientos mercantiles, ya que hicieron que el ofrecimiento y desahogo de las pruebas en juicio se realizará de manera más eficaz, evitando con estas reformas, el ofrecimiento y admisión de pruebas inútiles e inoficiosas para el proceso, además que incluyó diversos medios de

prueba modernos que se ajustan a la realidad de la actualidad en que vivimos dado el avance de la tecnología en comunicaciones electrónicas.

Sin embargo, y a pesar de las reformas que se realizaron a este capítulo XII del Código de Comercio relativo a las pruebas, hubo preceptos fundamentales y básicos que no sufrieron reformas y que se refieren a la carga de la prueba, cuales son los casos en que el que niega tiene la obligación de probar, el objeto de la prueba, etc..., temas estos estudiados con anterioridad.

También establece cuál será el objeto de la prueba, indicándonos la propia Ley que lo que está sujeto a prueba son los hechos, más no el derecho, pues éste debe ser conocido en general por todos los jueces, incluyendo la jurisprudencia, salvo los casos en que se trate de leyes o Códigos del extranjero, supuesto en el que sí se tiene que acreditar la existencia de dicha norma; de igual forma establece, en qué momento del procedimiento se abrirá el juicio a prueba y esto es cuando las partes lo soliciten o el mismo Juez lo requiera, situación que ya fue criticada en este mismo trabajo en anteriores temas.

Otro aspecto importante que el Código de Comercio regula dentro de las reglas generales, es la citación de las partes en caso de que deseen realizar manifestaciones respecto a las pruebas ofrecidas por su contraria, y dicha citación se realizará a más tardar el día anterior en que deba recibirse la prueba. Es importante detenerse un momento en este tema, ya que es trascendente que cualquiera de las partes tenga la oportunidad de realizar manifestaciones respecto a las pruebas ofrecidas por su contraria, a efecto de manifestar si esa prueba es la idónea o no para acreditar los hechos que la oferente pretende demostrar con su ofrecimiento, además de que el objeto de esa citación es que el contrario pueda combatir la prueba ofrecida, y si puede, rendir prueba en contrario.

"La citación, también tiene por objeto que concurran los interesados a la práctica de las diligencias probatorias para presenciadas y ejercitar en ellas

*los derechos que en cada una les otorgan las Leyes, según la naturaleza de ellas*³⁵.

Es importante mencionar, que el Código de Procedimientos Civiles para el D.F., señala algunos supuestos en que las pruebas deben recibirse sin citación de la contraria como son la confesión, el reconocimiento de libros y papeles de los litigantes, es decir de la parte a quien no pertenecen, y los instrumentos públicos, independientemente del derecho que tenga el contrario oferente de la prueba, de redarguirlo de falso y ofrecer la compulsas del mismo.

Por último, las reglas generales sobre las pruebas, señalan el término de prueba, que se divide en dos, el ordinario, para desahogar pruebas dentro de la entidad en que se lleva el proceso, y el extraordinario, para desahogar pruebas fuera de dicha entidad, tema que abordaremos con mayor detenimiento más adelante, pues es uno de los aspectos que tiene un apartado especial en este capítulo.

Después de haber dado un amplio y muy general panorama de los aspectos de las reglas generales sobre las pruebas que no fueron modificados con la reforma de mayo de 1996, es preciso señalar cuáles fueron los artículos que fueron reformados, y comparar la redacción de los mismos antes y después de la reforma.

Comenzaremos por orden cronológico del número de los artículos reformados de las reglas generales sobre las pruebas, iniciando con el artículo 1198, que es de suma importancia para el ofrecimiento y admisión de las pruebas.

Antes de la reforma, el artículo 1198 del Código de Comercio establecía lo siguiente:

³⁵ Mateos Alarcón. Pruebas en Materia Civil Mercantil y Federal pág. 35.

ARTÍCULO 1198.- El Juez debe recibir todas las pruebas que se le presenten, a excepción de las que fueren contra derecho o contra la moral.

Después de la reforma, la redacción del artículo 1198 quedó como sigue:

ARTÍCULO 1198.- Las pruebas deben ofrecerse expresando claramente el hecho o hechos que se trata de demostrar con las mismas, así como las razones que el oferente considera que demostrará sus afirmaciones; si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas, observándose lo dispuesto en el artículo 1203 de este ordenamiento. En ningún caso se admitirán pruebas contrarias a la moral o al derecho.

Este artículo, sufrió una radical transformación, pues a pesar de que sigue vigente la condición de que no se ofrecerán pruebas contra el derecho o contra la moral, se agregaron a dicho precepto, una serie de disposiciones relativas a la idoneidad y utilidad de las pruebas a ofrecer, ya que antes, únicamente se establecía que el Juez debía recibir todas las pruebas que se presentarán, a excepción de las que fueran contra el derecho o contra la moral, sin precisar para qué y por qué se ofrecían las mismas, existiendo sólo la obligación de relacionar las pruebas con los hechos de la demanda o contestación, según fuera el caso, y con los que las partes consideraban que tenían relación las pruebas ofrecidas, situación que ocasionaba que no fuera muy claro el ofrecimiento de las pruebas en el proceso.

Con esta modificación, se impone a las partes la carga de señalar y mencionar con acuciosa precisión y claridad, (de acuerdo al criterio de algunos jueces, estas condiciones son sacramentales) cuáles son los hechos que se pretenden demostrar, así como las razones y motivos por los que el oferente considera que demostrará sus afirmaciones, volviéndose el ofrecimiento de pruebas, prácticamente una repetición inaudita de lo manifestado por las partes a lo largo del juicio, y en específico de lo alegado en la demanda y contestación a la misma.

Evidentemente que la reforma a este precepto, impone a las partes la obligación de exponer al Juzgador la importancia, idoneidad y utilidad de las pruebas ofrecidas, pues como más adelante se observará al tratar el tema de la idoneidad, con anterioridad a esta reforma se ofrecían pruebas que no tenían ningún enlace o relación con los hechos controvertidos, y generalmente estas pruebas eran ofrecidas por la parte demandada para retardar el procedimiento.

Otro artículo que fue reformado, es el artículo 1201 que determina que las pruebas deben de desahogarse dentro del término probatorio, debiendo fundar el Juez la resolución que permita el desahogo de las mismas fuera de dicho término, agregándose con la reforma, una disposición en el sentido de que las pruebas deben mandarse concluir en los juicios ordinarios en un plazo de 20 días y tratándose de los juicios especiales, en un término de 10, bajo la responsabilidad del Juez.

Para observar de manera más detallada la reforma realizada a este precepto, transcribiremos su contexto antes y después a la reforma de mayo de 1996, como lo hicimos con el artículo anterior.

Antes de la reforma, el artículo 1201 del Código de Comercio establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 1201.- Las diligencias de prueba deberán practicarse dentro del término probatorio; el Juez deberá fundar la resolución que permita su desahogo fuera de dicho término.

Después de la reforma el artículo 1201 del Código de Comercio establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1201.- Las diligencias de prueba deberán practicarse dentro del término probatorio; el Juez deberá fundar la resolución que permita su desahogo fuera de dicho término, las cuales deberán mandarse concluir en los juicios ordinarios dentro de un plazo de veinte días, y en los juicios especiales y ejecutivos dentro de diez días, bajo responsabilidad del Juez, salvo casos de fuerza mayor.

La reforma a este artículo, en cierta forma flexibiliza el tiempo del término ordinario para el desahogo de pruebas, pues la dilación probatoria en los juicios ordinarios es de 40 días y en los ejecutivos el desahogo de pruebas, ya no de dilación, es de 15, términos o plazos que en muchos supuestos es imposible que se lleguen a desahogar las pruebas ofrecidas, y más aún si tomamos en cuenta que en ocasiones es el propio Juez quien fija las fechas de audiencia para el desahogo de pruebas en los límites del plazo para dicho desahogo.

Es preciso aclarar, que el tema del término probatorio se abordará más adelante, estableciendo por ahora únicamente un análisis comparativo de los artículos reformados en las reglas generales sobre las pruebas.

También el artículo 1202 del citado ordenamiento legal, sufrió una adición con relación a la forma en que se encontraba redactado con anterioridad a la reforma procesal de mayo de 1996. El artículo en comento establece lo siguiente:

Antes de la reforma, el artículo 1202 del Código de Comercio establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 1202.- No obstan a lo dispuesto en el artículo anterior las reglas que se establecen en los artículos 1320, 1386 y 1387.

Después de la reforma, el artículo 1202 del Código de Comercio establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1202.- No obstan en el artículo anterior las reglas que establecen para la recepción de pruebas en incidentes, o las documentales de las que la parte que las exhibe manifieste bajo protesta de decir verdad, que antes no supo de ellas, o habiéndolas solicitado y hasta requerido por el Juez, no las puso obtener, o las supervenientes.

La modificación de este artículo, consistió que en lugar de hacer mención a otros artículos o preceptos del propio Código de Comercio con relación a las pruebas supervenientes, o de pruebas que las partes deseen ofrecer y no

hayan tenido conocimiento de su existencia hasta antes de presentar la demanda o la contestación a la misma, dichas disposiciones establecidas en otros artículos del propio Código, se aglutinaron en este artículo reformado.

La reforma a este artículo, hizo que se precisaran en un solo artículo, varias disposiciones concernientes a las pruebas supervenientes, indicando además que independientemente de las reglas expuestas anteriormente en el propio Código (artículos 1198 y 1201), también se observarán las reglas relativas a las pruebas en incidentes, las que se exhiban manifestando bajo protesta de decir verdad que antes no supo de ellas y las supervenientes. Esto quiere decir que no solo en el ofrecimiento de pruebas del juicio principal se tienen que cumplir todos los requisitos establecidos en el Código de Comercio, sino en cualquier momento en que se ofrezcan pruebas, ya sea en incidentes o tratándose de las pruebas supervenientes, de lo que se colige que para el ofrecimiento de este tipo de pruebas, se tienen que cumplir de cierta forma con más requisitos que establece la Ley para el ofrecimiento de las pruebas en el juicio principal.

Con relación a las pruebas supervenientes, es preciso señalar que nuestro Código de Comercio no señala en que supuestos se encuadran las pruebas supervenientes, es decir, si son pruebas de las que no se tenía conocimiento de su existencia, si son pruebas que no existían, o bien si son pruebas que antes de la demanda o contestación había sido imposible su obtención, condiciones a las que se debe agregar la manifestación bajo protesta de decir verdad de su oferente, reglas que si se establecen en el artículo 98 del Código Procesal para el Distrito Federal que lógicamente será aplicado supletoriamente en este tipo de pruebas. .

El artículo 1203 también fue reformado y se reformó en su totalidad, siendo su redacción anterior a la reforma la siguiente:

ARTÍCULO 1203.- La pruebas se recibirán con citación de la parte contraria, exceptuándose la confesión, el reconocimiento de los libros y papeles de los

mismos litigantes y los instrumentos públicos. Sólo los pliegos de posiciones pueden presentarse cerrados.

Posterior a la reforma, el artículo 1203 del Código de Comercio quedó redactado de la siguiente forma;

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

Dicho precepto antes de la reforma, especificaba qué pruebas se recibían con citación de la contraria y cuales no, dejando sin efectos esa limitación, pues este artículo no establece qué pruebas se recibirán con citación de la contraria, dejando abierta la posibilidad de que todas las pruebas se recibirán con citación de la contraria.

Con la reforma, el artículo incluyó diversas reglas con relación a la admisión de pruebas refiriéndose también a la utilidad e idoneidad de las mismas con relación a los hechos controvertidos, pues como ya se apuntó anteriormente, en ocasiones se ofrecían pruebas que no tenían relación con la litis o que no eran útiles para que el Juzgador las valorara al momento de dictar sentencia, pruebas que eran ofrecidas con el objeto de retardar el procedimiento.

De igual forma este precepto nos remite a lo dispuesto por el artículo 1198, concluyendo con ello que las pruebas que se admitan, deben tener relación con los hechos, no ser contrarias a la moral o al derecho y ofrecerse dentro del término de ley.

Por otra parte, el artículo 1203, determina el recurso que procede en contra de la admisión o desechamiento de una prueba que no reúna los requisitos antes mencionados señalándose también el efecto en que se recibirá dicho recurso, que será en el efecto devolutivo, es decir, sin suspensión del procedimiento; La reforma en este sentido, es una de las más importantes, ya que con anterioridad a la misma, en el supuesto de que el Juez no admitiera alguna prueba por diversas circunstancias, la parte afectada tenía el derecho de interponer el recurso de apelación en contra de dicha resolución, que era admitido en ambos efectos, es decir, con suspensión del procedimiento, que hacía que el juicio principal se suspendiera hasta en tanto no se resolviera la apelación interpuesta, y que provocaba que por lo general la parte demandada, ofreciera pruebas que no tenían relación con los hechos controvertidos, o que fueran inútiles para la litis³⁶, con el único objetivo de que el juzgador la desechara y estar en posibilidades de interponer un recurso de apelación en contra del desechamiento, suspendiendo el procedimiento hasta en tanto la sala superior resolviera si el recurso era infundado o no. Esta práctica se observó muchísimo en la práctica, llegando al grado que los abogados que deseaban retardar el procedimiento ofrecían la testimonial de la parte contraria, situación que evidentemente es absolutamente absurda, pues la testimonial se ofrece con relación a personas ajenas a la litis, y no el testimonio de las partes, lo que trala como consecuencia lógica, que el Juez desechará dicha prueba.

Es claro que la reforma a este artículo, trajo como consecuencia la extinción de esta práctica, y redujo en mucho el tiempo la duración del desahogo de pruebas y en general la tramitación de los juicios en favor de la parte que solicitaba la expedición de justicia pronta y expedita, aunque consideramos que aún queda mucho por hacer para tener juicios más justos y menos tardados.

³⁶ El maestro Carnelutti en su libro Sistema de derecho procesal civil, hace una distinción entre pruebas que no tienen relación con los hechos, pruebas que se ofrecen para acreditar hechos inútiles, y pruebas para acreditar hechos notorios. Op. Cit. P.P. 224 y 225 tomo IV.

El artículo 1205, también fue reformado. Este precepto antes a la reforma establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 1205.- La ley reconoce como medios de prueba:

I.- La confesión, ya sea judicial, ya extrajudicial;

II.- Instrumentos Públicos y solemnes;

III.- Documentos privados;

IV.- Juicio de peritos;

V.- Reconocimiento o inspección judicial;

VI.- Testigos;

VII.- Fama Pública;

VIII.- Presunciones.

El artículo 1205 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1205.- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del Juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos, y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsimiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, reconstrucción de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

Con la reforma a este artículo, se ampliaron los medios de prueba que podían ser aportados en juicio, ya que el código anteriormente, sólo reconocía algunos de los medios de prueba de los que establece el actual artículo 1205 y que eran los más tradicionales como la confesional, los testigos, los documentos públicos y privados, los instrumentos públicos y privados, la fama pública y las presuncionales, pudiéndose entender esta enunciación como limitativa, reduciendo a la partes a ofrecer únicamente estos medios de prueba para acreditar los extremos de la acción o de la excepción, aunque en la práctica se podían ofrecer otros medios probatorios no reconocidos por la ley, con la única limitante de que no fueran contrarios a la moral o al derecho y que aportararán al Juzgador elementos de convicción que pudieran resolver la litis planteada.

Es preciso señalar, que el legislador, al redactar el artículo 1205 del Código de Comercio antes de la reforma, utiliza la palabra "reconoce", refiriéndose a los medios de prueba que se podían aportar en juicio, entendiéndose los alcances y significados de esta palabra, como una limitación a la aportación de pruebas, pues si la Ley sólo reconoce los medios de prueba enumerados en ese artículo, se colige que los medios de prueba que no se encuentren mencionados en dicho precepto, no pueden ser ofrecidos como prueba, aunque en la práctica, como ya mencionamos, sí era posible el ofrecimiento de pruebas diferentes a las mencionadas en dicho precepto, modificándose afortunadamente el mismo en el sentido de que las partes pueden aportar cualquier medio que pueda ayudar al Juzgador a resolver la controversia, sin ninguna limitante más que las ya mencionadas con anterioridad.

Otro precepto que fue reformado del Código de Comercio en el capítulo de las reglas generales sobre las pruebas es el artículo 1207, que se refiere a la prórroga del término ordinario y la solicitud del término extraordinario de prueba.

El artículo 1207 del Código de Comercio anterior a la reforma establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 1207.- El término ordinario que procede, conforme al artículo 1199, es susceptible de prórroga en los términos del artículo 1382. El término extraordinario o ultramarino no se concederá sino en los casos y bajo las condiciones dispuestas por las leyes, quedando al arbitrio del Juez señalar, dentro del legal, el término que crea prudente, atendidas la distancia del lugar y la calidad de la prueba. Del término extraordinario no cabe prórroga.

El artículo 1207 del Código de Comercio posterior a la reforma quedó redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1207.- El término ordinario que procede, conforme al artículo 1199, es susceptible de prórroga cuando se solicite dentro del término de ofrecimiento de pruebas y la contraria manifieste su conformidad, o se abstenga de oponerse a dicha prórroga dentro del término de tres días. Dicho término únicamente podrá prorrogarse en los juicios ordinarios hasta por veinte días y en

los juicios especiales o ejecutivos hasta diez días. El término extraordinario sólo se concederá cuando las pruebas se tengan que desahogar en distinta entidad federativa o fuera del país, y cuando se otorguen las garantías por cada prueba que se encuentre en dichos supuestos, bajo las condiciones que dispongan las leyes procesales locales aplicadas supletoriamente, quedando al arbitrio del Juez señalar el plazo que crea prudente, atendida la distancia del lugar y la calidad de la prueba. Del término extraordinario no cabe prórroga.

Este artículo antes de la reforma, establecía que para solicitar la prórroga del término ordinario de prueba, se estaría a lo dispuesto por el artículo 1304 del mismo ordenamiento, siendo que con la reforma no hay necesidad de acudir a otro precepto legal, pues el mismo señala los supuestos y requisitos para obtener la prórroga del término ordinario y la obtención del término extraordinario de prueba.

Como se ha manifestado con anterioridad, el tema del término probatorio, se abordará más adelante, sin embargo, es preciso señalar que el término ordinario de prueba se da cuando se desahoguen pruebas dentro de la entidad federativa en la que reside el Juzgado donde se tramite el juicio y el extraordinario cuando se desahoguen fuera de la misma.

El precepto reformado, señala que la prórroga del término ordinario de prueba, se tiene que solicitar dentro del término de ofrecimiento de pruebas, dando vista a la contraria para que en tres días manifieste su conformidad o rechazo a la misma, y en caso de otorgarse la misma, ésta no deberá ser mayor de veinte días en los juicios ordinarios y de diez días en los juicios especiales o ejecutivos.

También con la reforma, se precisa cuando tendrá cabida el término extraordinario de prueba, señalando que el mismo se concederá cuando tengan que desahogarse pruebas fuera de la entidad en la que radique el Juez de la causa, además que la parte que solicite el término extraordinario, tendrá que otorgar una garantía por cada prueba que se encuentre en ese supuesto, ello con el objeto de resarcir los daños y perjuicio que se causen a la contraparte, ya que

en muchas ocasiones, se ofrecen pruebas testimoniales fuera de la entidad donde se celebra el juicio con el objetivo de retardar el procedimiento, o no se desahogan por falta de interés procesal de la oferente, causando daños a la parte contraria con la posposición de la tramitación del procedimiento.

El plazo para desahogar estas pruebas, será decretado por el Juez de origen, ateniendo a la distancia del lugar y a la clase de prueba que se tenga que desahogar. Este término no es susceptible de prórroga.

Le reforma a este artículo, vino a precisar las circunstancias bajo las cuales se concedía la prórroga del término ordinario y del término extraordinario, ya que la regulación en el artículo anterior, dejaba muchas dudas que han quedado precisadas.

Por último, el artículo 1209, que se refiere a la suspensión del término ordinario y extraordinario de prueba, sufrió una reforma, adicionándosele un párrafo, ya que el mismo, anterior a la reforma, sólo se refería a que la causa de la suspensión del término ordinario o extraordinario de prueba, debía expresarse en el auto que la concediera.

El artículo 1209 anterior a la reforma, establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 1209.- Cuando se otorgue la suspensión se expresará en el auto la causa que hubiere para hacerlo.

Posterior a la reforma, el artículo quedó redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 1209.- Cuando se otorgue la suspensión, se expresará en el auto la causa que hubiere para hacerlo.

La suspensión del procedimiento se levantará cuando se haya hecho por consentimiento de los interesados a petición de cualquiera de ellos, sin ulterior recurso, sin perjuicio de que dicha suspensión no impida que corra el término de

caducidad. Cuando se decreta por causa muy grave a juicio del Juez, la suspensión se levantará cuando cese dicha causa, o éste requiera a las partes para que dentro del plazo de tres días, manifiesten y acrediten si tal gravedad subsiste. Transcurridos noventa días naturales de que se haya suspendido por causa grave, de oficio o cualquiera de las partes podrá solicitar al Juez, para que compruebe si subsiste la gravedad, y de haberse salvado ésta, se levantará la suspensión, previa constancia de haberse efectuado el requerimiento señalado anteriormente, con el fin de que se inicie cualquier término judicial, incluyendo el de la caducidad.

El artículo vigente, además de establecer la disposición plasmada en el artículo anterior, agrega que el levantamiento de la suspensión del procedimiento (sic), se hará cuando se haya hecho por consentimiento de los interesados, sin perjuicio de que la suspensión no impida que corra el término de caducidad. Aquí existe una contradicción, pues si el procedimiento (debió haber establecido suspensión del término de prueba) se encuentra suspendido, como es posible que corra el término de caducidad.

Asimismo, se establecen los supuestos y circunstancias por las cuales se tiene que suspender el procedimiento, así como la forma en que se levantará dicha suspensión, aspecto que el artículo antes reformado no establecía.

De esta forma concluimos el análisis comparativo de los artículos del Código de Comercio relativos a las reglas generales sobre las pruebas que fueron reformados, reservándonos los comentarios y propuestas para mejorar estas reformas en el capítulo de proyectos de mejoras.

2.8 DEL TÉRMINO PROBATORIO

Dentro de nuestra vida cotidiana, por muchos deseos y ganas que tengamos de desarrollar diversas actividades en un día, en muchas ocasiones, la realización de esas actividades se ven truncadas por la falta de tiempo para

realizarlas en ese día, o dentro del plazo en que las teníamos que realizar, siendo que algunas de esas actividades son de vital importancia para el desarrollo de nuestra vida, de ahí la imperiosa necesidad de llevarlas a cabo dentro del plazo establecido.

Así como resaltamos la importancia del tiempo y los plazos en la vida cotidiana, también estos son de vital importancia dentro del procedimiento, y en específico dentro de la materia probatoria, toda vez que nuestras legislaciones procesales establecen plazos determinados para el desahogo de las pruebas aportadas por las partes, ya que de lo contrario el desahogo de las estas se tornaría anárquico e interminable respecto al tiempo, y haría que los juicios se hagan largos y eternos.

Para el maestro Pallares³⁷ la prueba se considera un elemento esencial del juicio cuando en él se controvierten cuestiones de hecho, o hay que probar el derecho. Por tanto, es indispensable que las partes disfruten de un periodo u oportunidad de rendir pruebas que sean necesarias para el esclarecimiento de la verdad."

En el Código de Comercio, antes y después de las reformas multicitadas, se establecen dos clases de términos para desahogar las pruebas, que son el término ordinario y el extraordinario, de los que ya hablamos con anterioridad al tocar el tema de las reglas generales sobre las pruebas.

Estos dos tipos de términos, se diferencian en que el ordinario es para desahogar probanzas dentro de la entidad federativa donde radica el Juez que conoce del procedimiento en el que se ofrecen, y el término extraordinario, es para desahogar pruebas fuera de la entidad federativa donde reside de dicho Juez.

³⁷ Op. Cit. Pág. 390.

Como ya fue mencionado, la regulación del término ordinario y extraordinario de prueba se encuentra dentro del capítulo de las reglas generales sobre las pruebas en el Código de Comercio, y la regulación de dichos términos fue modificada con motivo de las reformas de mayo de 1996 a las reglas generales sobre las pruebas, reformas de las que ya hablamos con anterioridad.

Los artículos 1206, 1207 y 1208, 1383, 1384, 1401 del Código de Comercio posterior a las reformas, establecen la condiciones y supuestos por los que se pueden conceder ambos términos, y de esa forma es como se regulan en la actualidad, regulación que abordaremos en este espacio, ya que la forma en que se encontraba regulado antes de las reformas del año de 1996, fue estudiado al analizar las reformas a las reglas generales sobre las pruebas.

Es importante señalar, que el número de días en que se tienen que desahogar las pruebas en el término ordinario y extraordinario de pruebas, varían según la vía y el tipo de juicio bajo el que se esté tramitando la controversia, ya que el término ordinario de prueba en el juicio ordinario mercantil, la dilación probatoria es de 40 días, y en el juicio ejecutivo mercantil, no la dilación sino el desahogo, es de 15 días.

Comenzando con el análisis del término ordinario, el artículo 1206 del Código de Comercio señala que dicho término se otorga cuando haya pruebas que desahogar dentro de la entidad federativa del Juez de la causa.

El término ordinario de prueba, varía según el tipo de juicio y vía bajo la cual se tramite la controversia, y tratándose de los juicios ordinarios mercantiles, el artículo 1383 del Código de Comercio, señala que el término ordinario de prueba será de 40 días, de los cuales diez serán para ofrecer pruebas y treinta para desahogarlas.

Por otra parte, el artículo 1401 del multicitado Código de Comercio, señala que tratándose de los juicios ejecutivos mercantiles, el Juez concederá un

término de 15 días, en el que se realizarán todas las diligencias necesarias, para el desahogo de las pruebas ofrecidas, y a que estas debieron ser ofrecidas desde la demanda y contestación, señalándose fecha para su desahogo.

En ambos juicios, estamos hablando del término ordinario de prueba, encontrándonos con una diferencia entre el juicio ejecutivo y el juicio ordinario, ya que el Código de Comercio, establece que en el caso del juicio ordinario, el término de prueba no podrá exceder de 40 días, salvo el caso de que se solicite la prórroga de éste, aclarando que dentro de esos 40 días para la dilación probatoria, 10 de ellos serán para ofrecer las pruebas y 30 para desahogarlas, en cambio en el juicio ejecutivo, el término ordinario de prueba será de 15 días, dentro de los cuales se tienen que desahogar las pruebas ofrecidas..

En esas condiciones, se ha criticado por todos los litigantes de nuestro país, los plazos que el Código de Comercio ha establecido para el desahogo de las pruebas tanto en los juicios ordinarios como en los juicios ejecutivos, ya que en muchas ocasiones los días con que cuentan las partes para preparar el cúmulo de pruebas ofrecidas, no son suficientes para desahogarlas, concluyendo esta situación con el temor de que el juzgador declare desiertas las pruebas que se dejaron de recibir argumentando falta de interés de la parte oferente.

En algunas ocasiones, y debido a la carga de trabajo de nuestros Juzgados, los mismos jueces señalan fechas para el desahogo de pruebas en los límites en que está por fenecer el término ordinario de prueba, lo cual no es imputable a las partes, por lo que dicho término en la mayoría de las ocasiones no se respeta ni siquiera por el propio órgano jurisdiccional, y no por el hecho de que no se desee respetar, sino por la excesiva carga de trabajo con que cuentan nuestros Juzgados, situación por la que debería ampliarse el término ordinario de prueba.

Siguiendo con el tema del término ordinario de prueba, en el supuesto de que una de las partes considerara que de acuerdo con el cúmulo de pruebas que

existen por desahogar, el término ordinario de prueba no será suficiente para desahogar las pruebas propuestas, existe la figura de la prórroga del término ordinario de prueba, que está regulada en el artículo 1207 del Código de Comercio.

El artículo 1207 de dicho ordenamiento, en su parte conducente establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1207.- "El término ordinario que procede, conforme al artículo 1199, es susceptible de prórroga cuando se solicite dentro del término de ofrecimiento de pruebas y la contraria manifieste su conformidad, o se abstenga de oponerse dentro de tres días. Dicho término únicamente podrá prorrogarse en los juicios ordinarios hasta por veinte días y en los juicios ejecutivos o especiales hasta por diez días....."

De lo establecido por el artículo 1207 del Código de Comercio, podemos deducir que existen dos requisitos para que se conceda la prórroga del término ordinario de pruebas, que son los siguientes:

I.- Que dicha prórroga se solicite desde el ofrecimiento de pruebas.

II.- Que la parte contraria manifieste su conformidad, o bien, que transcurridos los tres días en los que se le dio vista, no desahogue la misma, siendo rebelde respecto a esa circunstancia.

Las condiciones que el artículo anterior establece para la concesión de la prórroga del término ordinario de prueba, son discutibles, ya que de la redacción de dicho artículo, se colige que en el supuesto de que la contraria no manifieste su conformidad respecto a la solicitud de prórroga del contrario, el Juez no pueda concederla pues el contrario se negó a dar su anuencia para ello, no obstante el cúmulo de pruebas que se tengan que desahogar en el juicio, por lo que esa condición es muy criticable, ya que deja al arbitrio de una de las partes la concesión o no de la prórroga solicitada, no facultando en ningún momento dicho precepto al Juez para decidir sobre dicha prórroga.

Consideramos que para que el Juez otorgue la prórroga del término ordinario, es necesario que se solicite desde el término de ofrecimiento de pruebas, pero que la Ley no deje al arbitrio de una de las partes el hecho de que dicha prórroga se conceda o no, sino que el Juez, con las amplias facultades que tiene en el procedimiento, debe observar y valorar el número de pruebas que se tengan que desahogar, y con base en ello, decida si dicha prórroga se concede o no, y no dejar prácticamente al arbitrio de una de las partes que se conceda o no dicha prórroga, pues de la redacción del artículo 1207, se colige que si una de las partes se opone a dicha prórroga, el Juez no podrá concederla, situación que es totalmente absurda, ya que la función de un Juez es buscar el equilibrio y la igualdad entre las partes en el procedimiento, debiendo otorgársele facultades para decidir sobre dicha prórroga, pues éste deberá observar bajo qué circunstancias se solicita, tomando en cuenta la cantidad y tipo de pruebas que se ofrecen, ya que de nada serviría que se concediera la prórroga del término ordinario, si las pruebas que se tienen que desahogar son una confesional y documentales, pues el desahogo de estas pruebas no ameritaría la prórroga y si en cambio retardaría la prosecución del juicio.

Con relación a los dos requisitos que apuntamos anteriormente para que se otorgue la prórroga del término ordinario, agregaríamos un tercer requisito, que sería el hecho de que el Juez considerará que dicha prórroga es necesaria para el desahogo de las pruebas propuestas, haciendo uso de las facultades que tiene dentro del procedimiento, pues de la redacción del artículo 1207 del Código de Comercio, se colige que el Juez sólo puede conceder la prórroga si se solicita dentro del término probatorio y la contraria manifieste su conformidad o se abstenga de hacerlo, dejándose de observar un aspecto muy importante que es el relativo al tipo y cantidad de pruebas que se tengan que desahogar, aspecto que sólo el juzgador puede apreciar y determinar.

Por lo que se refiere a los días que se otorgan para la prórroga del término ordinario de prueba en los juicios que se tramitan bajo las reglas del juicio ordinario, es importante mencionar que en nuestro Código existe una

contradicción respecto a dichos días, ya que el artículo 1207, señala que la prórroga no podrá exceder de 20 días y por otro lado, el artículo 1384 del mismo ordenamiento legal, señala que en si ambas partes estuvieren conformes con la prórroga las mismas se concederá por todo el plazo que convenga, no pudiendo exceder de 90 días.

Puede ser, que el legislador haya pretendido establecer dos supuestos distintos en uno y otro caso, ya que en el primero, si la contraria manifiesta su conformidad o no lo hace con la solicitud de prórroga, este se concederá por el término de 20 días, y en el caso del artículo 1384, es un supuesto diferente, en el que las partes hayan acordado de manera expresa dicha prórroga (situación que en la realidad es muy difícil que suceda), por lo que la misma se concederá, no pudiendo exceder de 90 días.

Sin embargo, nos parece que si existe una contradicción que es muy importante aclarar, pues el juzgador se encuentra ante dos preceptos que son contradictorios y que uno de ellos tiene que aplicar. Consideramos que si se tratan de dos supuestos distintos, y tomando en cuenta que el Código de Comercio es un ordenamiento legal donde se encuentran compelidas normas tanto de carácter general como de carácter especial, y que el plazo de la prórroga de 20 días se establece en la parte de las reglas generales sobre las pruebas, y que el de 90 días se encuentra regulado en las disposiciones especiales del juicio ordinario, tomando en consideración el principio de que norma especial deroga norma general y de que ambos artículos fueron reformados en la misma fecha, deberá aplicarse lo dispuesto por el artículo 1384 del Código de Comercio que señala que la prórroga del término ordinario no podrá exceder de 90 días.

Concluido el análisis del término ordinario de prueba, abordaremos el tema respecto al término extraordinario, que como lo mencionamos anteriormente, se otorga en caso de que se tengan que desahogar pruebas fuera de la entidad federativa del Juez que conozca el procedimiento.

La regulación del término extraordinario de prueba, se encuentra en los artículos 1207 y 1208 del Código de Comercio, y para que el Juez del procedimiento lo otorgue, se deben dar los siguientes elementos:

I.- Que las pruebas ofrecidas se tengan que desahogar fuera de la entidad federativa del Juez que conozca del procedimiento, o fuera del país.

II.- Se deberá otorgar una garantía por cada prueba que se tenga que desahogar fuera de la entidad del Juez del conocimiento, o fuera del país.

III.- Dichas garantías se fijarán con base en lo que establecen las leyes procesales locales respectivas de manera supletoria.

IV.- Los días otorgados para el término extraordinario, serán fijados por el Juez de la causa, atendiendo a la distancia de la entidad federativa en que se tengan que desahogar las pruebas, con relación al lugar de origen donde se tramita el juicio, y al tipo y calidad de pruebas por desahogar.

V.- El término extraordinario no se puede prorrogar como en el caso del término ordinario.

Las condiciones apuntadas, son la base bajo las cuales se otorgará y regulará el término extraordinario de prueba, estableciéndose que sobre cada prueba que se otorgue fuera de la entidad del Juez de origen, la parte oferente de la misma, tendrá que exhibir una garantía para el caso que de no desahogarse dicha prueba, resarza los daños y perjuicios causados a la otra parte por el no desahogo de dicha prueba y por el retardo del procedimiento. A pesar de que se señala una garantía, depende de cada Juez el fijarla a su arbitrio, situación que deja en muchos casos la puerta abierta para que la garantía que se fije sea muy baja y pueda prestarse para que se continúe con la práctica de ofrecer pruebas fuera de la entidad del Juez de la causa sin ser importantes para el juicio y que se ofrezcan con la finalidad de retardar el procedimiento.

Otro aspecto que es importante destacar, es que en este caso la ley otorga facultades al Juez para determinar cual será el plazo que crea prudente para desahogar esta pruebas fuera de la entidad en donde se ventile la controversia, quedando a su arbitrio según la distancia del lugar donde hayan de desahogarse dichas pruebas y la calidad de las mismas, pues evidentemente no es lo mismo desahogar una prueba de inspección judicial que una prueba confesional, teniendo el Juez que aplicar un plazo que crea conveniente para el desahogo de tales pruebas, no debiendo ser tan rígido dicho plazo como ocurre en el caso del término ordinario, que en muchas ocasiones es muy reducido.

Una situación que tiene relación con el plazo que otorga el Juez para el desahogo de pruebas dentro del término extraordinario, es que el artículo 1207 del Código de Comercio, claramente especifica que este tipo de término no es susceptible de prórroga, de lo que se concluye que el Juez debe analizar y valorar adecuadamente la situación bajo la cual se tendrán que desahogar dichas pruebas, pues dicho plazo por disposición de la ley no es susceptible de prorrogarse.

2.9 MEDIOS DE PRUEBA MODERNOS QUE INCORPORA EL CÓDIGO DE COMERCIO

Como lo hemos mencionado con anterioridad, la prueba tiene diversos significados y conceptos, pero su verdadera función, es que las partes las utilicen como mecanismos para acreditar las afirmaciones, la acción y la excepción planteadas en juicio, y por su parte el Juzgador se apoye en las mismas para dictar una resolución conforme a derecho.

Así las cosas, nuestra legislación procesal, y en particular el Código de Comercio en materia mercantil, señala diversos medios de pruebas que pueden ser ofrecidos por las partes para acreditar sus afirmaciones en juicio, siendo los más conocidos y tradicionales, las confesiones de las partes, las declaraciones de los testigos, las documentales ya sean públicas o privadas, los

dictámenes periciales, la inspección judicial, la instrumental de actuaciones y la presuncional en su doble aspecto, tanto legal como humana.

Antes de la reforma de mayo de 1996 al Código de Comercio, el artículo 1205 del Código de Comercio, establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 1205.- La ley reconoce como medios de prueba:

- I.- La confesión, ya sea judicial, ya extrajudicial;
- II.- Instrumentos Públicos y solemnes;
- III.- Documentos privados;
- IV.- Juicio de peritos;
- V.- Reconocimiento o inspección judicial
- VI.- Testigos;
- VII.- Fama Pública;
- VIII.- Presunciones.

El artículo 1205 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1205.- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del Juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos, y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsimiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, reconstrucción de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

Con la reforma a este artículo, se ampliaron los medios de prueba que podían ser aportados en juicio, ya que el código anteriormente, sólo reconocía algunos de los medios de prueba de los que establece el actual artículo 1205 y que eran los más tradicionales como la confesional, los testigos, los documentos públicos y privados, los instrumentos públicos y privados, la fama pública y las presuncionales, pudiéndose entender esta enunciación como limitativa, reduciendo a la partes a ofrecer únicamente estos medios de prueba para acreditar los extremos de la acción o de la excepción, aunque en la práctica se podían ofrecer otros medios probatorios no reconocidos por la ley, con la única

limitante de que no fueran contrarios a la moral o al derecho y que aportarán al Juzgador elementos de convicción que pudieran resolver la litis planteada.

Es preciso señalar, que el legislador, al redactar el artículo 1205 antes de la reforma, utiliza la palabra "reconoce", refiriéndose a los medios de prueba que se podían aportar en juicio, entendiéndose los alcances y significados de esta palabra, como una limitación a la aportación de pruebas, pues si la Ley sólo reconoce los medios de prueba enumerados en ese artículo, se colige que los medios de prueba que no se encuentren mencionados en dicho precepto, no pueden ser ofrecidos como prueba, aunque en la práctica, como ya mencionamos anteriormente, si era posible el ofrecimiento de pruebas diferentes a las mencionadas en dicho precepto, modificándose afortunadamente él mismo en el sentido de que las partes pueden aportar cualquier medio que pueda ayudar al Juzgador a resolver la controversia, sin ninguna limitante más que las ya mencionadas con anterioridad.

El concepto de modernidad, fuera de la ciencia jurídica, puede, o de hecho tiene diversas acepciones, pero para mayor claridad, entendimiento y explicación de este subtema, decidimos intitularlo medios modernos de prueba que incorpora el Código de Comercio, debiéndose entender el concepto de medios modernos de prueba, como aquellos instrumentos, elementos o mecanismos más avanzados en materia tecnológica, que sirven a las partes y al Juez para allegarse de elementos que puedan influir en su ánimo para llegar a dictar una resolución conforme a derecho, llegando a la verdad jurídica y de hecho.

Hemos visto con asombro, como la tecnología día con día ha avanzado a pasos agigantados y en muchas ocasiones hace verdaderamente prescindible el trabajo del ser humano, pues simplemente con apretar un botón, se pueden hacer transacciones bancarias, vender mercancías, y hasta comprar aviones o buques, ya sea por Internet, o por medio del fax, transacciones que se realizan diariamente de un país a otro, sin la necesidad que ambas partes se trasladen de un lugar a otro, sino que basta que se tengan dos computadoras

para realizar dichas transacciones o contratos, observándose que esos instrumentos, juegan una función importante dentro de la vida jurídica.

Desde luego que estos instrumentos modernos y cibernéticos, se han convertido en una parte importante en los procedimientos, ya que muchos de estos medios son ofrecidos en juicio como prueba, para acreditar las condiciones, plazos y demás circunstancias que rodean la celebración de un contrato, y que son aportados en el procedimiento por las partes para acreditar los fundamentos de la acción o excepción, es por ello que el artículo 1205 ya reformado, incluye medios de prueba que se pueden considerar modernos, para que estos puedan ser ofrecidos por las partes durante el juicio, y que son los facsímiles y las cintas de video, aunque existen otros medios de prueba que el Código no incorpora que se pueden considerar modernos, pero que a pesar de que no se mencionan, pueden ser ofrecidos como prueba, pues el Código de Comercio, establece que serán admitidos como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del Juzgador, además de que las partes pueden aportar cualquier prueba que no sea contraria a la moral o al derecho.

Estos instrumentos o elementos de la tecnología, generalmente, son medios de comunicación que utilizan las partes para la celebración de un contrato, comunicaciones que pueden ser determinantes para conocer cuales fueron las voluntades de las partes contratantes, las condiciones del contrato, el momento en que se aceptó el consentimiento y demás circunstancias que son de vital importancia para el juzgador para llegar a la verdad.

Para el licenciado Daniel Cervantes Jiménez³⁸ "los abogados, funcionarios públicos y demás, deben aceptar sin ninguna restricción que los adelantos científicos deben ser considerados como medios de prueba, con la

³⁸ Inventiones Tecnológicas como Medios de Prueba en el Derecho Procesal Mexicano, Angel Editor, Pág. 89.

finalidad de acercarse más a la realidad de los hechos y por ello debe de permitirse cualquier medio de prueba científico".

Ciertamente, los medios modernos de prueba establecidos por el Código de Comercio no son muchos, si acaso los mencionados con anterioridad, (fax y cintas de video), sin embargo, en la práctica profesional, hemos observado que las partes han ofrecido estos medios y el Juez los ha admitido porque no son contrarios a la moral o al derecho, debiendo reformarse este precepto jurídico, y establecer de manera más clara y expresa qué medios de prueba modernos son los que pueden ofrecerse en juicio (Páginas de Internet), y la forma en que las partes oferentes de dichas pruebas tienen que auxiliar al juzgador para que las mismas puedan desahogarse, ya que a pesar de que la ley tiene un vacío legal respecto a los medios de prueba modernos que se pueden ofrecer en juicio, el Juez las admite, con base en que no son pruebas contrarias a la moral o al derecho. Sin embargo no existe disposición alguna que establezca el mecanismo en cuanto a la forma en se deban de desahogar dichos medios de prueba, ni mucho menos las sanciones para que el oferente de la misma, no proporcione al Juzgador, los elementos necesarios para dicho desahogo, debiendo ser más precisa nuestra legislación en ese aspecto, pues a pesar de que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal si se señala una regulación en específico en esta materia, en el código de Comercio no.

Es importante mencionar, que en muchas ocasiones, los faxes, páginas de internet, etc., son ofrecidas como pruebas documentales, siguiéndose como regla para su recepción, admisión y desahogo, las contenidas para las pruebas documentales privadas. Sin embargo, es importante realizar una legislación adecuada respecto al origen de estas pruebas modernas, y respecto a su autenticidad, ya que es de vital importancia tomar en cuenta qué criterio deberá seguir el juzgador cuando la parte contraria a la que ofreció esa prueba, pretenda impugnarla u objetarla, además de verificar la procedencia de dichas pruebas.

Por último, es de señalarse que en nuestro Código de Comercio, no existe disposición alguna que ayude al juzgador a valorar este tipo de pruebas, por lo que el licenciado Daniel Cervantes³⁹ señala que el sistema de valoración establecido por del distinguido maestro Devis Echandía en su tratado de la prueba judicial "... actualmente sería obsoleto, toda vez que no contempla los avances tecnológicos descubiertos recientemente por lo que habría que hacer reformas legislativas para la búsqueda de los requisitos correspondientes".

En virtud de lo anterior, además de realizar una reforma profunda respecto al ofrecimiento y desahogo de estas pruebas, es importante también, realizar una reforma respecto a la valoración de las mismas, ya que nuestra legislación tiene un vacío que hay que cubrir, tomando en consideración que como se ha apuntado anteriormente, nuestro sistema de valoración es híbrido, pues para la valoración de algunas pruebas se señalan ciertas reglas y para otras pruebas no, tal es el caso de la prueba pericial que se deja al arbitrio del Juzgador.

A pesar de que este artículo sufrió una reforma en este año, y que por tratarse esta tesis únicamente de las reformas al año de 1996, no se abunda en esta reforma sino simplemente se menciona, en el que se agregaron como medios de prueba los mensajes de datos, pensamos que su regulación aún es insuficiente, por lo que se deberán establecer reglas más claras para la admisión, desahogo y preparación de tales pruebas, sobre todo para verificar la autenticidad de las mismas y su procedencia.

IDONEIDAD DE LAS PRUEBAS

Los medios de prueba, como lo hemos establecido anteriormente, son los instrumentos necesarios para que las partes demuestren al Juzgador la

³⁹ Inventiones Tecnológicas como Medios de Prueba en el Derecho Procesal Mexicano, Pág. 91.

existencia de los hechos narrados en juicio, y la verdad de los mismos, valiéndose de ellos también el Juzgador para dictar una sentencia que se apegue a la realidad y a la justicia.

Ahora bien, para que las partes y el Juzgador puedan valerse de esos instrumentos o medios de prueba, es imprescindible que se demuestre que dichos medios de prueba, son los adecuados para acreditar los hechos que las partes desean probar, pues de lo contrario nos encontraríamos con el problema de que el procedimiento se tornaría largo y tedioso con un sin número de pruebas que se tendrían que desahogar, sin que las mismas fueran las más adecuadas para acreditar los hechos que hubiera necesidad de probar, corriéndose el riesgo de que el proceso se perdiera en una masa de actos inútiles⁴⁰. Un ejemplo de lo que un Juez nunca debe hacer, es admitir una prueba testimonial para acreditar la falsedad de un documento, siendo que la prueba idónea es la prueba pericial.

Para el insigne procesalista Francesco Carnelutti⁴¹, al desahogo de pruebas se le denomina la asunción de pruebas, acto procesal que se da dentro de la instrucción del proceso. Pero antes de desarrollar la asunción de las pruebas, el autor señala que es básico resolver las cuestiones relativas a la eficacia de la prueba a constituir, por tanto, para admitir una prueba deben de tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:

1.- Puede ocurrir que por una regla legal, se preceptue que una prueba no sirva para acreditar un determinado hecho, en tal caso se dice que la prueba es inadmisibile.

⁴⁰ Carnelutti Op. Cit., pág. 224.

⁴¹ Op. Cit. Pág. 224 y 225.

2.- Puede ocurrir que la prueba que se ofrezca para demostrar los hechos, así sean hechos verdaderos, no son interesantes para la decisión, en tal caso se dice que la prueba es intrascendente o impertinente.

3.- Finalmente puede ocurrir que la prueba se proponga para demostrar hechos cuya existencia o inexistencia estén ya establecidas.

4.- Se podría agregar una cuarta, que realmente forma parte de la tercera, explicada por el maestro español RAFAEL DE PINA ⁴² que son los hechos confesados.

Las consideraciones del maestro Carnelutti, respecto a las condiciones que un Juez debe observar para admitir una prueba, nos sirven de base para hablar del tema de la idoneidad de las pruebas.

Al hablar de la idoneidad de las pruebas, nos referimos a que las partes pueden y deben ofrecer las pruebas más adecuadas para acreditar las manifestaciones, hechos y excepciones realizadas en juicio, y que tengan relación con la litis, pues no sólo deben ser adecuadas y lógicas para acreditar los hechos pretendidos, sino tener relación o ilación con los mismos.

Goldschmidt ⁴³, señala que una prueba es idónea, " Cuando el hecho sometido a la prueba es de interés relevante, no esta aún constatado con arreglo a las normas procesales, ni tampoco es notorio el hecho contrario, y cuando además, el medio de prueba no es claramente inapropiado ni irrealizable."

Destacada definición de lo que idoneidad de una prueba significa ha mostrado el autor alemán, pues es muy cierto que las consideraciones apuntadas

⁴² Instituciones de Derecho procesal Civil en México. Pág. 287.

⁴³ Derecho Procesal Civil. Traducción Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, Barcelona. 1936 Pág. 258.

por él, son suficientes para determinar si una prueba es idónea o no lo es. Estas condiciones, son similares a las que establece el maestro Camelutti y que hemos mencionado con anterioridad.

En nuestra legislación, el artículo que se refiere a la idoneidad de las pruebas, es el artículo 1198 del Código de Comercio que a la letra establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1198.- "Las pruebas deben ofrecerse expresando claramente el hecho o hechos que se tratan de demostrar con las mismas, así como las razones por las que el oferente considera que demostrarán sus afirmaciones; Si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas, observándose lo dispuesto en el artículo 1203 de este ordenamiento. En ningún caso se admitirán pruebas contrarias a la moral o al derecho."

Como ya lo hemos mencionado, este precepto quedó redactado de la forma antes descrita, con motivo de la reforma procesal del año de 1996 y que es materia de este trabajo, agregando de manera excesiva, en nuestra opinión, la carga a las partes de establecer de manera precisa y eficaz, las manifestaciones al Juez respecto a la idoneidad de las pruebas a ofrecer.

Con la reforma, no sólo se agregó la carga a las partes de manifestar qué hechos se trataban de demostrar con el ofrecimiento de las pruebas, sino que además, se les impuso la carga procesal de manifestar por qué consideraban que el ofrecimiento de esa prueba era pertinente para demostrar sus afirmaciones aspecto que consideramos extremadamente excesivo y peligroso en contra de las partes, ya que un juzgador con un criterio rigorista y poco afortunado, podría considerar que la oferente no expresó de manera clara y precisa las circunstancias por las que consideraba que con el ofrecimiento de esa prueba, demostraría sus afirmaciones y los hechos que pretendía acreditar.

Desde luego que al ser una norma que impone a las partes la carga de cumplir con ciertos requisitos para demostrar la idoneidad de las pruebas a ofrecer, el no cumplir con esos requisitos lógicamente trae como consecuencia una sanción, y

esa sanción es la no admisión de dicha prueba, como lo establece el artículo 1198 y 1203 del Código de Comercio, que también establece una situación relacionada con la idoneidad y que es el hecho de que no serán admitidas las pruebas que no tengan relación con los hechos controvertidos o ajenos a la litis.

Evidentemente, con la reforma al artículo 1198 del Código de Comercio, el legislador pretendió establecer de una manera más clara y precisa el objetivo y propósito de la prueba a ofrecer, con la finalidad de evitar que las partes ofrecieran pruebas que no tuvieran ninguna relación con la litis, y que no eran las adecuadas para acreditar los hechos que se pretendían, proponiéndose únicamente para retardar el procedimiento.

Consideramos que la reforma al artículo 1198 del Código de Comercio, fue benéfica en el sentido de que es más difícil que los abogados de las partes, (generalmente de la parte demandada) pueda ofrecer pruebas que no tengan relación con los hechos controvertidos y que se ofrezcan con el fin de retardar el procedimiento, sin embargo, consideramos que el hecho de que el artículo en comento obligue a las partes a manifestar por qué con el ofrecimiento de esa prueba considera que demostrará sus afirmaciones, es excesiva, pues basta que las partes manifiesten qué hechos se pretenden acreditar y de ahí se desprende la idoneidad de la prueba, siendo ocioso que las partes manifiesten por qué con el ofrecimiento de la prueba demostrará sus afirmaciones.

El distinguido maestro universitario Carlos Arellano García⁴⁴, manifiesta "...Que al ofrecerse la prueba, deben citarse los hechos de la demanda, de la contestación, así como de la reconvenición y de la contestación a ésta, con los cuales se relaciona la correspondiente probanza, pues de esta manera el Juzgador podrá darse cuenta, que las pruebas no serán inútiles...", siendo

⁴⁴ Derecho Procesal Civil Pág. 243.

suficiente está circunstancia para que el Juez considere si la prueba es la idónea para acreditar tales hechos.

Esta crítica al artículo 1198, no es porque en la actualidad los cursos en los que las partes ofrecen las pruebas, son verdaderamente copias de la demanda y contestaciones, volviéndose el ofrecimiento de pruebas prácticamente una repetición de aquellas, sino que se hace porque en la práctica ante los Juzgados nos hemos encontrado con casos en que los litigantes realizan el mejor esfuerzo para ofrecer las pruebas, cumpliendo los requisitos de los artículos 1198 y 1203 del Código de Comercio, y sin embargo, Jueces con poco criterio jurídico y extremadamente rigoristas, desechan pruebas ofrecidas porque de acuerdo a la subjetividad de su criterio, las partes no manifestaron de manera clara las razones por las que la prueba ofrecida demostraría las afirmaciones realizadas dejando a las partes sin una prueba que posiblemente es de vital importancia para acreditar un hecho o una excepción.

Para concluir este subtema, y a pesar de que se tratará más adelante en el proyecto de mejoras, reiteramos que el artículo 1198 del Código de Comercio, debe ser reformado para erradicar lo rigorista de su redacción, suprimiendo requisitos para el ofrecimiento de pruebas respecto a la idoneidad de las mismas, agregándole lo dispuesto por el artículo 1203, con relación a que se admitirán pruebas que tengan relación con los hechos controvertidos.

2.10 PROYECTO DE MEJORAS

A razón de conclusiones de este capítulo, y en virtud a la crítica realizada a los artículos reformados de las reglas generales sobre las pruebas que establece el Código de Comercio, realizaremos un proyecto de mejoras a los artículos de las citadas reglas.

En nuestra consideración, deben reformarse los siguientes artículos:

ARTÍCULO 1198.- Este artículo se refiere a la idoneidad de las pruebas, estableciéndose diversos requisitos imputables a las partes, a efecto de que las mismas proporcione al juzgador los elementos necesarios para que este determine y valore la admisión de una prueba, siendo implícito en tales requisitos, que los oferentes manifiesten que hecho o hechos tratan de demostrar con el ofrecimiento de tales pruebas, además de porque consideran que con tal prueba se demostraran sus afirmaciones.

Consideramos que los requisitos que se establecen en tal artículo son excesivos, ya que basta con que las partes manifiesten que hechos son los que se tratan de demostrar con tal prueba, así como la relación que se haga de los hechos con la prueba a ofrecer, resultando ocioso y además rigorista, el hecho de que las partes se encuentren obligadas a manifestar las razones por las que consideran que con el ofrecimiento de esa prueba demostrará sus afirmaciones, pues si el legislador reformó el artículo 1198, fue con el propósito de evitar el ofrecimiento de pruebas que no tuvieran relación con los hechos controvertidos y los oferentes lo hicieran con el objetivo de retardar el procedimiento, cumpliéndose este objetivo con el hecho de que las partes manifiesten qué hechos son los que se tratan de demostrar con el ofrecimiento de esa prueba, resultando excesivo que las partes tengan que manifestar por qué consideran que con dicha prueba se demostrarán sus afirmaciones, pues la idoneidad va implícita en los hechos que se tratan de demostrar.

La crítica a esta reforma y la propuesta de mejora a este artículo, también se hace en virtud de que a pesar de que los litigantes cumplen con los requisitos que establece el citado artículo respecto a la idoneidad de las pruebas, algunos jueces con criterio poco afortunado y rigorista, desechan la prueba ofrecida por considerar que no cumple con dichos requisitos, utilizando argumentos subjetivos e intangibles que en muchas ocasiones son difíciles de cumplir, pues las manifestaciones que se hacen respecto a la idoneidad de la prueba son cuestiones muy subjetivas que cada persona puede interpretar de distinta forma.

A este precepto, y a fin de encontrarnos con una redacción completa y armónica del mismo, debería agregarse lo dispuesto por el artículo 1203 del Código de Comercio, con relación a que las pruebas no se admitirán si no tienen relación con los hechos controvertidos o ajenos a la litis, sobre hechos imposible o notoriamente inverosímiles, supuestos que tienen relación con la idoneidad de las pruebas y que deberían estar establecidas en el artículo 1198.

ARTÍCULO 1205.- Más que reformar este artículo, debería redactarse un artículo 1205 Bis, con relación a que cuando las partes ofrezcan pruebas que ameriten la utilización de aparatos electrónicos para el desahogo de las mismas, (videocintas, videograbaciones, discos compactos, disketes, etc.) se imponga la obligación a las partes de proporcionar al Juez los elementos necesarios para el desahogo de dichas pruebas, con el apercibimiento de que en caso de no proporcionar dichos instrumentos al Juzgador, estas se declararán desiertas.

A pesar de que este artículo sufrió una reforma en este año, en el que se agregaron como medios de prueba los mensajes de datos, pensamos que su regulación aún es insuficiente, por lo que se deberán establecer reglas más claras para la admisión, desahogo y preparación de tales pruebas, sobre todo para verificar la autenticidad de las mismas y su procedencia, además de señalar reglas claras para su valoración al momento de dictar la sentencia definitiva. Se aclara que este artículo sufrió una reforma en este año, en el que agregan tres palabras, mensajes de datos, que serán tomados en cuenta como medios de prueba, sin embargo por tratarse este trabajo de las reformas del año de 1996 simplemente se menciona y no se estudia de manera profunda, a pesar de que ya se menciona que independientemente de que se hayan incluido los mensajes de datos como medios de prueba, su regulación aún es insuficiente, e incluso era innecesario reformar este precepto, ya que en la práctica, los jueces han admitido estos medios de prueba, tomando en cuenta que este artículo menciona que los jueces admitirán como prueba todos aquellos elemento que sirvan para averiguar la verdad siempre y cuando no sean contrarios a la moral y a la ley.

ARTÍCULO 1207.- Este precepto, establece entre otras cosas, los requisitos para que se conceda la prórroga del término ordinario de prueba, estableciéndose como requisitos que dicha prórroga se solicite desde el ofrecimiento de pruebas y la contraria manifieste su conformidad, o se abstenga de hacerlo dentro de los tres días que se le dieron para que manifestare respecto a la solicitud de prórroga de la contraria. Este precepto debe reformarse, ya que de la redacción del mismo, se puede deducir que a pesar de que la parte que solicite la prórroga, lo haga dentro del término de ofrecimiento de pruebas y dicha prórroga sea necesaria debido al cúmulo de pruebas a ofrecer, si la contraria no manifiesta su conformidad, el Juez no podrá conceder la prórroga solicitada, situación que en la práctica sucede. Consideramos que en este caso, debe dejarse al arbitrio del Juez la concesión o no de la prórroga del término ordinario de prueba, atendiendo al cúmulo de pruebas a desahogar, y no a la manifestación de la contraria, pues obviamente la misma se opondrá a todo lo que solicite su contraparte.

Por último, y en razón a la contradicción que existe entre los artículos 1207 y 1384 del Código de Comercio, referente a los días que el Juez deberá conceder para la prórroga del término ordinario de prueba, ya que en el primero de los preceptos se señala el término de 20 días y en el segundo se señala el plazo de 90 deberá reformarse cualquiera de los dos preceptos, aplicando el término que medie los dos antes citados, es decir que se conceda para la prórroga un término que no excederá de 30 o 35 días.

CAPÍTULO TERCERO

LA CONFESIONAL

3.1. CONCEPTO

Con el inicio de este capítulo, entraremos realmente al estudio de las pruebas en materia mercantil, ya que antes mencionamos los antecedentes históricos de las pruebas y las reglas generales de las mismas en el Código de Comercio, bajo las cuales se establecen las condiciones y características esenciales para el ofrecimiento de las pruebas en un procedimiento del orden mercantil, sin entrar al estudio en específico de las pruebas como es en este caso la prueba confesional, prueba que estudiaremos en este apartado, comenzando por citar e interpretar el concepto que diversos y prestigiados procesalistas tanto nacionales como extranjeros, han dado de esta prueba.

Antes de comenzar a dar estos conceptos, es preciso dejar en claro que el concepto de confesión, desde nuestro punto de vista, tiene dos significados, el primero es el que se le da a la admisión que las partes hacen en juicio de hechos propios que les son desfavorables, y por otro lado, al medio de prueba establecido por la ley, es decir a la prueba confesional, a pesar que del desahogo de dicha prueba, pueda concluirse que no hubo una confesión por parte de la absolvente.

Para el ilustre Procesalista italiano, Giuseppe Chiovenda⁴⁵, la confesional "es la declaración que hace una parte de la verdad de los hechos afirmados por la contraria y que perjudican al que confiesa..."

De la anterior definición, por simple que parezca, podemos concluir que la confesión sólo podrá ser realizada por las partes en el juicio y que esa

⁴⁵ Principios de Derecho Procesal Civil, Pág. 213.

declaración, perjudica al que la hace, es decir, tendrá consecuencias jurídicas desfavorables al momento de que el Juez valore dicha declaración y dicte una sentencia, que según sea el caso puede ser interlocutoria o definitiva, pero que seguramente será contraria a la parte que la realizó.

Por otra parte, el hecho de que el maestro italiano establezca que la confesión es la declaración de la verdad de los hechos afirmados por la contraria, debemos entenderlo como la aceptación de esos hechos, más que la declaración de los mismos, y esa aceptación, le causa perjuicios al que la hace, pues no todas las afirmaciones de verdad de los hechos de la contraria pueden ser tomados como una confesión, ya que aquí podemos reproducir lo asentado con anterioridad al hablar de la carga de la prueba con relación a los hechos que se pretendían acreditar en juicio, pues es muy importante establecer qué tipo de hechos son los que se pretenden demostrar en la confesional, es decir, hechos constitutivos, impeditivos o extintivos de la acción, pues con base en ello, podremos saber si la aceptación de los hechos que hace una parte y que fueron afirmados por la contraria le causan perjuicio, ya que puede ocurrir que la aceptación de esos hechos no son relevantes para la controversia, de ahí que no pueda causarle un perjuicio a la parte que los confesó.

Hugo Alsina⁴⁶, después de analizar los conceptos vertidos por diversos autores, llega a la conclusión, de que 1) la confesión es una prueba contra quien la presta y en favor de quien se hace, pues es principio de derecho natural que, salvo el juramento decisorio, nadie puede establecer una prueba en su favor y; 2) por ser prueba tiende a confirmar la existencia de un hecho, más no una regla de derecho.

El propio autor argentino, menciona que a la confesión se ha dado un triple fundamento; *Jurídico*, desde que por el solo hecho de la confesión, la ley obliga al Juez a tener por cierto el hecho confesado, vale decir que su eficacia

⁴⁶ Tratado Teórico Práctico de Derecho procesal Civil y Comercial. Pág. 226.

deriva de una disposición de la Ley; *Lógico*, porque siendo más los que dicen la verdad que los que faltan a ella, debe admitirse que el hecho confesado es cierto; *Psicológico*, pues nadie reconoce una situación jurídica que le es desfavorable sino cuando es la expresión de la verdad.

Para don Joaquín Escriche, en su diccionario razonado de la legislación civil, penal, comercial y forense, la confesión es **"La declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma, sobre la verdad de un hecho. Es judicial o extrajudicial, judicial es la que se hace ante el Juez y extrajudicial la que se hace fuera de juicio"**.

De nueva cuenta, encontramos en esta definición el elemento de la aceptación o reconocimiento de la verdad de hechos, y en perjuicio de la parte que los hace. Escriche, hace una distinción entre la confesión que se realiza dentro y fuera del juicio, llamando a la primera judicial y a la segunda extrajudicial, criterio que no compartió nuestro legislador en el Código de Comercio, pues en dicho ordenamiento se establece que judicial es la que se rinde ante Juez competente y extrajudicial la que se rinde ante Juez incompetente, dejando a un lado la confesión que se hace fuera de juicio⁴⁷.

Enrico Redenti⁴⁸ no otorga una definición del concepto de confesión, sin embargo, transcribe el concepto establecido por el artículo 2730, primera parte del Código de Procedimientos Civiles italiano que establecía lo siguiente: *"Confesión es la declaración que una parte hace de la verdad de los hechos desfavorables a ella y favorables a la otra parte"*, enseguida, el autor italiano realiza el siguiente comentario refiriéndose al concepto establecido en el Código italiano, "...Considerada (esta declaración) en sí y por sí como manifestación de un pensamiento (ciencia, convicción, opinión expuesta narrativamente), cualquiera

⁴⁷ Artículos 1212 y 1213 Código de Comercio.

⁴⁸ "Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídico Europa América. Pág. 285.

que sea el medio con que materialmente se le exterioriza (verbis ver litteris, es decir de palabra o por escrito).

La definición expresada por el Código italiano y transcrita por Redenti, realmente no aportan nada nuevo en relación con las definiciones anteriormente expresadas, sin embargo algo que es importante destacar, es que el autor, menciona que dicha confesión puede ser de manera verbal, o de manera escrita, es decir, no sólo se rinde en la comparecencia personal ante el Juzgador y al tenor de interrogantes que le haga la contraria, sino también en cualquier escrito presentado por éstas por el que hagan manifestaciones ante la autoridad Judicial ⁴⁹.

Para el maestro Eduardo Pallares⁵⁰, "La confesión es el reconocimiento tácito o expreso que una de las partes hace de hechos propios, de los controvertidos en juicio, admitiendo que son verdaderos en perjuicio propio".

El propio jurista señala, que del concepto vertido con anterioridad se desprenden las siguientes notas esenciales de la confesión:

- a) Que debe ser hecha por una de las partes y no por un tercero
- b) Que ha de ser de hechos propios del confesante y de los controvertidos en juicio
- c) Que puede ser expresa o tácita
- d) Judicial o extrajudicial
- e) Que el reconocimiento ha de perjudicar al confesante

⁴⁹ En la práctica judicial, cuando una de las partes realiza una confesión a través de un escrito, regularmente se solicita la ratificación de dicha confesión de manera expresa en comparecencia ante la presencia judicial, para que ésta tenga valor probatorio pleno, situación que desde nuestro punto de vista no es necesaria, pues al hacer una confesión a través de un escrito, la misma tiene mayor fuerza probatoria, pues no fue realizada de manera provocada, sino que para realizarla se meditó lo afirmado, de lo que se desprende que con mayor seguridad, el hecho confesado es cierto.

Por último, para finalizar esta gama de conceptos respecto de la prueba confesional, citaremos la definición del maestro Carlos Arrellano García⁵¹ en la que para él, la confesional *"Es un medio de prueba en cuya virtud, una de las partes en el proceso se pronuncia expresa o tácitamente respecto del reconocimiento parcial o total, o desconocimiento de los hechos propios controvertidos que se le han imputado"*.

El concepto vertido por el distinguido procesalista mexicano, nos aporta un elemento importante en cuanto a los hechos que puede abarcar o afectar una confesión en juicio, pues ésta puede ser parcial o total, siendo importante distinguir, cuáles fueron los hechos confesados en juicio, y si estos son importantes y trascendentes para la controversia, pues puede ser que la parte contraria haga posiciones hasta cierto punto irrelevantes para la litis, pero que son necesarias para la realización posterior de posiciones importantes y trascendentes en el juicio.

De los conceptos vertidos con anterioridad, es indispensable dejar en claro cuándo es posible llevar a cabo el desahogo de la prueba confesional, y quiénes son sujetos susceptibles de realizar esa confesión, así como las características especiales que aquel debe tener para realizar dicha confesión. Estas características, es importante tomarlas en cuenta para el momento de que el juzgador valore la prueba, sin embargo también es indispensable observarlas previo el desahogo de la misma.

Así tenemos que, tratándose de personas físicas, los únicos que pueden comparecer a absolver posiciones dentro del juicio, son los actores o demandados, a menos de que nombren un apoderado que tenga facultades especiales para comparecer a juicio a nombre del actor o demandado, no pudiendo el procurador o apoderado, argumentar desconocimiento de los hechos

⁵⁰ Op. Cit. Pág. 393

⁵¹ Op. Cit., Pág. 261.

que el articulante imputa a su representado. En este mismo orden de ideas, el Código de Comercio y el Código Procesal Civil para el Distrito Federal, establecen la opción para el absolvente de nombrar un procurador o apoderado para que comparezca a absolver las posiciones en su representación, sin embargo, cuando el que pida la confesión de su contrario, manifieste que la comparecencia deberá ser personal y no por conducto de apoderado, dadas las características de los hechos narrados en juicio, dicha posibilidad se excluye, ya que el Juzgador exigirá la presencia personal del actor o demandado absolvente.

Por lo que se refiere a las personas morales, por obvias razones, quien tendrá que comparecer a absolver las posiciones, será un representante o apoderado de las mismas, con facultades suficientes para absolver las posiciones que se le hagan a su representada, y éste no podrá negarse a contestar la posición o pregunta realizada, argumentando desconocimiento de los hechos, so pena de declarar confesa a su mandataria, pues es lógico que al ser una persona moral, la comparecencia tendrá que realizarse a través de apoderado o representante legal, quien no podrá desconocer los hechos de su representada, pues haría nugatorios los derechos del contrario para desahogar esta prueba, ya que al momento de que cualquier apoderado de la parte absolvente comparezca a absolver las posiciones que se le formulen a su representada, para retardar el desahogo de la misma, podría argumentar desconocimiento de los hechos imputados a la parte que representa⁵².

⁵² En la práctica judicial, y antes de realizarse reformas a los preceptos que se referían al desahogo de la prueba confesional a cargo de las personas morales, los abogados litigantes, que generalmente patrocinaban a la parte demandada, con el propósito de retardar el procedimiento y dejar en aprietos a la parte absolvente tratándose de una persona moral, solicitaban la citación del presidente del consejo de administración de la parte absolvente, en términos de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y cuyo presidente del consejo de administración se encontraba frecuentemente de viaje y le era imposible asistir a las audiencias de absolución de posiciones, o que no le agradaba acudir a dichas audiencias, incluso le era molesto, además de que era injusto, pues tratándose de personas morales, es indistinto que compareciera el presidente del consejo de administración, o cualquier apoderado con facultades para absolver posiciones, erradicándose esta práctica con la reforma al precepto legal del Código de Comercio.

Otro elemento importante dentro del desahogo de la prueba confesional, es que la confesión se haga por persona capaz civilmente. Tratándose de las personas físicas, la confesión debe realizarse por persona que no se encuentre en un estado de interdicción, o que sea menor de edad, pues carecen de la capacidad de ejercicio. La confesión realizada en esos términos, no produce ningún efecto en contra de la persona que la hace.

En estos supuestos, la prueba debe desahogarse a través de sus representantes legales, es decir, en el caso del menor de edad a través de sus padres o tutores, y en el caso del incapaz por alguna deficiencia mental, a través de su tutor.

Conjuntamente con el requisito de capacidad, algunos autores⁵³ establecen como requisito importante para el desahogo de la prueba, la libertad que debe tener el absolvente al momento de contestar las preguntas o posiciones realizadas. También el Código de Comercio en su artículo 1287 fracción segunda, señala que para que la prueba confesional haga prueba plena en juicio deberá ser hecha con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia.

La confesión a realizar, debe hacerse de manera libre, sin coacción ni violencia, en la que se pueda extender el animus confitendi⁵⁴.

En otro orden de ideas, los grandes autores italianos, entre los que se encuentran Redenti y Chiovenda, discuten si la confesión es realmente un medio de prueba o se trata de un negocio jurídico o contrato, que implican la disposición de derechos, pues según el criterio de los grandes procesalistas antes citados, el resultado de la prueba de confesión, podría implicar la disposición de derechos sustantivos.

⁵³ Becerra Bautista Op. Cit. Pág. 116 y Mateos Alarcón Op. Cit. Pág. 99.

⁵⁴ Animo de confesar.

En ese tenor, Chiovenda manifiesta lo siguiente "... atendiendo principalmente a la equiparación que la ley hace expresamente entre la capacidad para confesar y la capacidad para obligarse, y considerando también el principio de la indivisibilidad, han visto en la confesión un medio de disposición de derechos privados. A lo que se objeta que el proceso no es considerado jamás por la ley como un medio de disposición de derechos privados, puesto que la sentencia del Juez debe declarar derechos existentes y no constituir o crear derechos nuevos." Más adelante, el propio autor realiza el siguiente señalamiento "Aun hay quienes han visto en la confesión un negocio jurídico, sí –esto es, un acto de disposición de derechos– pero de derechos procesales y no sustantivos".

El propio autor italiano, considera que es imposible separar la confesión de la institución de la prueba, pues lo normal es ciertamente que nadie emita declaraciones de hecho que le sean contrarias sino cuando está convencido de ese hecho, y ese hecho hace que sea considerado como efectivamente verdadero, situación que a todas luces concede un elemento de gran valía al Juzgador para llegar a la verdad.

Por su parte Redenti, comenta que dada la gravedad de las consecuencias jurídicas que implica el realizar la confesión, quien la hace "debe tener la capacidad y el poder de disponer de derechos y, por tanto, de las acciones o excepciones, que puedan quedar perjudicados por la confesión".

A pesar de que nuestra legislación tanto procesal civil como mercantil, consideran a la confesión un medio de prueba, el Código de Comercio en su artículo 1287, establece que para que la confesión haga prueba plena en juicio, como primer requisito debe ser realizada por persona capaz de obligarse, entendiéndose esta capacidad, no como una capacidad especial para disponer de derechos requerida para la celebración de un contrato, sino capacidad para realizar una declaración en juicio, es decir, en caso de ser una persona moral quien absuelva posiciones, debe estar debidamente representada, y en caso de ser una persona física, gozar de plenas facultades mentales, pues nuestra

legislación considera a la confesión como un medio de prueba y no como un medio de disposición de derechos.

Por último, para finalizar esta discusión, Lessona, citado por Mateos Alarcón⁵⁵, manifiesta que la confesión no es un negocio jurídico o un contrato, ya que en la confesión, se declara respecto a un hecho que ya pasó, y en un contrato o negocio jurídico se dispone un derecho en el presente o en lo futuro, es decir, el contrato crea un vínculo jurídico, y la confesión lo reconoce como existente; el contrato es un estado de hecho, la confesión es la prueba de ese estado.

En nuestra opinión, la confesión es un medio de prueba y no un negocio jurídico en el que se realicen disposición de derechos, pues lo que el absolvente realiza al emitir su confesión, es la confirmación de lo que el articulante ha manifestado en la demanda o contestación, dado que la forma en que se realizan las posiciones, es prácticamente imposible que el absolvente realice una disposición de derechos, sino la aceptación de un hecho que realizó con anterioridad al desahogo de dicha prueba y que le perjudica. Además de que en el negocio jurídico se requieren varias voluntades, situación que no se da en la confesión, pues la única voluntad que aparece es la del absolvente, por lo que de acuerdo a las condiciones antes apuntadas, podríamos deducir que en lugar de tratarse de un negocio jurídico, bien podría ser una declaración unilateral de la voluntad sin llegar a serlo.

PARTE IMPORTANTE PARA QUE SE LLEVE A CABO EL DESAHOGO DE LA PRUEBA CONFESIONAL, SON LAS POSICIONES QUE EL ARTICULANTE LE REALIZA AL ABSOLVENTE Y PROVOCAN QUE LA CONFESIÓN SE REALICE.

El hecho de que la confesión se dé o no, depende en mucho de la manera o forma en que se realicen las posiciones, ya que es muy importante

⁵⁵ Las Pruebas en materia Civil, Mercantil y Federal. Pág. 72.

saber elaborarlas, primeramente para que el Juzgador las califique de legales, y en segundo término, para que logremos obtener del absolvente, alguna declaración o afirmación de un hecho que afecte la litis planteada y que sea favorable a los intereses del articulante.

Resulta conveniente señalar, que las posiciones realmente no son preguntas que se realizan al absolvente, sino hechos que se le imputan a éste para que los afirme o niegue, siendo importante esta aclaración con el propósito de no confundir cuando se realiza una pregunta (testimonial o pericial) a cuando se realiza una posición.

Las posiciones, como ya mencionamos, sirven de instrumento para provocar la confesión en juicio, es por ello que serán redactadas en forma afirmativa, es decir, imputándole determinado hecho al absolvente para que éste realice una contestación positiva o negativa, es decir, sí o no. De acuerdo con el Código de Comercio, y en específico con el artículo 1222, las posiciones, para que sean calificadas de legales, deberán ser precisas, no han de ser insidiosas; no han de contener cada una más de dos hechos y el hecho ha de ser propio del declarante. Sin los anteriores requisitos, el Juez no podrá calificar de legales las posiciones realizadas.

3.2 CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA CONFESIONAL

Los diversos autores que hablan sobre la prueba, tanto mercantil como civil, y en específico al hablar de la prueba confesional, han otorgado variadas clasificaciones de ésta, entre las que se encuentran la judicial y extrajudicial, simple y cualificada, espontánea y provocada, tácita y expresa, oral y escrita, divisible e indivisible, etc., comenzando el análisis de la confesión judicial y extrajudicial.

CONFESIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL

La confesión judicial, es la que se otorga en un proceso ante autoridad judicial, esto es, ante el Juez competente de la causa, y la extrajudicial, como su nombre la indica, la que se presta fuera de juicio.

Sin embargo, el Código de Comercio en sus artículos 1212 y 1213, señala cuándo la confesión es judicial y cuándo extrajudicial, acotando que la prueba de confesión extrajudicial, no es la que se da fuera de juicio, sino la que se da ante Juez incompetente.

Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga⁵⁶, señalan que se llama confesión judicial a la "formulada en juicio, ante Juez competente y con sujeción a las formalidades procesales establecidas al efecto".

Respecto a la confesión extrajudicial, los mismos tratadistas arriba citados⁵⁷, sostienen que se llama así "a la confesión hecha fuera de juicio, en conversación, carta o cualquier otro documento que en su origen no haya tenido como objeto servir de prueba del hecho sobre que recae; también se le ha considerado así a la hecha ante Juez incompetente."

Pallares⁵⁸ establece sencillamente que "confesión judicial es la que se hace ante Juez y extrajudicial, la que se hace fuera de juicio o ante Juez incompetente".

Por su parte, Redenti⁵⁹ señala "que la confesión que se hace en

⁵⁶ Op. Cit., P. 313.

⁵⁷ Ibidem P. 315.

⁵⁸ Derecho Procesal Civil. Pág. 313.

⁵⁹ Derecho Procesal Civil. Pág. 286.

juicio, será *eo ipso* (adquirida para los autos) y *era probatio probada* (prueba probada), en cambio si se hace antes o fuera de juicio (proceso a la parte o a quien represente) tendrá que probarse al Juez por otros medios..."

Para Chioventa⁶⁰ "la Confesión judicial es la que se hace ante Juez competente o incompetente y la extrajudicial es la que se hace fuera de juicio, y puede hacerse a la parte o a quien represente, o a un tercero⁶¹ y en ese caso, no suministra más que un simple indicio".

De lo expresado, concluimos que la confesión judicial no tiene ningún problema de entendimiento, sin embargo, a pesar de que los diversos autores señalan que la confesión extrajudicial es la que se otorga fuera de juicio, el Código de Comercio en el artículo antes mencionado, no la contempla de esa forma, sino que la confesión extrajudicial solamente es la que se presta ante Juez incompetente, más no ante la presencia de autoridad diversa de la judicial.

CONFESIÓN ESPONTÁNEA Y PROVOCADA

Se dice que la confesión es espontánea, cuando es prestada sin previo requerimiento del Juez o parte contraria, es decir, se da de una manera voluntaria (sin que la otra sea forzada o con violencia) por una de las partes en juicio.

Generalmente este tipo de confesión se da por escrito, ya sea que la demandada la haga al contestar la demanda instaurada en su contra o bien en un escrito posterior o al ofrecer pruebas, y el actor la haga al contestar las excepciones opuestas o igualmente en un escrito posterior.

⁶⁰ Principios de Derecho Procesal Civil. Trad. José Casais y Santalato. Ed. Reus. Madrid 1977. Pág. 216.

⁶¹ La confesión realizada fuera de juicio, es muy difícil probarla, pues en caso de que se haga a la parte que la pretende utilizar en juicio, no habrá forma de probarla a menos que se haya materializado en un documento, y en caso de que se haga a un tercero, tendrá que acreditarse a través de la testimonial, que en nuestros días no adquiere tanta validez para los juzgadores.

Esta confesión, se hace de motu proprio por una de las partes, sin que el Juez o la parte contraria la hayan solicitado.

Para algunos autores⁶², la confesión judicial de un hecho y su aceptación en los escritos de referencia, no son la misma cosa ni tienen el mismo carácter.

Otro elemento importante que hay que tomar en cuenta, es que este tipo de confesión, no está sujeta a ninguna formalidad, dadas las características en las que se otorga, contrariamente a la confesión provocada. Sin embargo, ya hemos comentado que el Código de Comercio en su artículo 1235, establece que cuando la confesión se realice al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, sin la presencia judicial, el colitigante podrá pedir la ratificación de la misma, y sólo así la confesión quedará perfecta, de lo que concluimos que si no se realiza de esa forma, el Juzgador solamente podrá tomar como un indicio, más no como una prueba contundente que afecte al que la hizo.

Hemos comentado nuestra diferencia con lo establecido en el referido artículo, ya que la confesión realizada de esa forma, es prueba suficiente, incluso más que la confesión provocada para que el actor o demandado acepten el hecho litigioso que les perjudica. Sin embargo, creemos entender el espíritu de este artículo y la intención del legislador, ya que las consecuencias jurídicas que trae consigo realizar una confesión, son muy graves, es por ello que el legislador fue cauteloso en redactar este artículo, ya que bien podría pensarse que alguien con afán de perjudicar a una de las partes haga un escrito confesando los hechos falsificando la firma del promovente, o bien que quien hizo la confesión haya sido forzado a hacerla.

⁶² DE PINA Y CASTILLO LARRAÑAGA Op. Cit. Pág. 300.

La confesión provocada, es aquella que realizan una de las partes, a través de un interrogatorio (posiciones), ya sea por parte de su colitigante, o bien del Juzgador, y dicha confesión se llevará a cabo ante la presencia judicial en una audiencia de desahogo de pruebas, con las formalidades que el Código de Comercio establece para tal efecto.

Para obtener la confesión del absolvente, indispensablemente será necesario que el contrario presente las posiciones en sobre cerrado, de las que ya hemos hablado con anterioridad. Ésta, es una de las formalidades con que se debe desahogar la prueba confesional, y así tratar de obtener la confesión del que comparece a absolver las posiciones, siendo también requisitos indispensables en dicha audiencia, que el Juez se cerciore si la citación al absolvente fue realizada conforme a derecho, tendrá que apereibir al absolvente para que se conduzca con verdad haciéndole notar las penas en que incurren los que declaran falsamente, tendrá que calificar que las posiciones se encuentren redactadas de manera correcta de acuerdo a lo establecido con anterioridad, se cerciorará que el absolvente no esté asistido por persona alguna, y asentará la respuesta de este tal y como la haya pronunciado, haciéndole saber después de cada respuesta, si es todo lo que tiene que decir al respecto o desea agregar algo más, no olvidando que el citado a absolver primeramente tendrá que contestar afirmativa o negativamente y después podrá realizar todas las aclaraciones que considere pertinentes.

La confesión provocada, es la que generalmente se observa más en los juicios, ya que evidentemente el absolvente desconoce las posiciones que su contraria le hará en la audiencia, y es la manera más factible de obtener la confesión.

CONFESIÓN SIMPLE Y CUALIFICADA

Ya hemos comentado con anterioridad, que al momento de desahogarse la prueba de confesión, el absolvente tendrá que contestar la

posición de manera afirmativa o negativamente, es decir con un sí o un no, para después, realizar las aclaraciones que considere pertinentes, más no podrá en ningún momento dejarse de observar lo antes asentado, en el sentido de que el juzgador, tiene la obligación de explicar al compareciente que la contestación tendrá que ser categórica con una afirmación o negación, para después realizar las aclaraciones que crea convenientes.

A la primera de las formas de realizar la contestación afirmativa, de manera lisa y llana, se denomina confesión simple, y a la segunda confesión cualificada.

La confesión simple, para De Pina y Castillo Larrañaga, "Es la que se hace por la parte lisa y llanamente, afirmando la verdad objeto de la misma". Hemos comentado, que en los distintos conceptos que de confesión han dado los más distinguidos procesalistas nacionales y extranjeros, la mayoría considera que la confesión es la aceptación de hechos que le perjudican al absolvente, de lo que se concluye que al aceptar hechos que no son importantes o no le perjudican, no habrá ninguna confesión. Hacemos el comentario, porque para los autores antes mencionados, la confesión simple es en la que el absolvente, AFIRMA lisa y llanamente le verdad de un hecho, no previendo la negación del mismo, pues lógicamente sólo podrá haber confesión de parte cuando conteste con una afirmación el hecho objeto de la verdad.

Para Mateos Alarcón⁶³ la confesión cualificada, se presenta cuando "el absolvente reconoce la verdad del hecho sobre que recae la pregunta, pero añadiendo circunstancias o modificaciones que restringen o destruyen la intención del contrario".

⁶³ Op. Cit. Pág. 74.

Para Hugo Alsina⁶⁴, la confesión es cualificada, "Cuando el confesante reconoce el hecho, pero atribuyéndole un distinta significación jurídica, que restringe o modifica sus efectos". Establece un ejemplo, y es que a pesar de que el confesante reconoce haber recibido una cantidad determinada de dinero, ese dinero fue recibido no en calidad de préstamo, sino de donación y el hecho quedará confesado, pero sólo en la forma en que el confesante lo reconoce.

En estas circunstancias, no puede decirse que la declaración realizada por el absolvente sea en sí una confesión, pues ésta no le perjudica, ya que a pesar de que afirmó que había recibido el dinero, éste lo había recibido en calidad de donación, más no como un préstamo, por lo que tal declaración no hace las veces de confesión, pues ya se dijo que confesión son todos aquellos hechos que se reconocen por el absolvente y que le perjudican.

A pesar de que la mayoría de los autores, de acuerdo a la forma en que contesta el absolvente las posiciones que se le realizan, únicamente clasifican la confesión en simple y cualificada, Alsina agrega otro tipo de confesión, y la denomina confesión compleja, y es "cuando el confesante agrega un hecho destinado a destruir sus efectos pero que puede ser separado del hecho principal. Así, en el ejemplo planteado en el caso anterior, se reconoce haber recibido el dinero en calidad de préstamo, pero se agrega que se devolvió después. Es decir se considera compleja, siempre que el confesante agrega un hecho impeditivo, modificativo o extintivo, o en otros términos, cuando invoca una excepción en sentido sustancial".

Realmente, esta clasificación que realiza Alsina, se asemeja en mucho a la confesión cualificada, pues a pesar de que son diferentes las circunstancias que establece en los dos ejemplos propuestos para explicar cada una de ellas, las consecuencias son las mismas, es decir, si en el caso de la

⁶⁴ Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial. Pág. 241.

confesión cualificada, el que declara manifiesta que el dinero no lo recibió en calidad de préstamo, sino que le fue donado, dicha declaración no le perjudica al que la hizo, pues está impidiendo el cometido del articulante, de que el absolvente manifieste que lo recibió en calidad de préstamo y que dicho dinero lo adeuda, es decir, está aportando un hecho impeditivo. En el segundo ejemplo, las consecuencias son las mismas, pues a pesar de que reconoce que recibió el dinero, manifiesta que ya lo devolvió, aportando a la confesión, o mejor dicho a la declaración, un hecho extintivo de la obligación, siendo que en ambos casos, la declaración realizada por el absolvente, tiende a destruir los efectos de la acción intentada en contra del demandado.

CONFESIÓN DIVISIBLE E INDIVISIBLE

Esta clasificación, es una subdivisión de la confesión cualificada y la confesión es divisible, cuando la circunstancia o modificación que se añade a la confesión cualificada, puede separarse del hecho sobre el que recae la pregunta o bien, cuando pueden separarse las condiciones o circunstancias desfavorables para el confesante, de las que le son favorables.

La confesión es indivisible, cuando en la confesión cualificada, dichas circunstancias, o alegaciones realizadas por el absolvente, no pueden separarse unas de otras, no pudiéndose admitir una y desechar otra.

Para algunos autores, dividir la confesión no parece lícito, tomando en cuenta que se hace presumir la buena fe en el confesante⁶⁵.

Sin embargo, para Pallares, la confesión es susceptible de dividirse, cuando las manifestaciones del absolvente se refieran a hechos diferentes,

⁶⁵ Dellpiane Op. Cit. Pág. 126 y 127. Pallares Op. Cit. Pág. 400 y Chioyenda Op. Cit. Pág. 213.

cuando una parte de la confesión esté probada con otras pruebas, y cuando en algún extremo sea contraria a las leyes de la naturaleza o a las jurídicas.

Lo anterior, se confirma con el criterio establecido por nuestro más alto tribunal que a continuación se transcribe:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990

Página: 111

CONFESIÓN CUALIFICADA. CUANDO ES INDIVISIBLE. Por confesión cualificada indivisible debe entenderse aquella en que se acepta el hecho que perjudica al que la hace; pero se agregan otros hechos o circunstancias que lo modifican o le quitan trascendencia, de tal manera que éstas no pueden desvincularse del hecho primeramente aceptado, sin variar su esencia. Es divisible, en cambio, la confesión calificada, si lo agregado consiste en hechos o circunstancias que puedan subsistir independientemente de aquello que en un principio se admitió, verbigracia, porque se refiere a diferentes momentos, como sería la confesada celebración de un contrato y su modificación ulterior, sujeta a prueba.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 468/90. Climas Artificiales de Occidente, S.A. de C.V. 29 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Juan Luis González Macías.

Ha quedado claro, que la única confesión que es susceptible de esta clasificación, es la confesión cualificada, y que por regla es indivisible, pues sería injusto para el absolvente que sólo se tomara en cuenta la afirmación que del hecho que hace y que le perjudica, dejando a un lado lo demás manifestado, salvo los casos en que evidentemente, las alegaciones posteriores realizadas por el absolvente no se refieran a los hechos de la litis o sean irrelevantes para la confesión realizada.

CONFESIÓN TÁCITA Y EXPRESA

La confesión puede darse de manera tácita o expresa. La confesión expresa se da, cuando el absolvente o una de las partes, la realiza de manera

fehaciente con palabras y señales claras que no dejan lugar a dudas que la misma se realizó.

La confesión tácita, o también denominada ficta, es aquella que se infiere de algún hecho o se supone por la ley. A diferencia de la confesión expresa, esta confesión constituye una presunción iuris tantum⁶⁶, y no se le puede otorgar valor probatorio pleno, si de las constancias de autos se desprende que ésta es totalmente contraria a lo que se pretende demostrar con la misma, o a lo demostrado con otras pruebas por la parte que es declarada confesa, por lo que evidentemente la confesión ficta tiene que ser valorada por el Juez en conjunto con otros elementos de prueba, para que una vez adminiculada se le otorgue cierto valor probatorio.

Lo anterior, se confirma de acuerdo al criterio emitido por nuestro más alto Tribunal en el siguiente criterio jurisprudencial:

Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo: Tomo IV, Parte TCC
Tesis: 507
Página: 358
Genealogía: APÉNDICE '95: TESIS 507 PG. 358

CONFESIÓN FICTA. VALOR PROBATORIO DE LA. Tanto cuando imperaba un sistema mixto para valoración de las pruebas en los procesos civiles en el Distrito Federal, como especialmente en la actualidad, que la legislación procesal está orientada definitivamente hacia el sistema que confiere libertad al juzgador, con la única limitación de que se apegue a las reglas de la lógica y la experiencia, la confesión ficta resultante de que la parte no haya comparecido a absolver posiciones, no necesariamente tiene valor probatorio pleno, sino que en su apreciación debe tenerse en principio únicamente como un fuerte indicio, que si no está contradicho con otros elementos que obren en autos, puede llegar a formar plena convicción en el ánimo del juzgador, pero que si se encuentra en oposición al resultado de otros medios de prueba o circunstancias en general que emanen de las actuaciones, sólo tendrá cabal eficacia demostrativa, adminiculada con otros medios, elementos o circunstancias procesales coincidentes, que al ser examinados a la luz de los principios de la lógica, del sentido común y de la sana crítica,

⁶⁶ Salvo prueba en contrario.

produzcan mayor fuerza de convicción de los elementos que discrepan del resultado de la aludida confesión ficta.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Época:

Amparo directo 2419/88. Aurora Espinoza Ramírez. 25 de agosto de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 3339/88. Jorge Leautaud Samanillo y otra. 31 de enero de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1064/90. Edgar Gil Montero y López Lena. 31 de mayo de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo directo 982/91. Héctor Adame Díaz. 7 de marzo de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 6910/91. Javier Castillo Herrera. 12 de diciembre de 1991. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis I.4o.C.J/48, Gaceta número 49, pág. 110; Semanario Judicial de la Federación, tomo IX-Enero, pág. 100.

La confesión ficta, de acuerdo con el Código de Comercio⁶⁷, puede darse por el hecho de que la parte que deba absolver posiciones haya sido debidamente citada y no comparezca sin justa causa, que al comparecer se niegue a declarar, o bien que se niegue a declarar afirmativa o negativamente. En estos casos, el Juez presume que las contestaciones hechas por el citado fueron en sentido afirmativo, sin que esto se considere como una *relevatio probandi*, ya que como lo mencionamos en el párrafo anterior, esta confesión ficta admite prueba en contrario, y no puede concedérsele pleno valor probatorio.

CONFESIÓN ORAL Y ESCRITA

Para finalizar la clasificación de la confesión, explicaremos la confesión oral y escrita.

⁶⁷ Art. 1232.

La confesión oral, como su nombre lo indica, es aquella en la que una de las partes acude ante el Juez a contestar las posiciones que su contraparte le formula. Esta confesión se puede encuadrar dentro de algunas de las clasificaciones de la prueba confesional que hemos venido explicando, como la confesión judicial, la confesión expresa y la confesión provocada, y que realmente no tiene ninguna complicación en su entendimiento.

La confesión escrita, es la que una de las partes realiza a través de uno de los escritos que dentro del procedimiento se presentan ante el juzgador, ya sea al presentar la demanda, al contestar ésta, o bien en cualquier otro escrito que las partes durante el procedimiento presenten ante el juzgador.

Según nuestro Código de Comercio, para que la confesión escrita produzca todos sus efectos legales, es necesario que se pida la ratificación ante la autoridad judicial de dicha confesión, según lo dispone el artículo 1235 del citado ordenamiento legal, situación con la que no estamos de acuerdo, ya que la manera en que se realiza dicha confesión, consideramos que es la forma más idónea de confesar un hecho, pues no ha sido provocada ni solicitada por el Juez y la contraparte, sino que ha sido motivada por el ánimo del confesante de declarar la verdad y suministrar una prueba a favor de su colitigante.

3.3 DIFERENCIA CON EL RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS

Es importante aclarar, que existe una gran diferencia entre la prueba de confesión, y el reconocimiento de documentos, ya que en algunas diligencias judiciales que tienen por objeto desahogar la prueba confesional, al mismo tiempo el articulante u oferente de la prueba, solicita al Juez, con relación a las posiciones a realizar, que el absolvente reconozca la firma o contenido de los documentos exhibidos como prueba, situación que es contraria a derecho y que no puede realizarse de acuerdo a las reglas del Código de Comercio. Además que la confesional y el reconocimiento de documentos, son dos pruebas totalmente

distintas e independientes una de otra, siguiéndose reglas diferentes para el desahogo de cada de una ellas.

El distinguido procesalista argentino Hugo Alsina⁶⁸, señala en su Tratado Teórico Práctico de las pruebas en materia civil y mercantil, que "la prueba instrumental es diferente a la absolución de posiciones, y que rigen para aquellas normas, plazos y apercibimientos especiales que no pueden aplicarse en ésta. Así, si el citado a absolver posiciones no compareciera, podría el ponente pedir que se dieran por absueltas en rebeldía las que importen un reconocimiento de las firmas que suscriben los documentos que se atribuyen al absolvente, lo cual sería inadmisibile..."

Por su parte Lessona, citado por Mateos Alarcón⁶⁹ señala, que la confesional es diferente al reconocimiento de documentos, ya que "la confesión difiere del reconocimiento en que aquella crea una prueba, que no existe de la obligación, y el reconocimiento renueva, reproduce la prueba que ya existe."

Sin embargo, a pesar de que no pueden mezclarse una prueba con otra, y mucho menos aprovecharse el desahogo de la prueba confesional para obligar al absolvente a reconocer el contenido y firma de un documento, si es posible que al realizarse posiciones que tengan que ver con algún documento exhibido en autos, éste se le ponga a la vista para que el absolvente lo perciba y pueda contestar la posición que se realiza, sin ofrecer el articulante propiamente la prueba de reconocimiento de documentos, sino que simplemente se auxilia de tales documentos para que el absolvente pueda responder a la posición realizada, sin que esto implique un reconocimiento de documentos.

⁶⁸ Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial. Pág. 270.

⁶⁹ Las pruebas en materia Civil, Mercantil y Federal. pág. 73.

Por otra parte, es indispensable dejar en claro, que la prueba de reconocimiento de documentos, sólo puede tener lugar en el caso de que alguna de las partes desconozca o impugne la autenticidad de algún documento que la contraria le imputa como propio, pues en caso de no impugnarse de falsa la firma o contenido del documento o no negarse la elaboración de dicho documento, sino que sólo se objete en cuanto al alcance y valor probatorio que la contraria pretenda otorgarle, la prueba de reconocimiento no tendría razón de ser, pues el documento debe concedérsele valor probatorio pleno en cuanto a su autenticidad.

3.4 REGULACIÓN DE LA PRUEBA CONFESIONAL, ANTES Y DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE MAYO DE 1996

En general, los artículos del Código de Comercio relativos a la prueba confesional (1211 a 1236 y 1287 a 1291), establecen la forma en que se desahogará esta prueba ante el Juez de la causa y quién está facultado para desahogar la misma, aspectos que hemos mencionado con anterioridad en este mismo capítulo, interesándonos de manera más particular, cuáles son los artículos modificados con motivo de la reforma de mayo de 1996, tema total de este trabajo, por lo que atenderemos de manera específica estas modificaciones al capítulo respectivo de la prueba confesional, diferenciando la redacción de los artículos modificados antes y después de la reforma.

Antes de establecer la diferenciación de redacción de los artículos antes y después a la reforma de mayo de 1996, es preciso hablar de manera muy general, de aquellos artículos que no fueron reformados, que como lo mencionamos anteriormente, establecen las condiciones y reglas bajo las que se desahoga la prueba confesional.

Así tenemos, que los artículos 1211 a 1213 del Código de Comercio, nos señalan que confesión judicial es la que se da ante Juez competente, y extrajudicial la que se hace ante Juez incompetente.

El artículo 1218 del mismo ordenamiento, señala que un cesionario se considera como apoderado del cedente, situación criticada por la doctrina⁷⁰ ya que si hubo una cesión de algún derecho, el cesionario comparece por su propio derecho, y no en representación del cedente.

Los artículos 1221 a 1233, señalan propiamente los aspectos materiales del desahogo de esta prueba, pues señalan que el que articula las preguntas (mejor dicho posiciones), tienen derecho a asistir al interrogatorio, las condiciones que deben reunir las posiciones (de las que hemos hablado con anterioridad). Así también nos señala, que cuando no se exhiba el pliego al ofrecer la prueba, no se señalará fecha para su desahogo, la calificación de tales posiciones por parte del Juez, y el establecimiento de que en contra de la calificación de las posiciones, no cabe recurso alguno, más que el de responsabilidad.

En este sentido, cabe hacer una crítica, ya que el Juez califica las posiciones en muy poco tiempo para observar si las mismas cumplen con los requisitos que establece el artículo 1222 del Código de Comercio, por lo que este artículo debería reformarse en el sentido de que contra la calificación de las posiciones, las partes tengan la posibilidad de interponer el recurso de apelación en el efecto devolutivo, ya que en este caso, el que absuelve las posiciones, o el articulante que las realiza, no tiene ningún medio de defensa ante la negativa o procedencia por parte del Juez respecto a la calificación de una posición que no reúna los requisitos del artículo 1222 del citado ordenamiento legal.

Asimismo, estos preceptos señalan que el absolvente no podrá estar asistido en el momento del desahogo de la prueba⁷¹ por su abogado, procurador o

⁷⁰ Mateos Alarcón Op. Pág. 81.

⁷¹ De acuerdo con el criterio de algunos Juzgadores, consideran que la palabra asistir, consiste en asesorar al absolvente, es decir, instruirlo y aconsejarle de como debe contestar ante las posiciones que se le articulen, y otros juzgadores, tienen el criterio de que la palabra asistir,

cualquier otra persona al momento de que se le articulen las posiciones, para evitar que se comunique o se le auxilie al momento a las mismas.

Por otra parte, estos preceptos señalan también que el absolvente deberá firmar el pliego de posiciones, en caso de que existan varios absolventes, la práctica de la diligencia se hará por separado, no permitiendo la comunicación entre los mismos, en caso de que el interrogatorio sea uno solo, la forma en que el absolvente debe de responder a las posiciones que se le articulen, debiendo ser sus respuestas en sentido negativo o afirmativo, es decir, con un sí o un no categórico, pudiendo aclarar con posterioridad, todo lo que desee.

Otro aspecto que se señala, es que si el absolvente se niega a declarar o contestar, negando o afirmando los hechos que se le imputan en las posiciones que se le articulen, el Juez lo apercibirá en el acto de tenerle por confeso si se sigue negando a contestar, o no lo hace de manera categórica. Una vez firmada la declaración, no puede variarse⁷².

De igual forma, en este conglomerado de artículos, se establecen los supuestos en que el Juez declara confeso al absolvente, aparte de los supuestos ya comentados, y que son los siguientes:

1.- Cuando fue citado legalmente, y sin justa causa no haya comparecido.

Esta fracción, sufrió una reforma, pues el precepto anterior a la reforma de mayo de 1996, señalaba, que para declarar confeso al absolvente,

significa, que el abogado litigante, ni siquiera puede estar presente en el desahogo de la prueba, y tiene que salir del recinto en donde se encuentre su cliente.

⁷² A contrario sensu, si la declaración no ha sido firmada, pueden hacerse cambios, con lo que evidentemente no estamos de acuerdo, pues le quita autenticidad y sorpresa a la misma.

éste tenía que ser citado por dos ocasiones, es decir, sólo si no comparecía a la segunda citación, podía ser declarado confeso.

2.- Cuando se niegue a declarar.

3.- Cuando al declarar, no responda afirmativa o negativamente.

El artículo 1233 del Código de Comercio, señala que en caso de que el absolvente no comparezca sin justa causa, el Juez abrirá el pliego de las posiciones, o hará constar la existencia de éstas por escrito, y las calificará de legales antes de declarar confeso al absolvente.

Por último, el artículo 1235, que no fue reformado, señala que cuando la confesión no se hace al absolver posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, el colitigante, (la parte contraria) "podrá pedir la ratificación, a efecto de que quede perfecta la confesión".

En anteriores líneas, hemos expresado nuestra opinión de lo establecido en el párrafo anterior, no estando de acuerdo con la redacción de tal precepto, ya que la confesión realizada por escrito, es la más espontánea y cierta de las confesiones, no necesitándose que el contrario pida la ratificación, pues en todo caso, esa ratificación deberá pedirse, en caso de que el confesante alegue o impugne de falso el contenido y la firma de tal escrito, o pida la nulidad del acto donde se realice la misma, recordando que la confesión sólo puede ser revocada si se demuestra que al realizarla existió error en el confesante, es decir, una falsa realidad de los hechos, o se ejerció violencia física o moral en el mismo para provocarla. También es muy importante aclarar que el error que se hace valer debe ser un error de hecho, más no un error de derecho, ya que la ignorancia de la Ley no exime de su cumplimiento.

En este sentido, y en el supuesto de que no se pida la ratificación de tal confesión, el valor de tal prueba, no será un valor pleno, sino que la valoración de tal confesión quedará al criterio del Juzgador, es decir, será tomada en cuenta como un indicio, teniendo que adminicular el Juez la misma con las demás pruebas ofrecidas, no siendo suficiente la consecuencia de esta prueba para condenar al absolvente, o declarar infundada la acción ejercitada por haberse confesado fictamente una excepción, según sea el caso.

Una vez expresado el panorama general de los artículos del Código de Comercio, relativos a la prueba confesional, entraremos al estudio de las reformas a los artículos del Código de Comercio que sí fueron modificados, comparando su redacción antes y después de dicha reforma, realizando un breve comentario sobre los mismos.

REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA CONFESIONAL, ANTES Y DESPUÉS A LA REFORMA DE MAYO DE 1996

ARTÍCULO 1214.- Todo litigante está obligado a declarar bajo protesta, en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda hasta la citación para definitiva, cuando así lo exigiere el contrario, sin que por esto se suspenda el curso de los autos. En los mismos términos podrán articularse posiciones al abogado y al procurador sobre hechos personales y que tengan relación con el asunto.

El artículo 1214 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1214.- 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, bajo protesta de decir verdad, cuando así lo exija el contrario.

Es permitido articular posiciones al procurador que tenga poder especial para absolverlas, o general con cláusula para hacerlo.

Como se podrá observar, este precepto establece el tiempo en que puede ofrecerse la confesión en juicio, estableciéndose en el artículo anterior a las reformas, en la que la confesión podía ofrecerse como prueba en cualquier estado

del juicio, contestada que sea la demanda hasta la citación para la sentencia definitiva.

La reforma a este artículo, tuvo como objetivo reducir el término para ofrecer esta prueba, ya que a diferencia del artículo anterior, con la reforma se establece la oportunidad de ofrecer esta prueba desde los escritos de demanda y contestación a la misma, hasta diez días antes de la celebración de la audiencia de pruebas, acortándose dicha oportunidad, ya que antes se ampliaba hasta la citación para sentencia.

Sin embargo, aquí encontramos una contradicción con lo dispuesto por el artículo 1079 fracción I del Código de Comercio, que señala lo siguiente:

Artículo 1079.- Cuando la ley no señale término para la práctica de algún acto judicial, se tendrán por señalados los siguientes:

I.- Ocho días, a juicio del Juez, para que dentro de ellos se señalen las fechas de audiencia para la recepción de pruebas, reconocimiento de firmas, confesión, posiciones, declaraciones, exhibición de documentos, juicio de peritos y prácticas de otras diligencias, a no ser que por circunstancias especiales, creyere justo el Juez ampliar dicho término.

De conformidad con lo anterior, y a pesar de que es a juicio y criterio del Juez, una vez que se haya dictado auto admisorio de pruebas, y en específico la admisión de la prueba confesional, el Juez señalará fecha de audiencia para el desahogo de la prueba dentro de los ocho días siguientes, por ende lo que establece el artículo 1214 no tendría aplicación, pues si el Juez señala ocho días para la celebración de la audiencia, la parte que pretenda ofrecer la confesional con posterioridad al momento procesal de ofrecimiento de pruebas y pretenda aplicar el derecho que se contiene en el artículo 1214, ya no podrá hacerlo, existiendo una contradicción entre ambos preceptos.

Ahora bien, en la realidad, ningún Juez señala fecha de audiencia dentro de los ocho días en los que admitió las pruebas ofrecidas, dada la carga de trabajo que existe en los Tribunales de la Ciudad de México, por lo que en la practica, casi nunca se da este conflicto. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que el Código de Comercio es de aplicación Federal, y que no todos los estados de la República tienen la misma carga de trabajo que los Juzgados de nuestra Ciudad, por lo que deberá reformarse el artículo 1214 del Código de Comercio considerando que debe suprimirse la parte conducente relativa a que las partes podrán ofrecer la prueba de confesión con 10 días antes de la audiencia, ya que además de que existe una contradicción con lo dispuesto por el artículo 1079 fracción primera del Código de Comercio, las partes tienen la posibilidad de ofrecer la confesión al momento de ofrecer pruebas, por lo que no es congruente que el Código otorgue dos oportunidades para ofrecer dicha prueba, máxime si existe una contradicción con el artículo antes referido, y además el propio artículo 1214 establece que desde la demanda y contestación podrá ofrecerse dicha prueba.

Además, es preciso señalar que el artículo 1234 del Código de Comercio establece que el absolvente que sea citado a absolver posiciones, después de absueltas estas, tendrá a su vez derecho a formularlas al articular, de lo que se colige que ahí existe otro momento procesal para realizar posiciones, si es que el absolvente no ofreció la prueba de confesión, por lo que es innecesario que el artículo 1214, señale que se puede ofrecer la prueba de confesión hasta diez días antes de la audiencia de pruebas.

Por otra parte y continuando con el análisis de este precepto, antes y después de la reforma de 1996, en el segundo párrafo de ambos artículos, se establece la posibilidad a las partes de hacer preguntas a los abogados patronos de sus contrapartes, con la diferencia de que en el artículo anterior a la reforma, no se requería cláusula especial del procurador para absolver las posiciones, y en el vigente sí se requiere cláusula especial para ello.

ARTÍCULO 1215.- A ningún litigante se pueden hacer preguntas sino sobre hechos propios.

El artículo 1215 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1215.- 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 tan personal, y existan hechos concretos en la demanda y contestación que justifiquen dicha exigencia, la que será calificada por el tribunal para así ordenar su recepción. En caso contrario la absolución se hará por el mandatario o representante legal con facultades suficientes para absolver posiciones.

Este precepto también fue reformado, modificándose su redacción de manera radical, pues este artículo anterior a las reformas, señalaba que a ningún litigante se pueden hacer preguntas sino sobre hechos propios.

En el nuevo artículo, se establece que en caso de que la absolución sea a cargo de personas físicas, ésta podrá hacerse por conducto de un apoderado, salvo el caso de que el que pida la confesión manifieste que la misma deberá realizarse forzosamente por el actor o demandado de manera tan personal por el conocimiento de los hechos, que no pueda desahogarse por conducto de apoderado, calificando esta circunstancia el Juez de la causa.

ARTÍCULO 1216.- No es permitido articular posiciones al abogado sobre hechos de su cliente; pero sí al procurador que tenga poder especial para absolverlos, o general con cláusula terminante para hacerlo.

El artículo 1216 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1216.- El mandatario o representante que comparezca a absolver posiciones por alguna de las partes, forzosamente será conocedor de todos los hechos controvertidos propios de su mandante o representado, y no podrá manifestar desconocer los hechos propios de aquel por quien absuelve, ni podrá manifestar que ignora la respuesta o contestar con evasivas, ni mucho menos negarse a contestar o se abstenga de responder de modo categórico en forma afirmativa o negativa, pues de hacerlo así se le declarará confeso de las

posiciones que calificadas de legales se le formulen, toda vez que el tribunal bajo su responsabilidad debe considerar a dicho mandatario o representante legal, como si se tratara de la misma persona o parte por la cual absuelve las posiciones. Desde luego que el que comparezca a absolver posiciones después de contestar afirmativa o negativamente, podrá agregar lo que a su interés convenga.

Este precepto también fue reformado, y su redacción cambio radicalmente, ya que el artículo anterior señalaba que no era permitido articular posiciones al abogado patrono sobre los hechos de su cliente, pero sí al que tenga cláusula especial para hacerlo. El actual artículo 1216, establece las reglas para el desahogo de la prueba confesional, tratándose de personas morales, que en este caso el apoderado o mandatario que comparezca, no podrá desconocer los hechos que se le pregunten a su representada, apercibido de que en caso de no contestar o contestar con evasivas, será declarado confeso de aquellas que hayan sido calificadas de legales, debiendo contestar de manera categórica, negando o afirmando la posición realizada.

ARTÍCULO 1217.- La parte está obligada a absolver personalmente las posiciones cuando así lo exigiere el que las articula, o cuando el apoderado ignora los hechos.

El artículo 1217 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1217.- Tratándose de personas morales, la absolución de posiciones siempre se llevará a efecto por apoderado o representante, con facultades para absolver, sin que se pueda exigir que el desahogo de la confesional se lleve a cabo por apoderado o representante específico, en este caso, también será aplicable lo que se ordena en el artículo anterior.

Este precepto, sufrió una modificación, ya que el mismo antes de la reforma, establecía que las partes estaban obligadas a absolver personalmente las posiciones, cuando así lo exigía el oferente de la prueba, es decir, disposición que se contiene en el actual artículo 1215 del Código reformado con algunas variantes, pues si es apoderado desde luego que no puede negar los hechos que se le imputen.

El actual artículo 1217, señala que cuando se trate de una confesión a cargo de personas morales, ésta se llevará a cabo por apoderado, pero no se podrá exigir la comparecencia de un apoderado en específico, bastando que comparezca quien tenga facultades para ello.

La modificación de este precepto, trajo consigo muchas ventajas para los efectos de celeridad del juicio, ya que anterior a esta reforma, no se establecía artículo expreso para la confesión de las personas morales, y generalmente, cuando los Bancos o Empresas demandaban a una persona física, el abogado de ésta ofrecía como prueba la confesional a cargo del presidente del consejo de administración de la actora, situación que era incómoda para el presidente del consejo de administración de dicha empresa actora, pues no era factible que cada vez que la sociedad iniciara un procedimiento judicial en contra de alguien, tuviera que acudir a los Juzgados para desahogar dicha prueba y además no conocía los hechos.

En este sentido, El Juez consideraba que la solicitud hecha por los demandados, no se encontraba fundamentada, pues tratándose de personas morales, daba igual que compareciera un apoderado que otro, por lo que el Juez, desechaba la solicitud del demandado. La forma de ofrecer así la prueba de confesión, tenía como objetivo precisamente que el Juez no tuviera por admitida la prueba, o bien, que señalara que bastaba que el actor designara a un apoderado con facultades para absolver posiciones, para que la prueba pudiera llevarse a cabo, situación que motivaba que la oferente de la prueba interpusiera un recurso de apelación en contra de dicha resolución, que forzosamente tenía que ser admitida en ambos efectos con suspensión del procedimiento, hasta en tanto la sala correspondiente resolvía la apelación planteada, lo que traía como consecuencia un retardo en la prosecución del juicio.

En ese sentido, la reforma a este artículo, tuvo como consecuencia que no existieran vacíos legales respecto al desahogo de la prueba confesional tratándose de personas morales, ya que se abusó de la citación al presidente del

consejo sin ningún objeto práctico, siendo que ello tenía un objetivo meramente dilatorio.

ARTÍCULO 1219.- En el caso del artículo 1217, si el que debe absolver las posiciones estuviere ausente, el Juez librará el correspondiente exhorto acompañando, cerrado o 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 Secretaría del tribunal.

El artículo 1219 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1219.- Si el que debe absolver las posiciones no estuviere en el lugar del juicio, el Juez librará el correspondiente exhorto acompañando, cerrado y sellado, el pliego en que consten las posiciones, mismas que deben ser previamente calificadas. Del pliego, el oferente de la prueba, deberá, al ofrecer la confesión, acompañar copia que, autorizada conforme a la ley con la firma del Juez y la del secretario, quedará en el seguro del juzgado, sin oportunidad de que pueda ser conocida por el contrario del oferente.

Como se podrá observar, este artículo establece las reglas para el desahogo de la prueba confesional en un lugar distinto al del Juez de la causa, reformándose este artículo, para mejorar su redacción, encontrándonos con una redacción más adecuada y congruente, pues a pesar de que los dos artículos tratan sobre la misma circunstancia, el artículo anterior a la reforma, señalaba que se librará exhorto al Juez competente, en caso de que el absolvente se encuentre "ausente", dejando mucho a la interpretación y no siendo claro en su redacción, pues es de explorado derecho, que se libran exhortos cuando el Juez de una entidad, lógicamente no tiene facultades en otra entidad federativa, pidiéndole en el exhorto que lo auxilie en sus labores.

Tal situación, fue corregida con la reforma, pues el artículo 1219 actual, señala que cuando el que absuelva posiciones no esté en el lugar del juicio (nótese la diferencia con el artículo anterior, que señalaba que se librará exhorto cuando el absolvente se encontrara ausente), se librará exhorto, sin embargo, creemos que la redacción podría quedar mejor, si se agregara que se librará

exhorto en caso de que el absolvente, se encuentre fuera de la entidad en donde se lleva a cabo el juicio, es decir, fuera de la entidad federativa del Juez de la causa.

ARTÍCULO 1220.- El Juez exhortado practicará todas las diligencias que correspondan conforme a este capítulo; pero no podrá declarar confeso a ninguno de los litigantes.

El artículo 1220 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1220.- El Juez exhortado practicará todas las diligencias que correspondan conforme a este capítulo, pero no podrá declarar confeso a ninguno de los litigantes, salvo que el Juez exhortante lo autorice para que haga esa declaración de confeso o en los casos que así lo permite la ley.

El artículo anterior a la reforma, establecía que el Juez exhortado, practicará las diligencias conducentes para el desahogo de la prueba confesional, sin embargo, éste no podía declarar confeso al absolvente, en caso de que éste no compareciera sin justa causa a la citación que se le había realizado, situación que ahora con el artículo reformado sí es procedente, siempre y cuando el Juez exhortante así se lo autorice, y en los casos que así lo permita la ley. Consideramos que no es práctico que se otorgue dicha facultad y que la misma sólo sea para el Juez que conoce del negocio que verificará la correcta citación.

ARTÍCULO 1234.- 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, o que se declare confeso al colitigante si se halla en alguno de los casos de que habla el artículo 1232.

El artículo 1234 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1234.- Absueltas las posiciones, el absolvente tiene derecho a su vez de 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.

Las partes pedirán en el mismo acto de la declaración que el tribunal exija al absolvente que aclare algún punto dudoso sobre el cual no se haya contestado categóricamente, sea de las posiciones formuladas por las partes, o por el interrogatorio que de oficio se haya realizado, y en su caso que se declare confeso si se haya en alguno de los casos de las dos últimas fracciones del artículo 1232.

El artículo anterior a la reforma, señalaba que de la confesión judicial, se dará traslado al que la hubiere solicitado. Generalmente, la parte contraria, era la que solicitaba que la confesión se repitiera, a efecto de que aclarara un punto dudoso. Con la reforma, si la parte contraria desea solicitar al Juez que el absolvente aclare un punto dudoso, tendrá que hacerlo en el mismo instante del desahogo de la prueba, es decir, la citación se le hace en la misma diligencia y no con posterioridad, ello en el caso de que se encuentre presente en el desahogo de tal prueba.

También se agregó a este artículo, la facultad del absolvente de preguntar al articulante, y amplía la facultad del Juez de preguntar a las partes para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, lo que comúnmente se conocen como las preguntas del Juez para mejor proveer. De igual forma, en ambos artículos, se establece la facultad de las partes para pedir al Juez que declare confeso al absolvente, en caso de que se hallé en los supuestos del artículo 1232 del Código de Comercio, ahora bien sólo se pueden formular más posiciones si está presente el absolvente.

ARTÍCULO 1236.- Las autoridades, las corporaciones oficiales y los establecimientos que forman parte de la administración pública no absolverán posiciones en la forma que establecen los artículos anteriores; pero la parte contraria podrá pedir que se les libre oficio, insertando las preguntas que quiera hacerles para que por vía de informe sean contestadas dentro del término que designe el Juez o tribunal, y que no excederá de ocho días. Si dentro del término fijado no se recibiere la contestación, se librárá oficio recordatorio apercibiendo a la parte absolvente de que, si dentro del término que de nuevo se fije, conforme a lo antes dispuesto, no se recibe su contestación, se le tendrá por confesa, dándose por absueltas las posiciones en sentido afirmativo. Esta declaración se hará según lo dispuesto en este capítulo que, salvo la modificación hecha en el presente artículo, se observará en todas sus disposiciones.

El artículo 1236 del Código de Comercio después de la reforma quedó redactado de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1236.- Las autoridades, las corporaciones oficiales y los establecimientos que formen parte de la administración pública no absolverán posiciones en la forma que establecen los artículos anteriores, salvo lo dispuesto en el artículo 1217, pero la parte contraria podrá pedir que se les libre oficio, insertando las posiciones que quiera hacerles para que, por vía de informe, sean contestadas por la persona que designa, dentro del término que designe el tribunal, y que no excederá de ocho días con el apercibimiento de tenerla por confesa si no contestare dentro del término que se le haya fijado, o si no lo hiciera categóricamente afirmando o negando los hechos. La declaración de confeso podrá hacerse de oficio o a petición de parte.

Como se podrá observar, este precepto nos explica el modo en que se desahoga la prueba de confesión, tratándose de autoridades o corporaciones oficiales, o cualquier otro ente de la administración pública, ya que es evidente que cuando el estado actúa como particular, puede ser sujeto pasivo de una acción civil, pero dadas las características del demandado, al tratarse del representante de un ente de la administración pública, y dada la ocupación de tal representante, la ley otorga ciertos beneficios a dicho servidor público para que no se entorpezca su labor que es en beneficio de la comunidad.

Este artículo, a pesar de ser reformado, preserva en sustancia el contenido que tenía antes de la reforma, en el sentido de que tratándose de dependencias de gobierno, o dependencias públicas, la parte contraria que ofrezca la confesional, puede solicitar al Juez que se libre oficio al representante de la dependencia en comento, con las posiciones, (anterior a la reforma erróneamente decía preguntas) a realizar, para que dicho representante las absolviera en el término que fijara el Juez, con la diferencia que el artículo anterior a la reforma, la autoridad otorgaba una segunda oportunidad para que contestara el oficio requerido por al Juez, absolviendo las posiciones que se le formularan, y no declarar confesa a dicha dependencia, debiéndose girar un oficio recordatorio, en caso de que la primera vez no contestara dichas posiciones. Ahora con la reforma, esa segunda oportunidad se extingue, ya que si la dependencia o autoridad no contestara en el

plazo que el Juez le fijó, o no lo hiciera categóricamente negando o afirmando los hechos, se tendrá por confesa de los hechos que le imputa su contraria, sin necesidad de girar o librar un oficio recordatorio.

Es importante hacer la salvedad, de que las dependencias o autoridades, no sólo pueden en la forma anteriormente descrita, sino también en términos de lo dispuesto por el artículo 1217 del Código de Comercio, es decir, siguiendo la reglas para la absolución de posiciones de personas morales, pudiendo la autoridad o dependencia pública, nombrar a un apoderado para que comparezca ante el Juzgador a absolver las posiciones que se le formulen en su representación.

Con el análisis de este artículo, terminamos el estudio de los preceptos modificados con motivo de la reforma de mayo de 1996.

3.5 VALOR PROBATORIO QUE SE LE OTORGA A LA PRUEBA CONFESIONAL, SEGÚN EL CÓDIGO DE COMERCIO

La prueba de confesión, a pesar de que ha sido relevada de ser llamada la reina de las pruebas, pues la prueba documental es la que hoy en día predomina e incide de mayor manera en el ánimo del juzgador para llegar a la verdad de los hechos controvertidos, continúa siendo una herramienta útil e importante para que las partes otorguen al Juez elementos de convicción de los que éste se pueda auxiliar, y así llegar a la verdad de los hechos.

Existe un adagio, o principio general de derecho que establece lo siguiente; "A confesión de parte, relevo de prueba", o como establece un autor italiano⁷³ "La confesión en juicio es una prueba probada, en cambio si se hace fuera de juicio, tendrá que ser una prueba probada".

⁷³ Redenti Op. Cit. Pág. 286.

En ese sentido, observamos que la prueba de confesión continúa siendo una prueba importante en juicio, pues aporta un elemento significativo al Juez para llegar a la verdad de los hechos, ya que si una parte confiesa un hecho importante y trascendente para la litis, debe tenerse éste por cierto, pues como lo establece el prestigiado autor argentino Hugo Alsina "La confesión tiene diversos aspectos, siendo uno de ellos el aspecto lógico, ya que no sería congruente que una de las partes confiese un hecho que le perjudica, si éste no es cierto".

Tan importante y trascendente es la confesión que se hace en juicio, que tratándose de juicios ordinarios, el Código de Comercio en su artículo 1288, señala que cuando la confesión haga prueba plena, es decir, cuando reúna ciertos requisitos y afecte toda la demanda (consideramos que debió haberse establecido como la confesión de hechos trascendentes y que se refieran a puntos controvertidos), si el actor así lo pide, cesará el juicio ordinario y se procederá en la vía ejecutiva.

Como lo hemos señalado, la confesión en su aspecto general se divide en dos tipos, que son los siguientes:

- a) Confesión Judicial
- b) Confesión Extrajudicial

El artículo 1287 del multicitado Código, establece que la confesión judicial hace prueba plena cuando concurren las siguientes circunstancias:

- I. Que sea hecha por persona capaz de obligarse
- II. Que sea hecha con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia. (animus confitendi).
- III. Que sea de hecho propio y concerniente al negocio.
- IV. Que se haya hecho conforme a las prescripciones del capítulo XIII.

Por lo que se refiere al primer aspecto, ya mencionamos que la confesión requiere de la capacidad completa de la persona que la hace, es decir, capacidad de goce y de ejercicio, pues el menor de edad, tiene capacidad de goce más no de ejercicio, y en el supuesto de que dicho menor sea quien haga la confesión, ésta no tendrá ningún valor probatorio.

También comentamos, que para algunos autores la confesión implica la transmisión de derechos, es decir, al realizar la confesión lo que realmente se está verificando es la celebración de un negocio jurídico⁷⁴, discusión que ha quedado resuelta y aclarada en el sentido de que la confesión es un medio de prueba y no un negocio jurídico.

El segundo aspecto no tiene mayor explicación, pues es lógico que la confesión realizada con los vicios señalados por la fracción II del artículo 1288 del Código de Comercio, no puede tener ninguna validez dentro del juicio, ya que precisamente ésta tiene que realizarse con plena y absoluta libertad, tanto física como moral.

El tercer requisito, es precisamente que la confesión se realice por quien es parte en el juicio, es decir, que sea de hecho propio.

Es por ello la importancia de que el Juez sea muy cuidadoso al calificar las posiciones de legales, observando entre otros requisitos, que la posición contenga la imputación de un hecho propio del absolvente, y segundo, que tengan relación con los hechos controvertidos, por ello es importante que cuando las partes ofrezcan la prueba de confesión, relacionen esta prueba con los

⁷⁴ El negocio jurídico, surge en la doctrina alemana, que divide en tres apartados el acto jurídico, entendiéndose por negocio jurídico, el acto jurídico que trae consigo las consecuencias que las partes realmente quisieron que se derivaran de la celebración de tal acto jurídico, siendo el más puro ejemplo el contrato conmutativo, a diferencia de la existencia de actos jurídicos de los cuales las partes no siempre desean o quieren que surjan tales consecuencias, siendo estos los mal llamados actos jurídicos involuntarios.

hechos que pretenden acreditar con esa prueba, pues de lo contrario el Juez al calificar las posiciones desechará las que no reúnan estos requisitos.

Por último, el cuarto requisito, es que la confesión se haya realizado conforme a las reglas del capítulo XIII del Código de Comercio, de las que hemos hablado en resumen en este subtema.

El artículo 1288 del citado Código, señala que en caso de que la confesión haga prueba plena y afecte toda la demanda, y la vía sea la ordinaria; si el actor lo pide, ésta cesará y se procederá en la vía ejecutiva, plasmándose en este precepto la importancia de la confesión judicial y el valor probatorio que la ley le concede.

Otro precepto que establece el valor probatorio que se le otorga a la prueba confesional, es el artículo 1289 del Código de Comercio, que textualmente señala lo siguiente:

ARTÍCULO 1289. - Para que se consideren plenamente probados los hechos sobre que versen las posiciones que judicialmente han sido dadas por absueltas en sentido afirmativo, se requiere:

- I.- Que el interesado sea capaz de obligarse
- II.- Que los hechos sean suyos y concernientes al pleito.
- III.- Que la declaración sea legal.

Este precepto, reafirma lo establecido por el artículo 1287, y materializa el supuesto en que el absolvente haya contestado en sentido afirmativo las posiciones que se le hubieren realizado.

El artículo 1290 del citado ordenamiento, señala que el que haya sido declarado confeso, podrá rendir prueba en contrario. Aquí es muy importante señalar, que existe una gran diferencia entre la confesión que fue realizada ante el

Juez al absolver posiciones, al contestar la demanda, al realizar una posición⁷⁵, al presentar cualquier tipo de promoción o escrito ante el juzgador, o bien si la confesión fue de facto, es decir, que a pesar de haber sido emplazado el demandado, éste no haya dado contestación a la demanda, o bien que cualquiera de las partes haya sido citada legalmente a la audiencia de desahogo de la prueba de confesión y por circunstancias injustificadas no acuda a dicha comparecencia, y en ambos casos, se tengan por contestados o confesados los hechos en sentido afirmativo, en el caso de las posiciones, siempre y cuando éstas hayan sido calificadas de legales.

Es importante señalar, en qué supuestos de los antes señalados se encuentra el absolvente, o la parte a la que se declara confesa, pues de ahí la facilidad o dificultad de probar en contrario, ya que la confesión realizada ante la presencia judicial solamente puede ser revocada o nulificada (coinciden la mayoría de los autores mencionados en este trabajo) por error del absolvente⁷⁶, situación que es difícil de probar, y también en el supuesto que el Juez, al desahogar la prueba, no haya tomado en cuenta que la parte que hizo la confesión tuviera la capacidad adecuada para hacerla, o bien, que dicha parte, haya sido objeto de violencia física o moral al realizarla, prestando una confesión sin la libertad que se debe observar en toda confesión.

Ahora bien, si la confesión fue ficta, es decir, fue por una omisión del absolvente de no acudir a la comparecencia ante el juzgador para el desahogo de tal prueba, además de tener que acreditar la incomparecencia a juicio por causas justificadas, también tendrá y podrá acreditar que a pesar de haber sido declarado confeso, la contraria no acredita su acción, o en su caso la demandada no acredita

⁷⁵ Mateos Alarcón Op. Cit. Pág. 103, manifiesta que se puede tomar como confesión las afirmaciones que realiza el articulante respecto de los hechos que afirma en las posiciones.

⁷⁶ Por error debe entenderse una falsa realidad de los hechos o cosas, es decir, el absolvente no se encuentra con pleno conocimiento de las circunstancias o del objeto sobre el que versa la confesión.

sus excepciones, ya que existe otra prueba suficiente (un documento que acredite la realización del pago de la cantidad demandada en caso de que la controversia se refiera a la celebración de un contrato de mutuo, o la firma de un título de crédito) que construyen las consecuencias jurídicas de esa confesión ficta, o bien, manifestar que el actor, en caso de que quien haya sido declarado confeso haya sido el demandado, no ha acreditado con pruebas fehacientes la procedencia de su acción y consecuentemente la procedencia de las prestaciones reclamadas.

A efecto de esclarecer lo anteriormente manifestado, es menester establecer el siguiente ejemplo:

Existe un juicio ejecutivo mercantil, en el que el actor presentó un pagaré firmado por el demandado, y éste impugna la firma que calza dicho pagaré, manifestando que no es su firma pero no ofrece la prueba pericial correspondiente, sino que al ofrecer la confesión del actor realiza una posición tendiente a obtener la confesión del actor en el sentido de que la firma que calza el pagaré no es la del demandado. En este caso, el actor no acude a la citación del Juzgado y es declarado confeso de todas y cada una de las posiciones que se calificaron de legales, y en específico de la posición tendiente a demostrar que la firma que calza el pagaré no es la del demandado (se debe ser muy cuidadoso para realizar posiciones que impliquen una negación). En este caso, a pesar de que el actor está confeso de varias posiciones, y en específico de esa posición, el Juez no podrá absolver al demandado de las prestaciones reclamadas, pues de las pruebas aportadas, se desprende que el actor tiene acción y derecho para demandar del enjuiciado dichas prestaciones, no desprendiéndose de ninguna prueba, que la firma que calza el documento base no sea del demandado, no siendo en este caso una prueba determinante la confesión ficta realizada por el actor, ya que ésta no es suficiente para tener por cierto lo asentado por el demandado, y la misma no le puede causar ningún perjuicio al actor.

De igual forma, la confesión ficta se puede dar en caso de que el demandado no haya comparecido a la audiencia de desahogo de la prueba confesional a su cargo, y lo hayan declarado confeso respecto a una posición que tienda a acreditar que no cumplió con su obligación de pago, sin embargo, ya ha exhibido los recibos que amparan el cumplimiento de su obligación, por lo que en ambos casos, la confesión ficta no puede causarle perjuicio al demandado rebelde, ya que existen otras pruebas suficientemente contundentes, que extinguen la acción del actor.

Por otra parte, el artículo 1291 del multicitado Código de Comercio, establece cual es el valor probatorio que se le otorga a la confesión extrajudicial, que como hemos señalado anteriormente, es en el supuesto de que el Juez incompetente ante quien se realice haya sido reputado competente por las dos partes.

A pesar de que el Código de Comercio, no señala de manera expresa las consecuencias jurídicas en el supuesto de que el actor o demandado confiesen hechos controvertidos o que sean materia de la litis y que con base en ello el Juez tenga la obligación de fundamentar su sentencia básicamente en ello, por lo expresado en anteriores líneas, se colige que es una prueba demasiado importante, ya que nadie declara o confiesa un hecho adverso, sino cuando éste es cierto y verdadero, de acuerdo al principio lógico plasmado por Alsina con anterioridad.

Sin embargo, existe una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala que independientemente de que una de las partes haya confesado un hecho que le perjudica, ello no es suficiente para absolver o condenar a una de las partes, ya que si de las demás pruebas aportadas en juicio, se llega a la conclusión que la confesional es inverosímil, el Juez no le puede otorgar valor probatorio pleno, pues el juzgador tiene la obligación de valorar todas las pruebas en su conjunto, más no aisladamente. Transcribimos a continuación la siguiente jurisprudencia

Octava época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: VIII, Septiembre de 1991
Tesis: 1.6o.C. J/2
Página: 82

PRUEBA CONFESIONAL INVEROSÍMIL. VALOR DE LA. La prueba confesional debe valorarse en relación con todas las constancias de autos, debiéndose destacar que el moderno derecho procesal rechaza el examen aislado e independiente de cada prueba, pues la convicción del juzgador se ha de formar por la concatenación de los diferentes datos que lleguen a su conocimiento, por lo cual si la confesión no se encuentra corroborada por algún otro elemento de prueba, sino que, por el contrario, resulta inverosímil y contraria a las constancias de autos, no se le puede asignar valor probatorio pleno, y es por ello correcta la actitud del juzgador cuando basado en las reglas de la lógica y la experiencia, funda su sentencia tomando en cuenta todas las constancias de autos y no solamente una confesión que incluso resultará contraria a las mismas. En consecuencia, la confesión no puede producir efecto probatorio alguno en aquellos casos en que la ley se lo niegue, o cuando venga acompañada de otras pruebas o constancias de autos que la contradigan y la hagan inverosímil.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 4988/90. Rosario Méndez Miranda. 18 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Victor Hugo Díaz Arellano. Secretario: Gonzalo Hernández Cervantes.

Amparo directo 648/91. Miguel García Rodríguez. 8 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Victor Hugo Díaz Arellano. Secretario: Gonzalo Hernández Cervantes.

Amparo directo 3510/91. Salvador Fernández Espinoza, su sucesión. 8 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Eliseo Carrillo Bracamontes.

Amparo directo 2898/91. Rafael Padilla Pozas. 8 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Eliseo Carrillo Bracamontes.

Amparo directo 2766/91. Josefina Martínez Encarnación o Josefina Encarnación Martínez. 22 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Victor Hugo Díaz Arellano. Secretario: Gonzalo Hernández Cervantes.

NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 45, Septiembre de 1991, pág. 37.

Desde luego, pensamos que en la realidad jurídica es muy difícil que en un procedimiento se llegue a dar este supuesto, ya que como se ha mencionado en apartados anteriores, y de acuerdo a lo señalado por el insigne jurista argentino Hugo Alsina, la confesión tiene un aspecto lógico, y este radica

en el hecho de que nadie declara en su contra si no es porque dicha declaración es verdadera, y es por ello que en muchas ocasiones la prueba confesional únicamente se ofrece para reforzar lo que ya se ha acreditado con pruebas documentales.

Creemos que también ésta tesis de jurisprudencia nació porque puede darse el supuesto en el que existan juicios simulados en los que el actor y u demandado sean la mismas persona, o bien que el actor y demandado se hayan puesto de acuerdo para perjudicar a un tercero y a pesar de que una de las partes confiesen hechos que le perjudiquen, pueden existir otras constancias documentales que hacen imposible que se crea que pueda existir esa confesión.

Por último, es preciso mencionar que el artículo 1235 del citado ordenamiento, señala que en caso de que una de las partes realice una confesión por escrito, ya sea al contestar la demanda, o en cualquier otro escrito presentado ante el Juez, para que la confesión quede perfecta y haga prueba plena en juicio, la parte que desee ofrecer esa confesión como prueba, tendrá que solicitar la ratificación del escrito en donde se haya realizado esa confesión ante la presencia judicial, ya que de no hacerse, para que dicha confesión pueda hacer prueba plena en juicio, tendrá que ser administrada con otra probanza, situación con la que no estamos de acuerdo, ya que ésta es una de las formas más espontáneas de realizar una confesión, situación que hemos señalado con anterioridad.

3.6 PROYECTO DE MEJORAS

El artículo 1235, que no fue reformado, señala que cuando la confesión no se hace al absolver posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, el colitigante, (la parte contraria) podrá pedir la ratificación, a efecto de que quede perfecta la confesión.

En anteriores líneas, hemos expresado nuestra opinión de lo establecido en este artículo, no estando de acuerdo con la redacción del mismo, ya que la confesión realizada por escrito, es la más espontánea y cierta de las confesiones, no necesitándose que el contrario pida la ratificación, pues en todo caso, esa ratificación o reconocimiento del escrito en la que se contiene, deberá pedirse, en caso de que el confesante alegue o impugne de falso el contenido y la firma de tal escrito, o pida la nulidad del acto donde se realice la misma, recordando que la confesión sólo puede ser revocada si se demuestra que al realizarla existió error (de hecho más no de derecho) en el confesante, es decir, una falsa apreciación de los hechos, o se ejerció violencia física o moral en el mismo para provocarla.

Sin embargo, a pesar de que no estamos de acuerdo con la redacción de tal precepto, entendemos el espíritu del legislador al redactarlo de esa forma, ya que cualquier persona o el contrario, podrían falsificar la firma del confesante, siendo por ello la razón de que se pida ratificación del escrito en donde se realizó la misma.

Por lo anterior, es que proponemos la reforma del artículo 1235 del Código de Comercio, estableciéndose que la confesión realizada en cualquier acto del juicio, sin que sea ante la presencia judicial, sino por escrito ya sea al demandar, contestar la demanda o en su caso en cualquier otro escrito presentado ante el Juez, será válida y hará prueba plena en contra del que la haga, con la salvedad del derecho del confesante de impugnar de falso el contenido y firma de dicho escrito, teniendo la obligación de rendir prueba que acredite tal falsedad.

Lo anterior, lo confirma el criterio sustentado por nuestro más alto Tribunal, que a continuación se transcribe.

Octava Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación

CONFESIÓN EN MATERIA MERCANTIL, EFECTUADA EN CUALQUIER ACTO DEL JUICIO, VALIDEZ DE LA. Una vez reconocido y confesado el hecho fundatorio de la demanda, ya no se puede retractar el confidente, a menos de que demuestre que lo confesado no responde a la verdad o que la confesión fue debida a error. No es obstáculo para arribar a la anterior conclusión, el alegato del peticionario de garantías consistente en que la confesión del demandado no puede tomarse en cuenta porque ésta no surgió del desahogo de la confesional, sino que fue asentada en forma indebida por el actuario, quien carecía de facultades legales para recibirla y a pesar de ello la asentó en el acta de embargo, para beneficiar del juicio, y sin la presencia judicial, lo que necesariamente trae como consecuencia que al realizarse aquélla, produzca efectos jurídicos, siendo susceptible de perfeccionarse o robustecerse con las demás constancias de autos.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 4403/91. Ramón Saba Djaddah y otra. 12 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretario: Raúl García Ramos.

Otros preceptos que deben reformarse, y a efecto de que nos encontremos con una lexicología jurídica congruente y lógica, son los artículos 1211, 1212, 1213 y 1291 del citado Código que establecen que la confesión es judicial cuando se rinde ante Juez competente, y extrajudicial la que se rinde ante Juez incompetente, ya que consideramos que ambas confesiones son judiciales, siendo una ante Juez competente y la otra ante Juez Incompetente pero ambas son judiciales pues se rinden ante una autoridad judicial, ya que la forma en que se encuentra redactado el citado artículo no es congruente con las definiciones que el Código señala, además de que pueda prestarse a pensar que una confesión rendida ante una autoridad distinta de la judicial, que es la confesión verdaderamente extrajudicial, pueda tener valor probatorio dentro del juicio.

Es por ello que se propone la reforma y modificación de los citados artículos, e incluso la derogación de los artículos 1212 y 1213, señalando en el artículo 1211 que ambas son confesiones judiciales, dividiéndolas en confesiones ante Juez competente o incompetente, y por lo que respecta al artículo 1291,

modificarlo en el sentido de que la confesión Judicial ante Juez incompetente hará prueba plena, si ambas partes reputaban como competente al Juez incompetente.

Por último, consideramos que a efecto de encontrar una hermenéutica y congruencia en nuestro Código de Comercio, deberá suprimirse la parte conducente del artículo 1214 del citado Código, que establece que las partes podrán ofrecer la prueba de confesión 10 días antes de la audiencia de pruebas, ya que además de que la fracción I del artículo 1079 del Código de Comercio señala que el Juez tiene la obligación de fijar la audiencia de pruebas dentro de los ocho días siguientes al auto que admita estas, y por ende lo dispuesto por el artículo 1214 en su parte conducente, no tendría ninguna aplicación. Hemos comentado líneas anteriores, que existen diversos momentos procesales para que las partes ofrezcan dicha prueba; el primero desde el momento de la demanda o contestación, el segundo al momento de ofrecer pruebas y el tercero en el momento en que uno de los absolventes comparezca al Juzgado a absolver las posiciones que se le articulen, ya que si ésta presente la otra parte, el absolvente tiene derecho a formularlas al articulante, por lo que la parte conducente de dicho artículo deberá suprimirse.

CAPÍTULO CUARTO

PRUEBA DOCUMENTAL

4.1 CONCEPTO DE DOCUMENTO

Antes de comenzar a establecer los diversos conceptos que de documentos han otorgado los prestigiados procesalistas mencionados en este trabajo, es preciso hacer hincapié que esta prueba se ha convertido en la más importante dentro de un procedimiento para que las partes acrediten los hechos o las excepciones planteadas, ya que la prueba documental tiene mayor fuerza probatoria, pues evidentemente recoge lo que las partes al momento de celebrar un acto jurídico, o declarar sobre alguna cuestión que realizan y los obliga entre si manifiestan, pues ello se queda grabado en el documento, ya que de lo contrario, sino se asentará lo acordado o manifestado por las partes en un papel, o en cualquier otro objeto, ello se quedaría en la memoria de las partes, pudiendo resultar que en caso de que estas comparezcan en juicio, alguna de ellas podría atentar a la verdad, impidiendo al Juzgador conocer la realidad de los hechos controvertidos, no confiando tampoco en los testigos que supuestamente presenciaron los hechos.

Esto sucede comúnmente cuando las partes en juicio manifiestan que han celebrado contratos verbales, y para acreditar tal circunstancia, ofrecen como prueba la testimonial de personas que no presenciaron los hechos y que incurren en diversas contradicciones o falsedades, o bien, son tan excelentemente aleccionados que no incurren en ninguna contradicción, y producen en el ánimo en el Juzgador una creencia de que así sucedieron los hechos, siendo que en ningún momento presenciaron lo que su oferente manifiesta, resultando esto muy peligroso para la justicia.

De igual forma, es preciso señalar que existen diversas clasificaciones de documentos, clasificaciones que se estudiarán en el siguiente subtema de manera más detenida, sin embargo, la clasificación más común y que se observa en las pruebas documentales que las partes ofrecen en juicio, son las documentales públicas y privadas, documentales privadas y públicas que serán tomadas en cuenta por el Juzgador, siempre y cuando estas no sean objetadas de falsas, alteradas o de nulas, según sea el caso, ya que es muy importante distinguir entre la objeción en cuanto al alcance y valor probatorio, la falsedad de un documento, su alteración y la nulidad de las mismas, circunstancias que se abordarán más adelante en el tema de la objeción de documentos.

La prueba de escritura o de los documentos escritos, como ya lo hemos comentado en el primer capítulo, no tenía gran importancia en la antigüedad, ya que las personas creían en la palabra de la otra, y en las que presenciaban los hechos acontecidos o la celebración de actos jurídicos. Sin embargo, con el devenir del tiempo, y a medida de que el hombre fue perdiendo el temor a ser castigado por la divinidad en caso de atentar contra la verdad, la escritura fue tomando relevancia, hasta llegar a ser hoy en día la prueba más importante en nuestro sistema procesal, siendo solamente posible destruir sus efectos, en caso de que se alegue falsedad de los documentos privados, o bien falsedad o nulidad de los documentos públicos por no haberse celebrado o expedido estos con las formalidades que la Ley para tal efecto señala, o haber sido falsificados, acreditándose tal circunstancia con el cotejo en la matriz donde se encuentre el documento original.

Algunos autores⁷⁷, señalan que la prueba documental se encuentra clasificada dentro de la prueba instrumental, es decir, que la prueba documental es una especie de la prueba instrumental que es el género, ya que la palabra instrumento deviene del latín *instruere*, que significa enseñar algo, encuadrando

⁷⁷ Alsina Op. Cit. Pág. 289 y Chioyenda Op. Cit. Pág. 246 , Escriche Op Cit. Pág. 885.

dentro de esta prueba, además de la documental, a las grabaciones de audio y video, la señalización en una carretera, la fotografías etc. Sin embargo, a nosotros nos interesa únicamente el estudio de la prueba documental.

Para Chiovenda, en un sentido amplio, documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una determinada manifestación del pensamiento. Sin embargo, más adelante señala que el medio más común de representación del pensamiento es la escritura, es decir los documentos escritos.

A su vez, al referirse a la importancia que tienen los documentos dentro de un juicio, Chiovenda manifiesta que los documentos escritos tienen diferente importancia según de la persona de quien provengan, ya que si proviene de una de las partes en juicio, puede tener las consecuencias de una confesión y si proviene de un tercero, puede referir un hecho o acontecimiento celebrado por el tercero, o lo que este haya presenciado por sus sentidos, asemejándose en este caso a la rendición de una prueba testimonial o pericial, teniendo en este caso una secundaria importancia.

De lo expuesto por Chiovenda, podemos concluir que la prueba documental es todo aquello que represente una idea del pensamiento, asemejándose esta idea a la que se tiene de la prueba instrumental, ya que como lo manifestamos en líneas anteriores, la prueba instrumental es el género y la documental es la especie, siendo la más expresiva de estas manifestaciones los documentos escritos. Con relación a la semejanza que tiene la prueba documental con la prueba confesional y la prueba testimonial o pericial, coincidimos en el sentido de que una declaración por escrito, puede hacer las veces de una confesión de las partes, sin embargo, cuando esta manifestación la realiza un tercero, no puede determinarse que se le otorgue el efecto de una prueba testimonial o pericial, ya que para desahogar una prueba pericial o testimonial, tuvo que haber comparecido la contraparte de la oferente de la prueba para realizar repreguntas, o bien, ampliar los puntos sobre los que haya versado la

prueba pericial, por lo que a pesar de que esta se puede asemejar a la rendición de las anteriores pruebas, no se le puede otorgar tal carácter, pues se dejaría en estado de indefensión a la otra parte al privarla de la garantía de audiencia para que pueda repreguntar o ampliar las cuestiones debatidas sobre las pruebas testimoniales o periciales, por lo que a dichas pruebas se les puede dar el carácter de documentos y un valor de un simple indicio, más no una semejanza con las pruebas anteriormente citadas.

Por su parte, Redenti⁷⁸ no confiere un concepto general de documento, sino que señala que debe entenderse por documento público o acto público contenido en un documento y documento privado, manifestando que acto Público, "Es un documento (escrito) que "contiene", en signos gráficos, una atestación redactada con la observancia de ciertas formalidades extrínsecas y solemnes por un oficial Público, autorizado para atribuirle fe Pública, y en la que dicho oficial expone de forma descriptiva que ciertas declaraciones (cualesquiera que sean) han sido emitidas ante él por ciertos sujetos, o que ciertas actividades (por ejemplo recuento de dinero, entrega de cosas, etc.) han sido realizadas ante su presencia o que él mismo ha procedido a ejecutarlas (por ejemplo: inventariando objetos, procediendo a notificaciones, etc.)

De igual forma, señala que el acto público no es más que un testimonio escrito y solemne de un oficial público autorizado para ello, formada extrajudicialmente, y que se utiliza en el proceso, adquiriéndola materialmente, para los autos del mismo proceso.

Evidentemente, al hablar del acto público, Redenti se refiere al acto jurídico o hechos que el funcionario o Fedatario público hace constar en el documento, y por tanto, dicho documento adquiere el carácter de público, actos que se tienen que llevar a cabo bajo las formalidades que exigen las leyes para tal

⁷⁸ Derecho Procesal Civil. Págs. 287 y 288.

efecto, so pena de nulidad de los mismos, y por tanto, el documento no adquiere la calidad de público.

Es muy importante resaltar lo manifestado por el autor italiano, en el sentido de que los actos realizados por los funcionarios públicos, tienen que revestir ciertas formalidades, así como el documento en el cual consten tales hechos, pues el Código de Comercio, señala que los documentos públicos podrán ser redarguidos por las partes de falsos, sin embargo, no se hace ninguna manifestación a que dichos documentos públicos, puedan ser atacados de nulos por no reunir los requisitos que para tal efecto exigen las leyes, como puede ser la falta de un sello, el folio o la firma de todos y cada uno de los funcionarios que intervienen en la realización de los actos o hechos que en tales documentos se especifiquen.

Asimismo, señala que existen otros Oficiales públicos que también tienen atribuciones de documentación de actividades propias y ajenas, pero en estos casos no están autorizados para atribuir a sus actos fe pública, como es el caso de los oficiales de policía o los oficiales de correos, por lo que los actos realizados por estos oficiales son públicos, sin embargo no se les puede otorgar fe pública, y por ende al documento que contiene la realización de tal acto público, no puede considerársele como documento público.

Por lo que se refiere a la documental privada, Redenti la denomina escritura privada, y manifiesta que escritura privada en sentido lato y genérico " es cualquier escrito (sea cual fuere la materia que lleva los signos gráficos y cualquiera que sean estos signos) que no tenga los caracteres de documentación formada por un oficial público".

Esta definición, es la que otorga el Código de Comercio (Artículo 1238), siendo más completa la que se establece en el artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya que señala que documento privado son los vales, pagarés, libros de cuenta, cartas y demás escritos formados

y firmados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribanos o funcionarios competentes. Volviendo con la definición de Redenti, por simple y escueta que parezca, es la definición más apropiada, pues las documentales privadas abarcan más supuestos que las documentales públicas, siendo imposible señalar con precisión cuales son todas las documentales privadas y es más fácil determinar que por exclusión las que no tengan el carácter de públicas, serán las documentales privadas, sin embargo, por simple que parezca, Redenti, posterior al significado que le otorga a la escritura o documental privada, resalta la importancia y trascendencia de firma en los documentos privados, que determinan con certeza quien fue la persona que elaboró o manifestó algo en dicho documento, siendo fácil con tal acto, saber de donde provienen, pues existen documentos elaborados por las partes en donde hacen declaraciones o simples comunicados entre ellas, que no son firmados y por ende no puede determinarse su origen, estableciendo el autor italiano, que las partes sólo podrán destruir los efectos de dichas documentales argumentando la falsedad de la firma o la alteración del texto del documento, alteración o falsedad que necesariamente tendrá que ser acreditado por quien lo afirma (carga de la prueba), mediante el cotejo y una prueba pericial en caligrafía y grafoscopia.

Don Joaquin Escriche⁷⁹, no otorga una definición de documento, sino que nos remite a la definición de instrumento, ya que para el prestigiado jurista español, instrumento y documento son sinónimos, siendo más importante la definición de Instrumento, señalando que " la voz instrumento se deriva efectivamente del verbo latino instruere, instruir, porque está destinado a instruirnos e informarnos de lo que ha pasado; y por eso no es extraño que se haya comprendido también bajo esta apelación a los testigos. Más en un sentido propio y riguroso no se entiende por instrumento sino el escrito en que se perpetua la memoria de un hecho, el papel o documento con que se justifica o

⁷⁹ Op. Cit. Pág. 885.

prueba una cosa, la descripción, memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de o que ha sido convenido entre dos o más personas"

De igual forma, señala que existen dos tipos de documentos; privados y públicos. " Es instrumento público el que una persona, constituida en dignidad o cargo público, autoriza en los negocios correspondientes a su empleo u oficio, y es instrumento privado el que se hace por personas particulares sin intervención de persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio."

De la definición de Escriche, podemos concluir que para el jurista español, también la prueba documental se encuentra clasificada dentro de la prueba instrumental que es el género, pues la palabra instrumento significa instruir, enseñar, manifestando en su definición que en algún momento también se llamó instrumento a la declaración de los testigos, pues ilustra al Juzgador respecto de algún hecho que lo auxiliara a resolver la litis.

Posteriormente, señala que en un estricto sentido, la prueba instrumental, es todo documento escrito, significado preponderante de los documentos, no importando que dicha escritura se plasme en un papel, tierra, masa, arena, metal, o en cualquier otro objeto, siempre y cuando sea algo escrito y pueda llevarse al Juez hasta su recinto para que el mismo observe su contenido y averigüe la verdad de los hechos, concluyendo también, que la prueba documental, es una prueba preconstituida para que las partes, en caso de un juicio, auxiliien al Juez para que determine quien tiene la razón, es decir, prevenir que una de ellas al comparecer a juicio, declare falsamente respecto de lo acontecido para liberarse de la obligación pactada.

Por lo que respecta a la clasificación que el jurista español hace de los documentos o instrumentos, hemos manifestado que es la clasificación más común en cuanto a la procedencia de los mismos, criticando únicamente que la clasificación de documentos públicos es muy ambigua y general, ya que el autor

manifiesta que es público todo documento elaborado por un funcionario público en ejercicio de su cargo o funciones y que es autentico por que es digno de fe y crédito, sin embargo, es importante señalar, que un documento público, al que se le otorgue fe pública y no pueda ser objetado en cuanto a su autenticidad, salvo la acreditación de falsedad del mismo, solamente pueden ser aquellos que son celebrados por el notario o corredor público, el celebrado por el funcionario al que el estado dota de fe pública, y en un procedimiento a las actuaciones judiciales, más no es documento público cualquier documento que expide una autoridad o funcionario público que no está investido de fe pública.

Continuando con las definiciones de documento, Hugo Alsina⁸⁰, manifiesta que las leyes hablan indistintamente de documentos o instrumentos como si fueran sinónimos, sin embargo para el autor argentino no lo son.

De ese modo, Alsina establece que "Por documentos se entiende toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal. Son documentos materiales, entre otros los quipos, las tarjetas, las marcas, los signos, las contraseñas, etc. Los documentos literales son las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica y para los cuales se reserva el nombre de instrumentos". Continuando con su exposición, el jurista argentino manifiesta que esta pruebas, es decir los instrumentos, son las llamadas preconstituidas, es decir, aquellas preparadas con anterioridad al juicio, por mandato de la ley o por voluntad de las partes, con el objeto de constatar la creación, extinción o modificación de un derecho, pero nada impide que el documento se produzca una vez trabada la litis, en cuyo caso su vinculación dependerá de su relación con ella y de la oportunidad que se pueda.

La definición de Alsina, y la distinción que realiza entre documento e instrumento, nos parece muy acertada, pues evidentemente, de los anteriores

⁸⁰ Op. Cit. Págs. 289 y siguientes.

conceptos se puede concluir que instrumento y documento se utilizaban de manera indistinta para identificar a los escritos públicos y privados, aclarando esta cuestión el jurista argentino, pero a pesar de ello, consideramos que el instrumento es el género y el documento es la especie, pues instrumento tiene su origen en la palabra instruere que significa instruir al Juez, es decir enseñarle algo, enseñanza o instrucción que puede hacerse por otros medios de prueba no sólo por la escritura, sino por medio de la fotografía, fonografía, videos y demás pruebas que no son escritas, siendo las pruebas escritas exclusivamente los documentos, y no como lo manifiesta Alsina, en el sentido de que los documentos escritos son los instrumentos, pues se insiste que este concepto es muy general, y el documento es específico.

Por otra parte, el autor argentino manifiesta que los instrumentos, es decir, los documentos escritos, en algunas ocasiones, y por disposición de la ley, son necesarios para acreditar el derecho de una de las partes, ya que si el documento no existe, tampoco el derecho de la parte que pretende hacerlo valer en juicio. Tal es el caso, en nuestro sistema legal de los llamados Títulos de crédito, en donde una de sus características es la incorporación, es decir, el derecho del titular del crédito, debe asentarse en el título de crédito, pues de lo contrario el derecho no existe, ya que para acreditar la existencia de dicho créditos, de acuerdo a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, forzosamente para demandar el pago de tal título, deberá presentarse el documento en el que conste tal derecho. Para confirmar lo anterior, transcribimos lo establecido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 5, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 5.- Son Títulos de crédito, los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna.

Es por ello, que consideramos que lo dicho por el maestro Alsina es absolutamente cierto y atinado, pues existen diversas relaciones jurídicas o actos jurídicos que puedan acreditarse con medios de prueba distintos a los de la

documental, pero en algunos casos, la ley no permite otro medio de prueba para acreditar la relación jurídica sino es por medio de dicha prueba, o mejor dicho de un documento escrito, tal y como lo establece el artículo antes citado.

James Goldschmidt,⁸¹ manifiesta que documentos escritos " Son los que por virtud de su contenido conceptual sirven como medios de prueba."

Este autor, al igual que varios de los autores europeos, identifican a la prueba instrumental y documental como sinónimos, es decir, consideran que ambos conceptos se refieren a la escritura, considerando que la prueba de "monumenta" es la que abarca más pruebas, que expresan un significado diferente a la escritura y que podrían ser objeto de un reconocimiento judicial (videos, fotografías, señal de carretera, etc.).

Goldschmidt, establece que los documentos se clasifican en dos grandes rubros según la forma de los mismos; en públicos y privados, siendo documentos públicos los otorgados por autoridades públicas dentro del límite de sus atribuciones o por una persona investida de fe pública, y privados todos los demás. También es importante señalar, que para el autor alemán la fuerza probatoria de un documento depende de dos cosas; la primera de que el documento provenga del otorgante indicado, es decir, que sea auténtico, y luego de que no tenga modificaciones en su contenido, realizadas sin autorización. En ese sentido, si el documento es auténtico y no falsificado, tiene fuerza probatoria plena.

Además de lo señalado con anterioridad, es un gran mérito del prestigiado autor alemán, señalar que para el desahogo de la prueba documental, no sólo es necesario presentar el documento, sino manifestar que es lo que se pretende acreditar con el mismo, ya que ha sido una práctica común que nuestros

⁸¹ Op. Cit .Pág. 266.

Tribunales manifiesten que la prueba documental queda desahogada por su propia y especial naturaleza, esto con relación a que no se tiene que llevar a cabo ningún acto tendiente a que esta se desahogue, es decir, no tiene que prepararse el desahogo de dicha prueba como si ocurre en la testimonial o confesional, en la que se tienen que citar a las personas a declarar y elaborar las preguntas que se tienen que realizar, sin embargo, lo anotado por Goldschmidt es muy acertado, pues no basta que se presente el documento, sino que la parte que lo exhiba como prueba, le proporcione elementos al Juez para que este pueda determinar que es lo que el oferente del documento pretende acreditar con el mismo, a pesar que de la exhibición de algunos documentos es muy claro lo que su presentante pretende demostrar con el mismo, situación que en la actualidad forzosamente se tiene que hacer, pues el artículo 1198 del Código de Comercio, señala que las pruebas deben ofrecerse expresando claramente el hecho o hechos que se pretenden acreditar con las mismas.

Consideramos que la definición otorgada es simple y sencilla, sin embargo, el autor alemán considera que la prueba de documentos vale por lo que en ella se contiene⁸², es decir, en dicha prueba pueden existir diversas declaraciones, tanto de las partes en la relación jurídica, como de extraños a la misma, que en un supuesto dado, sirven de prueba para ser aportadas al juzgador a efecto de que este dilucide a quien de las partes le asiste la razón con base en lo asentado en dicho documento.

De igual manera, son acertados los comentarios de dicho autor, en el sentido de que para que el Juzgador tome en cuenta la prueba documental, no basta con que la misma se ofrezca, sino que se manifieste de manera clara y precisa que es lo que con dichas documentales trata de acreditar, auxiliando de

⁸² El mismo autor, señala que de acuerdo a su contenido los documentos pueden ser informativos o dispositivos, según las manifestaciones que en dicho documento se contengan, es decir, dispositivo si una de las partes en el juicio hizo una declaración en dicho documento, o bien, informativos si en el mismo se contiene un testimonio sobre los hechos necesitados de prueba.

esa forma al juzgador para comprender el alcance y valor probatorio que se pretende demostrar con las mismas, permitiendo una valoración adecuada de las mismas.

Por último, estableceremos el concepto que de documento expresa el maestro Eduardo Pallares.

El maestro Pallares⁸³, manifiesta que de acuerdo a las raíces etimológicas de la palabra documento, esta quiere decir "Todo aquello que enseña algo. En realidad el documento consiste en cualquier cosa que tenga algo escrito con sentido inteligible, aunque para precisar el sentido sea necesario acudir a la prueba de traductores."

Asimismo, el maestro Pallares señala que, "algunos jurisconsultos consideran como prueba documental los discos de fonógrafo, las fotografías, las películas del cine, y así sucesivamente. El autor se aparta de este punto de vista porque tradicionalmente sólo se ha considerado como documento lo que está escrito cuyo contenido pueda ser comprendido. No importa la materia sobre la cual se escriba: el papel, la piedra, incluso los ladrillos como se acostumbraba entre los asirios, cuyas Bibliotecas estaban formadas por cantidad enorme de esos documentos hechos de arcilla."

De esta definición, concluimos que las pruebas documentales son estrictamente las que contienen la escritura, privando de este concepto a las pruebas científicas, como las denomina el autor, dentro de las que se encuadran las fotografías, discos, videos etc. y que los documentos escritos, no sólo pueden contenerse en papel, sino que la escritura puede manifestarse en cualquier material, siempre y cuando esta se pueda entender y comprender, siendo en la mayoría de los casos, el papel en donde dicha escritura se contiene.

⁸³ Op. Cit. Pág. 402.

De todas las definiciones obtenidas, se colige que para la mayoría de los autores, la prueba documental se refiere a la escritura, que puede materializarse en cualquier elemento, no sólo en papel, siempre y cuando dicha escritura se pueda entender, es decir, que se legible; que la escritura, contenida en el documento, puede contener una confesión, o bien un testimonio; que la procedencia o éxito de dicha prueba deriva de que el documento no se impugne de falso, de alterado o de nulo por no cubrir ciertos requisitos legales, teniendo la carga de la prueba de acreditar tal circunstancia la parte que alegue la falsedad, alteración o nulidad del mismo; que la clasificación más común es la de los documentos públicos o privados; y que dichas pruebas son muy importantes hoy en día en nuestro sistema procesal probatorio, pues es el medio más eficaz para demostrarle al Juez los acontecimientos pasados que lo auxilién a averiguar la verdad y que incluso, el ejercicio de un derecho, depende de la presentación del documento, pues sin la tenencia del mismo, el derecho no se tiene, como es el caso de los títulos de crédito.

4.2 CLASIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS SEGÚN EL CÓDIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio, en su capítulo XIV, artículos 1237 a 1251 y 1292 a 1298, además de lo dispuesto por el artículo 1061, regulan el ofrecimiento y valor probatorio de la prueba documental, que en el citado capítulo se denomina, de manera incorrecta, de los instrumentos y documentos.

El Código de Comercio, en los artículos 1237 y 1238, para definir lo que significa un documento público y uno privado, textualmente establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 1237.- Son instrumentos públicos los que están reputados como tales en las leyes comunes, y además las pólizas de contratos mercantiles celebrados con intervención de corredor y autorizados por este, conforme a lo dispuesto por este Código.

ARTÍCULO 1238.- Documento privado es cualquiera otro no comprendido en lo que dispone el artículo anterior

De lo señalado por los dos artículos anteriores, concluimos que la intención del legislador, fue denominar instrumento a los documentos públicos, y documentos, propiamente dicho, a los documentos privados, conceptualización que, desde nuestro punto de vista consideramos errónea, ya que en anteriores líneas, hemos comentado que la prueba instrumental es más general que la prueba documental, ya que la primera es la especie y la segunda el género, y que la prueba documental, a pesar de la confusión y controversia doctrinal existente, sólo se puede referir a la escritura, independientemente del material en la cual se contenga, por lo que evidentemente la definición otorgada por el Código de Comercio es equivocada, pues en lugar de definir a los documentos públicos como instrumentos públicos, simplemente debería de mencionar que existen documentos públicos y privados, para que la definición otorgada no se preste a confusión.

Por otra parte, de lo dispuesto por el artículo 1237 del citado ordenamiento, se colige que la definición ahí contenida, es ambigua e insuficiente para conceptualizar lo que es un documento público, ya que el citado precepto señala que "son documentos públicos aquellos que sean reputados como tales en las leyes comunes y además las pólizas mercantiles celebradas por corredor público...", siendo insuficiente e imprecisa tal definición o clasificación, ya que habría que acudir a cada una de las Leyes Federales o locales para determinar cuales son las documentales que las referidas leyes consideran como públicas.

Es claro, que en la práctica judicial, los Jueces ya conocen cuales son documentales públicas y cuales son privadas, aplicándose en este caso lo dispuesto por el artículo 327 del Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya que dicho precepto es más claro en cuanto a la clasificación de los documentos públicos, aplicándose dicho precepto de manera supletoria al de

Comercio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1054 del citado ordenamiento legal.

Generalmente en los juicios civiles y mercantiles, no es difícil distinguir entre un documento público y uno privado, pues en la mayoría de ocasiones las partes exhiben contratos privados o escrituras públicas, sin exhibir documentos emitidos por funcionarios públicos, razón por la que no es difícil realizar ésta distinción.

El artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, contenido en la sección tercera de dicho ordenamiento, textualmente establece lo siguiente:

ARTÍCULO 327.- Son documentos Públicos:

- I.- Las escrituras públicas, pólizas y actas otorgadas ante notario o corredor público y los testimonios y copias certificadas de dichos documentos;
- II.- Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñan cargo público en lo que se refiera el ejercicio de sus funciones;
- III.- Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se halle en los archivos públicos, o los dependientes del gobierno Federal, de los Estados, de los ayuntamientos o del Distrito Federal;
- IV.- Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los Jueces del Registro Civil, respecto de las constancias existentes en los libros correspondientes;
- V.- Las certificaciones de las constancias existentes en los archivos públicos por funcionarios a quien compete;
- VI.- Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados antes del establecimiento del Registro civil, siempre que fueren cotejadas por notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho.
- VII.- Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades y asociados, Universidades, siempre que estuvieren aprobados por el gobierno Federal o por los Estados, y las copias certificadas que de ellos expidieren;
- VIII.- Las actuaciones judiciales de toda especie;
- IX.- Las certificaciones que expidieren las Bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio.
- X.- Los demás a los que se reconozca ese carácter.

Este artículo, claramente define de manera más amplia y precisa cuales son los documentos públicos, ya que la definición o clasificación que establece el artículo 1237 del Código de Comercio es muy vaga, aunque el mismo precepto señala que también serán reputados como documentos públicos los que las leyes comunes señalen como tales, por lo que podemos concluir que los documentos que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal clasifica como Públicos, pueden ser clasificados como tales también por el Código de Comercio, ya que además de que el Código Procesal es supletorio del Código de Comercio, es considerado como una Ley común, además de todas la leyes.

A pesar de lo anterior, el maestro pñalares critica la clasificación que realiza la Ley, en cuanto a que documento público no es todo aquel expedido por un funcionario público al que la ley no lo haya dotado de fe pública, o bien los documentos que se encuentren archivados en una dependencia pública, pues pueden ser documentos privados, en los que no haya intervenido un notario o funcionario público que haya dado fe de su existencia, sino que se les de tal carácter por el sólo hecho de estar resguardados en una dependencia pública o de gobierno.

La clasificación que otorga el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal referente a los documentos públicos, coincide con lo expuesto por la mayoría de los autores que hemos mencionado, en el sentido de que documento público es todo aquel que expide una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, competencia y de acuerdo a las formalidades que la ley exige para tal efecto, así como las copias certificadas que expiden las dependencias Públicas o de Gobierno, además de los documentos que expiden los notarios y corredores públicos, a los que el Estado faculta para conceder fe pública en los actos que intervengan. Un ejemplo de este tipo de documentos son las copias certificadas expedidas por el Registro Civil, el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, que a pesar de que no son entes a los que el Estado dote de fe Pública, la ley considera

que los documentos o copias certificadas que estos expidan se consideraran como documentales públicas.

De acuerdo a lo anterior, documento privado deberá ser aquel que es el celebrado entre las partes y en el que no actúa un funcionario Público en el ejercicio de sus funciones.

4.3 CLASIFICACIÓN DE DOCUMENTOS SEGÚN PALLARES

De las clasificaciones otorgadas por los diversos tratadistas de los que hemos mencionado a lo largo de este trabajo, y en específico lo referente al tema de la prueba documental, la clasificación propuesta por el maestro Eduardo Pallares nos ha parecido la más completa y la que hace una clara diferenciación de los diversos tipos de documentos que existen como prueba.

Con anterioridad, hemos comentado que la clasificación más común que realizan los autores, es la que se divide en los documentos públicos y privados. Para el autor Mexicano, documento Público , "es aquel que expide un funcionario público en ejercicio de sus funciones, dentro de las facultades que la propia ley le otorga al funcionario, y con los requisitos formales que la misma requiera."

Pallares menciona que sólo los documentos Públicos, son aquellos expedidos por funcionarios que gozan de fe pública y por ende, son documentos públicos las escrituras públicas, las actas del registro civil y las actuaciones judiciales. Asimismo, señala que los documentos expedidos por los funcionarios que no tienen fe pública, no poseen la misma fuerza probatoria que los expedidos por funcionarios públicos si la tienen.

El prestigiado autor, no menciona a los notarios y corredores públicos como personas facultadas para tener fe pública, sino que únicamente

menciona los funcionarios públicos como el registrador civil o un secretario de acuerdos de un juzgado, sin embargo, los notarios y corredores públicos, son personas que sin formar parte de la administración Pública o ser dependiente de uno de los tres poderes del Estado, este los dota de fe pública, es decir, que existe la presunción de que los actos jurídicos y documentos en los que intervienen tales funcionarios, han ocurrido de esa forma, pues existe la presunción de que los notarios o corredores públicos siempre se manifiestan con la verdad.

Resulta de vital importancia lo manifestado por PALLARES, en el sentido de que no todo documento expedido por funcionario público adquiere la calidad de documento público. Un ejemplo de ello y que es criticado por el autor, son los documentos a los que se les otorga el carácter de públicos por encontrarse guardados en los archivos públicos, o dependencias del Gobierno Federal, de los Estados, de los ayuntamientos y las delegaciones políticas, tales como los libros, actas, estatutos, registros o catastros, pues la sola circunstancias de encontrarse en dichos archivos, no es razón suficiente para convertirlos en documentos públicos, ya que los mismos pueden proceder de sociedades particulares o de particulares mismos.

Precisamente, la fuerza probatoria de un documento expedido por un funcionario público o fedatario público, radica en la fe pública de que estos gozan para expedir tales documentos, y el hecho de que a un documento público se le de tal carácter, por haber sido expedido por un funcionario público que no tiene fe pública, evidentemente es un error, conclusión con la que estamos de acuerdo con el insigne autor, dejando muy en claro que el hecho de que a un documento se le otorgue fe, quiere decir que tal documento tiene fecha cierta y que ocurrieron los hechos tal y como el fedatario o funcionario los narre en el documento, sin que ello no signifique que lo ahí manifestado por un particular sea verdadero.

De igual forma, el autor considera que el documento público expedido por un funcionario o fedatario público, para que se le considere como tal y tenga la debida fuerza probatoria en juicio, no sólo es necesario que se expida por los mismos, sino que el expedido por estos, se otorgue respecto a la competencia y facultades que la ley les confiere, además de que deben observarse las formalidades que se tiene que seguir para expedir tales documentos, ya que no es facultad del titular del registro civil expedir certificados de propiedad de un inmueble, ni es facultad de un notario expedir un acta de nacimiento o celebrar un matrimonio.

Pallares menciona que los documentos públicos expedidos por funcionarios que no tienen fe pública, no poseen la misma fuerza probatoria que los expedidos por funcionarios que tienen si la tienen. Al respecto, cabe recordar que para el autor, no todos los documentos que expide un funcionario o dependencia pública, deben catalogarse como públicos o auténticos, ya que no por el sólo hecho de expedirse por una dependencia gubernamental o expedir copia certificada de documentos privados que se encontraban archivados en un archivo público, pueden adquirir el carácter de documentales públicas o auténticas.

Para el maestro, no es lo mismo hablar de documentos públicos y auténticos como sinónimos, ya que un documento privado también puede ser un documento auténtico en el sentido de que valen por si mismo sin necesidad de que sean autenticados , o de que sean debidamente legalizados.

Los documentos auténticos, son aquellos que no dejan lugar a duda en cuanto a la verdad de su contenido; el que está autorizado o legalizado; el que hace prueba por si mismo; el que procede de la persona que en el documento aparece como su autor. De lo expuesto, se desprende que auténtico puede ser un documento público o un documento privado, a lo que agregaríamos que pueden ser auténticos, siempre y cuando no se alegue falsificación o alteración en ambos casos, pues no sólo en los documentos privados puede demostrarse su falsedad

o alteración, sino también de los documentos públicos, siendo la prueba idónea la del cotejo y en los casos de documentos privados la de documentoscopia y la pericial en caligrafía.

A contrario sensu de los documentos públicos, existen los documentos privados, que según Pallares, " Debe entenderse el que procede de particulares que no ejercen función pública o de funcionarios cuando los expiden fuera de sus funciones". Para el autor, existe a su vez una subdivisión de dichos documentos según el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dependiendo de quien provengan dichos documentos, ya que los documentos privados pueden provenir de las partes en un litigio, a los que la ley les otorga el carácter de una confesional, o bien, pueden provenir de terceros extraños al juicio, a los que la ley denomina documentos simples y concede el valor de una prueba testimonial.

A este respecto, el maestro Cipriano Gómez Lara⁸⁴, manifiesta que dentro de los documentos privados, existe una subclasificación de estos, que son los documentos simples, cuya procedencia es de un tercero ajeno a la litis.

Con relación a la fuerza probatoria que se concede a un documento privado proveniente de un tercero, es menester transcribir el siguiente criterio emitido por nuestro más alto Tribunal, que a continuación se transcribe.

Octava Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XIV, Julio de 1994
Página: 562

DOCUMENTOS PROVENIENTES DE TERCEROS. CUANDO SE EQUIPARAN A UNA TESTIMONIAL. Los documentos provenientes de tercero cuando son ratificados por quienes los suscriben, deben equipararse a una

⁸⁴ "Derecho procesal Civil". Pág. 139.

prueba testimonial, si los siguientes del mismo ratificaron el contenido y la firma de dicha constancia.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 313/88. Bernardo Briones Cuevas y otros. 15 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Otro tipo de documentos que Pallares señala dentro de su clasificación, son los documentos auténticos, entendiéndose por auténtico, "Todo aquel documento que no deja lugar a duda en cuanto la verdad de su contenido; el que está autorizado o legalizado; el que hace prueba por sí mismo; el que procede de la persona que en el documento aparece como su autor". Según el autor, se identifican comúnmente el documento público y el auténtico, siendo ello un error, pues existen documentos privados que pueden ser auténticos, sin necesidad de ser debidamente legalizados o autenticados. Finalmente, Pallares sostiene que la característica de un documento auténtico es que haga prueba por sí mismo sin necesidad de ninguna otra prueba que lo complete.

Un documento tiene que ser legalizado, cuando es un documento que proviene del extranjero. De esa manera, el documento proveniente de un País extranjero, en el que nuestro país tiene representación diplomática o consular, el funcionario diplomático o consular certificaría que el funcionario extranjero o Fedatario Público extranjero, tienen tal carácter y que han extendido el documento en ejercicio de sus facultades legales y con las formalidades exigidas por la ley de ese país. A su vez la Secretaría de Relaciones Exteriores haría constar que ese representante diplomático o consular era tal funcionario cuando extendió la certificación respectiva.

Otro tipo de clasificación que otorga el maestro, son los documentos nominados e inominados, siendo el primero de ellos en el que consta quien es su autor; y el anónimo el que carece de este requisito. Respecto a esta clasificación, creemos indispensable mencionar que para saber quien extendió el documento, no basta que aparezca su nombre en el mismo, sino que sea firmado por la

persona que lo extiende, ya que es de explorado derecho que la firma es la manera más adecuada de conocer quien expidió tal documento y por otra parte, la firma es el modo más idóneo para expresar el consentimiento.

También existen los documentos autógrafos, que es el documento que está hecho por el autor del mismo documento. Este documento se encuadraría dentro de los documentos Nominados y heterógrafo es el contrario del anterior.

Original, es el primer documento que se hace respecto de un acto jurídico, por ejemplo, a la primera escritura original se le llama primer testimonio, derivándose del mismo los demás testimonios y a sus reproducciones copias simples o copias certificadas de tales testimonios.

Documentos declarativos, sobre aquellos que contienen una declaración de voluntad o de ciencia, y se subdividen en dos grupos: Los constitutivos, que tienen por objeto crear una relación jurídica y los narrativos, por medio de los cuales se da testimonio de un hecho. Un ejemplo de los primeros, es un testamento o la celebración de un contrato, y de los segundos, la fe de hechos realizada por un Notario o Corredor Público.

Por documento en blanco, se entiende aquél que sólo contiene la firma del autor y carece de texto, pero que se entrega a una persona para que lo complete integrándolo con el texto. En ese sentido, el maestro señala "que la entrega de un documento en blanco, equivale a la entrega de un documento completo, porque faculta al que lo recibe a llenarlo, quedando el que lo entregó a las resultas de ello".

Por último, el maestro señala que el autor de un documento, es la persona que lo expide o por cuya orden o ruego se expide. Al respecto, el maestro también señala que por autor de un documento, no debe entenderse a aquel que lo redacta o elabora, sino al que lo manda extender o materialmente lo realiza,

pues si no se interpretara de esa forma, los notarios o corredores públicos, siempre serían los autores de los documentos, y no los clientes que les solicitan la elaboración de un testamento, o bien la elaboración de un contrato de compraventa.

4.4. OBJECCIÓN DE DOCUMENTOS EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL. ANÁLISIS Y CRÍTICA

Con motivo de las reformas de mayo de 1996 al Código de Comercio, el procedimiento para objetar los documentos fue regulado en el citado ordenamiento legal, ya que antes de dichas reformas, no existía disposición alguna respecto al momento ni la forma en que las partes tenían que objetar los documentos presentados por su contraria, aplicándose de manera supletoria el Código de Procedimientos Civiles de la legislación local en donde tuviere lugar el litigio, en nuestro caso, tenía aplicación el artículo 340 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 340.- Las partes, sólo podrán objetar documentos dentro de los tres días siguientes a la apertura del término de prueba, tratándose de los presentados hasta entonces. Los exhibidos con posterioridad podrán ser objetados en igual término, contado desde la notificación del auto que ordene su recepción.

De acuerdo con lo establecido por el artículo anterior, las partes en un procedimiento podían objetar las pruebas dentro de los tres días siguientes a la fecha de la apertura del término de prueba, sin embargo, como lo mencionamos en el párrafo anterior, con motivo de las reformas al Código de Comercio, el artículo 1247 del citado ordenamiento legal, que se encontraba derogado antes de las reformas de mayo de 1996, ha establecido las reglas y condiciones para objetar documentos por las partes en cualquier juicio de naturaleza mercantil, en igual término que señalaba el artículo 340 del Código de procedimientos Civiles Para el Distrito Federal, es decir, tres días después de abierto el juicio a prueba,

con la inclusión de que dicha objeción tendrá que realizarse en la vía incidental, y si la objeción no se realiza de esa forma y en el término establecido, no podrá hacerse con posterioridad en ninguna otra forma, siendo muy graves las consecuencias en caso de no objetar documentos, pues de acuerdo con lo señalado por los artículos 1241 y 1296 del mismo ordenamiento, los documentos no objetados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados, se tendrán por admitidos y surtirán sus efectos como si hubiesen sido reconocidos expresamente.

Es preciso señalar, que la objeción de un documento tiene como objetivo a desvirtuar el alcance y valor probatorio que su oferente pretende darle al mismo.

El artículo 1247 del Código de Comercio, antes de la reforma, se encontraba derogado, y en la actualidad textualmente señala lo siguiente:

ARTÍCULO 1247.- Las partes sólo podrán objetar los documentos dentro de los tres días siguientes a la apertura del término de prueba, tratándose de los presentados hasta entonces. Los exhibidos con posterioridad podrán ser objetados en igual término, contado desde el día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación del auto que ordene su recepción. En ambos casos se hará en forma incidental.

Podrá pedirse el cotejo de firmas y letras, siempre que se niegue o que se pongan en duda la autenticidad de un documento privado o de un documento público que carezca de matriz.

La persona que pida el cotejo designará el documento o documentos indubitables con que deba hacerse, o pedirá al tribunal que cite al interesado para que en su presencia ponga la firma o letras que servirán para el cotejo.

Se considerarán indubitables para el cotejo:

I. Los documentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo;

II. Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa;

III. Los documentos cuya letra o firma haya sido judicialmente declarada propia de aquél a quien se atribuye la dudosa;

IV. El escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique, y

V. Las firmas puestas en actuaciones judiciales en presencia del secretario del tribunal por la parte cuya firma o letra se trata de comprobar.

El Juez podrá hacer por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y apreciará el resultado de esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos, y aún puede ordenar que se repita el cotejo por otros peritos.

Este precepto, consideramos que se refiere más a la impugnación de documentos que a la objeción de los mismos, pues señala los documentos que se consideran indubitables para el cotejo de firmas, además de pruebas periciales que se ofrecerán para acreditar la falsedad del documento que sólo tienen razón de ser cuando un documento es impugnado de falso, más no para la objeción del mismo en cuanto al alcance y valor probatorio que se le pretenda otorgar.

Es muy importante distinguir entre la objeción en cuanto al alcance y valor probatorio de un documento, la impugnación de falsedad del mismo ya sea se trate de un documento público o privado, y la alegación de nulidad cuando se trate de un documento público y no haberse expedido conforme a las formalidades que para tal efecto se requieren y exigen las leyes respectivas.

La objeción de un documento en cuanto al alcance y valor probatorio que su presentante pretende otorgarle, radica precisamente en destruir el alcance y valor probatorio que se le quiere dar a tal documento, ya que quien presenta dicho documento, tal vez pretenda demostrar algo que no se desprende del mismo y pretende otorgarle una interpretación que no es debida. Un ejemplo de ello, puede ser que la actora en un juicio de reivindicación de un inmueble, exhiba en juicio una escritura pública en la que se acredite la propiedad de ella respecto de un inmueble en litigio, pero la traslación de dominio del inmueble estaba sujeta a una condición resolutoria que ha operado, por lo que dicho documento no tiene el alcance y valor probatorio que la actora pretende otorgarles, pues ha perdido el derecho de propiedad respecto al inmueble en litis, careciendo de legitimidad activa para demandar la declaración de propiedad y devolución del bien en su

favor, por lo tanto, dicho documento no puede surtir plenamente sus efectos legales, debiendo prosperar la objeción que al respecto realice su contraparte.

En esas condiciones, es claro que la contraria que objeto el documento, en ningún momento alegó la falsedad del mismo, y tampoco la nulidad de la escritura pública, sino que simplemente destruyó los efectos y el alcance probatorio que la oferente de tal documento pretendía otorgarle.

Por otra parte, la impugnación de un documento, desde nuestro punto de vista, se refiere a la falsedad o alteración del mismo, ya sea un documento público o un documento privado, es decir, pudiera ser que un documento público haya sido falsificado en cuanto a la firma, los sellos o el papel en que se realizó el acto jurídico que aconteció, debiendo es ese caso, ofrecerse la prueba de cotejo con el original, además de la prueba pericial correspondiente.

La alteración de un documento, significa que este no ha sido falsificado en cuanto a la firma, sino que se le han agregado ciertas condiciones, cláusulas o cantidades que originalmente no tenía el documento, que cambian su sentido y que generalmente benefician a la persona que lo presenta en juicio; para acreditar tal situación, tratándose de documentos públicos, también deberá ofrecerse la prueba de cotejo además de la prueba pericial correspondiente, y tratándose de documentos privados, únicamente la prueba pericial que acredite que originalmente el documento no contenía las cláusulas, condiciones o leyendas que aparecen y que demuestran que el documento fue alterado.

Por último, un documento puede ser refutado de nulo, cuando al ser un documento público, el acto jurídico que en el se contenga, no se haya realizado conforme a las formalidades que para tal efecto exigen las leyes y que sean indispensables para ello, o bien, que el documento en el que se contenga el acto jurídico carezca de dichas formalidades. El ejemplo más claro, es cuando un documento público, ya sea que lo expide un funcionario o un fedatario público, no cuenta con los sellos o firmas que dicho funcionario o fedatario debe asentar en el

documento, como cualquier testimonio que expide un notario o corredor público, o las actas que expide el registrador civil, que deben contener los sellos de las dependencias y las rúbricas de los funcionarios o fedatarios que las expiden, y al no contener tales formalidades, el documento no puede ser catalogado como un documento público, por lo que no puede hacer prueba plena en juicio, y en todo caso el Juez lo tomará en cuenta como un mero indicio, teniendo que adminicular dicha prueba con otras que tengan relación entre sí, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 402 del código e procedimientos civiles para el Distrito Federal de aplicación supletoria a la legislación mercantil.

En esas condiciones, consideramos que es innecesario que el Código de Comercio, en su artículo 1247, señale que la objeción de documento tenga que realizarse en la vía incidental, pues tratándose de meras objeciones en cuanto al alcance y valor probatorio de los documentos, no es necesario que se realice en esa vía, sino simplemente se realicen las manifestaciones pertinentes respecto a los alcances y valor probatorio que a tal documento pretende otorgarle su oferente, siendo excesivamente formal que la Ley exija que se haga en la vía incidental, pues tratándose de meras objeciones, sin alegar falsedad o alteración de un documento, basta con que la parte que pretenda objetar un documento, realice la objeción de manera fundada, y no nada más limite la objeción manifestar que objeta de forma general el documento presentado en cuanto al alcance y valor probatorio que se le pretenda otorgar, pues no basta la simple objeción para que el Juez tenga por objetado un documento, si no que esta se realice de manera fundada, debiendo reformarse el artículo 1247, en el sentido de que al ser objetado un documento en cuanto al alcance y valor probatorio, sin alegar falsedad o alteración, basta que se haga por escrito dentro de los tres días siguientes a la apertura del término de prueba, sin necesidad que se realice en la vía incidental, suprimiendo la formalidad a que se refiere el citado artículo.

La objeción que de un documento realicen las partes, será el Juzgador quien que la valore hasta el momento de dictar sentencia definitiva, y si

se realiza en la vía incidental, el Juez señalará una audiencia para desahogo de pruebas, además de tener que dictar una sentencia interlocutoria que resuelva el incidente, resolviendo el Juez que se tienen por objetados o no los documentos que una de las partes ofreció en juicio, toda vez que la objetante lo realizó o no realizó en tiempo y en la forma o no adecuada, cuestiones que consideramos son innecesarias, pues hacen que la justicia sea menos expedita y los jueces tengan más carga de trabajo, ya que si se realizara de manera que no fuera incidental, sino como lo establece el artículo 340 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los jueces resolverían de manera más rápida y adecuada la objeción de documentos, pues no la resolverían en una sentencia interlocutoria, sino en un auto, tomando en cuenta dicha objeción al momento de dictar sentencia definitiva, al valorar cada uno de los documentos objetados, por lo que resulta innecesario, además de ser formalista, que la objeción de documentos se haga en la vía incidental.

Otro de los aspectos que hay que observar en el artículo 1247 del Código de Comercio y que es preciso recalcar, es que más que establecer reglas para la objeción de un documento, se refiere a la impugnación de falsedad de un documento, pues señala las pruebas que pueden ofrecerse al respecto, tales como el cotejo de firmas y la prueba pericial correspondiente cuando se trate de un documento público que carezca de matriz, repitiendo dichos requisitos en el artículo 1250 del mismo ordenamiento, precepto que si se refiere en concreto a la impugnación de documento. Sin embargo no hay que dejar de observar que el artículo 1247 señala las reglas para la impugnación de documentos, más no para la objeción de los mismos, pues al objetar un documento en cuanto a su alcance y valor probatorio, comúnmente no se ofrece ninguna prueba más que la instrumental de actuaciones, por lo que al no tener que desahogarse una de estas pruebas en la objeción de documentos no es necesario que se realice en la vía incidental, a menos de que vaya ofrecer alguna prueba que tienda a desvirtuar el valor probatorio del documento que se esta objetando, suprimiendo las excesivas

formalidades que se incluyeron en las reformas al Código de Comercio en Mayo de 1996.

Ahora bien, el hecho de que las partes objeten un documento ya sea Público o privado en cuanto al alcance y valor probatorio que la oferente le pretenda otorgar, y el Juez lo tenga por objetado, no quiere decir que dicha objeción sea fundada y destruya el alcance probatorio que con dicho documento se pretende demostrar en juicio, pues el Juez tendrá que valorar dicha objeción al momento de dictar la sentencia definitiva, y no al momento de dictar la sentencia interlocutoria, pues de hacerlo así, estaría valorando anticipadamente una prueba y prejuzgando sobre el alcance de dicho documento.

Si observamos con detalle los artículos 1247 y 1250 del Código de Comercio, llegamos a la conclusión de que ambos artículos se refieren a la impugnación de falsedad de un documento, más no a la objeción, pues en ambos se establece que cuando el documento carezca de matriz, las partes ofrecerán el cotejo de firmas, señalando los documentos indubitables para tal efecto, así como la prueba pericial correspondiente, de lo que se concluye que ambos artículos se refieren a la impugnación de un documento y como consecuencia de ello, el artículo 1247, incluye tanto la objeción como la impugnación de documentos, encontrando dos artículos que se refieren a lo mismo, por lo que la objeción de documentos no tiene porque realizarse en la vía incidental, sino con un escrito de cada parte, en el que se hagan las manifestaciones pertinentes y exponiendo las causas por las que a un documento se le debe otorgar o restar el valor probatorio que las partes pretenden otorgarle al mismo.

Con relación a la objeción de documentos, es importante recalcar que esta es indispensable tratándose de documentos que provienen de una de las partes y que la contraria le pretende otorgar un valor probatorio que no tiene, pues si no se objeta tal documento, el mismo se tendrá por reconocido, con todas las manifestaciones que la contraria haya hecho respecto de dichos documentos. Por lo que se refiere a los documentos que una parte presente en juicio por vía de

prueba y provengan de terceros y perjudiquen a su coligante, también es indispensable que se objeten, pues de acuerdo a varios criterios de nuestro más alto tribunal, el hecho de no objetar tales documentos, a pesar de que provengan de un tercero, pueden surtir efectos en contra de una de las partes, y si una de las partes lo objeta y el que los presenta no ofrece la ratificación del documento por parte del tercero, el documento presentado carece de cualquier valor probatorio, de ahí la importancia de la objeción de cualquier documento presentado en juicio por vía de prueba por aquella parte a la que perjudique.

Robustecen lo anterior, los siguientes criterios emitidos por nuestros Tribunales Colegiados.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Septiembre de 1993

Página: 216

DOCUMENTOS PRIVADOS, PROVENIENTES DE TERCEROS. Para que un documento privado pueda tener eficacia probatoria, cuando proviene de un tercero y es objetado por la contraria, a la parte oferente corresponde lograr su ratificación.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 468/93. Mónica Cervantes Meléndez. 1 de julio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IX, Febrero de 1992

Página: 183

DOCUMENTOS SIMPLES PROVENIENTES DE TERCERO, QUE SON OBJETADOS. Basta que sean objetados en su contenido por la parte a quien perjudican, para que los documentos simples provenientes de tercero, presentados en juicio como prueba, pierdan su valor probatorio. En tal caso la parte que los presentó tiene la carga de la prueba de su contenido, mediante otras pruebas. En caso de que sean ratificados por su autor, pero sin sujeción a las reglas de la prueba testimonial, se estará frente a un testimonio singular carente de fuerza probatoria, rendido además con violación al derecho de la parte contraria para repreguntar. Finalmente, si la declaración del suscriptor del documento se recibió en el juicio contradictorio respectivo, ajustándose a las reglas procesales, el valor probatorio deberá ser apreciado como el de un testigo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 182/91. Pedro Capuleño Avila. 14 de mayo de 1991.
Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VII, Enero de 1991

Página: 23

DOCUMENTOS PRIVADOS PROVENIENTES DE TERCEROS. Como el documento que proviene de persona distinta del litigante, al presentarse en juicio, no puede ser reconocido por el contrario, porque respecto a él constituye res inter alios acta, y es condición indispensable la confesión, que no a otra cosa equivale el reconocimiento que se haga sobre hecho propio, circunstancia que no concurre en el caso, la ley establece que el documento presentado en juicio por vía de prueba y no objetado por la parte contraria, se tendrá por admitido y surtirá sus efectos, como si hubiere sido reconocido, ya que cuando se presenta un documento proveniente de persona distinta de los litigantes, no pudiendo ser reconocido por aquel a quien perjudica, es indispensable que, durante el juicio, esta parte manifieste si le concede autenticidad o no, para cuyo efecto la ley lo obliga a que expresamente lo objete, -so pena de tenerlo por admitido, y surta efectos como si hubiese sido reconocido.

Quinta Epoca:

Recurso de súplica 127/33. José Bedgadi. 13 de septiembre de 1935.
Mayoría de tres votos.

Amparo civil directo 2541/34. Julián Sáinz. 25 de octubre de 1935.
Unanimidad de cuatro votos.

Amparo civil directo 2540/34. Rojas Suárez Lucas. 7 de febrero de 1936.
Unanimidad de cuatro votos.

Amparo civil directo 47/37. González vda. de Ortiz Mercedes. 20 de octubre de 1937. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo civil directo 142/34. "Rivera Torres Hermanos". 14 de marzo de 1940. Mayoría de cuatro votos.

NOTA:

La tesis en comentario está superada por la jurisprudencia 705, de rubro: "DOCUMENTOS SIMPLES PROVENIENTES DE TERCERO, NO OBJETADOS", publicada en la página 1170 del Apéndice al Semanario Judicial de la.

De esta manera, se evidencia la importancia que tiene el hecho de objetar los documentos en tiempo y forma, ya que las consecuencias de esa omisión, pueden ser fatales para una de las partes en juicio.

4.5 REGULACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL, ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE MAYO DE 1996 EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Como lo hemos expresado en capítulos anteriores, y en la forma en que lo hicimos con la prueba confesional, transcribiremos únicamente los artículos del capítulo de la prueba documental que fueron modificados, de la forma en que se encontraban redactados antes y después de las reformas de mayo de 1996, a efecto de observar en que cambiaron su redacción, realizando un breve comentario respecto de dichas modificaciones.

Los artículos del Código de Comercio que regulan el ofrecimiento, admisión, impugnación, objeción, valoración y demás cuestiones relativas a los documentos, son los artículos 1061 en sus 5 fracciones, 1062, 1237 a 1251, que son los artículos que forman parte del capítulo XIV, que habla en específico de la prueba documental, y los artículos 1292 a 1298 que señalan la forma en que el Juez debe de valorar cada uno de los documentos públicos o privados ofrecidos por las partes.

Los artículos que no fueron reformados y que señalan reglas respecto a la prueba documental, son los siguientes:

El artículo 1237, señala que es lo que se entiende por instrumento público, repitiendo la crítica que realizamos respecto de tal definición que otorga el Código de Comercio en líneas anteriores.

El artículo 1238, por exclusión, señala que se entiende por documento privado, comentario al respecto que ya realizamos anteriormente.

El artículo 1239, establece que siempre que uno de los litigantes pidiera copia de un documento o pieza que obre en un archivo público, la contraria tendrá derecho a que se adicione lo que crea conveniente.

El artículo 1240, señala que cuando se requiera la compulsión de documentos que se encuentren en otra entidad distinta a la que pertenezca el Juzgado de la causa, la compulsión se realizará por conducto de exhorto.

Los artículos 1244 y 1245, señalan las reglas para el reconocimiento de documentos, reglas que se aplican conforme a la prueba de confesión, aclarando que solamente puede reconocer un documento, el que lo firma, el que lo manda extender o él legítimo representante de aquellos.

Los instrumentos auténticos,⁸⁵ expedidos por Autoridades Federales, hacen fe en la república sin necesidad de legalización, esto lo contempla el artículo 1246, debiendo tomarse el comentario que realizamos en líneas anteriores, al explicar lo que significa la legalización.

El artículo 1248, señala que los documentos públicos provenientes del extranjero, para que hagan fe en la república deberán presentarse legalizados.

El artículo 1249, en su primer párrafo, no fue reformado, señalando que los documentos públicos transmitidos internacionalmente, no requerirán de legalización.

El artículo 1251, señala que si una de las partes sostiene la falsedad de un documento que influya en el juicio, se observarán las prescripciones relativas del Código.

Los demás preceptos que no fueron reformados y que tienen relación con la prueba documental, son los artículos 1292 a 1298 del Código de Comercio, que señalan la valoración que el Juez debe otorgar a los documentos

⁸⁵ Al respecto, cabe recalcar que de acuerdo con lo señalado por el insigne maestro Mexicano Eduardo Pallares, auténticos no sólo es el documento expedido por un funcionario o Fedatario Público, sino aquel de que se tenga la certeza de quien proviene, sin tener lugar a dudas de su procedencia, de ahí que también puede ser catalogado como auténtico, un documento privado.

públicos y privados, tema que se abordará más adelante, por lo que los comentarios relativos a dichos artículos se realizarán al hablar de la valoración que el Juez debe conceder a los documentos.

Una vez otorgado un amplio panorama de los artículos que se refieren a la confesión y que no fueron modificados con motivo de la reforma procesal de mayo de 1996 al Código de Comercio, explicaremos de manera detenida, cuales son los artículos que si fueron reformados relativos a esta prueba, estableciendo como se encontraba redactado el precepto antes y después de la multicitada reforma, realizando un comentario a cada uno de ellos.

REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA DOCUMENTAL, ANTES Y DESPUÉS A LA REFORMA DE MAYO DE 1996

El primero de los artículos reformados que tienen relación con los documentos o la prueba documental, es el artículo 1061 que contiene 5 fracciones.

Antes de la reforma:

ARTÍCULO 1061.- Al primer escrito se acompañarán precisamente:

- I. El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación, o cuando el derecho que reclame provenga de habérsele transmitido por otra persona;
- II. El poder que acredite la personalidad del procurador, cuando éste intervenga;
- III. Una copia, en papel común, del escrito y de los documentos.

Después de la reforma:

ARTÍCULO 1061.- Al primer escrito se acompañarán precisamente:

- I. El poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre de otro;

II. El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido por otra persona;

III. Los documentos en que el actor funde su acción y aquellos en que el demandado funde sus excepciones. Si se tratare del actor, y carezca de algún documento, deberá acreditar en su demanda haber solicitado su expedición con la copia simple sellada por el archivo, protocolo, dependencia o lugar en que se encuentren los originales, para que, a su costa, se les expida certificación de ellos, en la forma que prevenga la ley. Si se tratare del demandado deberá acreditar la solicitud de expedición del documento de que carezca, para lo cual la copia simple sellada por el archivo, protocolo o dependencia, deberá exhibirla con la contestación o dentro de los tres días siguientes al del vencimiento del término para contestar la demanda.

Se entiende que las partes tienen a su disposición los documentos, siempre que legalmente puedan pedir copia autorizada de los originales y exista obligación de expedírselos. Si las partes no tuvieren a su disposición o por cualquier otra causa no pudiesen presentar los documentos en que funden sus acciones o excepciones, lo declararán al Juez, bajo protesta de decir verdad, el motivo por el que no pueden presentarlos. En vista a dicha manifestación, el Juez, ordenará al responsable de la expedición que el documento se expida a costa del interesado, apercibiéndolo con la imposición de alguna de las medidas de apremio que autoriza la ley.

Salvo disposición legal en contrario o que se trate de pruebas supervenientes, de no cumplirse por las partes con alguno de los requisitos anteriores, no se le recibirán las pruebas documentales que no obren en su poder al presentar la demanda o contestación como tampoco si en esos escritos no se dejan de identificar las documentales, para el efecto de que oportunamente se exijan por el tribunal y sean recibidas;

IV. Además de lo señalado en la fracción III, con la demanda y contestación se acompañarán todos los documentos que las partes tengan en su poder y que deban de servir como pruebas de su parte; y, los que presentaren después, con violación de este precepto, no le serán admitidos, salvo que se trate de pruebas supervenientes, y

V. Copia simple o fotostática siempre que sean legibles a simple vista, tanto del escrito de demanda como de los demás documentos referidos, incluyendo la de los que se exhiban como prueba según los párrafos precedentes para correr traslado a la contraria.

Este precepto, a pesar de que no se encuentra dentro del capítulo de la prueba documental, tiene relación con esta prueba ya que señala los requisitos para exhibir los documentos desde el escrito de demanda, las pruebas supervenientes, y los documentos públicos o privados que sean fundatorios de la

acción y que no puedan ser exhibidos al momento de presentar la demanda o contestación a la misma.

La reforma que se hizo a este artículo, prácticamente se realizó en tres fracciones que fueron las fracciones III, IV y V, comenzando a analizar la reforma a la fracción tercera de dicho precepto.

Anteriormente, el artículo no señalaba la obligación de exhibir los documentos fundatorios de la acción desde el momento de la demanda, o bien los documentos que acreditaran las excepciones opuestas por el demandado, siendo lógico que dichos escritos se acompañaran desde que se presentara la demanda o contestación a la misma, además de que la reforma exige que cuando una de las partes no tenga en su poder un documento que se encuentre en un protocolo o dependencia, deberá acreditar que lo solicitó con anterioridad, haciendo con ello obligatorio que las partes no dilaten de manera injustificada los procedimientos, ya que al momento de ofrecer pruebas, ofrecían informes de dependencias que no tenían nada que ver en la litis planteada, realizando esto con el propósito de retardar el procedimiento, además de que ésta medida tiene como fin también dar certeza jurídica al procedimiento.

Con la reforma a este artículo, si los documentos no son exhibidos desde el momento de presentar la demanda o contestación a la misma, o bien, no se exhiba la copia sellada del escrito donde se acredite haber solicitado el documento a la dependencia o archivo público que tenga en su poder tal documento o la prueba que alguna de las partes pretende ofrecer en juicio, no se admitirán con posterioridad ningún otro documento, salvo que se trate de documentos que sean ofrecidos como pruebas supervenientes, es decir, documentos que se haya desconocido su existencia, o que al momento de presentar la demanda o la contestación a la misma, no hayan existido, es decir, que su existencia sea posterior a la realización de tales actos, solamente, bajo esas circunstancias podrán ser ofrecidos con posterioridad a la demanda y contestación documentos como prueba en el juicio.

Por lo que se refiere a la fracción IV, el precepto antes reformado no contaba con ésta fracción, estableciéndose en ella, que además de que las partes deberán presentar los documentos fundatorios de la acción y de la excepción, según sea el caso, también tendrán que presentar aquellos documentos que tengan en su poder y que les sirva de prueba, advirtiendo a las partes de que los que se ofrezcan con posterioridad y no sean supervenientes, no se admitirán, añadiendo esta fracción, que no sólo se deberán acompañar los documentos fundatorios de la acción o excepción, sino todos aquellos que sirvan de prueba en el juicio.

Consideramos que la inclusión de ésta fracción es innecesaria pues es una repetición de la fracción III, ya que es claro que todo documento que ofrecen las partes es fundatorio de la acción o la excepción, pues de lo contrario no tendría ningún objetivo exhibirlo como prueba.

La fracción V del artículo reformado, que antes tampoco existía, señala que del escrito de demanda, así como de todos y cada uno de los documentos que se exhiban con este escrito, deberá acompañarse una copia simple de ellos, para correr traslado a la contraria, así como la obligación del demandado para exhibir una copia simple del escrito de contestación a la demanda cuando se oponga la excepción de compensación, o bien se proponga la reconvencción o se plantee un incidente.

A pesar de que existe la obligación de las partes de exhibir una copia simple de sus escritos y de los documentos que se acompañen tratándose de los casos mencionados en el párrafo anterior, no existe sanción por parte del artículo para el caso de que las partes omitan cumplir con ese requisito, por lo que existe una laguna respecto a la sanción que se deba imponer para el caso de que las partes incumplan con la exhibición de la copia simple requerida. En la practica judicial, si el actor no exhibe la copia o copias de traslado de traslado para el o los demandados, el Juez lo prevendrá para que exhiba una copia de su demanda y de los documentos base, apercibiéndolo de que en caso de no hacerlo se

desechará su demanda, y por lo que respecta al demandado, los Jueces en ningún momento se pronuncian al respecto en caso de que aquel incumpla con lo dispuesto en la fracción V de este artículo, teniendo el actor que solicitar al juzgado y a su costa, copia simple del escrito de contestación a la demanda o reconvencción.

El artículo 103 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, señala que el hecho de no exhibir copias de los escritos, no será motivo para desechar las promociones, sin embargo, tratándose de la demanda principal o incidental y en los que se pidan liquidaciones, los escritos no serán admitidos sino se exhibe la copia correspondiente.

Consideramos que la sanción para el que incumpla tal disposición, deberá ser prevenir, al igual que al demandado, que en caso de no exhibir la copia simple del escrito dentro de los tres días siguientes, no se dará curso al escrito de contestación, reconvencción o incidente planteado.

El artículo 1062, también fue reformado, encontrándose redactado antes y después de la reforma de la siguiente manera:

Antes de la reforma:

ARTÍCULO 1062.- Lo dispuesto en la fracción III del artículo que precede se observará también respecto de los escritos en que se opongan excepciones de compensación o reconvencción y de los en que se promueva algún incidente.

Después de la reforma:

ARTÍCULO 1062.- En el caso de que se demuestre haber solicitado al protocolo dependencia o archivo público la expedición del documento y no se expida, el Juez ordenará al jefe o director responsable, que lo expida a costa del solicitante dentro del plazo de tres días y le informe al Juez con apercibimiento en caso de no hacerlo de imposición de sanción pecuniaria hasta por los importes autorizados por la ley, que se aplicará en beneficio de la parte perjudicada.

Como se podrá observar, lo que establecía el artículo 1062 anterior a la reforma, se incluyó en la última parte de la fracción V del artículo 1061 reformado, cambiando notablemente la redacción del artículo 1062 reformado. Este artículo, prácticamente es una extensión de la fracción III y IV del artículo 1061, pues señala que en caso de que se haya solicitado el documento público a la dependencia o al protocolo y este no haya sido expedido, el Juez ordenará al jefe o director responsable de tal dependencia la expedición del documento en tres días, o informe su impedimento, y en caso de no hacerlo se hará acreedor a una sanción pecuniaria.

Una vez que fueron analizados estos dos preceptos que no se encuentran dentro del capítulo de la prueba documental, pero que tienen relación con la misma, estudiaremos la reforma a los artículos de ese capítulo, comenzando por el artículo 1241.

Antes de la reforma:

ARTÍCULO 1241.- Los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados que se presenten por el otro, se reconocerán por aquél para hacer fe.

Después de la reforma:

ARTÍCULO 1241.- Los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados, presentados en juicio por vía de prueba y no objetados por la parte contraria, se tendrán por admitidos y surtirán sus efectos como si hubieren sido reconocidos expresamente. Puede exigirse el reconocimiento expreso si el que los presenta así lo pidiere; con este objeto se manifestarán los originales a quien deba reconocerlos y se le dejará ver todo el documento, no sólo la firma.

Como se podrá observar, el artículo antes reformado, señalaba que para que los documentos que una de las partes ofrecía en juicio y procediera de su contraria, tenían que ser reconocidos por ésta para hacer fe en el procedimiento, situación que fue modificada con la reforma, en el sentido de que si la contraria no objeta los documentos que procedan de su parte y no sean

objetados, se tendrán por reconocidos de manera expresa, sin embargo, el que los presenta podrá solicitar el reconocimiento expreso, permitiéndole ver no sólo la firma. De lo anterior se observa la importancia que tiene la figura procesal de la objeción de documentos como lo mencionamos en el capítulo correspondiente.

La reforma realizada consideramos que ha sido atinada, pues antes resultaba necesario que la parte que presentaba los documentos que procedían de su contraria, para que hicieran fe en juicio tuvieran que ser reconocidos expresamente por ésta, siendo que ahora si la contraria no los impugna u objeta, se entiende que los reconoce expresamente. Ahora bien, consideramos que el reconocimiento que establece el citado precepto, se refiere a que la parte que no objeto tales documentos, no podrá con posterioridad alegar falsificación o alteración de los mismos, pues no los objeto o impugno de falsos o de alterados, pero en ese sentido, al no objetar tampoco dichos documentos en cuanto al alcance y valor probatorio que la contraria les pretende otorgar, también esta reconociendo tal alcance y valor probatorio, sin embargo, el Juez, al momento de valorar el documento ofrecido como prueba, deberá determinar si el alcance y valor probatorio que su oferente pretende otorgarle, es el correcto o el debido, a pesar de que la contraria no lo haya objetado.

Otro precepto que fue reformado y que cambio radicalmente su redacción y sentido, fue el artículo 1242.

Antes de la reforma:

ARTÍCULO 1242.- Con este objeto se le manifestarán originales y se le dejará ver todo el documento, no sólo la firma.

Después de la reforma:

ARTÍCULO 1242.- Los documentos privados se presentarán en originales, y cuando formen parte de un libro, expediente o legajo, se exhibirán para que se compulse la parte que señalen los interesados.

Como puede observarse, el artículo reformado, antes de la modificación, se refería al reconocimiento de documentos, estableciéndose que la parte que debía reconocer un documento, no sólo se le dejaría ver la firma, sino el documento completo. Posterior a la reforma señalada, el artículo modifica radicalmente su sentido, estableciéndose ahora la obligación de las partes de presentar los documentos privados en originales, de lo que se concluye que si una de las partes presenta un documento privado en copia al carbón o en copia fotostática, el juzgador no puede ni debe admitirla, además de que el artículo señala que en caso de que el documento forme parte de un libro expediente o legajo, se exhibirá para que se compulse la parte que el oferente de la prueba desee. Lo anterior con la finalidad de que se verifique que el documento que se exhibe, concuerda fielmente con el que se encuentra en el expediente, archivo o legajo, o bien que el documento que se exhibe no concuerda con el que aparece en el expediente o legajo que se menciona.

Un ejemplo de ello, sucede cuando una de las partes tiene la necesidad de entablar diversas demandas en contra de diferentes personas y ante Tribunales distintos, contando con uno sólo de los documentos que se ofrecerán como prueba, exhibiendo el original de ellos en uno sólo de los juicios, por lo que con posterioridad, el oferente de la prueba, o bien su contrario, podrán solicitar al Juez en donde se encuentre la copia, compulse la misma con el original que se encuentra en otro juzgado, a efecto de acreditar que el que se esta exhibiendo en copia, concuerda fielmente con su original.

El artículo 1243, igualmente fue reformado, y cuya redacción antes y después de la reforma de mayo de 1996 es la siguiente:

Antes de la reforma:

ARTÍCULO 1243.- Si no supiere firmar, u otro lo hubiere hecho por él, se le dará conocimiento de su contenido para el efecto del reconocimiento.

Después de la reforma:

ARTÍCULO 1243.- Si el documento se encuentra en libros o papeles de casa de Comercio o de algún establecimiento industrial, el que pida el documento o la constancia deberá fijar con precisión cuál sea, y la copia testimoniada se tomará en el escritorio del establecimiento, sin que los directores de él estén obligados a llevar al tribunal los libros de cuenta, sino sólo a presentar las partidas o documentos designados.

El referido artículo, igual que el artículo 1242 antes de la reforma, se refería al reconocimiento de documentos, modificándose radicalmente su redacción y sentido, pues como se podrá observar, el artículo en comento después de la reforma, señala la forma en que una de las partes puede obtener un documento que se encuentre en poder de terceras personas, o bien en poder de su contraria y se encuentre en los libros o papeles de la casa de Comercio o de algún establecimiento comercial, teniendo la obligación el oferente de la prueba, de señalar con precisión cual es el documento y en que lugar se encuentra, y dicha constancia o copia testimoniada se tomará en el lugar del establecimiento, sin que los directores de las casa de Comercio o establecimientos mercantiles, se encuentren obligados a llevar hasta el Tribunal dichos documentos, sino a presentar las partidas o documentos designados.

De acuerdo con lo señalado por el artículo 1243 del Código de Comercio, esta prueba sólo podrá llevarse a cabo con el auxilio del Tribunal, ya que el director o encargado del establecimiento mercantil o casa de Comercio, no se encuentra obligado a llevar los libros de cuenta al Tribunal, de lo que se colige que la copia del documento solicitado, se tomará en el establecimiento mercantil o casa de Comercio, esto evidentemente ante la presencia del funcionario público del Juzgado en la que se lleva el juicio, que generalmente es el secretario de acuerdos del Juzgado, a efecto de que de fe que los documentos requeridos son los que verdaderamente se están poniendo a la vista, y por otra parte, que no se cometa un abuso en contra del comerciante que tiene en su poder el documento, ya que maliciosamente el oferente de la prueba pretende extraer la copia de un documento confidencial que no fue solicitado o que no esta autorizado por el Tribunal, pretendiendo con ello causar un perjuicio a su contraparte o bien al establecimiento mercantil que tiene en su poder el citado documento, por ello la

necesidad de que en dicha diligencia se encuentre presente un funcionario del Juzgado de la causa que tenga fe pública, para asentar en un acta circunstanciada todos las cuestiones observadas en la misma.

Lo señalado en este precepto, en algunas ocasiones puede resultar contrario a derecho, ya que el citado precepto señala que el oferente de la prueba, puede pedir copia testimoniada de los libros de cuenta del establecimiento mercantil o casa de Comercio, de lo que se desprende que dichos documentos se refieren a la contabilidad de una empresa, ya que la empresa o el establecimiento sea parte en el proceso o no, y la documentación requerida puede tener el carácter de confidencial, que en caso de ser revelada, puede traer como consecuencia daños y perjuicios a la parte que se le requiera, pues el oferente de la prueba, maliciosamente puede manifestar que dicho documento es necesario para llegar a la verdad de un hecho, siendo que pretende extraer información confidencial de una empresa para utilizarla indebidamente, máxime si son establecimientos mercantiles o empresas que se dedican a la misma rama de la industria, además de que la admisión de dicha prueba puede considerarse como una pesquisa, violando lo dispuesto por los artículos 43 del Código de Comercio y 16 de la Constitución.

En efecto, los artículos 43 y 44 del Código de Comercio, señalan los supuestos en los que se puede solicitar la exhibición, reconocimiento o comunicación de los libros, registros, comprobantes, cartas y documentos de los comerciantes, siendo el primero de los supuestos que dicha exhibición podrá decretarse a instancia de parte sólo cuando se trate de un juicio de sucesión universal, liquidación de la compañía, dirección o gestión comercial por cuenta de otro o quiebra, de acuerdo con lo establecido por el artículo 43, no distinguiendo este artículo si el comerciante es parte o no en el juicio

El artículo 44, señala que fuera de los casos señalados con anterioridad, es decir, los señalados en el artículo 43, sólo podrá solicitarse la exhibición de los libros, cartas, registros, comprobantes de los comerciantes, a

instancia de parte o de oficio, cuando la parte a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición, sin embargo, el artículo 1243 , no hace distingo respecto a si el establecimiento mercantil o casa de Comercio que sea propiedad de la persona moral o del comerciante, sea parte o no en el procedimiento, de lo que se colige que con base en lo dispuesto por el citado artículo, el oferente de la prueba puede solicitar una copia testimoniada de los libros, registros comprobantes de cuenta y demás tanto de su contraparte, así como de un tercero, tomando en cuenta que el artículo 1243 del Código de Comercio no determina si el comerciante del que se pide la copia testimoniada de los documentos, libros o registros es parte o no en el juicio, y fue el artículo que se reformó más recientemente con relación al artículo 44 del mismo Código, que si señala con precisión si el comerciante es parte o no en el proceso, lo que evidentemente se traduciría en una arbitrariedad, pues dicho precepto no distingue respecto a si los documentos de los que se requiere una copia testimoniada, pertenecen a la contraparte, al tercero llamado a juicio, o bien a un tercero ajeno a la controversia.

Por otra parte, y al tratarse de libros de cuenta que contienen información confidencial para el comerciante, para que se acuerde favorablemente la solicitud planteada por una de las partes que señala el artículo 1243 del Código de Comercio, deberá otorgarse la oportunidad tanto al comerciante que es parte en el juicio, así como al que no lo es, de manifestarse respecto a tal solicitud, a efecto de que el Juez tome en cuenta sus manifestaciones para conceder o no la extracción de la copia testimoniada de tales documentos, pues el artículo 1243 no concede tal posibilidad, ya que se reitera que la solicitud de la copia testimoniada de tales documentos realizada por una de las partes en juicio, puede hacerse con el único propósito de extraer información confidencial que perjudique al comerciante del cual se solicita la expedición de sus libros de cuenta, es decir, información contable confidencial, máxime si se trata de un tercero ajeno a la controversia.

Si bien es cierto que el comerciante que es parte en el juicio, y del cual se pide la exhibición o extracción de la copia testimoniada de ciertos libros de cuenta o de diversa documentación contable puede inconformarse con la admisión de la referida probanza, no menos cierto es que el Juez de la causa debe escuchar los argumentos del mismo, a efecto de dilucidar si la solicitud de dicha prueba es fundada o no lo es, pues el comerciante puede manifestar que dicha información no se contiene en dichos libros y que se encuentran en otros documentos que su exhibición le puede traer menos perjuicios que la exhibición de los libros de cuenta, por ello la posibilidad de que antes de que el Juez decida sobre la admisión de dicha prueba, se deba dar vista al comerciante para que manifieste lo que a su derecho convenga, y así el juzgador tener las bases suficientes para admitir o no la citada probanza, pues si bien es cierto que el oferente de la prueba considera que la exhibición de los libros de cuenta del comerciante son indispensables para que se llegue a la verdad de un hecho y el documento requerido sea indispensable para ello, deberá oírse al comerciante del cual se pide el documento para que manifieste lo que a su interés convenga, a efecto de evitar que se divulgue información que es confidencial, o se divulgue información que no tiene relación con la litis planteada y que se solicita con el único afán de causar un perjuicio al comerciante que es parte en el juicio, a o bien al ajeno al mismo, por ello la importancia de que el Juez de vista a la contraria antes de admitir la prueba.

Además de lo anterior, el artículo antes citado, señala que la parte que pida copia testimoniada del documento que se encuentre en la casa de Comercio o en el establecimiento industrial, deberá de precisar cual es el referido documento, situación que en la práctica no toman en cuenta los jueces, pues admiten la prueba a que se refiere el artículo 1243 del Código de Comercio, sin darse cuenta de los documentos solicitados por las partes, pues en algunas ocasiones se solicita el documento con mucha imprecisión o generalidad, como por ejemplo, los libros contables de un comerciante de una determinada fecha a

otra sin precisar cuales documentos contables, situación que a todas luces es imprecisa e ilegal

El artículo 1247, que se refiere a la objeción de documentos que las partes tienen que realizar, con anterioridad a las reformas de mayo de 1996 se encontraba derogado. Sin embargo, con la reforma citada se redactó de la siguiente manera.

Antes de la reforma

ARTICULO 1247.- Derogado

Después de la reforma:

ARTÍCULO 1247.- Las partes sólo podrán objetar los documentos dentro de los tres días siguientes a la apertura del término de prueba, tratándose de los presentados hasta entonces. Los exhibidos con posterioridad podrán ser objetados en igual término, contado desde el día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación del auto que ordene su recepción. En ambos casos se hará en forma incidental.

Podrá pedirse el cotejo de firmas y letras, siempre que se niegue o que se pongan en duda la autenticidad de un documento privado o de un documento público que carezca de matriz.

La persona que pida el cotejo designará el documento o documentos indubitables con que deba hacerse, o pedirá al tribunal que cite al interesado para que en su presencia ponga la firma o letras que servirán para el cotejo.

Se considerarán indubitables para el cotejo:

I. Los documentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo;

II. Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa;

III. Los documentos cuya letra o firma haya sido judicialmente declarada propia de aquél a quien se atribuye la dudosa;

IV. El escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique, y

V. Las firmas puestas en actuaciones judiciales en presencia del secretario del tribunal por la parte cuya firma o letra se trata de comprobar.

El Juez podrá hacer por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y apreciará el resultado de esta prueba conforme a las reglas de la

sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos, y aún puede ordenar que se repita el cotejo por otros peritos.

Como lo comentamos en líneas anteriores y al hablar sobre la objeción de documentos en el Código de Comercio, esta figura procesal no se encontraba regulada, entendiendo que la objeción de documentos se refiere a la oposición que las partes hacen respecto al alcance y valor probatorio que su contraria pretende otorgarle a un documento presentado como prueba, objeción que es muy importante realizar, pues como podemos observar del artículo 1241 del mismo ordenamiento legal, si una de las partes presenta un documento del que su colitigante formo parte o fue elaborado por él y no lo objeta, se tendrá este por reconocido.

Recalcando lo manifestado con anterioridad, consideramos que la objeción de documentos no tiene que realizarse en la vía incidental, sino por escrito de cada una de las partes y ser resuelta por el Juzgador por medio de un auto y no en una sentencia interlocutoria, ya que la única cuestión que debe plantearse en la vía incidental, es la impugnación de falsedad, alteración o nulidad de un documento, pues ahí si tendrán que ofrecerse pruebas que tiendan a acreditar la falsedad o nulidad de los mismos y resolverse en una sentencia interlocutoria por parte del juzgador, a efecto de que a dicho documento no se le pueda conceder ningún valor probatorio al momento de dictar sentencia, ya que la objeción en cuanto al alcance y valor probatorio, el Juez la tendrá que resolver al momento de valorar la prueba documental en la sentencia definitiva.

Consideramos que el artículo 1247, se refiere no sólo a la objeción de documentos, sino a la impugnación de falsedad o autenticidad de los mismos, siendo que estas dos figuras son totalmente distintas, pues el citado precepto señala que cuando se niegue o ponga en duda la autenticidad de un documento público que carezca de matriz, se ofrecerá el cotejo de firmas y letras, lo que evidencia que no solamente se trata de la objeción de un documento, sino la impugnación del mismo, siendo que en el mismo capítulo de la prueba

documental, existe un artículo que se refiere de manera específica a la impugnación de documentos, que es el artículo 1250, estableciéndose una doble regulación respecto a la impugnación de falsedad de los documentos, además de prestarse a confusión, pues la objeción de una prueba documental, se realiza para restarle valor probatorio a la misma y no para nulificarla, pues para anular una prueba, debe promoverse y acreditarse la falsedad, alteración o nulidad de la misma, cuestiones que si deben promoverse en la vía incidental.

Al artículo 1249, le fue incluido un párrafo con relación a la forma en que se encontraba redactado anteriormente a la reforma. El artículo en comento se encontraba redactado de la siguiente forma.

Antes de la reforma:

ARTÍCULO 1249.- Los documentos que fueren transmitidos internacionalmente, por conducto oficial, para surtir efectos legales, no requerirán de legalización.

Después de la reforma:

ARTÍCULO 1249.- Los documentos que fueren transmitidos internacionalmente, por conducto oficial, para surtir efectos legales, no requerirán de legalización.

Tampoco requerirán de legalización, los documentos públicos extranjeros, cuando se tenga celebrado tratado o acuerdo interinstitucional con el país de que provengan, y se exime de dicha legalización.

En la reforma a este precepto, se incluyó lo relativo a que si un documento público que proviene del extranjero es ofrecido como prueba en juicio, y dicho documento proviene de un País con el que México tenga celebrado algún tratado de cooperación procesal en el que se exima tal legalización, tampoco requerirá de legalización el documento.

Por último, el artículo 1250, al igual que el artículo 1247, se encontraba derogado anterior a la reforma de mayo de 1996, quedando redactado después de la reforma de mayo de 1996 de la siguiente forma.

ARTÍCULO 1250.- En caso de impugnación de falsedad de un documento, se observará lo dispuesto por las siguientes reglas.

I.- La impugnación de falsedad de un documento puede hacerse desde la contestación a la demanda hasta diez días después de que haya terminado el periodo de ofrecimiento de pruebas;

II.- La parte que redarguye de falso un documento debe indicar específicamente los motivos y las pruebas;

III.- Cuando se impugna la autenticidad del documento privado o público sin matriz, deben señalarse los documentos indubitables para el cotejo y promover la prueba pericial correspondiente;

IV.- Sin los requisitos anteriores se tiene por no redarguido o impugnado el documento;

V.- De la impugnación se correrá traslado al colitigante para que en el término de tres días manifieste lo que a su derecho convenga y ofrezca pruebas que se recibirán en audiencia incidental únicamente en lo relativo a la impugnación;

VI.- Lo dispuesto en este artículo solo da competencia al Juez para conocer y decidir en lo principal la fuerza probatorio del documento impugnado, sin que pueda hacerse declaración alguna general que afecte al instrumento y sin perjuicio del procedimiento penal a que hubiere lugar, y

VII.- Si durante la secuela del procedimiento se tramitare diverso proceso penal sobre la falsedad del documento en cuestión, el tribunal, sin suspender el juicio y según las circunstancias, podrá determinar al momento de dictar sentencia si se reservan los derechos del impugnador para el caso de que penalmente se demuestre la falsedad o bien puede subordinar la eficacia ejecutiva de la sentencia a la prestación de una caución.

En este precepto, se establecen los requisitos que las partes tienen que cubrir para promover y acreditar la falsedad de un documento, señalándose que los momentos para impugnar un documento de falso pueden ser desde el momento de contestar la demanda hasta diez días después de que haya concluido el periodo de ofrecimiento de pruebas, debiendo indicar los motivos y pruebas por los que se impugne de falso, así como los documentos indubitables cuando el documento público o privado carezcan de matriz. Sin los anteriores requisitos no se podrá tener por redarguido de falso el documento.

Asimismo, el precepto señala que el Juez de lo civil, queda impedido para resolver sobre la falsedad del documento, ya que únicamente puede referirse respecto a la fuerza probatoria del mismo, quedando a salvo los derechos del impugnante para hacerlos valer en la vía adecuada, siendo esta la vía penal, debiéndose observar para tal caso, lo dispuesto por el Código penal y el de Procedimientos penales.

Es importante recalcar, el mismo comentario que se realizó al momento de hablar sobre la objeción de documentos y al analizar el artículo 1247, ya que consideramos que a pesar de que no es exacta la regulación que se establece en uno y otro artículo, consideramos que en el fondo se refieren al mismo tema, es decir, a la impugnación de falsedad o alteración de un documento, por lo que el artículo 1247, debe reformarse en el sentido de que únicamente se refiera a la objeción de documentos, más no a su impugnación, debiendo prevalecer el artículo 1250, incluyéndose en este, cuales son los documentos que se consideran indubitables para el cotejo de letras, en caso de que el documento Público o privado que se impugne de falso, carezca de matriz.

4.6 INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1243

Dentro del ámbito del litigio en general y en algunos foros de discusión, diversos abogados litigantes han manifestado su descontento e

ilegalidad con lo dispuesto por el artículo 1243 del Código de Comercio, artículo que señala textualmente lo siguiente:

ARTÍCULO 1243.- Si el documento se encuentra en libros o papeles de la casa de Comercio o de algún establecimiento industrial, el que pida el documento o la constancia, deberá señalar con precisión cual sea, y la copia testimoniada se tomará en el escritorio del establecimiento, sin que los directores de él estén obligados a llevar al tribunal los libros de cuenta, sino sólo a presentar las partidas o documentos designados.

De acuerdo con lo expuesto en el artículo citado, cualquiera de las partes en un litigio, validamente puede ofrecer la prueba documental, consistente en los libros de su contraria que puede ser un comerciante independiente, o bien una persona moral que cuente con diversos establecimientos mercantiles, prueba que se ofrece a efecto de que se saque una copia testimoniada de algún libro o partida de dicho comerciante y de los que se derive alguna cuestión que sea de interés por la contraria.

Por ejemplo, independientemente de que para determinar cuantos ingresos ha tenido una persona moral o un comerciante en un año se tenga que ofrecer una prueba pericial en materia contable, puede ofrecerse esta prueba para determinar ello, ya que puede ser que no se necesite una pericial contable, sino una suma aritmética que el Juez pueda realizar para llegar a tal conclusión, tomando en cuenta que dada la modernidad en la que vivimos, la contabilidad de las empresas o comerciantes ya no se lleva por libros sino por un sistema electrónico computarizado que facilita en mayor medida el saber cuantos ingresos ha tenido una empresa o comerciante en un año.

Además, dada la confidencialidad de los libros contables de las empresas, cualquiera de las partes en un juicio podría ofrecer este tipo de prueba para indagar cuestiones que no son fácil de obtener sino es sólo por este medio de prueba, sin embargo, para que una de las partes en juicio se encuentre en posibilidades de ofrecer la prueba a que se refiere este artículo, es necesario que

señale con precisión que documentos son de los que desea obtener una copia testimoniada, pues de lo contrario la prueba no podrá ser admitida.

Una vez explicado el contenido de este artículo y los requisitos que se tienen que cubrir para que la prueba documental contenida en este precepto pueda ser admitida por el Juez de la causa, explicaremos el porque dentro del campo del litigio y en la cátedra, algunos abogados han señalado este artículo como inconstitucional, ya que señalan que el Juez al admitir este tipo de pruebas, esta realizando una pesquisa y violenta el artículo 16 Constitucional, que señala en su párrafo décimo primero, que sólo las autoridades administrativas pueden exigir la exhibición de papeles o documentos para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, pues como lo mencionamos con anterioridad al analizar más detalladamente este precepto, la documentación contable o cualquier otro tipo de libros de un comerciante o de una empresa, contiene información confidencial que al ser descubierta por su contraria o por cualquier otra persona, puede causarle daños y perjuicios al comerciante o empresa que la exhibe.

Primeramente, es preciso señalar cual es el significado del concepto inconstitucional y al respecto el prestigiado maestro IGNACIO BURGOA ORIHUELA⁸⁶ señala lo siguiente:

"INCONSTITUCIONALIDAD.- Palabra compuesta del prefijo negativo o privativo in y del sustantivo constitucionalidad. Denota por ende, lo que no es conforme a la constitución. La inconstitucionalidad puede ostentarse como anticonstitucionalidad cuando se trate de leyes o actos de autoridad abiertamente opuestos a dicho ordenamiento supremo, es decir, que adolezcan de dicho vicio por modo indudable, manifiesto y notorio."

Del concepto vertido por el insigne y emérito maestro de nuestra Facultad de derecho, se desprende que la inconstitucionalidad es lo contrario a la Constitución, es decir, lo que va en contra de la misma, por ello que algunos

⁸⁶ Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo. Cuarta edición Editorial Porrúa. México. 1996 Pág. 234.

abogados litigantes manifiesten que el artículo 1243 es inconstitucional, pues va en contra de lo que dispone el artículo 16 de la Constitución General de la República, precepto que prohíbe las pesquisas, pesquisas que igualmente son prohibidas por los artículos 42 y 43 del Código de Comercio.

Si observamos detenidamente lo dispuesto por el artículo 1243 y 44 del Código de Comercio, podemos llegar a la conclusión de que el artículo 1243 no es inconstitucional, pues el mismo precepto señala que el oferente de la prueba deberá señalar con precisión los libros o documentos de los que requiera una copia testimoniada, requisito indispensable para que sea admitida la citada prueba, pues no se puede solicitar la expedición de una copia testimoniada de libros o documentos indeterminados o de la totalidad de los mismos, pues entonces si se incurriese en una pesquisa, obteniéndose información confidencial de la empresa o el Comerciante, además de que el artículo 44 del Código de Comercio, señala que fuera de los casos prefijados en el artículo anterior (casos de sucesión universal, liquidación de compañía, dirección o gestión comercial por cuenta de otro o de quiebra), sólo podrá decretarse la exhibición de libros, registros o documentos de los comerciantes a instancia de parte u oficio, cuando la persona a quien pertenezca tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición, de lo que se concluye que si una de las personas de quien se pide la documentación es parte en el juicio, existe una orden judicial y se pide con precisión los libros o documentos, no puede existir pesquisa alguna, máxime si tomamos en cuenta que en muchas ocasiones, sólo por medio de esta prueba se puede llegar a determinar la verdad de los hechos controvertidos.

Confirma lo anterior, a contrario sensu, el siguiente criterio emitido por nuestros Tribunales Colegiados

Novena Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: II, Agosto de 1995
Tesis: I.3o.C.37 C
Página: 590

PRUEBA PERICIAL CONTABLE, CUANDO SE TRATA DE COMERCIANTES, EL OFERENTE DEBE CUMPLIR EL REQUISITO DE PRECISAR LA CLASE DE LIBROS SOBRE LOS CUALES VERSARA EL DESAHOGO. La ley procesal civil no reglamenta en forma detallada la forma en que habrá de ofrecerse y recibirse la prueba pericial contable, tratándose de personas comerciantes; sin embargo, el Código de Comercio en sus artículos 42, 43, 44 y 45 se refiere a los requisitos necesarios para decretar el reconocimiento de los libros y demás documentos que posean los comerciantes, en relación a sus empresas mercantiles; por lo que si la oferente de la prueba no precisa sobre qué clases de libros deberá desahogarse la prueba pericial contable no podrá recibirse, dado que la ley mercantil prohíbe hacer pesquisa de oficio para inquirir la contabilidad de los comerciantes, y sólo por caso de excepción permite a instancia de parte la comunicación, entrega o reconocimiento de los libros, registros, comprobantes y demás documentos de los comerciantes en determinados casos, y cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición; por tanto no puede colegirse necesariamente, que por la circunstancia de pedir una auditoría en la contabilidad de la empresa, se está refiriendo a los libros de ingresos y egresos, porque, como ya se vio, el Código de Comercio determina que el comerciante deberá de llevar una serie de libros diversos relativos al funcionamiento de la empresa, no pudiendo concluirse que exista precisión en el señalamiento de los libros respectivos.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1233/95. Autobuses México Tlalnepantla y Puntos Intermedios, S.A. de C.V. 13 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Miguel Ángel Castañeda Niebla.

Ahora bien, consideramos que el artículo 1243 del Código de Comercio contiene algunas deficiencias, pues el mismo no señala si los documentos de los que se requiere una copia testimoniada, deben ser forzosamente de las partes o de un tercero, pues de señalarse la exhibición de libros o documentos por un tercero que no es parte en el juicio, entonces se estaría contrariando el artículo 44 del Código de Comercio y se presentaría el supuesto de una pesquisa, por lo que debe precisarse si esos documentos son de las partes en juicio o de un tercero ajeno a la controversia, ya que puede darse el supuesto de que los documentos de los que se pretende obtener alguna información, ni siquiera se encuentren en poder de una de las partes.

Al ofrecer este tipo de pruebas, resulta de vital trascendencia observar lo establecido por los artículos 1198 y 1203 del Código de Comercio, ya que el Juez debe analizar lo que la oferente de la prueba pretende acreditar con la

copia testimoniada de los libros o documentos que de su oferente pretende obtener, así como la idoneidad de la prueba a ofrecer, es decir la manifestación del porque el oferente de la prueba considera que con la misma demostrará sus afirmaciones. Lo anterior, con el propósito de que el Juez de la causa concluya si realmente el desahogo de esta prueba y la obtención de la copia testimoniada de los libros o documentos es importante o no, pues en algunos casos únicamente se ofrece para retardar el procedimiento, o bien para que el oferente obtenga información de su contraria que no tiene relación con la litis y que no aportará ningún elemento de convicción al Juez para llegar a la verdad de los hechos controvertidos, sino para utilizarla en su perjuicio.

Por otra parte, es conveniente que en el auto que el Juzgador admita la prueba a que se refiere el artículo 1243 del Código de Comercio, se aperciba a la parte oferente de la prueba, la cual tendrá acceso a la documentación de su contraria que tal vez sea confidencial, para que en caso de revelar la mencionada información, se hará acreedora a las penas que al respecto establece el Código penal y las demás leyes respectivas, tales como la ley de la Propiedad Industrial por lo que se refiere a los secretos industriales.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, es de concluirse que a pesar de que en el medio del litigio, se ha señalado abiertamente la inconstitucionalidad del artículo 1243 del Código de Comercio, concluimos que no existe tal inconstitucionalidad, pues este precepto se adecua a lo que nuestra carta magna señala al respecto, tomando en cuenta que el artículo 1243 del citado Código, exige diversos requisitos para que se permita a una de las partes obtener la copia testimoniada de los documentos o libros que se encuentren en un establecimiento industrial o una casa de Comercio, que bien puede ser la casa de Comercio o establecimiento industrial de su contraparte o de un tercero, pues el artículo no establece con claridad si la citada documentación puede pertenecer a las partes o a un tercero, máxime si tomamos en cuenta que en algunos casos

sólo con esa prueba las partes pueden acreditar la procedencia de la acción o excepciones.

4.7 VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS

La prueba documental, se ha convertido en la más importante de las pruebas dentro de un procedimiento de naturaleza mercantil, ya que evidentemente puede recoger la confesión de las partes antes de un procedimiento, que llevan a la verdad al juzgador sobre los hechos controvertidos, de ahí la importancia del valor probatorio que la ley y el Juez le otorgan a los documentos públicos y privados de los que se valen las partes para acreditar la acción o excepción planteada.

Independientemente de la fuerza probatoria que el Código de Comercio le otorga tanto a los documentos públicos como a los privados, consideramos que la fuerza probatoria de estos radica en su autenticidad, sean públicos o privados, ya que al no impugnarse estos de nulos, falsos o alterados, y la objeción que la contraria haga de los mismos en cuanto al alcance y valor probatorio que su oferente pretenda otorgarles, no sea declarada procedente por el Juez de la causa al momento de valorar su eficacia probatoria, es decir, que de los documentos se desprende efectivamente lo que su oferente quiera demostrar con ellos, a los mismos se les debe otorgar pleno valor probatorio.

El insigne jurista italiano GIUSSEPPE CHIOVENDA,⁸⁷ considera que la fuerza de un documento depende de tres aspectos; el primero de ellos es, si el documento es una prueba preconstituida o no, es decir si las partes lo redactaron para un posible conflicto, o bien por simples comunicaciones que no tenían ningún objetivo ulterior que el comunicarse.

⁸⁷ Principios de Derecho Procesal Civil. Pág. 247.

El segundo de ellos, es si proviene de las partes o no, pues si proviene de las partes trae como consecuencia una confesión y si es de un tercero tiene el efecto de un testimonio que tiene menos valor probatorio y que es sujeto de ratificación.

El tercer aspecto, se refiere a si el documento proviene de un funcionario público o de particulares, comentando la importancia de la firma en los escritos privados.

En esas condiciones, es claro que un documento privado, firmado por una de las partes litigantes, o por ambas, que no sea impugnado de falso o de alterado en cuanto a su contenido y firma, y si se impugna, que no se llegue a demostrar tal impugnación de falsedad o de alteración, el documento tiene la misma fuerza probatoria que un documento público expedido con todas las formalidades que la ley establece para tal efecto,⁸⁸ ya sea que el documento fue reconocido de manera expresa por el colitigante que lo elaboró o emitió, o bien que no lo haya impugnado de falso y no lo haya objetado en cuanto a su alcance y valor probatorio.

De acuerdo con nuestro criterio, la fuerza probatoria de un documento tiene dos aspectos; uno exterior y el otro interior.

El aspecto exterior, debe considerarse como aquel que el documento muestra por su apariencia física, es decir, que el documento público se expidió conforme a las formalidades legales, por fedatario o funcionario público competente y que el mismo no tiene evidencias de haber sido falsificado o alterado, así como el documento privado que contiene fecha, se encuentra firmado por la contraria, y que esta no lo impugno de falso o de alterado.

⁸⁸ Hugo Alsina. Op. Cit. Pág. 314.

En esas condiciones, acertamos que el documento tiene una fuerza probatoria exterior, pues este es válido al no existir visos de que haya sido falsificado o alterado y de que, en caso de ser un documento expedido por funcionario o fedatario público, este se haya expedido conforme a las leyes que al respecto se establecen para tal efecto.

Por lo que se refiere a la fuerza probatoria interior, esta significa que el documento presentado en juicio, y no impugnado de falso por una de las partes, demuestre claramente lo que su oferente pretende acreditar con su ofrecimiento, es decir, que el alcance y valor probatorio que pretenda otorgársele, sea verdadero y congruente con lo que el propio documento contiene, sea este público o privado.

Resulta evidente, que un documento público o privado exhibido por una de las partes en juicio, puede no ser impugnado de falso y que las partes asientan o reconozcan que dicho documento existe tal y como es presentado, sin embargo, una de las partes y el Juez mismo al momento de valorar el documento, consideren que lo que pretende demostrar su oferente, no se contiene en el mismo, por lo que no se le pueda otorgar el valor probatorio que su oferente pretende otorgarle. Por ejemplo, en un juicio de daños y perjuicios por la utilización de una marca, llevado ante un Juez civil, la parte demandada presenta en juicio las copias certificadas de un procedimiento de nulidad en contra de la marca que supuestamente esta utilizando en perjuicio del actor, y dicho procedimiento aún no ha causado estado, pretendiendo demostrar con ello que la marca de la cual se le acusa que esta utilizando indebidamente, es nula, sin embargo, a pesar de que el actor reconozca la existencia de los documentos exhibidos por su contraria y reconozca la existencia del juicio de nulidad, tendrá el derecho de objetarlos en cuanto al alcance y valor probatorio que su oferente pretende otorgarle, pues el juicio de nulidad no ha causado estado, y por ende la marca de su propiedad, que la demandada utiliza no ha sido declarada nula aún por sentencia firme, sino que ésta puede aún ser modificada.

La fuerza probatoria de los documentos, puede ser desvirtuada por la existencia de otros documentos, es decir, puede existir una escritura pública en la que se documento un reconocimiento de adeudo por parte del deudor, y la parte actora lo presente en juicio como título base de la acción, exhibiendo el demandado, un recibo de pago que acredita que la deuda ha sido liquidada, por lo que el alcance y valor probatorio que la oferente del reconocimiento de adeudo pretendía otorgarle, fue desvirtuado por el recibo de pago exhibido por el demandado.

Ahora bien, hay que dejar en claro, que las declaraciones contenidas en los documentos públicos, tales como los testimonios de las escrituras públicas que contienen un testamento público abierto o un contrato de compraventa, no siempre son verdaderas, y que no por el hecho de encontrarse contenidas en un documento público debe considerarse que lo ahí manifestado sea verdad, pues el notario en muchas ocasiones se encuentra impedido para saber si lo que las partes en un contrato o en una declaración de la voluntad, efectivamente sea verdadero, sino lo que le otorga fuerza probatoria a tales documentos, es que tienen la certeza de que con esa fecha y en el modo que aparecen en el documento, ocurrieron esas manifestaciones, más no que estas sean verdícas.

Por último, es de suma importancia manifestar, que los documentos privados que se presenten en juicio como prueba se encuentren firmados, pues de ahí depende identificar al emisor de una carta, o a las partes en un contrato, máxime si recordamos que es de explorado derecho que la firma es por excelencia la manera más adecuada de exteriorizar la voluntad y el consentimiento.

En caso de que el documento no se encuentre firmado, su contenido se haya elaborado a mano y en juicio la persona que supuestamente lo elaboró desconozca su emisión, será necesario ofrecer el cotejo de letras, señalar los documentos indubitables para tal efecto y ofrecer la prueba pericial correspondiente, con el propósito de cotejar el tipo de letra que aparece en el

documento impugnado de falso, y el documento indubitable, o bien puede ofrecerse que el supuesto emisor del documento, acuda a escribir con su letra un determinado texto que se le dictará, a efecto de dilucidar si el documento que su contraria le imputa, fue realmente elaborado por él o no.

Después de realizar estas exposiciones referentes al valor probatorio de los documentos, propiamente analizaremos el valor probatorio que les concede el Código de Comercio.

El valor probatorio de las pruebas documentales en el Código de Comercio, se encuentra regulado en los artículos 1292 a 1298.

El artículo 1298, señala que los instrumentos públicos⁸⁹ hacen prueba plena aunque se presenten sin citación del colitigante salvo el derecho de este de redarguirlos de falso y pedir su cotejo, y en caso de que el documento presentado no coincida con el del protocolo o archivo, los instrumentos no tendrán valor en la parte que existiere inconformidad.

De acuerdo con lo señalado por dicho artículo, los documentos o instrumentos públicos harán prueba en juicio sin que la otra parte haya sido notificada de su expedición, es decir, para que se opusiera a la expedición del documento, o bien adicionara otros documentos que desvirtuaran lo que su oferente pretende acreditar con el mismo, sin embargo el colitigante tiene el derecho de impugnarlo de falso y pedir su cotejo, a lo que agregaríamos que el contrario del oferente de la prueba, también puede objetarlo en cuanto a su alcance y valor probatorio, que puede tener como efecto desvirtuar el alcance y valor que su presentante pretende otorgarle.

⁸⁹ Ya hemos comentado en este mismo trabajo, que es erróneo denominar a los documentos públicos "instrumentos" y a los privados documentos, pues ambos contienen escritura y son documentos, explicando que la prueba instrumental, es mucho más amplia que la prueba documental.

Independientemente de lo expuesto en el artículo anterior, en este mismo apartado hemos comentado que la fuerza probatoria de cualquier documento, sea este público o privado, radica precisamente en que el mismo no sea impugnado de falso, en este caso, el artículo en comento señala que el documento carecerá de tal valor probatorio si se acredita su falsedad, siendo importante comentar, que sólo se le restará valor probatorio a la parte del documento presentado que no concuerde con el que se encuentra en los archivos o protocolos, de lo que se colige que la falsificación o alteración puede ser parcial, y que sin embargo el Juez debe tomar en cuenta el documento aunque se observe falsedad o alteración parcial del mismo.

El artículo 1293, señala que los instrumentos públicos no se perjudicaran en cuanto a su validez, por las excepciones que se aleguen para destruir la acción que en ellos se funde, cuestión con la que no estamos de acuerdo, pues desde luego que las excepciones opuestas en juicio pueden destruir su validez y valor probatorio.

Un ejemplo de ello, es que una de las partes ofrezcan como prueba un documento público que no contenga los requisitos que la ley exija para su validez, tales como la firma de él funcionario o Notario Público, así como los sellos que deba contener, es claro que el demandado puede oponer una excepción al respecto que desvirtúe la validez del referido documento, ya que las excepciones no solamente pueden oponerse para desvirtuar la acción ejercitada, sino también para destruir la validez del documento público ofrecido.

Desde luego que hay que dejar en claro, que las excepciones que las partes hagan valer respecto de los actos jurídicos contenidos en dichos instrumentos o documentos públicos, excepciones en que se pretenda acreditar la extinción de los derechos contenidos en tales documentos por la celebración posterior de otros actos jurídicos que los extinguen o el no cumplimiento de una condición suspensiva que no les permitió nacer, estas excepciones sólo destruirán el valor de los actos jurídicos contenidos y de los derechos constituidos en el

documento público, más no destruirán la validez del citado documento público, ya que tal documento o escritura pública que contiene un testamento público abierto, por ejemplo, fue sellada y firmada por el notario y por el compareciente, anotando el acto jurídico en su protocolo, por lo que el documento fue celebrado con todos los requisitos de ley y no se puede perjudicaran por las excepciones hagan valer en contra de los actos jurídicos ahí contenidos.

El artículo 1294, señala que las actuaciones judiciales harán prueba plena en juicio. Este precepto, al parecer no necesita mayor explicación pues es lógico que las actuaciones ante el Juez de la causa tengan pleno valor, pues son realizadas por él, sin embargo, hay que dejar muy en claro que las actuaciones judiciales sólo pueden considerarse las actuaciones en las que forma parte el Juez o su secretario de acuerdos y conciliador, tales como audiencias, inspecciones judiciales, dictado de autos definitivos y provisionales, decretos y sentencias, más no se considera como una actuación judicial los escritos de las partes, pues estas realizan las manifestaciones que consideren pertinentes sin la intervención del Juez.

Confirma lo anterior lo dispuesto por el artículo 56 fracción Primera del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que en su parte conducente establece lo siguiente:

ARTÍCULO 56.- Todos los expedientes se formarán por el tribunal con colaboración de las partes, terceros, demás interesados y auxiliares que tengan que intervenir en los procedimientos, observando forzosamente las siguientes reglas:

I.- Todos los recursos de las partes y las actuaciones judiciales deberán escribirse en español y estar firmados por las partes...

De lo señalado anteriormente por el artículo en cita, se desprende que diferente es un escrito de las partes a una actuación judicial, pues como su nombre lo indica, únicamente es actuación de esta naturaleza cuando actúa el Juez o su secretario de acuerdos, confirmando que evidentemente las actuaciones judiciales hacen prueba plena en juicio.

Por último, es importante señalar, al igual que lo hicimos al hablar de los documentos públicos, que la fuerza de la actuación judicial radica en el hecho de que ante la presencia judicial se realizaron diversas declaraciones de las partes, más no que esas declaraciones sean verdaderas, pues la confesión o la testimonial recibida, no por el hecho de celebrarse ante la presencia judicial tiene que hacer prueba plena, sino que está tiene que valorarse de acuerdo a las reglas que señala el Código de Comercio para considerar si se les otorga o no valor probatorio pleno, debiendo seguirse las reglas que para tal efecto señala el citado ordenamiento legal

Confirma lo anterior, el siguiente criterio de nuestros Tribunales Colegiados de circuito:

Octava Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XV, Febrero de 1995
Tesis: X1.2o.227 C
Página: 124

ACTUACIONES JUDICIALES. SU ALCANCE DEMOSTRATIVO. Es verídico que conforme al precepto 1294 del Código de Comercio, toda actuación judicial hace prueba plena; sin embargo, ello no significa que, por esa circunstancia, las declaraciones de testigos vertidas en una actuación de esa naturaleza también deba conferirse esa misma eficacia, pues en buena lógica y sana crítica, debe de entenderse que dicho valor corresponde exclusivamente a la actuación en cuanto a su existencia legal, circunstancias y condiciones en que la misma se desahogó, precisamente por haberse realizado por una autoridad judicial; empero, no a lo declarado en ella por los atestiguantes, ya que la valoración de la testimonial tiene su capítulo específico, esto es, la actuación judicial, como medio de convicción ajeno a la testimonial, tiene el valor que le confiere el dispositivo en cita, en torno a lo que en ella sentado directamente por la autoridad judicial, pero respecto a lo en ella expuesto por testigos debe de sujetarse a las reglas especiales de la valoración de ese medio específico de convicción.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 591/94. Manuel Chimal Silva. 4 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Díaz Ponce de León. Secretario: Moisés Duarte Briz.

El artículo 1295, explica la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes.

A grosso modo, el precepto antes mencionado, señala en su fracción primera, que los libros de los comerciantes probaran contra ellos, sin aceptar prueba en contrario, no permitiéndose al oferente de la prueba, valerse de lo que le favorezca únicamente, sino que también lo que no le favorezca será tomado en cuenta por el Juez al momento de valorar los libros.

Es evidente, que la ley mercantil y en específico el artículo 33 del Código de Comercio, obliga a los comerciantes a llevar una contabilidad mercantil y por ende cualquier cuestión que no favorezca al comerciantes en sus propios libros contables, harán prueba plena en su contra, siendo también muy lógico que el oferente de dicha prueba, que en su caso y generalmente es otro comerciante, se perjudicará por lo que en esos libros exista en su contra, no pudiendo beneficiarse sólo de aquello que le beneficia y desechando aquello que le perjudica.

Sin embargo, aquí surge una disyuntiva en el sentido de que hasta que punto el libro contable de un comerciante, puede afectar a otro o a su contraparte, pues a los libros contables sólo puede tener acceso su propietario.

La fracción segunda del citado ordenamiento legal, señala que si en una controversia, los asientos de los libros de dos comerciantes no hubiere conformidad, y uno de los libros se hubiere llevado con las formalidades que la ley establece y el otro no, los asientos de los libros en regla harán fe contra los defectuosos, al no demostrarse lo contrario con otras pruebas admisibles en derecho. De acuerdo con este precepto, lo establecido por el legislador es algo muy congruente, pues la Ley Fiscal y el Código de Comercio en su artículo 33, señala ciertos requisitos que los comerciantes tienen que cubrir para llevar a cabo sus libros contables, por lo que el comerciante que no haya cumplido con tales

formalidades, en juicio se perjudicará por esas deficiencias, y además de ello beneficiará a su contraria.

La fracción tercera del mismo artículo, establece que si uno de los comerciantes no presentara sus libros o manifestare no tenerlos, harán fe los que su contrario llevado con todas las formalidades, salvo prueba en contrario que sea admitida en derecho. De nueva cuenta, se pone de manifiesto la importancia de llevar a cabo una adecuada relación y elaboración de los libros del comerciante desde que se inicia la negociación, pues la ley sanciona todas y cada una de las omisiones que los comerciantes tienen al respecto e incluso el hecho de no tener ningún libro, pues en esa caso los de su contrario llevados a cabo con todas las formalidades harán prueba plena en su contra.

La fracción cuarta, señala que si los libros de los comerciantes cubren todos los requisitos de ley y estos fueren contradictorios, el Juez resolverá respecto de las demás probanzas. De acuerdo con esta fracción, y a pesar de que en la práctica sea difícil que se llegue a dar este supuesto, es trascendente el valor que se le de a las demás pruebas que las partes ofrezcan en juicio para acreditar lo que pretenden con los libros ofrecidos como prueba, ya que en caso de que los libros de ambos comerciantes se hayan llevado con las formalidades de ley, las demás pruebas ofrecidas serán las que resuelvan la litis, siendo estas pruebas generalmente otras documentales y las periciales en diversas materias, generalmente en contabilidad.

La fracción quinta de este precepto fue derogada.

El artículo 1296 del Código de Comercio, establece lo mismo que señala el artículo 1241 del citado ordenamiento, por lo que nos remitimos a lo manifestado al analizar el contenido del precepto antes citado, recalcando la importancia de la figura de la objeción de documentos interpuesta en tiempo y realizada de manera fundada y razonada .

El artículo 1297, señala que los documentos simples comprobados por testigos, tendrán el valor que merezcan sus testimonio conforme a lo que dispone el citado Código para la valoración de la prueba testimonial.

Hemos mencionado, que existen documentos privados de dos tipos, los que provienen de las partes y los que provienen de terceros, siendo que los documentos que provienen de terceros, tiene que ofrecerse el reconocimiento de estos para que hagan fe en juicio, amenos que la contraparte no los objete. Ahora bien, el artículo en comento, más que hablar de los documentos provenientes de terceros, señala los documentos que son comprobados por terceros, es decir, pueden provenir de las partes o de una de ellas, y la confirmación de la elaboración de tal documento, es reafirmada por testigos, es decir, los documentos privados carecen de fecha cierta y con el ofrecimiento de la prueba de testigos, se pretenda acreditar que el acto jurídico contenido en tal documento efectivamente fue celebrado en la fecha que se dice y entre las partes celebrantes, ya que los testigos se encontraban presentes en la fecha en que se elaboró tal documento, por lo que el oferente de tal documento deberá ofrecer el testimonio de la persona que presencio los hechos, mismo que se calificará conforme a las reglas que el Código de Comercio establece para tal efecto, es decir, para la valoración de la prueba testimonial.

Por último, el artículo 1298 del citado Código, señala que el documento que una de las partes presente en juicio, hará prueba plena en su contra, en todas sus partes, sin que el colitigante lo reconozca.

De acuerdo a lo anterior, es claro que aquí es aplicable el principio de derecho que establece que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza o dolo en beneficio propio, pues obvio es que las partes no deben presentar documentos que les perjudiquen, o que pretenda valerse de sólo aquello que le beneficie si del propio documento se desprenden otras cuestiones que le perjudican, a pesar de que ese documento haya sido elaborado por su contrario y

este no lo reconozca expresamente, pues basta con que la parte a quien le perjudique lo ofrezca como prueba.

Reiteramos lo manifestado con anterioridad, en el sentido de que la fuerza probatoria de un documento, radica en el hecho de que no se impugne de falso, y que la objeción en cuanto al alcance y valor probatorio que las partes realicen contra el mismo no resulte procedente.

Independientemente de ello, los documentos públicos tienen una ventaja sobre los privados, ya que dan certeza de la fecha en que acontecieron los actos que se contienen en el mismo, situación que no acontece con los documentos privados.

4.8 PROYECTO DE MEJORAS

A efecto de que nos encontremos con una lexicología jurídica adecuada, debe reformarse el artículo 1237 del Código de Comercio, suprimiendo la palabra Instrumentos públicos por la de documentos públicos.

El artículo 1247, que regula la objeción de documentos, debe modificarse, ya que actualmente la objeción de documentos debe realizarse en la vía incidental, siendo esta innecesaria cuando únicamente se objeta el documento en cuanto a su alcance y valor probatorio y no se ofrezcan pruebas para acreditar dicha objeción, pues el artículo en comento, regula más que nada la impugnación de documentos en cuanto a su falsedad, siendo que el artículo 1250 también regula la forma en que las partes puede impugnar de falso un documento.

La objeción, en cuanto al alcance y valor probatorio de documentos en el Código de Comercio, debe regularse como se señala en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 340, siempre y cuando no se pretendan ofrecer pruebas para acreditar dicha objeción y

simplemente se refiera a la objeción en cuanto al alcance y valor probatorio y no a la impugnación de falsedad o alteración del mismo, ya que para uno y otro caso deben establecerse diversos requisitos.

El artículo 1243, debe reformarse para efectos de claridad y precisión, pues debe mencionar si los libros o documentos de los que se pretende obtener una copia testimoniada pertenecen a las partes o a un tercero, además de incluir de que en caso de que sea admitida la prueba, y se hayan observado todos los requisitos que tal artículo establece, se aperciba a quien tenga en posesión los papeles o documentos y si ésta es una de las partes, en caso de no permitir el acceso al personal del tribunal para que obtenga una copia testimoniada de tales documentos, se tendrán por presuntamente ciertos los hechos que el oferente de la prueba pretende acreditar con los mismos, tal y como lo establece el artículo 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de aplicación supletoria a la legislación mercantil.

CAPÍTULO QUINTO

LA PRUEBA PERICIAL

5.1 CONCEPTO

Esta prueba tiene lugar, cuando los jueces que dirimen una controversia para llegar a la verdad de los hechos controvertidos tienen que auxiliarse de expertos en ciertas materias que no son el derecho, pues el juzgador tiene la obligación de ser un perito en la ciencia jurídica, por ende, cuando los hechos litigiosos no tienen que ver con aspectos de derecho, o con situaciones que cualquier persona en general, sin tener conocimientos específicos en una determinada materia o ciencia puede conocer, es necesario que se ofrezca y desahogue una prueba pericial dentro del procedimiento, de la cual el Juez se servirá para emitir una sentencia apegada a la verdad y al derecho.

En ese contexto, existen autores que manifiestan que en cuanto más técnica sea la cuestión de hecho sometida al Juez, tanto mayor será la utilidad de la prueba pericial.⁹⁰

Así tenemos, que en la complejidad que vivimos actualmente, de acuerdo al adelanto tecnológico y la gran apertura comercial que ha sufrido nuestro País, pueden existir los más diversos tipos de pruebas periciales como ciencias u oficios puedan existir en la vida, siendo las periciales más comunes las de grafoscopia, contabilidad, arquitectura, ingeniería, diseño gráfico etc., aclarando que desde luego no puede ofrecerse una prueba pericial sobre cuestiones de derecho, pues en dicha materia el Juez es un experto por obvias razones.

⁹⁰ Chioventa Op. Cit. Pág. 239 y Alsina. Op. Cit. Pág. 349.

Desde luego que es importante, que el Juez se auxilie de expertos en las materias que él no conoce, a efecto de que lo puedan guiar y orientar hacia donde se encuentra la verdad de los hechos controvertidos, pues de lo contrario, si el Juez no se auxilia de esos expertos, dictará una sentencia a ciegas, ya que al Juez solamente le podemos exigir conocimientos legales y los normales que cualquier persona, sin ser un experto en una determinada ciencia o arte, puede llegar a dilucidar, de ahí la importancia de la prueba pericial en nuestro sistema legal, y en específico en el Código de Comercio.

El objeto de la prueba pericial, como se ha dicho, es auxiliar al Juez de la causa sobre cuestiones que el mismo no puede conocer o comprender sin el auxilio de un experto en una determinada materia, de lo que se concluye que una prueba pericial no puede tener lugar sobre hechos que el Juez pueda constatar mediante la inspección ocular o bien con el simple estudio de los autos o documentos, sin que para ello se requieran conocimientos especiales.

Para Santiago Sentis Melendo,⁹¹ cuando el Juez, en uso de las facultades que le confiere la Ley para mejor proveer, "manda llamar a los peritos a su despacho y les pide las aclaraciones verbales o por escrito, permite al Juez llegar a la esencia de los dictámenes, convertir al perito en verdadero asesor del Juez, en complemento de su personalidad científica".

En nuestra opinión, la prueba pericial, en algunas ocasiones es una prueba que se ofrece para constatar o auxiliar al Juez a valorar otra prueba ya existente o acreditar su autenticidad. Por ejemplo, la prueba pericial en grafoscopia, versará sobre la autenticidad o no de la firma que calza un documento público o privado que ya fue ofrecido como prueba, dilucidando los peritos si la firma que calza el documento es falsa o no lo es, al igual que la prueba pericial en mecánica, en la que puede ofrecerse como prueba un aparato

⁹¹ Estudios de Derecho Procesal. Tomo I Pág. 460.

electrónico, mecánico o un vehículo automotor, teniendo que determinar los peritos en que estado se encuentra, más no es una prueba que se ofrece aisladamente, sino que en muchas ocasiones tiene como objetivo verificar diversas cuestiones que se observan de una determinada prueba ya ofrecida, emitiendo su opinión al respecto para que el Juez pueda valorar la prueba ofrecida sobre la que versó el peritaje, y otorgarle el valor probatorio que la ley establece para tal efecto; Es decir, si los peritos en grafoscopia en un procedimiento, determinan que la firma que calza el documento base de la acción es falsa, o que el documento en su totalidad es falso, el Juez no podrá concederle ningún valor probatorio al mismo.

Para Hugo Alsina,⁹² la prueba pericial en realidad no es una prueba, "sino un medio para la obtención de una prueba, pues solamente aporta elementos al juicio para su valoración, pues la prueba consiste en el hecho mismo existente que se tiene que examinar y los peritos no hacen más que ponerlo de manifiesto."

Lo manifestado por el gran maestro argentino, tiene mucho de verdad, con respecto a que realmente la pericial pone de manifiesto un hecho y ayuda al Juez a comprenderlo y valorarlo, sin embargo no estamos de acuerdo en lo relativo a que la pericial no sea una prueba, pues si recordamos, la prueba tienen como objetivo auxiliar al Juez para que llegue a la verdad de los hechos y la demostración de algo, y si observamos cual es el objetivo del trabajo de los peritos, naturalmente el dictamen de estos debe ser considerado como una prueba.

Como lo hemos hecho en los anteriores capítulos, comenzaremos a describir los diversos conceptos que de prueba pericial han emitido algunos de los más prestigiados autores citados en este trabajo, aclarando que algunos, más que

⁹² Op. Cit. Pág. 347.

definir lo que es la prueba pericial, definen lo que significa el perito, que es el elemento personal de esta prueba.

Chioventa,⁹³ señala que los peritos, "son personas llamadas a exponer al Juez no sólo las observaciones de sus sentidos y sus impresiones personales sobre los hechos observados, sino también las inducciones que deban sacarse objetivamente de los hechos observados y de aquellos que se les den por existentes."

De lo antes expuesto, se desprende que el autor italiano pone de manifiesto que la función de los peritos no sólo es explicar al juzgador un determinado hecho que por sus conocimientos restringidos en una determinada materia, ciencia o arte no puede conocer ampliamente, sino que los peritos también tienen que ilustrar a éste emitiendo una opinión al respecto sobre tal hecho.

En algunas ocasiones, la opinión del perito no es posible escucharla, pues éste tiene que someterse al interrogatorio que las partes le realizan, y si éstas proponen un interrogatorio limitado, por ignorancia o tal vez de forma intencional, en el que no le solicitan al perito que emita sus conclusiones, el perito no podrá más que determinar el hecho litigioso, es decir, ponerlo de manifiesto al Juez, sin emitir una conclusión concreta y clara que auxilie al juzgador a realmente conocer la verdad histórica, quedando como recurso, la utilización de las diligencias para mejor proveer,⁹⁴ si considera que realmente necesita desahogarse este tipo de prueba, aunque en la práctica realmente esto no ocurre.

⁹³ Op. Cit. Pág. 239.

⁹⁴ Por ejemplo, se puede solicitar a agrónomos, que determinen el estado físico de una porción de tierra, sin embargo, el hecho litigioso versa sobre si en esa tierra se puede cosechar maíz o no, limitándose los peritos a determinar el estado de la tierra, más no determinarán si la tierra es fértil o no para sembrar maíz, resultando esto en perjuicio de la parte que ofreció la prueba..

Para el maestro HUGO ALSINA, el perito "es un técnico que auxilia al Juez en la constatación de los hechos y en la determinación de sus causas y efectos, cuando media una imposibilidad física o se requieran conocimientos especiales en la materia". La prueba pericial es la diligencia que con el concurso de peritos se practica.

El maestro argentino, señala que en algunas ocasiones existen cuestiones debatidas que no necesariamente tienen que realizarse por un experto en alguna materia, tal es el caso de la medición de los metros existentes entre dos edificios vecinos, medición que podría hacerla el Juez, pues para ello no se necesitan conocimientos especiales, teniendo que acudir al lugar de los hechos a medir la distancia existente, sin embargo, para no tener que realizar esa medición el Juez, perder tiempo valioso, y en algunas ocasiones debido a impedimentos físicos de éste, la tarea se encomienda a peritos en arquitectura e ingeniería, a efecto de poder comprobar los hechos en el juicio.

En la práctica, lo manifestado por el maestro tiene mucha aplicación, ya que a pesar de que una simple medición la puede realizar cualquier persona, el Juez y las partes se valen de ingenieros o arquitectos para que éstos la realicen, sin embargo, de acuerdo a la definición que de prueba pericial otorga nuestro Código de Comercio, este tipo de prueba no sería admisible, teniendo en todo caso que acudir el Juez a realizar tal medición a través del ofrecimiento de una inspección judicial, pues nuestro Código de Comercio señala que la prueba pericial tendrá lugar solamente cuando se requieran conocimientos especiales en alguna materia, ciencia o arte siendo que en el caso planteado no se requiere ningún conocimiento especial.

Para Pallares⁹⁵, la prueba pericial "tiene lugar cuando los puntos litigiosos conciernen a alguna ciencia o arte especiales diversos del derecho y tienen relación directa con ellos."

De acuerdo con lo narrado anteriormente, es correcta la definición otorgada por el maestro Mexicano, pues es indudable que el objeto de la prueba es auxiliar al juzgador para conocer hechos o circunstancias que por ser especiales, no se encuentran al alcance y comprensión de éste, apoyándose en esta prueba para dictar una sentencia apegada a la realidad, haciendo hincapié en que esa ciencia o arte, forzosamente deben ser diversas del derecho, pues existe la presunción de que el Juez debe conocer todo el sistema jurídico de su País,⁹⁶ aunado a que el derecho de ninguna manera ésta sujeto a prueba a menos que se trate de derecho extranjero.

Para el maestro Don Carlos Arellano García, la prueba pericial "es el medio acrediticio propuesto a iniciativa de alguna de las partes o del juzgador, que se desarrolla mediante la intervención de perito o de peritos."

Asimismo, señala que "Perito es la persona física, dotada de conocimientos especializados en alguna rama del saber humano, que puede auxiliar al juzgador del conocimiento de alguno o algunos de los hechos controvertidos en el proceso, sin ser parte en éste."

La definición que el maestro universitario otorga de prueba pericial, y atendiendo a su costumbre de no dejar ninguna circunstancia fuera de la

⁹⁵ Derecho Procesal Civil. Pág. 418.

⁹⁶ A este respecto, Pallares (Op. Cit. Págs. 420 y 421), señala que se ha discutido si procede un dictamen de jurisconsultos en una rama determinada del derecho, ya que es una falacia que el Juez sea un conocedor de todas las leyes y Códigos de un país, siendo de la opinión el autor, que debe facultarse al Juez , no para producir una nueva prueba, sino auxiliarse de hombres sabios en una determinada rama del derecho, a efecto de que lo ilustren respecto de ciertas circunstancias jurídicas que no conoce profundamente y en cambio los auxiliares en esa materia si.

definición, consideramos que es acertada, pues los demás autores, no señalan en su definición que la pericial es un medio probatorio, aunque ello se entienda implícitamente, dejando también en claro, que dicho medio puede ser propuesto por las partes o a iniciativa del juzgador.

Por lo que respecta a la definición de perito, el maestro señala que éste debe ser una persona física, señalando más adelante, que en la actualidad una academia o un colegio pueden fungir como peritos, sin embargo, aún no se ha llegado a su regulación⁹⁷.

Por otro lado, el maestro al otorgar la definición de perito, señala muy claramente que éste debe tener conocimientos especiales en una determinada materia, que los hechos sobre los que verse la misma sean controvertidos, es decir, que tengan relación con la litis, y que el perito no es parte en el juicio.

En efecto, el perito no es parte en el juicio, pues la sentencia que el Juez dicte, no le parará ningún perjuicio, sino que su actuación dentro del procedimiento, tal y como mencionamos en párrafos anteriores, únicamente es con el propósito de auxiliar al juzgador en aspectos que éste desconoce por ser especiales en una materia del saber humano, que no pueden ser percibidos por una persona con una cultura general media, y que son cuestiones que no son materia del derecho. En este sentido, y así ocurre en la práctica, cuando el perito desea solicitarle algo al Juez, lo tendrá que hacer por conducto de las partes, y si el perito lo realiza directamente al Juez, éste le dará vista a las partes por el término de tres días para que éstas manifiesten lo que a su derecho convenga, ya que el perito no es parte en el juicio.

⁹⁷ El artículo 1257 del Código de Comercio, señala que los Colegios, barras o instituciones de educación pública o privadas de profesionales, pueden proponer a los peritos, más no fungir las propias entidades como peritos.

Para Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga⁹⁸, perito "es la persona entendida en alguna ciencia o arte, que puede ilustrar al Juez o Tribunal acerca de los diferentes aspectos de una realidad concreta, para cuyo examen se requieren conocimientos especiales en mayor grado que entran en el caudal de una cultura general media." Asimismo, señalan que los peritos tienen dos condiciones esenciales que son competencia e imparcialidad.

Consideramos que este concepto adolece de un aspecto fundamental, en el sentido de que es muy general el hecho de que se mencione que el perito ilustra al Juez respecto a aspectos de una realidad concreta, pues la función del perito efectivamente es auxiliar al Juez respecto de una realidad concreta pero que tengan relación con los hechos controvertidos, e incluso que la litis se refiera a esos hechos de los que se requiere una explicación especial por parte de los peritos hacia el Juzgador.

De los conceptos vertidos, tanto de la prueba pericial como de perito, podemos extraer las siguientes conclusiones:

I.- La pericial es un medio de prueba. Esta conclusión, por muy lógica que parezca, es importante mencionarla, ya que existen diversos autores que no la consideran como tal.⁹⁹

II.- Se ofrece cuando existe controversia respecto de ciertos hechos que no se refieren a aspectos de derecho, y su entendimiento e interpretación, requiere de la opinión de personas que cuenten con conocimientos especiales en una determinada materia, ciencia o arte, para que auxilien al Juez en la explicación de estas cuestiones que el mismo ignora, y emitan una opinión al

⁹⁸ Op. Cit. Pág. 307.

⁹⁹ Hugo Alsina Op. Cit. Este autor, no la considera como un medio probatorio, sino como un medio para esclarecer o interpretar otro medio probatorio ya existente en el procedimiento.

respecto, de la que el Juez se pueda valer para resolver la litis y averiguar la verdad de los hechos controvertidos.

III.- Por lógica, quien desahoga esta prueba son los denominados peritos, que son personas especialistas en la ciencia, arte, técnica o industria a que tengan relación con los hechos controvertidos y sobre de la cual versará la pericial.

IV.- El perito es una persona ajena al juicio, y por lo tanto no es parte en el mismo.

V.- El perito debe tener título en la ciencia, arte, técnica o industria respecto de la cuestión sobre la que debe versar la pericial, a menos de que la materia sobre la que trate ésta, no se encuentre reglamentada, por lo que en este caso y a juicio del Juez, podrá fungir como perito cualquier persona entendida en tal ciencia, arte, oficio, técnica o industria.

5.2 CUÁNDO ES NECESARIO EL OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial, puede y debe ofrecerse cuando se requieran conocimientos especiales en una determinada ciencia, arte, técnica, industria u oficio de que se trate, es decir, cuando los hechos controvertidos tengan relación con esos conocimientos especiales que no sean jurídicos, pues existe la presunción de que el Juez es una persona experta en dichos aspectos y desconoce los conocimientos especiales sobre los que versa la litis que no se traten sobre la materia jurídica, necesitando en este caso, el auxilio de profesionales entendidos en conocimientos especiales de una determinada ciencia, arte, técnica, industria u oficio, a efecto de que lo ayuden a entender los hechos controvertidos relacionados con tal materia, para que éste pueda comprenderlos y resolver la litis planteada.

Estos conocimientos sobre los cuales se tratará la pericial, forzosamente deben ser especiales, más no generales, pues el propio Código de Comercio en el párrafo segundo del artículo 1252, establece que la pericial será admitida, sólo cuando se requieran conocimientos especiales en alguna ciencia, arte,¹⁰⁰ técnica, oficio o industria de que se trate, más no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presume como necesarios en los jueces, debiendo desecharse la pericial que se ofrezca para acreditar hechos que versen sobre estos conocimientos, es decir, los que tengan relación con aspectos generales, pues de nada serviría el desahogo de ésta prueba.

Tampoco podrá ofrecerse la pericial, cuando los hechos que se traten de acreditar, ya estén comprobados por otros medios de prueba, se encuentren confesados por las partes, o bien, sean intrascendentes para la litis.¹⁰¹

Hugo Alsina¹⁰² comenta que en algunos casos la prueba pericial no se refiere a conocimientos especiales, sino que por comodidad para las partes y el Juez, la comprobación de ciertos hechos (aquí hay que tomar en cuenta que el perito tiene dos funciones en el desahogo de la pericial, explicar al Juez los hechos y emitir una opinión al respecto) se encomienda a un perito, sin embargo, la acreditación de esos hechos puede realizarse por el mismo Juez a través de una inspección judicial, como puede ser el hecho de medir la distancia existente entre dos predios cercanos, pero por diversas circunstancias, entre las que se encuentran que el Juez no pierda tiempo valioso en realizar esa medición, dicha labor se encomienda a un ingeniero o arquitecto, derivándose de ello, que no en todos los casos que se ofrece esta prueba, se requieren de conocimientos

¹⁰⁰ El maestro Cipriano Gómez Lara. Op Cit Pág. 145. Señala que debemos entender por arte, una especie de técnica, y no en su sentido estético.

¹⁰¹ Estos hechos, menciona Carnelutti que no deben ser sujetos de prueba, pues son hechos notorios, inútiles o intrascendentes para la controversia.

¹⁰² Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo II. Ed. Compañía Argentina de Editores S. de R.L. Buenos Aires. Pág. 115

especiales, y a pesar de ello, los Tribunales la siguen admitiendo para acreditar este tipo de hechos.

Consideramos que el Juzgador, debe observar detalladamente cuáles son los hechos controvertidos que las partes pretenden acreditar con el desahogo de la pericial, así como las razones por las que la oferente considera que con ella acreditará sus afirmaciones, revisando acuciosamente los puntos y las cuestiones sobre las que versará la pericial, pues de ahí concluirá si la prueba es pertinente o no, y si se requieren conocimientos especiales para acreditar un hecho controvertido, o auxiliar al Juez a entenderlo.

Enfatizamos que el Juzgador, debe observar cuidadosamente el cuestionario propuesto por la oferente de la prueba, pues es muy común que las partes al formular el cuestionario para que los peritos lo contesten, realicen preguntas que no tienen razón de ser, y que para su contestación, no se requiere tener conocimientos especiales en alguna determinada ciencia o arte, incluso, simplemente con observar las constancias de autos y los documentos exhibidos por las partes, el juzgador y cualquier persona con una cultura general media, puede contestar esas preguntas, debiéndose en este caso, no admitir la prueba ofrecida por no requerirse conocimientos especiales para comprobar los hechos controvertidos en el juicio, o bien desestimar las preguntas que no tienen razón de ser.

Al principio de este tema, mencionamos que hoy en día, existen diversas profesiones, técnicas y oficios, dada la globalización económica que el mundo ha sufrido y consecuentemente nuestro país también, con la entrada en vigor del tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá y otros países europeos, de ahí que se puedan ofrecer los más diversos tipos de periciales, prueba pericial que en este caso tendrá que ser necesaria, pues al ser profesiones nuevas, el juzgador no tiene ningún contacto o conocimiento de las mismas, reafirmando lo mencionado anteriormente, en el sentido de que en

cuanto más técnica sea la cuestión a dilucidar, más necesario será el ofrecimiento de la prueba pericial.

En cuanto al título con que deben contar los peritos, nuestro Código de Comercio¹⁰³, señala que cuando la ciencia, técnica, arte u oficio requieran título para su ejercicio, o la profesión se encuentre reglamentada, es decir por la Ley General de Profesiones, el perito deberá tener título en la ciencia, arte, técnica o industria de que se trate.

Si la ciencia, arte, técnica, oficio o industria no requieren título, o requiriéndolo no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas a satisfacción del Juez, a pesar de no contar con título.

Desde luego que existen oficios que no se encuentran reglamentados como los de mecánico automotriz, calígrafo, grafóscopo, carpintero, cocinero, etc, sin embargo, lo que procede en estos casos, es exhibir los diversos diplomas que acreditan que el perito ha tomado cursos en la materia de que se trata y es un experto en la misma.

5.3 REGLAMENTACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO, ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE MAYO DE 1996

Con la reforma de mayo de 1996, el capítulo XV del Código de Comercio relativo a la reglamentación de la prueba pericial, se modificó radicalmente, cambiando totalmente la redacción de los siete artículos relativos a esta prueba, con relación a la reglamentación anterior a la reforma de mayo de 1996, modificaciones y nueva reglamentación que a continuación analizaremos.

Artículo 1252 antes de la reforma:

ARTÍCULO 1252.- El juicio de peritos tendrá lugar en los negocios relativos a alguna ciencia o arte, y en los casos en que expresamente lo prevengan las leyes.

Artículo 1252 después de la reforma:

ARTÍCULO 1252.- Los peritos deben tener título en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, si la ciencia, arte, técnica, oficio o industria requieren título para su ejercicio.

Si no lo requirieran o requiriéndolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas a satisfacción del Juez, aun cuando no tengan título.

La prueba pericial sólo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, más no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los juicios, por lo que se desecharán de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para este tipo de conocimientos, o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan sólo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares.

El título de habilitación de corredor público acredita para todos los efectos la calidad de perito valorador.

Como se observa, este artículo anterior a la reforma, denominaba a la prueba pericial como juicio de peritos, siendo esta denominación errónea, pues a pesar de que expresamos anteriormente que una de las funciones del perito es emitir una opinión respecto de ciertos hechos, la palabra juicio, puede causar confusión, ya que los peritos no juzgan, sino únicamente opinan, siendo de explorado derecho que el único que puede juzgar es el Juez, más no los peritos.

Por otra parte, el concepto de juicio debe entenderse en sentido plural, ya que anteriormente la prueba pericial necesariamente era colegiada, circunstancia que ha sido modificada hoy en día de conformidad con lo que señala la fracción VI.

Asimismo, señalaba que el juicio de peritos tendría lugar en los negocios relativos a una ciencia o arte, sin establecer que la pericial debía

¹⁰³ Artículo 1252.

ofrecerse cuando se requirieran conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica o industria que tuviera relación con los hechos controvertidos.

El artículo 1252 reformado, si establece cuando se hace necesario el ofrecimiento y desahogo de esta prueba, aumentando las palabras técnica, u oficio con relación a las palabras ciencia y arte que disponía el artículo antes reformado, señalándose que esta prueba será necesaria y admisible, sólo cuando se requieran conocimientos especiales en alguna ciencia, arte técnica o industria y se requiera la opinión de peritos expertos en dichas materias, y no será necesaria cuando los hechos tengan relación con conocimientos generales que la ley supone que tiene el Juez de la causa por la instrucción recibida al cursar una carrera universitaria.

Otra de las inclusiones a este artículo, fue la de establecer que cuando la materia sobre la que debe versar la pericial se encuentre reglamentada y para su ejercicio se requiera Título profesional, los peritos deberán tener el título correspondiente que acredite su calidad de experto en dicha materia, y si esta no requiere título o requiriéndolo no existe un perito titulado en el lugar del juicio, el Juez nombrará a cualquier persona entendida a su satisfacción.

Con respecto a la reglamentación de las profesiones, ciencias, artes, técnicas, industrias u oficios, el Juez deberá observar lo dispuesto por la Ley General de Profesiones, ya que este ordenamiento es el que señala cuales son las profesiones, ciencias o artes que para su ejercicio requieren de un título. Es de explorado derecho, que con lo que comúnmente se acredita la calidad de perito en una cierta materia, es con la cédula profesional, documento que a los abogados, contadores públicos, arquitectos e ingenieros, se les requiere para que acrediten su calidad de especialistas en la materia, por lo que este artículo debería mencionar en específico la cédula profesional, ya que pueden obtenerse títulos falsificados de manera más fácil que una cédula profesional.

De esta reforma, también consideramos importante señalar, que además de que el Juez debe desechar la prueba que se propone para acreditar hechos que no requieren de conocimientos especiales, la pericial también será desechada, cuando con la misma, la parte que la ofrece pretenda acreditar cuestiones que se encuentran corroboradas con las constancias de autos o con los documentos base de la acción, o simplemente se refieran a operaciones aritméticas o similares que el Juez, por la cultura general que posee, pueda realizar por si solo.

Consideramos atinada esta reforma, pues con anterioridad a la misma, los litigantes ofrecían esta prueba pericial con el objetivo de acreditar cuestiones que no necesitaban de conocimientos especiales, y se ofrecía únicamente con el afán de retardar el procedimiento por las lagunas existentes en la ley, cuestión que se observa difícil con la reforma planteada, sin embargo en la práctica, a pesar de la reforma, los jueces continúan admitiendo periciales que se ofrecen para acreditar hechos que no requieren conocimientos especiales, o que se encuentran acreditados con otras pruebas ofrecidas en autos.

El último párrafo de este precepto reformado, señala que el corredor público habilitado, tendrá el carácter de perito valuator.

Artículo 1253 antes de la reforma:

ARTÍCULO 1253.- Si los que deben nombrar un perito no pudieren ponerse de acuerdo, el Juez designará uno de entre los que propongan los interesados, y el que fuere designado practicará la diligencia.

Artículo 1253 después de la reforma:

ARTÍCULO 1253.- Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

I Señalarán con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deben resolver en la pericial, así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industrial del perito que se proponga, nombre, apellidos

y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos;

II Si falta cualquiera de los requisitos anteriores, el Juez desechará de plano la prueba en cuestión;

III En caso de estar debidamente ofrecida, el Juez la admitirá, quedando obligados los oferentes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica, oficio o industria para el que se les designa, manifestando, bajo protesta de decir verdad, que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, quedando obligados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos;

IV Cuando se trate de juicios ejecutivos, especiales o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a cumplir dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tengan por designados tales peritos, conforme a lo ordenado en el párrafo anterior, quedando obligados los peritos, en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo;

V Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 1255 de este código;

VI La falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que se tenga por desierta dicha pericial. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente.

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con ese dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, se declarará desierta tal prueba;

VII Las partes quedan obligadas a pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, así como a presentarlos cuantas veces sea necesario al juzgado. También quedarán obligadas a presentar el dictamen pericial dentro del plazo señalado, debiendo presentar los peritos el original de su cédula profesional, o de los documentos anexados a sus escritos de aceptación y protesta del cargo;

VIII Las partes en cualquier momento podrán convenir en la designación de un solo perito para que rinda su dictamen al cual se sujetarán, y

IX También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el Juez en su sentencia.

El artículo anterior a la reforma, establecía la forma en que el Juez señalaba al perito, si las partes no se ponían de acuerdo en su designación, debiendo elegir a uno de los nombrados por las partes, perito elegido que sería quien practicara la diligencia.

Como se puede observar, fue exhaustiva y amplía la reforma que se realizó a este artículo, incluyendo nueve fracciones en el mismo.

Este precepto reformado, reglamenta prácticamente el ofrecimiento, admisión y desahogo de la prueba pericial.

La primera fracción de este artículo reformado, impone a las partes diversas cargas procesales a efecto de que la prueba pueda ser admitida, tales como expresar de manera clara cuales son los puntos sobre los que versará la prueba y las cuestiones que deben resolverse en la pericial, así como todos y cada uno de los datos que identifiquen al perito nombrado, siendo el más importante de ellos el número de su cédula profesional, a menos que la ciencia arte, técnica u oficio no se encuentre reglamentada y para ello no se requiera de Título profesional y en específico de cédula profesional.

A pesar de que este artículo obliga al oferente de la prueba a manifestar las cuestiones sobre las que debe versar la pericial, (que consideramos que se refiere al cuestionario que la oferente debe exhibir al momento de ofrecer la prueba), y a pesar de que el artículo 1198 del mismo Código establece la obligación a las partes de que al ofrecer cualquier prueba se manifieste con claridad que hechos se pretenden acreditar con la misma y cuales son las razones por las que el oferente considera que demostrará sus afirmaciones, consideramos que este artículo debe expresar de manera clara tal circunstancia, incluso el cuestionario propuesto debe ser calificado por el Juez a efecto de vigilar que las preguntas realizadas en el mismo tengan relación con los hechos de la demanda y contestación, pues en la práctica, el oferente de la prueba al realizar el cuestionario a que deben ceñirse los peritos, formula preguntas que no tienen

ninguna relación con los hechos controvertidos, debiendo el Juez en ese supuesto, desechar las preguntas inútiles o que no tengan relación con la litis, en la misma forma que lo hace al desahogar la prueba testimonial o confesional.

Desde luego que no se pide al Juez que dilucide sobre preguntas que evidentemente tienen un carácter técnico, pues para ello se debe auxiliar de un perito, sino simplemente de revisar que las preguntas se encuentren relacionadas con los hechos controvertidos, que nos sean repetitivas y mucho menos indicativas, ya que lo se busca con el ofrecimiento de ésta prueba, es que el perito de una excelsa y clara explicación de lo que se le esta preguntando y no que sus respuestas sean limitadas, pues se insiste que en ese caso de nada sirve la rendición de la pericial.

La fracción segunda, establece con toda claridad que si no se cumplen todos los requisitos señalados en la fracción primera de este artículo, la prueba se desechara de plano. Consideramos que todos los requisitos que la fracción primera exige para que la prueba sea admitida son importantes, sin embargo, la fracción primera también exige el requisito de que la oferente de la prueba señale el domicilio del perito, circunstancia que consideramos innecesaria, pues tal dato no es indispensable para la admisión de esta prueba, ya que la parte que propone o nombra al perito, tiene la obligación de presentarlo al juzgado cuantas veces sea necesario, tal y como lo señala la fracción séptima del mismo precepto legal, de lo que se concluye si una de las partes no señala el domicilio del perito, de acuerdo con la fracción segunda de este artículo, el Juez no podrá admitir la pericial si falta el requisito mencionado, cuestión que nos parece excesiva.

La fracción tercera, señala que los peritos deberán aceptar el cargo propuesto por escrito dentro de los tres días siguientes a la admisión de la prueba, debiendo manifestar que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen la capacidad suficiente para emitir el dictamen en la materia de que se trate, debiendo anexar una copia de la cédula profesional

o documento que acredite su calidad de perito, obligándose a rendir el dictamen diez días después de presentado el escrito de aceptación.

De esta fracción, se desprende que los peritos ya no tienen la necesidad de acudir al juzgado personalmente a aceptar el cargo conferido como se establecía antes de la reforma de manera supletoria en el Código de Procedimientos Civiles de la localidad en la que se tramitará el negocio, debiendo hacerlo por escrito, expresando sacramentalmente la leyenda que señala este artículo, relativa a que tienen la capacidad y los conocimientos suficientes para emitir el dictamen, así como que conocen los puntos controvertidos, anexando copia simple del documento que acredite su calidad de perito, ya que si no se cumplen estos requisitos, el cargo no deberá tenerse por aceptado.

Es pertinente manifestar, que antes de esta fracción, debería incluirse lo dispuesto por el artículo 1254 del mismo Código, que señala que antes de admitir la prueba el Juez deberá dar vista a la contraria para que se manifieste sobre la pertinencia de la prueba. Lo anterior, con el propósito de que las disposiciones relativas a esta prueba tengan una congruencia lógica, ya que ésta fracción señala las reglas para que los peritos acepten el cargo propuesto, lo que conlleva a deducir que la prueba ya fue admitida, siendo que un artículo posterior, señala un requisito previo para que la prueba pueda ser admitida.

Además de lo anterior, también es importante señalar que el plazo de los diez días para que los peritos rindan el dictamen, comienza a correr desde el momento en que presenten el escrito en el que aceptan el cargo conferido y no desde el momento en que la prueba es admitida, como erróneamente sucede en la práctica, pues en este supuesto, el dictamen se encontraría presentado extemporáneamente.

En este sentido, es pertinente manifestar que en ésta fracción deben incluirse diversos supuestos en los que se señale que el plazo para que los peritos rindan sus dictámenes, comenzará a correr en diversos supuestos según las

circunstancias del caso, ya que no siempre dicho término puede comenzar a correr una vez que éstos hayan presentado el escrito de aceptación del cargo conferido, pues muchas veces se tienen que revisar documentos que tiene en su poder la contraparte o un tercero y depende de éstos el que la documentación se proporcione o no para que el perito de una de las partes rinda su dictamen en tiempo, por lo que debe señalarse que en este tipo de supuestos, el término comenzará a correr una vez que la documentación requerida se le haya puesto a disposición del perito, esto desde luego va de la mano con otra reforma que proponemos más adelante y que se refiere a que en caso de que la contraparte tuviera en su poder la documentación sobre la que debe versar la pericial, y no permita su revisión, se le aperciba en el sentido de que en caso de no mostrarla, se tendrán por ciertos los hechos que su oferente pretende demostrar con la misma.

Ahora bien, la dificultad de la reforma que proponemos se presenta cuando se trata de un pericial en materia contable que tiene como propósito conocer los ingresos que ha tenido una empresa en un determinado tiempo, pues en este caso, al tener como objetivo central la citada prueba pericial el conocer una cuestión nueva y no confirmar una que se ha manifestado desde el principio de la demanda o contestación, no podría hacerse efectivo apercibimiento alguno, ya que no podría hacerse alguna afirmación a ese respecto, teniendo en este caso que apercibirse a la tenedora de los documentos, con los apercibimientos más eficaces que en derecho corresponda, o bien imputarse una cantidad determinada a la contraria, para que en caso de que se opongan a la exhibición de la documentación necesaria para que se emita el dictamen, se tengan por ciertas las afirmaciones que la oferente de la prueba pretende acreditar con la misma.

La fracción cuarta, señala el plazo en que los peritos deben aceptar el cargo y rendir el dictamen cuando se trate de juicios especiales, acortándose el plazo para rendir el dictamen con relación a la fracción anterior, ya que en este

caso será de cinco días. Evidentemente, esta fracción se refiere a los juicios ejecutivos mercantiles, y la anterior a los juicios ordinarios.

La fracción quinta, establece que en caso de que los dictámenes presentados por los peritos de ambas partes resulten substancialmente contradictorios, el Juez tendrá que nombrar un perito tercero en discordia, observando para tal efecto lo que dispone el artículo 1255 del mismo ordenamiento.

Respecto a lo ordenado por esta fracción, el Juez deberá ser muy cauteloso en observar si realmente existe una substancial contradicción entre ambos dictámenes, verificando las conclusiones que los peritos emitan, así como lo manifestado por las partes con relación a los mismos.

La fracción sexta, impone una sanción a las partes para el caso de que los peritos no acepten en tiempo y forma los cargos conferidos, así como una sanción para el caso de que los peritos que hayan aceptado el cargo propuesto, no rindan los dictámenes dentro del plazo a que se refieren las fracciones III y IV del mismo artículo.

Las sanciones que esta fracción establece, claramente evidencian que el legislador pretendió terminar con la duración tan larga y tediosa observada en los juicios anteriores a las reformas en donde tenía lugar el desahogo de ésta prueba, ya que con anterioridad a la reforma de mayo de 1996, se aplicaba supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles de la localidad en que se encontrara radicado el juicio, y en nuestro caso, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, (también reformado) que regulaba los supuestos en que los peritos nombrados por las partes no aceptarán los cargos conferidos en el plazo establecido por la ley, o no presentarán sus dictámenes el día de la audiencia y consecuentemente el Juez tenía la obligación de designar un perito en rebeldía.

En estos supuestos, el Juez tenía que nombrar un perito en rebeldía en favor de la parte que se veía afectada por la incomparecencia de su perito, lo que hacía que los juicios se alargaran demasiado, incluso, si el perito nombrado en rebeldía no aceptaba el cargo conferido o no rendía el dictamen en tiempo, el Juez tenía la obligación de designar otro en rebeldía.

La sanción incluida en ésta fracción del artículo 1253, consideramos que es drástica, pues pensemos en el supuesto de que el perito de una de las partes por capricho o cuestiones económicas, no acepta el cargo o no rinde el dictamen en tiempo, dejando en estado de indefensión a la parte que lo nombro, tomando en cuenta también, que en muchos juicios, la litis se centra sobre hechos que para su acreditación requieren del desahogo de una prueba pericial y si por estas omisiones la ley tiene por conforme a una de las partes con el dictamen presentado por su contraria, pensamos que el negocio se complica gravemente para una de las partes y para el Juez, ya que este no tendrá varias opiniones sobre las que pueda apoyarse para llegar a la verdad de los hechos, ya que este supuesto excluye la posibilidad de que se nombre un perito tercero en discordia, en razón de que el nombramiento de un perito tercero solo tiene lugar cuando existen dos dictámenes que son substancialmente contradictorios, teniendo el juez que determinar y resolver la litis con un solo dictamen.

De igual forma, al incluirse esta fracción, se rompe la costumbre de que ésta prueba necesariamente tenía que ser colegiada, es decir, que el Juez, una vez admitida la prueba, tenía la obligación de contar con los dictámenes de ambas partes para dictar la sentencia definitiva, situación que se ha extinguido, pues de acuerdo con lo establecido por la fracción anterior, la prueba pericial podría desahogarse con un solo dictamen, sin que esta prueba deba ser colegiada.

Este sentir ha sido tomado en cuenta por los Tribunales Colegiados de circuito al emitir el siguiente criterio.

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VI, Agosto de 1997
Tesis: VI.10.8 C
Página 787

PRUEBA PERICIAL EN JUICIO MERCANTIL. SU DESAHOGO NO DEBE SER NECESARIAMENTE EN FORMA COLEGIADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De lo preceptuado en los artículos derogados del Código de Comercio, 1252 a 1258, no se desprende que la prueba pericial dentro de un juicio mercantil deba desahogarse en forma colegiada, además de que no prevén aspectos relacionados con el desahogo de esa probanza, como son la facultad que tiene la contraparte del oferente de adicionar el cuestionario respectivo, cuándo y cómo deben aceptar el cargo los peritos que nombren las partes, o la designación de perito tercero en discordia, por lo que para poder desahogar correcta y completamente la prueba pericial, es necesario acudir en forma supletoria al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, con todas las consecuencias que ello acarrea; dentro de este cuerpo normativo, el artículo 353, establece que cuando no se rinda el peritaje de una de las partes, deberá tenerse por conforme con el de la contraparte, es decir, que no necesariamente tal probanza debe desahogarse en forma colegiada.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 65/97. Emilio Maurer Espinoza. 14 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VXIV-Julio, Segunda Parte, tesis VI.2o.283 C, página 700, de rubro: "PERICIAL EN MATERIA MERCANTIL, NO SE REQUIERE QUE SEA COLEGIADA. REMATES. (SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL ESTADO DE PUEBLA)."

La fracción séptima, señala que las partes están obligadas a pagar los honorarios de sus peritos y presentarlos al juzgado las veces que sea necesario, y a vigilar que los peritos presenten el dictamen dentro del plazo conferido y a que exhiban el original de los documentos con los que hayan acreditado su calidad de peritos, es decir, los originales de los documentos que exhibieron en copia simple al aceptar el cargo conferido.

En la práctica, y a pesar de que el artículo 1253 tiene una vigencia desde mayo de 1996, los abogados litigantes no han tenido el cuidado de anexar el original de la cédula del perito al momento de presentar el dictamen, sino que se limitan a presentar el dictamen dentro de los diez siguientes a la aceptación del

cargo, presentando al perito al Juzgado para que ratifique el peritaje, e identificando al mismo en la comparecencia ante el Juez, con un documento diferente a la cédula profesional o al original que acredite su calidad de perito.

En este sentido, es menester acotar que con la reforma realizada, la ley no exige al perito que ratifique el dictamen, sino que lo presente en tiempo y exhiba el original del documento con que acreditó su calidad de perito, sin embargo, los jueces al acordar el dictamen de los peritos, requieren a este para que lo ratifique a efecto de que pueda acordarse el mismo y dar vista a la partes, no observando lo dispuesto en esta fracción, ni sancionando el incumplimiento de las partes con relación a ello.

Confirma lo anterior el siguiente criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito, en el sentido de que el Código de Comercio no establece ninguna obligación hacia las partes para ratificar el dictamen pericial.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: I, Junio de 1995

Tesis: XX.8 C

Página: 509

PRUEBA PERICIAL, EN MATERIA MERCANTIL. NO NECESITAN SER RATIFICADOS LOS DICTAMENES POR SU AUTOR, PARA QUE TENGAN PLENA EFICACIA JURIDICA. Las pruebas pericial y documental privada, son elementos de convicción distintos, que no deben confundirse, ya que la primera se constituye por dictámenes rendidos por personas que con conocimientos científicos, artísticos o técnicos auxilian al Juez en la investigación de los hechos controvertidos, cuando se requiere la orientación del arbitrio judicial en alguna ciencia o arte, o la mande la ley. Y, la segunda son los escritos que consignan hechos o actos jurídicos realizados entre particulares, teniendo la característica esencial de la falta de intervención de una autoridad o fedatario en el momento de su otorgamiento. Por tanto, a la prueba pericial no le es aplicable lo preceptuado en el artículo 1296 del Código de Comercio, pues éste se refiere a los documentos privados y la correspondencia procedente de una de las partes, de ahí que los peritajes no necesitan ser ratificados por su autor para que tengan plena eficacia jurídica, ya que no existe ningún precepto jurídico en el Código de Comercio que así lo ordene.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 974/94. Mario Valdemar Cruz López. 30 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Luis Armando Mijangos robles.

A pesar de que ésta fracción no establece una sanción expresa para el caso de que el perito no exhiba el original de su cédula o documento que acredite su calidad de perito conjuntamente con el dictamen, de acuerdo con una lógica interpretación de esta fracción y del artículo en su totalidad, consideramos que la sanción debe ser que la parte que no cumpla con tal requisito, debe tenerse por conforme con el dictamen presentado por su contraria, al no cumplirse con los requisitos que señala la fracción séptima del artículo 1253 y lo que establece el artículo 1254 el mismo ordenamiento legal.

La fracción octava, confiere la posibilidad a las partes de que puedan nombrar un solo perito. Evidentemente esto no ocurre con mucha frecuencia, sin embargo si ello aconteciere, surge la duda de si las partes podrán o no objetar el dictamen rendido por este.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que si pueden hacerlo, incluso el Juez, de acuerdo con las reglas que el Código establece para la valoración de esta prueba, podrá tomarlo o no en cuenta para dictar sentencia.

Por último, la fracción novena de este artículo determina el hecho de que las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer las observaciones del mismo, sin considerar el término para objetar el de la contraria, lo cual consideramos que debe realizarse dentro de tres días siguientes al auto en que se haya acordado la presentación del dictamen, tal y como lo dispone el artículo 1079 fracción sexta del mismo Código de Comercio, que se refiere a que si no se establece un término en específico para la realización de un acto procesal, será el de tres días.

Las anteriores consideraciones, serán tomadas en cuenta por el Juez al momento de dictar la sentencia definitiva y valorar todas y cada una de las

pruebas aportadas por las partes, así como el dictamen pericial de ambas si lo hubiere.

Artículo 1254 antes de la reforma:

ARTÍCULO 1254. Los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su juicio, si la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentados.

Artículo 1254 después de la reforma:

ARTÍCULO 1254. El Juez, antes de admitir la prueba pericial, dará vista a la contraria por el término de tres días, para que manifieste sobre la pertinencia de tal prueba y para que proponga la ampliación de otros puntos y cuestiones además de los formulados por el oferente, para que los peritos dictaminen.

En el supuesto de que alguna parte no designe el perito que le corresponda, o aquel que haya designado no comparezca en la forma señalada a aceptar el cargo o no presente su dictamen, el tribunal entenderá que dicha parte se conforma con el peritaje que rinda el perito de la contraria, como si hubiere sido nombrado de común acuerdo. Si ninguno de los peritos rinde su peritaje, la pericial que se hubiere propuesto se declarará desierta por imposibilidad para recibirla.

El anterior artículo, señalaba que los peritos deberían tener título en la ciencia o arte de que se tratará, si la profesión se encontraba legalmente reglamentada, circunstancia o requisito que se incluyó en el artículo 1253 primer párrafo.

La redacción del nuevo artículo, se modificó radicalmente así como su sentido, estableciéndose en el artículo 1254 reformado, la obligación del Juez de dar vista a la contraria de la oferente para que se manifieste sobre la pertinencia del desahogo de la pericial.

Este artículo, como lo comentamos al analizar el artículo 1253, debe incluirse en una de las primeras fracciones de este precepto, para encontrarnos en una lógica adecuada, pues el artículo 1253 señala que el Juez antes de admitir la prueba, dará vista a la contraria para que se manifieste sobre la pertinencia, y el

artículo 1253, establece las bases para el desahogo de la prueba una vez que ésta ya fue admitida.

Realmente en teoría, la modificación incluida en este artículo es adecuada, pues permite al Juez tener más elementos para admitir la prueba, escuchando la opinión de la contraria al respecto, sin embargo consideramos que este artículo debe tener mayor impacto en la práctica y ser observado por los Jueces, ya que a pesar de que dan vista a la contraria y esta realiza sus manifestaciones, el Juez no las toma en cuenta, siendo que hay casos en los que la pericial no debe ser admitida por ser innecesaria y así es manifestado por la contraria a la oferente de la prueba.

Desde luego que la pertinencia o no de la prueba tiene que ver con las manifestaciones que las partes hicieron en su demanda y contestación, cual es la litis del negocio y que es lo que se pretende demostrar con esa prueba, debiendo observar el Juez la manifestaciones que la contraria a la oferente de la prueba vierte al momento de desahogar dicha vista, pues a pesar de que se da vista a la contraria para que realice sus manifestaciones, éstas no son tomadas en cuenta por el Juez para admitir la prueba, ni siquiera se hace mención de ellas en el auto admisorio de la pericial.

En su segundo párrafo, prácticamente se repiten las sanciones a las partes para el caso de que su perito no acepte el cargo conferido, o no rinda el peritaje en tiempo, sanciones que ya señala el artículo 1253 y de las cuales hemos realizado los comentarios correspondientes.

De este artículo, se puede colegir que el momento en que la contraria de la oferente de la prueba tiene para designar perito de su parte, es al momento de desahogar esta vista, a pesar de que no tenga conocimiento si la prueba será admitida o no, pues no se determina claramente el momento en que esta parte deba designar perito, siendo más lógico que lo designe cuando la prueba haya sido admitida, sin embargo, en la práctica profesional los litigantes no

se arriesgan a nombrar perito hasta que se admita la prueba, sino que de manera cautelara lo hacen al momento de desahogar la vista con la pertinencia de la prueba, pues si no nombran perito, se tendrá por conforme a su cliente con el dictamen que rinda el perito de la contraria.

Artículo 1255 antes de la reforma:

ARTÍCULO 1255. Si la profesión o el arte no estuvieren legalmente reglamentados, o estándolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas, aun cuando no tengan título.

Artículo 1255 después de la reforma.

ARTÍCULO 1255. Cuando los dictámenes rendidos resulten substancialmente contradictorios de tal modo que el Juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción, podrá designar un perito tercero en discordia. A este perito deberá notificársele para que dentro del plazo de tres días, presente escrito en el que acepte el cargo conferido y proteste su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica, oficio o industria para el que se le designa, manifestando, bajo protesta de decir verdad, que tiene la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular; así mismo señalará el monto de sus honorarios, en los términos de la legislación local correspondiente o, en su defecto, los que determine, mismos que deben ser autorizados por el Juez, y serán cubiertos por ambas partes en igual proporción.

El perito tercero en discordia deberá rendir su peritaje precisamente en la audiencia de pruebas, y su incumplimiento dará lugar a que el tribunal le imponga como sanción pecuniaria, a favor de las partes, el importe de una cantidad igual a la que cotizó por sus servicios al aceptar y protestar el cargo. En el mismo acto, el tribunal dictará provido de ejecución en contra de dicho perito tercero en discordia, además de hacerlo saber al tribunal pleno, y a la asociación, colegio de profesionistas o institución que lo hubiera propuesto por así haberlo solicitado el Juez, para los efectos correspondientes.

En el supuesto del párrafo anterior, el Juez designará otro perito tercero en discordia y, de ser necesario, suspenderá la audiencia para el desahogo de la prueba en cuestión.

El artículo anterior a la reforma, señalaba que si la profesión no estaba reglamentada, o reglamentada no existieran peritos en la materia a tratar, las partes o el Juez podrían nombrar a cualquier persona entendida en la ciencia o

arte sobre la cual versará la pericial, reglamentación que se repite en el artículo 1252 reformado.

Este artículo, especifica los casos en que el Juez debe nombrar un perito tercero en discordia, la forma en que debe hacérsele saber su nombramiento, la forma en que debe aceptar el cargo, que son los mismos requisitos que se establecen para los peritos nombrados por las partes, y la obligación de este perito de señalar el monto de sus honorarios.

De igual forma, se señala que el perito tercero en discordia deberá rendir su peritaje a más tardar el día de la audiencia que para tal efecto se señale, y en caso de no hacerlo se le impondrá una sanción pecuniaria en favor de las partes, además de hacer saber tal incumplimiento al pleno del Tribunal.

En este supuesto, es decir en caso de que el perito no rinda el dictamen en la audiencia, el Juez nombrará otro en su lugar y de ser necesario suspenderá la audiencia para el desahogo de la prueba en cuestión.

El supuesto en que el Juez debe señalar un perito tercero en discordia, es cuando los dictámenes rendidos por los peritos de ambas partes resulten substancialmente contradictorios, debiendo el Juzgador observar para tal efecto, precisamente los dictámenes y las manifestaciones de las partes respecto de los mismos.

Artículo 1256 antes de la reforma:

ARTÍCULO 1256. El Juez puede asistir a la diligencia que practiquen los peritos, pedirles todas las aclaraciones que estime conducentes y exigirles la práctica de nuevas diligencias; de todo lo dicho quedará constancia expresa y autorizada legalmente en los autos.

Artículo 1256 después de la reforma:

ARTÍCULO 1256. El perito que nombre el Juez puede ser recusado dentro de los cinco días siguientes a aquél en que haya surtido efectos la notificación de la aceptación y protesta del cargo por dicho perito a los litigantes. Son causas de recusación las siguientes:

I Ser el perito pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado, de alguna de las partes, sus apoderados, abogados, autorizados o del Juez o sus secretarios, o tener parentesco civil con alguna de dichas personas;

II Haber emitido sobre el mismo asunto dictamen, a menos de que se haya mandado reponer la prueba pericial;

III Haber prestado servicios como perito a alguno de los litigantes, salvo el caso de haber sido tercero en discordia, o ser dependiente, socio, arrendatario o tener negocios de cualquier clase, con alguna de las personas que se indican en la fracción primera;

IV Tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro juicio semejante, o participación en sociedad, establecimiento o empresa con alguna de las personas que se indican en la fracción primera, y

V Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes, sus representantes, abogados o con cualquier otra persona de relación familiar cercana a aquéllos.

Propuesta en forma la recusación, el Juez mandará se haga saber al perito recusado, para que el perito en el acto de la notificación si ésta se entiende con él, manifieste al notificador si es o no procedente la causa en que aquélla se funde.

Si la reconoce como cierta, el Juez lo tendrá por recusado sin más trámites y en el mismo auto nombrará otro perito. Si el recusado no fuere hallado al momento de notificarlo, deberá comparecer en el término de tres días, para manifestar bajo protesta de decir verdad, si es o no procedente la causa en que se funde la recusación.

Si admite ser procedente en la comparecencia o no se presenta en el término señalado, el tribunal sin necesidad de rebeldía, de oficio, lo tendrá por recusado y en el mismo auto designará otro perito.

Cuando el perito niegue la causa de recusación, el Juez mandará que comparezcan las partes a su presencia en el día y hora que señale, con las pruebas pertinentes. Las partes y el perito únicamente podrán presentar pruebas en la audiencia que para tal propósito cite el Juez.

No compareciendo la parte recusante a la audiencia, se le tendrá por desistida de la recusación. En caso de inasistencia del perito se le tendrá por recusado y se designará otro.

Si comparecen todas las partes litigantes, el Juez las invitará a que se pongan de acuerdo sobre la procedencia de la recusación, y en su caso sobre el nombramiento del perito que haya de reemplazar al recusado.

Si no se ponen de acuerdo, el Juez admitirá las pruebas que sean procedentes desahogándose en el mismo acto, uniéndose a los autos los documentos e inmediatamente resolverá lo que estime procedente.

En el caso de declarar procedente la recusación, el Juez en la misma resolución, hará el nombramiento de otro perito, si las partes no lo designan de común acuerdo.

Cuando se declare fundada alguna causa de recusación a la que se haya opuesto el perito, el tribunal en la misma resolución condenará al recusado a pagar dentro del término de tres días, una sanción pecuniaria equivalente al diez por ciento del importe de los honorarios que se hubieren autorizado, y su importe se entregará a la parte recusante.

Asimismo, se consignarán los hechos al Ministerio Público para efectos de investigación de falsedad en declaraciones judiciales o cualquier otro delito, además de remitir copia de la resolución al tribunal pleno, para que se apliquen las sanciones que correspondan.

No habrá recurso alguno contra las resoluciones que se dicten en el trámite o la decisión de la recusación.

En caso de ser desechada la recusación, se impondrá al recusante una sanción pecuniaria hasta por el equivalente a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, que se aplicará a favor del colitigante.

El artículo anterior a las reformas, prescribía la facultad del Juez de asistir a todas las diligencias practicadas por los peritos, así como a interrogarlos respecto de todo lo concerniente al dictamen emitido, debiendo existir constancia por escrito en autos.

La reforma a este artículo, varió completamente el sentido del mismo, ya que el artículo reformado establece las reglas para la recusación respecto del perito que nombre el Juez, así como los supuestos en los que se puede dar dicha recusación. El comentario que nos merece este artículo, es la duda que surge con relación al porque únicamente puede recusarse el perito que nombre el Juez, y no el que nombren las partes, ya que esta discusión ha sido tratada por diversos autores.

Consideramos que sólo puede recusarse el perito que nombre el Juez, por el hecho de que la opinión de este perito tal vez sea determinante para el conocimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pues se supone que no tiene ninguna relación con las partes y que no tiene ningún interés en el negocio debiendo rendir un dictamen apegado a la realidad de los hechos e imparcial completamente, y si por alguna circunstancia se evidencia que el perito

se encuadra dentro de los supuestos que señala este artículo, la recusación deberá ser procedente.

Artículo 1257 antes de la reforma:

ARTÍCULO 1257. Cuando la ley fije bases a los peritos para normar su juicio, se sujetarán a ellas, pudiendo, sin embargo, exponer y fundar las consideraciones que en su concepto deban modificarlo en el caso de que se trate.

Artículo 1257 después de la reforma:

ARTÍCULO 1257. Los jueces podrán designar peritos de entre aquéllos autorizados como auxiliares de la administración de justicia por la autoridad local respectiva, o a solicitar que el perito sea propuesto por colegios, asociaciones o barras de profesionales, artísticas, técnicas o científicas o de las instituciones de educación superior públicas o privadas, o las cámaras de industria, Comercio, o confederaciones de cámaras a la que corresponda al objeto del peritaje.

Cuando el Juez solicite que el perito se designe por alguna de las instituciones señaladas en último término, prevendrá a las mismas que la nominación del perito que propongan, se realice en un término no mayor de cinco días, contados a partir de la recepción de la notificación o mandamiento que expida el Juez.

En todos los casos en que se trate únicamente de peritajes sobre el valor de cualquier clase de bienes y derechos, los mismos se realizarán por avalúos que practiquen dos corredores públicos o instituciones de crédito, nombrados por cada una de las partes, y en caso de diferencias en los montos que arrojen los avalúos, no mayor del treinta por ciento en relación con el monto mayor, se medirán estas diferencias. De ser mayor tal diferencia, se nombrará un perito tercero en discordia, conforme al artículo 1255 de este código, en lo conducente.

En el supuesto de que alguna de las partes no exhiba el avalúo a que se refiere el párrafo anterior, el valor de los bienes y derechos será el del avalúo que se presente por la parte que lo exhiba, perdiendo su derecho la contraria para impugnarlo.

Cuando el Juez lo estime necesario, podrá designar a algún corredor público, institución de crédito, al Nacional Monte de Piedad o a dependencias o entidades públicas que practican avalúos.

En todos los casos en que el tribunal designe a los peritos, los honorarios de éstos se cubrirán por mitad por ambas partes, y aquella que no pague lo que le corresponde será apremiada por resolución que contenga ejecución y embargo de bienes. En el supuesto de que alguna de las partes no cumpla con su carga procesal de pago de honorarios al perito designado por el Juez, dicha parte incumplida perderá todo derecho para impugnar el peritaje que se emita por dicho tercero.

Este precepto antes de la reforma, establecía la obligación de los peritos para sujetarse a ciertas reglas cuando la ley establecía las mismas para la rendición del peritaje.

El artículo reformado varío radicalmente su redacción, otorgando las bases a los jueces para la designación de los peritos terceros en discordia, indicando que para tal propósito puede acudir a instituciones públicas y privadas para que envíen una lista de sus peritos en una determinada materia, ciencia o arte en caso de que en el Tribunal no existan peritos en las referidas materias. De igual forma señala que las partes pagaran por igual los honorarios del perito tercero en discordia, y en caso de que no lo hagan, se dictará auto de ejecución en contra de sus bienes para realizarse el cobro y no tendrán derecho a impugnar el dictamen emitido por el tercero.

Artículo 1258 antes de la reforma:

ARTÍCULO 1258. Cuando el juicio pericial tuviere por objeto el avalúo de alguna cosa, pueden las partes asistir a la diligencia respectiva, a cuyo efecto el Juez señalará día y hora, si lo pidiere alguna de ellas.

Artículo 1258 después de la reforma:

ARTÍCULO 1258. Las partes tendrán derecho a interrogar al o a los peritos que hayan rendido su dictamen, salvo en los casos de avalúos a que se refiere el artículo 1257, y a que el Juez ordene su comparecencia en la audiencia que para tal fin se señale, en la que se interrogará por aquél que la haya solicitado o por todos los colitigantes que la hayan pedido.

Antes de la reforma, este precepto indicaba que cuando el dictamen se refiriera a un avalúo, las partes tenían derecho a acudir a la diligencia.

Con posterioridad a la reforma, el artículo cambió radicalmente su redacción, estableciéndose la fijación de una audiencia para que las partes que lo hayan solicitado puedan interrogar tanto al perito nombrado de su parte, como al de la contraria, o bien al tercero en discordia.

Este precepto no requiere de mayor explicación, sin embargo en la práctica, los Jueces y secretarios de acuerdos no han entendido el alcance de este precepto, pues consideran que este artículo se refiere a la celebración de la junta de peritos¹⁰⁴, siendo que esta audiencia no necesariamente es una junta de peritos, sino una audiencia en la que comparecerá el perito que haya requerido la parte que solicito la celebración de la audiencia, de lo que se desprende que únicamente se citará al perito del cual se haya solicitado su presencia, pudiendo interrogar al mismo sólo la parte que lo haya solicitado, cuestión que los jueces no han entendido en la práctica, pues cuando una de las partes solicita la verificación de esta audiencia, el Juez la señala como si fuera una junta de peritos, en donde comparecen todos los peritos y ambas partes tienen derecho a interrogarlos, siendo que en este caso, sólo tendría que ser citado el perito requerido y únicamente puede ser interrogado por la parte que haya solicitado la verificación de la audiencia.

Otra cuestión relativa a este artículo, es que no se establece sanción alguna para el perito que haya sido requerido y no acuda a la citada audiencia, debiendo en este caso imponerse al perito una multa en favor de la parte que haya solicitado su comparecencia.

Para finalizar, y a reserva de que en el proyecto de mejoras de este capítulo lo mencionaremos, debe existir en las reglas de la prueba pericial un artículo que establezca una sanción a las partes para el caso de que no permitan el acceso a sus instalaciones a los peritos de la contraria, a efecto de que estos practiquen las diligencias necesarias para el cumplimiento de su trabajo en caso de que dichas visitas sean necesarias, pues a pesar de que el artículo 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de aplicación supletoria

¹⁰⁴ A pesar de que el artículo 357 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal tiene una redacción similar a la del artículo 1258, en el mismo se hace mención a la junta de peritos, siendo que no necesariamente es una junta de peritos, pues puede ocurrir que nada más se cite al tercero en discordia, de lo que se concluye que no existe una confrontación entre los demás peritos, por lo que no es una junta, sino la comparecencia de uno de ellos

a la legislación mercantil y aplicado de manera analógica a la prueba pericial, establece la sanción a una de las partes para el caso de que se niegue a permitir la practica de una diligencia en sus instalaciones, que es que se tengan por ciertos los hechos que con dicha prueba el oferente de la misma pretende acreditar, debe establecerse de manera expresa en el Código de Comercio de manera similar dicha sanción pero específicamente en las reglas para el desahogo de la prueba pericial, pues es ahí donde con más frecuencia se da este supuesto.

5.4 CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

La doctrina, ha establecido tres tipos de clasificación de la prueba pericial, en prejudicial o extrajudicial, judicial y la legal, discutiéndose si la prueba pericial pueda tener algún valor en la primera de las formas mencionadas.

La pericial extrajudicial o prejudicial, como su nombre lo indica, es la que se realiza antes de juicio, con el propósito de que peritos en una determinada ciencia o arte determinen sobre cuestiones que serán materia de la litis en un litigio, y que por diversas causas, la parte interesada no podrá esperarse hasta que inicie este, ya que las cuestiones a dilucidar y que pretende acreditar su oferente, posiblemente será difícil determinar en lo futuro si no se realiza en ese preciso momento.

Desde luego que ésta prueba prejudicial, se rinde por el perito de una de las partes que en un futuro entrarán en contienda, o bien, pueden ambas partes designar a su perito para que determine las cuestiones a dilucidar, teniendo en estos casos que ratificar los peritos sus dictámenes en juicio para que el Juez les pueda conceder algún valor probatorio, esto en el supuesto de que las partes soliciten la rendición de un dictamen a peritos fuera de la observancia de un Juez, pues como veremos más adelante, la pericial puede solicitarse a un Juez antes de que inicie el juicio como medio preparatorio al mismo.

Respecto a la prueba pericial extrajudicial o prejudicial, la doctrina discutía si era posible solicitarla al Juez mediante los medios preparatorios a juicio o por medio de la jurisdicción voluntaria, tal y como se establecía para el caso de los testigos que se encontrarán en peligro de muerte o próximos a ausentarse de un lugar determinado y después su paradero fuera difícil de localizar, pues se señalaba que lo que no estaba expresamente reglamentado, un Juez no podría acordarlo procedente, ya que en este caso la legislación procesal solamente concebía el desahogo de esta prueba previo a un litigio para el examen de testigos, y en el supuesto de que el Juez concediera el desahogo de la prueba pericial antes de juicio, estaría legislando, facultad que solamente tiene el poder legislativo.

Esta discusión, con la reforma de mayo de 1996 ha quedado dilucidada en favor de quienes aprobaban la posibilidad de que un Juez, antes de que se iniciara un procedimiento, permitiera el desahogo de una prueba pericial, siempre y cuando ésta fuera necesaria ante el temor de que las cosas o bienes a examinar pudieran consumirse por su estado precario o bien con posterioridad fuera difícil determinar la cuestión que la oferente de la prueba pretendía acreditar con el desahogo de esta prueba.

En efecto, con la reforma de mayo de 1996 fue añadida una fracción más al artículo 1151 del Código de Comercio, que se refiere a los medios preparatorios a juicio, estableciéndose textualmente lo siguiente:

Artículo 1151.- El Juicio podrá prepararse:

VIII.- Pidiendo el juicio pericial o la inspección judicial cuando el estado de los bienes, salud de las personas, variaciones de las condiciones, estado del tiempo, o situaciones parecidas hagan temer al solicitante la pérdida de un derecho o la necesidad de preservarlo.

Con ello, es claro que la prueba pericial puede desahogarse antes de que se inicie un procedimiento, siempre y cuando se señalen con precisión y se

demuestren las causas por las que se pide el desahogo de dicha pericial, desprendiéndose también, que la prueba pericial prejudicial puede rendirse con o sin la presencia del un Juez, siendo necesario en el segundo de los casos que una vez iniciado el juicio, los peritos ratifiquen sus dictámenes ante el Juez que conozca del juicio, y en este supuesto, el valor de lo afirmado por los peritos en los dictámenes será el de una testimonial más no el de una prueba pericial, rendición que desde nuestro punto de vista no tiene razón de ser a menos de que se haya efectuado realmente por una causa suficientemente grave para considerar que la espera podría ser fatal.

De acuerdo a lo anterior, Hugo Alsina¹⁰⁵ señala que la prueba pericial sólo tiene valor cuando se practica judicialmente, pues la extrajudicial (que se realiza antes del procedimiento y sin la presencia de un Juez), carece de eficacia probatoria, a menos que sea ratificada, y en este caso vale como prueba testimonial, independientemente de que debe ser estimada con reserva en razón de su mismo origen.

Desde luego que el autor argentino se refiere a la prueba pericial realizada por peritos antes de que inicie un procedimiento judicial y sin la observancia de un Juez, es decir, sin solicitarlo a este a través de la figura procesal de la jurisdicción voluntaria o de los medios preparatorios a juicio, de ahí que la referida prueba no tenga la misma fuerza probatoria, y que los peritos, una vez iniciado el proceso, tengan que acudir ante el Organismo judicial a ratificar sus dictámenes.

La prueba pericial judicial, como su nombre lo indica, es la que se lleva a cabo dentro de un procedimiento judicial y en observancia a todas las reglas que al respecto existen en el Código de Comercio, prueba que puede ofrecerse a instancia de parte, o de oficio a instancia del Juez.

¹⁰⁵ Op. Cit. Pág. 348.

Por último, existe la prueba pericial legal que es la que ordena la Ley en determinados casos, por ejemplo, cuando se trata de la declaración de estado de incapacidad por enajenación mental, nuestra Ley procesal local¹⁰⁶ exige para la comprobación de tal estado el desahogo de una prueba pericial médica; cuando se trata de la constitución de una servidumbre legal de desagüe¹⁰⁷, así como en innumerables supuestos en la que diversas leyes señalan como necesario el dictamen de peritos.

Consideramos que el término empleado por la doctrina respecto a esta clasificación de prueba pericial no es adecuado, pues los otros tipos de pruebas periciales que hemos mencionado, en comparación con esta, podría pensarse que son ilegales, situación que no es así, pues todas tienen sustento en la ley, lo que sucede es que la pericial legal es titulada de esa forma porque la ley exige su desahogo para que el Juez pueda resolver la litis, exigencia que no sucede en los otros dos tipos de pruebas, pues en esos supuestos las partes podrán o no ofrecer la prueba y será en su perjuicio el hecho de que se tengan o no por acreditadas las afirmaciones vertidas que necesariamente tienen que acreditarse con el desahogo de una prueba pericial, pudiendo el Juez dictar sentencia sin necesidad de solicitar el desahogo de esta, salvo la facultad del juez de solicitar diligencias de prueba para mejor proveer.

De lo anterior, se desprende que a pesar de que en un procedimiento la prueba pericial puede ofrecerse por las partes, o solicitarla el Juez de oficio, en el supuesto de que la ley lo señale expresamente, el Juez no podrá dictar sentencia si no se ha desahogado tal prueba, de ahí que su desahogo sea obligatorio pues la misma ley lo exige.

¹⁰⁶ Artículos 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

¹⁰⁷ Artículo 1073 del Código civil para el Distrito Federal

5.5. SU VALOR PROBATORIO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

La prueba pericial, como lo hemos mencionado en este capítulo, se hace necesaria cuando en la litis existan puntos controvertidos que tengan relación con una ciencia, arte, industria u oficio que requiera de conocimientos especiales, prueba que se desahogará por peritos en la materia a tratar y que su objetivo será auxiliar al Juez a llegar a la verdad de los hechos, de ahí la importancia de la pericial y del valor que el Juez le otorgue a la misma.

Por disposición de la ley, los dictámenes periciales serán calificados por el Juez con las más amplias facultades, es decir, le otorga la ley plena libertad al Juzgador para tomar como base o fundamento de su sentencia el peritaje que más le convenza, aunque en el supuesto de que se de una de las sanciones a que se refiere el artículo 1253 del Código de Comercio, es decir, que el Juez tenga por conforme a una de las partes con el dictamen rendido por el perito de la contraria, en este caso, el Juez únicamente tendrá en cuenta un solo dictamen, excluyéndose la posibilidad de un tercero en discordia, observándose en este supuesto que la prueba pericial ya no es colegiada como regularmente lo era con anterioridad a la reforma de mayo de 1996.

El artículo del Código de Comercio relativo a la fuerza probatoria de los dictámenes periciales, es el artículo 1301, que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 1301. - La fe de los demás juicios periciales, incluso el cotejo de letras, será calificada por el Juez según las circunstancias.

De lo expuesto por este artículo, y recordando lo señalado en el primer capítulo respecto a los sistemas de valoración de pruebas que existen, observamos que este artículo establece el sistema de la libre valoración, en el que el Juez no se tiene que someter a ninguna regla para conceder valor probatorio a una prueba, como sí ocurre en la prueba confesional y testimonial, en la que

tienen que darse ciertos requisitos para que el Juez pueda concederle un valor probatorio pleno a las pruebas ofrecidas.

Tratándose de avalúos, que regularmente la ley determina que se rindan por peritos, el artículo 1300 del Código de Comercio, señala que los avalúos harán prueba plena, estableciéndose en este caso el sistema de prueba legal, en el que la ley le señala al Juez el valor probatorio debe concederle a una prueba.

Mateos Alarcon¹⁰⁸, señala que las razones por las que la Ley no tasa de forma determinada el valor de los peritajes, es porque estos, " simplemente facilitan una opinión sobre la materia de la contienda, a la que no puede dársele otro carácter que el de ilustración, que el Juez no está obligado a seguir si su convicción se opone. De otra manera se despojaría al Juez para convertirse en el instrumento servil de los peritos, que es lo que no quiere la Ley".

En efecto, los peritos simplemente auxilian al Juzgador respecto a cuestiones que por la materia de que se trata, son difíciles de entender por este, y en ese sentido las opiniones u observaciones que los peritos hagan al Juez, servirán de apoyo para llegar a la verdad de los hechos controvertidos, teniendo que administrar esta prueba con las otras aportadas en juicio, para así estar en posibilidades de dictar una sentencia apegada a la verdad y al derecho, pues en caso de que la ley estableciera un determinado valor a la prueba pericial, los peritos serían prácticamente los que decidirían la controversia planteada, siendo esta una función exclusiva e inminente del poder judicial.

Respecto al valor probatorio que la ley otorga a los avalúos, el citado autor señala que es lógico que la ley le conceda fuerza probatoria plena, ya que al ofrecerse estos, el objetivo simplemente es determinar el precio de una cosa en

¹⁰⁸ Op Cit. Págs. 236 y 237,

específico, para lo cual tienen los peritos el valor comercial de otras cosas de la misma especie, más no se trata la demostración de un hecho incierto, en el que realmente se requieran de conocimientos especiales, coincidiendo esto con lo apuntado en líneas anteriores, en el sentido de que en algunas ocasiones por comodidad, cuestiones que no requieren conocimientos especiales se encargan a personas que habitualmente se dedican a ello.

De lo expuesto, concluimos claramente que el juzgador tomará en cuenta los dictámenes periciales según el ánimo de convicción que produzcan en él los mismos, aunque en la práctica generalmente los jueces se inclinan por el dictamen del perito tercero en discordia, supuestamente porque es el que no tiene ningún interés en el asunto y su fin único es ilustrar al Juez y emitir una opinión imparcial al respecto, situación que es falsa, pues desgraciadamente en la práctica la mayoría de las veces el dictamen se emite favorablemente hacia una de las partes y no por el hecho de que el perito se conduzca con verdad, sino porque ha llegado a un arreglo económico con la parte que ha mostrado el interés en que el dictamen se emita en su favor.

Es por esta circunstancia, que creemos que debe incluirse en el Código de Comercio un precepto que establezca que el nombre y domicilio del perito tercero en discordia no se haga saber a las partes, con el propósito de que no se comuniquen con él y tenga la libertad de emitir un dictamen de acuerdo a la verdad de los hechos observados, es decir, independiente e imparcial.

En algunos casos, será imposible que las partes no tengan conocimiento de quién es el perito tercero en discordia nombrado, pues ello depende del tipo prueba que se tenga que desahogar, ya que en algunas ocasiones tendrá que acudir con algunas de las partes a revisar documentos que se encuentren en las instalaciones de éstas

Por último, también es de concluirse, que de acuerdo con lo establecido por los artículos 1301 y 1324 del Código de Comercio y 402 del

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los jueces deben valorar la prueba pericial conjuntamente con las demás pruebas aportadas por las partes, administrando unas con otras para emitir una resolución que se apegue a derecho.

Confirma lo anterior, el siguiente criterio emitido por los tribunales Colegiados de circuito.

Octava Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XIII-Enero
Página: 288

PRUEBA PERICIAL, APRECIACION DE LA, EN MATERIA MERCANTIL. La circunstancia de que el artículo 1301 del Código de Comercio otorgue a los jueces autorización para calificar la fe de los juicios periciales, distintos de los avalúos, e incluso el cotejo de letras, no debe estimarse conferida como facultad irrestricta, porque del señalamiento de ese mismo precepto, de que la calificación se hará según las circunstancias, debe entenderse que la apreciación de la prueba debe estar apoyada en los restantes datos y medios de convicción de autos.

SEGÚN TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 232/93. Maderas Delamot, S.A. de C.V. 18 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: Libertad Rodríguez Verdusco.

5.6 SUBSTITUCIÓN DE PERITOS, FALTA DE REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Al tratar el tema de las sanciones que existen para el caso de que los peritos designados por las partes no acepten el cargo propuesto en el tiempo convenido, o no rindan el dictamen en el plazo y conforme a las reglas que para tal efecto se señalan en los artículos relativos a la prueba pericial en el Código de Comercio, mencionamos que dichas sanciones nos parecían drásticas, pues puede darse el caso, que el perito consciente de los daños que ocasionaría a su

designante si no acepta el cargo o no rinde el dictamen en tiempo, pudiera aprovecharse de ello para obtener un lucro excesivo, o bien, una vez designado no ponerse de acuerdo el perito y la parte que lo designo respecto a los honorarios del mismo, sin que en el Código de Comercio exista disposición alguna relativa a que las partes puedan sustituir al perito originalmente nombrado.

Pensemos también, en él supuesto que el perito designado por una de las partes sufre de una enfermedad que le impide realizar el peritaje, o bien acudir a las prácticas necesarias para obtener la información que le permita realizar el dictamen.

En todos estos supuestos, consideramos que las partes pueden sustituir al perito originalmente nombrado, máxime cuando se hace con anterioridad a que éste acepte el cargo conferido, pues en este caso, no se causa ningún perjuicio a la contraria, ni se retardará la rendición del dictamen y la consecución del procedimiento, percatándonos que no existe disposición legal al respecto en las reglas relativas a la prueba pericial en el Código de Comercio, debiendo existir un artículo que permita a las partes sustituir al perito originalmente nombrado, determinándose que en caso de que la sustitución se solicite antes de que el perito acepte el cargo, no se solicitará a la parte que pide la sustitución causa justificada para hacerlo, pues se reitera que no se causa ningún perjuicio a la contraria ni se retardara la rendición del dictamen, y en caso de que se solicite la sustitución una vez que el perito haya aceptado el cargo, se expliquen y se acrediten las causas por las que se requiere la sustitución del mismo, ya que en éste caso, posiblemente se tendrá que solicitar que se otorgue un plazo de diez días más al perito recientemente nombrado con el propósito de que se encuentre en aptitud de emitir un dictamen conforme a la verdad de los hechos, y en éste caso si se retardaría el procedimiento, ocasionando un perjuicio a la contraria.

5.7 PROYECTO DE MEJORAS

De acuerdo con lo expuesto en este capítulo, consideramos que debe incluirse dentro del artículo 1253 del Código de Comercio, una fracción que establezca la obligación del Juez de verificar y calificar las preguntas que las partes realicen a los peritos que desahogaran la prueba, ya que en algunas ocasiones las preguntas realizadas por la oferente de la pericial, así como las que adiciona la contraparte, no tienen ninguna relación con la litis, por lo que consideramos que el Juez debe calificar estas preguntas en el sentido de que deben tener relación con la controversia, tal y como se hace con las posiciones en la confesional y preguntas en la testimonial.

De igual forma, consideramos que el Juez debe revisar escrupulosamente que estas preguntas realizadas por las partes, además de tener relación con los hechos controvertidos, realmente deban ser contestadas por personas que requieran conocimientos especiales en una determinada materia, ciencia o arte, ya que en la práctica se presenta el caso de que las preguntas realizadas por las partes para el desahogo de la prueba pericial, pueden ser contestadas por el mismo Juez simplemente con observar la constancias de autos y los documentos presentados por las partes, sin necesidad de tener conocimientos especiales en una determinada materia.

Otra inclusión que debe hacerse en el capítulo relativo a la prueba pericial, es la relativa a que en caso de que alguna de las partes niegue el acceso al perito de la contraria, o bien al tercero en discordia a sus instalaciones o permitir el acceso a la documentación que tenga en su poder para que estos puedan emitir su dictamen, se tengan por ciertos los hechos que su oferente pretende acreditar con la misma, y si es la misma oferente de la prueba quien niega el acceso a dichos documentos o a sus instalaciones al perito de su contraria o al tercero en discordia, se tendrá por desierta la prueba por obstruir la adecuada preparación de la misma.

En el mismo orden de ideas, puede ser que el objetivo de la prueba pericial sea realmente indagar algo desconocido y no confirmar algo que ya se afirmó, pues es claro que en muchas ocasiones la prueba pericial tiene como objetivo confirmar una manifestación realizada en el procedimiento, como es el hecho de acreditar que una firma es falsa o que un producto ya estaba en malas condiciones cuando se realizó una compraventa, pero en otras ocasiones la pericial tiene como fin conocer cuantos fueron los ingresos de una empresa en un determinado año fiscal, situación que se desconoce y que por ende no puede realizarse ninguna manifestación al respecto, o bien es un tercero el que se niega a proporcionar los documentos, por lo que no puede hacerse efectivo el apercibimiento citado.

En este sentido, si una de las partes es la que se opone a mostrar la documentación o a permitir el acceso al perito a sus instalaciones, y la oferente de la prueba no realiza una afirmación que perjudique a la contraria para el caso de que se tengan por ciertas las afirmaciones, hechos o circunstancias que se pretenden acreditar con dicha prueba, consideramos que deben hacerse efectivos los apercibimientos más eficaces para lograr tal propósito, pues de otra forma no sería posible realizar el desahogo de la prueba pericial.

En iguales condiciones consideramos que tendría que ser el apercibimiento para el tercero ajeno a la controversia que se niegue a proporcionar la información documentada o permitir el acceso a sus instalaciones, adicionándose a ésta circunstancia la obligación de pagar a la parte que solicite esa revisión, los daños y perjuicios que por ésta circunstancia le ocasione.

También debe incluirse en el capítulo relativo a la prueba pericial, un artículo o una fracción en alguno de dichos artículos, en el que se permita a las partes substituir los peritos nombrados, estableciéndose que sólo se requerirá a la parte que pretende substituirlo que manifieste porque razones pretende hacerlo y en su caso ofrezca pruebas cuando el perito nombrado haya aceptado el cargo, y

en caso de que la substitución se solicite antes de que haya aceptado el cargo, no se requerirá la exposición de ninguna causa.

Consideramos que lo dispuesto en el artículo 1254, debe incluirse en una fracción del artículo 1253, ya que este artículo explica que antes de admitir la prueba pericial se dará vista a la contraria para que se manifieste respecto de la pertinencia de tal prueba y el artículo 1253, reglamenta el desahogo de la pericial, siendo ilógico que primero se reglamente el desahogo de una prueba, y posteriormente un requisito para que la misma pueda ser admitida.

Respecto a la vista que el Juez debe conceder a la contraria de la oferente de la prueba para que se manifieste respecto de la pertinencia de la prueba, consideramos que es atinada esta figura, sin embargo en la práctica los Jueces no le dan mucha importancia, y a pesar de que la prueba no es pertinente y así lo manifiesta la contraria con razones fundadas, los Jueces hacen caso omiso de ellas, debiendo en este caso el Consejo de la judicatura local de cada estado y en específico del Distrito Federal, dialogar con los jueces para que observen con más atención las manifestaciones de la contraria respecto a la pertinencia de la prueba, a fin de no admitir pruebas inútiles.

En el artículo 1253 del Código de Comercio, debe incluirse una fracción que determine claramente el momento en el que la contraria de la oferente de la prueba tiene que designar perito de su parte, pues no se establece tal momento, siendo esto muy importante pues en caso de que la contraria no designe perito, se le tendrá por conforme con el que emita el perito de la contraria.

En la práctica, la contraparte de la oferente de la prueba designa perito al momento de desahogar la vista que se le mando dar con la pertinencia de la misma, sin embargo, consideramos que el momento adecuado y lógico, es cuando la prueba es legalmente admitida, por lo que debe establecerse de manera muy clara en una de las fracciones de este artículo, que la contraparte a la oferente de la prueba deberá de designar perito de su parte, tres días después

de que la prueba sea admitida, tomando en cuenta que la oferente de la prueba tuvo más tiempo para escoger al perito de su parte, y la contraria únicamente tendría tres días para escoger a su perito si lo hiciera al desahogar la vista con la pertinencia de la prueba, otorgándosele un mayor plazo, si se le permitiera nombrarlo tres días después de que la prueba fue admitida, ya que a pesar de que desconoce si la prueba será admitida o no, existe la posibilidad de que el Juez la admita, teniendo tiempo suficiente para buscar un perito en la materia propuesta.

Consideramos que también debe establecerse una sanción específica en la fracción séptima del artículo 1253, para el caso de que las partes no presenten el original de la cédula o los documentos que acrediten la calidad del perito al momento de presentar el dictamen, ya que a pesar de que en dicha fracción se establece tal obligación, no se regula sanción alguna en caso de que no se cumpla con ello, encontrándonos ante el supuesto de una norma imperfecta.

De una adecuada, armónica y lógica interpretación jurídica de este artículo, se puede colegir que la sanción impuesta a la parte que no cumpla con esta obligación o carga, es que se le tuviera por conforme con el dictamen que emita el perito de su contraria, pues se considera que no se está presentando el dictamen con todas las formalidades que para tal efecto exige el citado artículo, sin embargo los jueces no la hacen efectiva, en razón de que no existe esta sanción en concreto para tal supuesto, proponiendo que dicha sanción sea que la parte que no cumpla con este requisito, se le tenga por conforme con el dictamen que presente el perito de su contraria.

Por último, proponemos que el nombre y domicilio del perito tercero en discordia no se haga saber a las partes, con el objeto de que estas no ofrezcan dinero al perito para que emita el dictamen en su favor, así como la prohibición al perito para que se comunique con alguna de las partes, apercibido de que en caso de hacerlo se le destituirá de su cargo y se le aplicara una multa, ello con el

objetivo de que el perito tercero en discordia emita un dictamen imparcial y ajustado a la realidad de los hechos.

CAPÍTULO SEXTO

LA PRUEBA TESTIMONIAL

6.1 CONCEPTO

La testimonial es una de las pruebas más antiguas que se han utilizado en juicio para que las partes acrediten los hechos de sus pretensiones o de sus excepciones ya que esta prueba consiste en la declaración de una persona que no es parte en el juicio, respecto de los hechos que presencié con sus sentidos y que pueden ayudar al Juez a conocer la verdad de los hechos controvertidos.

Como lo mencionaremos más adelante, la prueba testimonial fue perdiendo su importancia desde que se comenzó a utilizar la escritura para dar fe de los hechos acontecidos entre las partes ya que la escritura perpetua lo que estas convienen en un contrato o declaran entre sí, siendo que a los testigos se les puede olvidar las manifestaciones y los hechos presenciados o bien pueden ser inducidos a falsear sus declaraciones para favorecer a una de las partes en conflicto.

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, la prueba testimonial continúa siendo ofrecida por las partes para acreditar ciertos hechos que no se encuentran acreditados en documentos, incluso en algunos procedimientos especiales, la legislación¹⁰⁹ exige que se desahogue esta prueba para que se

¹⁰⁹ En los juicios sucesorios, el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que para que se pueda realizar la declaratoria de herederos, se fijará día y hora para la celebración de una audiencia para que se reciba el desahogo de una información testimonial, que tiene como objetivo verificar que ninguna otra persona ajena a las que se mencionan en la demanda de intestado, tenga algún derecho sobre los bienes del de cujus, de lo que se desprende que en estos casos la prueba testimonial es exigida por la ley, de lo que se concluye que si no se desahoga esta prueba, será imposible realizar la declaratoria de herederos por parte del Juez.

tenga por acreditadas ciertas circunstancias y hechos, de lo que se concluye que su ofrecimiento y desahogo, aun con la poca importancia y credibilidad que tiene esta prueba, sigue siendo necesario en algunos procesos.

Decimos que la prueba testimonial tiene poca importancia y credibilidad en la actualidad debido a dos circunstancias; la primera de ellas relacionada con el nacimiento de la escritura, que ha quedado anotada anteriormente y la segunda debido a la facilidad con que las personas declaran falsamente ante el Juez y son inducidas por los abogados de la oferente para que manifiesten lo que a su cliente le conviene que declaren, ya que en la antigüedad los hombres decían la verdad por el temor a la divinidad, temor que se perdió desde hace mucho tiempo, de ahí que consideremos que esta prueba en la actualidad no tiene mucho valor, sin embargo al seguirse ofreciendo en los juicios, estudiaremos su reglamentación en el Código de Comercio reformado.

En estas mismas condiciones, al igual que en la prueba pericial, los diversos autores que hemos mencionado en este trabajo más que definir a la prueba testimonial, definen lo que es testigo.

Enrico Redenti¹¹⁰ señala que "hay un testimonio oral a efectos procesales, cuando alguien, que no sea ni actual ni virtualmente parte del proceso o de la causa, exponga en forma narrativa, y con finalidad informativa, hechos o circunstancias que declare conocer (haber aprehendido) de *visu et auditu* (visto u oído) y que puedan suministrar directamente o también indirectamente (en vía presuntiva) elementos de convicción respecto de lo que constituye tema de prueba."

La definición emitida por el maestro italiano nos parece de lo más completa aclarando que los testigos no son parte en el proceso, que los hechos

¹¹⁰ Op. Cit. Pág. 293.

sobre los que deponen debieron tener conocimiento de ellos mediante la vista o el oído, y que narran los hechos que informan al Juez ciertas circunstancias para averiguar la verdad de la controversia.

Para el maestro Mateos Alarcón¹¹¹ "El testigo debe deponer sobre los hechos que ha sido presencial, que ha percibido por sus propios sentidos, porque los ha visto o los ha oído ejecutar."

Más que una definición, lo expresado por el maestro mexicano consiste en señalar cuáles son las circunstancias por las que un testigo debe declarar, es decir, las condiciones por las que un testigo debe declarar en juicio, siendo esto posible si el testigo presenció o escuchó los hechos sobre los que versará su declaración, más no los hechos que le hayan sido comentados por otras personas denominándose a este tipo de testigos como "testigos de oídas."

Para Pallares¹¹² Testigo "es toda persona que tiene conocimiento de los hechos litigiosos."

Conjuntamente a esta definición, el maestro manifiesta que hay que agregar a esta definición que los testigos no son las partes en el litigio, sino los terceros que tienen conocimiento de esos hechos litigiosos.

Consideramos que esta definición es apropiada en cuanto a los hechos litigiosos de los que el testigo que es ofrecido tiene conocimiento y que testigos son los terceros ajenos a las partes, sin embargo carece de elementos básicos que se refieren a esta prueba, como el hecho de que los conocimientos que tiene el testigo de los hechos litigiosos es porque los ha presenciado con sus sentidos, es decir visto, oído, sentido u olido pues otras personas pueden tener

¹¹¹ Op Cit Pág. 268

¹¹² Op Cit. Pág. 424

conocimiento de estos hechos pero porque otras personas se los han contado, testigos cuya declaración carece de valor probatorio.

Respecto a que testigo es toda persona que tiene conocimiento de los hechos controvertidos, el orgullosamente maestro de nuestra Universidad y Facultad de Derecho, Don Carlos Arellano García¹¹³, manifiesta que no es atinado decir que testigo es la persona que tiene conocimiento de los hechos, pues ello se conocerá hasta el momento en que la persona citada como testigo deponga sobre las cuestiones que se le formulen, pues puede ocurrir que una de las partes la ofrezca como testigo, y realmente esa persona no tenga conocimiento de los hechos, situación que se observará hasta que la misma deponga sobre los hechos cuestionados.

Consideramos que el comentario a este respecto es atinado, sin embargo debe partirse de la presunción de que el testigo ofrecido en los juicios de naturaleza civil, se ofrece porque se tiene la certeza de que conoce los hechos cuestionados y sobre los que va a deponer, pues de lo contrario no tendría caso ofrecerlo como tal.

Para Don Joaquin Escriche¹¹⁴ "testigo es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos."

Más adelante, el ilustre jurista español señala quienes no pueden ser testigos por diversas circunstancias, entre las que se encuentran ser pobre, estar loco, ser ebrio consuetudinario y tener interés en la causa.

¹¹³ Op. Cit. Pág. 360.

¹¹⁴ Op. Cit. Págs. 1499 y 1500

Evidente es que la definición carece de elementos importantes como es que el testigo debe percibir los hechos por sus sentidos, que es una persona distinta a las partes, incluso, existe una contradicción en la definición, pues por un lado se señala que testigo es la persona fidedigna, y por otro menciona que el testigo puede decir la verdad o falsedad de los hechos, por lo tanto el testigo no en todos los casos y menos en la definición otorgada, es una persona fidedigna.

A pesar de lo anterior, consideramos acertado que el autor español señale quienes no pueden ser testigos, pues es evidente que un menor de edad, en ciertos casos, no puede fungir como testigo, o bien que la persona que haya presenciado los hechos pero que se encuentre afectada de sus facultades mentales tampoco pueda serlo, pues si presenció los hechos pero tal vez no tenga la capacidad para comprender su significado.

Goldschmidt¹¹⁵ señala que testigo "Es toda persona distinta de las partes y de sus representantes legales, que depone sobre percepciones sensoriales concretas, relativas a hechos o circunstancias pretéritas".

Lo expresado por el autor inglés, consideramos que es acertado ya que establece claramente que el testigo depone sobre cuestiones sensoriales, es decir, hechos que percibe no sólo por el sentido del oído o de la vista, sino respecto de cualquier sentido, pensemos en el supuesto de que un testigo es citado para atestiguar, valga la redundancia, sobre olores fétidos de una fábrica de químicos, o bien respecto de la dureza o flacidez de un material para construcción.

Asimismo, consideramos acertado que Goldschmidt señale que el testigo depone sobre hechos pasados, pues esta circunstancia es una que los

¹¹⁵ Derecho Procesal Civil. Pág. 272.

diferencia de los peritos, ya que los peritos emiten opiniones sobre hechos presentes, aunque excepcionalmente podrán dilucidar sobre cuestiones pretéritas.

De las anteriores definiciones, podemos emitir un concepto propio de la prueba testimonial y de testigo.

Para nosotros, la prueba testimonial es aquel medio probatorio reconocido por la ley, del cual se valen las partes para acreditar al Juez los hechos controvertidos y que estará a cargo de testigos, prueba que en algunos casos no puede ser ofrecida para acreditar ciertos hechos porque su ofrecimiento se encuentra prohibido por la ley, o no contemplado en ésta.¹¹⁶

Testigo es toda persona ajena a las partes, capaz legalmente para declarar, que deponerá sobre hechos pasados que percibió personalmente por cualquiera de sus sentidos, que son importantes para la litis y que no han sido demostrados por otros medios probatorios ya ofrecidos, teniendo la obligación legal de declarar ante la autoridad judicial sobre los hechos percibidos.

El artículo 1261 del Código de Comercio, así como el artículo 365 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal, establecen la obligación que tienen todas las personas que tengan conocimientos de los hechos que las partes pretendan probar, de comparecer a declarar, y en caso de que no lo hicieren, el Juez los hará acreedores de medidas de apremio contenidas en la Ley, incluso los testigos que se nieguen a comparecer para declarar (siempre y cuando no se encuentren impedidos legal o físicamente) se encuadrarían en la conducta típica del delito de desacato judicial o bien obstrucción de la justicia, de ahí que comentemos en nuestra definición que el testigo tiene la obligación legal de declarar.

¹¹⁶ En el caso de un juicio ejecutivo mercantil, el artículo 1403 del Código de Comercio, señala que si el demandado opone las excepciones de falta de personalidad, pago, quita o espera y novación, sólo será admisible la prueba documental, de lo que se concluye que la prueba testimonial no puede ofrecerse para acreditar este tipo de excepciones.

Respecto a la declaración de los testigos, Chioventa¹¹⁷ señala que la exposición del testigo de los hechos percibidos, puede comprender sea el efecto inmediato que sobre sus sentidos ha producido el hecho ocurrido en su presencia, o bien las conclusiones lógicas que ha sacado de esa impresión, concluyendo el autor italiano que en ambos casos las observaciones son relatadas por el testigo como hechos subjetivos, es decir, personales de él, y nunca como expresión de lo que objetivamente debe considerarse como consecuencia de determinados hechos, de lo que concluimos que a pesar de que dos o más personas hayan presenciado los mismos hechos, puede ocurrir que emitan diferentes testimonios dada la subjetividad con que percibieron estos.

Nuestra definición puede ser criticada respecto a que el Juez sólo podrá saber si el testigo depone sobre hechos importantes para la litis hasta el momento en que emita su declaración, sin embargo, de acuerdo con lo que disponen los artículos 1198 y 1203 del Código de Comercio, en el momento que la oferente de la prueba manifieste cuál es el propósito y la idoneidad del ofrecimiento del testimonio de una determinada persona, desde ese momento el juzgador observará si el testigo declarará sobre hechos importantes para la litis, o bien su ofrecimiento es inútil por no ser necesario para llegar a la verdad de los hechos controvertidos.

6.2 IMPORTANCIA EN EL PASADO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

A pesar de que en los antecedentes históricos de las pruebas, mencionamos algo sobre la prueba testimonial, es necesario precisar de manera muy breve cual fue su importancia en el pasado.

¹¹⁷ Principios de Derecho procesal Civil. Págs. 226 y 227.

La prueba testimonial, tuvo gran importancia en los juicios que se llevaban en la antigüedad, pues este medio de prueba junto con el juramento, eran los únicos que se ofrecían por las partes para acreditar al Juez sus acciones y excepciones pues aún no era inventada la escritura.

A pesar de que nace la escritura, la prueba testimonial seguía teniendo importancia en los juicios, ya que las personas no sabían leer y escribir, ni la prueba documental estaba tan extendida como hoy día, ya que entonces no existía la imprenta ni todos los procedimientos de reproducción documental.

En la medida en que la prueba documental fue perfeccionándose, la prueba testimonial fue perdiendo su importancia y valor, ya que las constancias contenidas en los documentos perduran y no están expuestas a los caprichos y volubilidades del hombre, debidas a la pérdida de la memoria por el transcurso del tiempo, al interés y a las demás pasiones que los pueden dominar.

La importancia de la prueba testimonial ha desaparecido, no sólo por la preponderancia que los documentos escritos tienen en la actualidad, sino también porque la psicología ha demostrado el poco valor de las declaraciones de los testigos y de qué manera pueden ser falsas por la mala fe y cohecho. En este sentido, las personas en la antigüedad no mentaban en sus declaraciones con tanta facilidad por el temor al castigo divino, sin embargo, con el devenir del tiempo y demostrarse que el castigo divino no era sino un mito, el ser humano fue perdiendo la costumbre de decir la verdad en juicio, bien porque su testimonio es comprado con dinero, o bien porque su testimonio podría beneficiar o perjudicar a alguien con quien tuviera simpatía o antipatía.

6.3 DIVERSAS CLASES DE TESTIGOS

La doctrina, ha encuadrado a los testigos en diversas clases de acuerdo a sus características, a la relación que tienen con las partes en juicio y de acuerdo a sus testimonios.

Para el maestro Eduardo Pallares¹¹⁸, los testigos se dividen en dos grandes rubros: los testigos instrumentales, y los que declaran en el juicio para dar origen a un medio de prueba que son los testigos judiciales.

Los testigos instrumentales, son aquellos que la ley exige para la validez y existencia del acto jurídico, es decir, la ley exige que el acto jurídico se lleve a cabo ante la presencia de determinados testigos a fin de dar al acto la autenticidad debida. En estos casos, su presencia y su firma son elementos necesario para la validez del acto jurídico que se celebra, por ello se les llama instrumentales.

Los testigos judiciales, a su vez, han sido clasificados de la siguiente manera:

- a) Testigos abonados, son aquellos que no tienen ninguna tacha legal, y aquellos que no pudiendo rectificar su dicho por estar ausentes o estar muertos, son sin embargo considerados fidedignos y veraces "mediante la justificación que se hace de su idoneidad".
- b) Testigo de oídas, es el que no conoce el hecho sobre el cual declara por haberlo presenciado, sino que sabe de él porque otras personas le han informado al respecto. En sentido opuesto

¹¹⁸ Principios de Derecho Procesal Civil. Págs. 427 y 428.

se llama testigo ocular al que tiene un conocimiento directo del hecho litigioso.

- c) Testigos singulares, son aquellos que difieren de sus declaraciones, ya sea en el hecho, en la persona, en el lugar, tiempo o circunstancias esenciales.

Respecto a la singularidad de los testigos, hay diversas clases que son las siguientes; la obstativa o adversativa que consiste en declaraciones que son contrarias respecto de un mismo hecho o en la substancia de lo declarado. Estas declaraciones evidentemente por ser opuestas carecen de cualquier valor probatorio.

La singularidad acumulativa o adminiculativa cuando los testigos declaran sobre hechos diversos, pero que lejos de excluirse los unos a los otros se complementan. De acuerdo con esta clasificación, consideramos que este tipo de testimonio tampoco puede tener valor probatorio, pues es de explorado derecho que nuestra legislación exige que los testigos sean contestes, es decir, que las declaraciones sean prácticamente idénticas y no que sean complementarias.

Por último, existe la singularidad diversificativa, y existe cuando los testigos declaran sobre hechos diversos que ni se excluyen los unos a los otros ni se complementan. Este tipo de testimonios tampoco pueden tener valor probatorio por las condiciones apuntadas anteriormente.

En cuanto a los testigos singulares, consideramos que no solamente deben ser aquellos que rinden declaraciones diferentes entre sí, sino aquel testigo que una de las partes ofrece como único, es decir, que para acreditar un determinado hecho se ofrece el testimonio de una sola persona, prueba que debe ser admitida por el Juez si reúne todos los requisitos de ley, pero que sin embargo no servirá de nada, ya que de acuerdo con el artículo 1302 del Código de

Comercio, el Juez no podrá tener por probados los hechos que se traten de acreditar con la prueba testimonial, si no concurren por lo menos dos testigos, disposición que fue tomada del derecho romano de acuerdo con el principio "*testis unus, testis nullus*"¹¹⁹."

- d) Testigo necesario es el que, siendo inhábil para declarar como testigo, la ley lo admitía en las causas de delitos graves.
- e) Testigos de apremio, se llama así al testigo que se negaba a comparecer y se le obligaba a hacerlo por medio de la policía.
- f) Mayor de toda excepción, es el testigo libre de toda tacha.

Esta es la clasificación que la doctrina ha empleado para dividir a los testigos, recalcando la importancia de los testigos instrumentales que menciona Pallares, ya que en ciertos casos, y tal como se mencionó anteriormente, la ley exige que para que un acto jurídico sea válido, se necesita la presencia de testigos, so pena de que de no cumplirse este requisito, el acto jurídico que se pretende celebrar no pueda originarse ni surtir sus efectos jurídicos, de ahí la importancia de los testigos instrumentales, como es el caso de los testigos para la celebración de un matrimonio, aunque los testigos judiciales también tienen su importancia, ya que en algunos juicios se requiere forzosamente su testimonio para que el Juez pueda dictar sentencia, tal es el caso de las sucesiones y de lo que dispone el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por otra parte, y al mencionar en este último inciso a este tipo de testigos, es pertinente definir que se entiende por tacha desde el punto de vista procesal.

¹¹⁹ "Testigo único, Testigo nulo."

Las tachas, según Escriche "son las notas, defectos o razones que se alegan contra los testigos para impedir que el Juez dé crédito a sus deposiciones, sean en materia civil o criminal."

La doctrina ha señalado que las tachas pueden oponerse a la persona de los testigos, a su dicho, o a su examen; a la persona por tener incapacidad absoluta para ser testigo, o a lo relativo para declarar en el juicio de que se trate; a su dicho por no haber dado razón de ciencia, o por ser oscuro, contradictorio, inverosímil o impertinente; a su examen por haberse verificado fuera del término de prueba sin citación contraria o contraviniendo a cualquiera otra de las solemnidades exigidas por la ley.

Desde luego que la procedencia de las tachas, llevan a concluir que la declaración emitida por el testigo no sea verdadera e imparcial y por ende el Juez no puede concederle ningún valor probatorio.

En efecto, las tachas son aquellas circunstancias que impiden que la declaración del testigo sea completamente imparcial y verdadera, casi siempre por la relación del testigo con la parte que ofrece su testimonio como prueba.

Las circunstancias que más motivan a las partes a hacer valer tachas en contra de la declaración de un testigo, son por el hecho de que éste tenga una relación de trabajo, parentesco, amistad, negocios u otras análogas con su presentante, lo cual hace presumir que el testigo ofrecido no debe declarar en su contra y la declaración emitida no se apegue a la realidad de los hechos acontecidos.

En nuestro Código de Comercio, las tachas a los testigos se reglamentan en los artículos 1307 a 1317, artículos que también sufrieron modificaciones con motivo de la reforma de mayo de 1996.

En general, estos preceptos señalan que las tachas a los testigos se hacen valer por causas que estos no hayan expresado en sus declaraciones ante

el Juez, es decir, si la causa por la que el testigo puede ser tachado ya consta en la declaración de éste al momento de desahogarse la prueba testimonial, el Juez deberá desechar el escrito donde se promuevan las tachas, sin menoscabo de que dichas manifestaciones deberán ser tomadas en cuenta al momento de que el Juez valore la declaración del testigo.

La disposición anterior tiene razón de ser, en virtud de que si el testigo al manifestar sus generales, es decir, su nombre, ocupación o relación con las partes, manifiesta que tiene alguna relación con su presentante que haga que su testimonio no sea imparcial y el promovente de las tachas hace valer éstas con base en lo que el testigo asentó en sus generales, es evidente que esas consideraciones ya son evidentes y no tienen que hacerse valer ante Juez, pues éste al momento de valorar la declaración del testigo observará qué relación tienen con su presentante y las demás circunstancias por las que se alega la tacha del declarante. En las tachas que una de las partes promueva, deben manifestarse circunstancias que no obran en autos, circunstancias que en la audiencia de desahogo no se hayan plasmado y que hagan posible pensar que el testimonio del testigo no es del todo imparcial y apegado a la realidad de los hechos.

Las tachas se promoverán dentro de los tres días siguientes a la declaración del testigo y se hará en la vía incidental.

El testigo que tuviere alguna relación de negocios, desempeñe oficios o tenga alguna relación de parentesco con las dos partes, no será tachable. Tampoco es tachable aquel testigo que ambas partes convienen en pasar por su dicho.

Los Jueces nunca podrán negar de oficio la declaración de un testigo, sino que siempre será examinado y las circunstancias que hagan que su testimonio no sea imparcial, o las tachas que promueva la contraria, serán valoradas por el Juez al momento de dictar sentencia. El Juez tiene la obligación

de observar las tachas que aparezcan de la declaración del testigo, aunque la contraria no las haya opuesto de manera expresa.

No es admisible la prueba testimonial para tachar a los testigos que hayan declarado en el incidente de tachas, pues sería una cadena interminable de pruebas, ya que en todo caso también los testigos que comparecieran a declarar para el incidente de tachas podían ser tachados y así sucesivamente hasta ser una cadena interminable de incidentes de tachas, razón por la que no se permite la prueba testimonial en el incidente de tachas.

Las tachas deben enfocarse a la persona del testigo y no a sus declaraciones, pues los vicios de las declaraciones de los testigos se harán valer ante el Juez en los alegatos de buena prueba que las partes promuevan.

Como se observa de las anteriores disposiciones, la promoción de un incidente de tachas esta muy restringida, sin embargo consideramos que es lógica pues en todo caso las circunstancias y consideraciones que hacen que la declaración del testigo no sea parcial, la deberá analizar y justipreciar el juez al momento de dictar la sentencia definitiva, siendo inocuo que las partes promuevan haciendo valer dichas circunstancias.

Las disposiciones anteriores, son a grandes rasgos las reglas que el Código de Comercio establece para la tacha de testigos, reiterando que las tachas son las causas y circunstancias por las que la declaración de un testigo no es imparcial, pueda ser falsa o inducida por la relación de amistad, trabajo, sentimental o de parentesco que el testigo tenga con su presentante, y que de ser procedentes las tachas propuestas por una de las partes o las que el mismo Juez haya observado en la declaración del aquel, el testimonio emitido por el testigo tachado no podrá ser tomado en cuenta al momento de dictar sentencia.

6.4 QUIENES NO PUEDEN SER TESTIGOS

Con anterioridad a la reforma de mayo de 1996, la parte relativa a la regulación de la prueba testimonial, en su artículo 1262, establecía que ciertas personas no podían ser testigos en un juicio dada la relación que tenían con sus presentantes.

El citado artículo, mencionaba que no podían ser testigos el menor de catorce años, sino en casos de imprescindible necesidad, a juicio del Juez, los dementes y los idiotas, los ebrios consuetudinarios, el que haya sido declarado testigo falso o falsificador de letra, sello o moneda, el tahúr de profesión, los parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo, un cónyuge a favor de otro, los que tengan interés directo o indirecto en el pleito, los que vivan a expensas o sueldo del que los presenta, el enemigo capital, el Juez en el pleito que juzgó, el abogado y el procurador en el negocio que lo sea o lo haya sido, el tutor y el curador por los menores y éstos por aquellos, mientras que no fueren aprobadas las cuentas de la tutela.

Con la reforma de mayo de 1996, el Código de Comercio suprimió esta prohibición y permite que cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos controvertidos, sea presentado como testigo en el procedimiento. Lo anterior, se deduce de lo establecido por el artículo 1261, que señala que todos aquellos que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar, están obligados a declarar como testigos.

De acuerdo a lo anterior, se desprende que cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos que sean materia de la litis, tendrá la obligación de declarar en juicio, valorando el Juez de la causa el testimonio rendido al momento de dictar la sentencia definitiva, tomando en cuenta la declaración del testigo, sus generales, las tachas promovidas por la contraria y las manifestaciones que ésta haga ver al Juez respecto del testimonio del testigo, ello

a efecto de determinar si la declaración emitida carece de valor probatorio por ser inducida y parcial hacia una de las partes.

Sin embargo, a pesar de que el Código de Comercio no señala ninguna limitante para la presentación de testigos, existen personas que evidentemente no pueden fungir como tales dentro de un procedimiento derivadas de la lógica – Jurídica y de las disposiciones legales.

El maestro Arellano García,¹²⁰ señala que no pueden ser testigos las siguientes personas:

- a) Las partes en un litigio. Es evidente que si un testigo es un tercero ajeno a las partes, por lógica se deduce que testigo no puede ser ninguna de ellas, pues en todo caso las partes son confesantes de los hechos controvertidos, más no pueden ser de ninguna forma testigos.
- b) Los representantes legales de las partes. La declaración del representante legal o apoderado de una de las partes, no puede ser tomada como testimonial, sino en todo caso como una confesional, atento a que el artículo 1216 del Código de Comercio señala la obligación de los apoderados o representante de una de las partes de conocer todos y cada uno de los hechos que se le cuestionen respecto a los hechos de su representado.

El maestro Arellano a este respecto, manifiesta que ante la falta de disposición expresa con relación a la exclusión de los apoderados o representantes legales, sería muy difícil para un apoderado oponerse a declarar como testigo, ofrecido por la parte contraria a la que representan, ya no respecto

¹²⁰ Op Cit. Págs 371 y 372

de los hechos de parte sino respecto de los hechos que les constan en relación con aquellos que están controvertidos en el proceso. Si el apoderado o el representante fueran ofrecidos como testigos por la propia representada, su testimonio carecería de imparcialidad y de nada serviría, ya que el Juez no le otorgaría ningún valor probatorio dada la parcialidad lógica existente en dicho testimonio.

De igual forma, acontece con los abogados patronos, ya que si una de las partes ofrece el testimonio de su abogado, sería ilógico que éste declare en su contra de su cliente, y si declara a favor de ellas, sería evidente la parcialidad con que se rinde el testimonio.

A pesar de que el Código de Comercio establece una obligación hacia los testigos para declarar sobre los hechos controvertidos, el artículo 288 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que puede aplicarse de manera supletoria a la legislación mercantil, señala que están exentos de la obligación de declarar los ascendientes, descendientes, cónyuges y las personas que deben guardar secreto profesional en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que están relacionados.

En el mismo orden de ideas, y a pesar de que no exista prohibición alguna, consideramos que los incapaces tampoco deben de ser testigos habida cuenta de que estos sólo pueden actuar válidamente a través de sus representantes, tal y como lo establece el artículo 23 del Código Civil. Puede existir una excepción respecto de los menores de edad, en los que a pesar de no tener la capacidad de ejercicio por su edad, consideramos que un menor de 12 años ya tiene la capacidad para conocer de los hechos que se le presenten, máxime que la propia ley¹²¹ así lo determina en algunos casos, pues en este caso únicamente dará testimonio de lo que observó, más no se le preguntará su opinión respecto de lo

¹²¹ Artículo 282 fracción V Código civil .

observado. De igual forma puede suceder con los enfermos mentales, si es que se demuestra que en el momento que sucedieron los hechos tuvo un momento de lucidez, o bien cuando se presenta a declarar.

El testimonio de los menores, es frecuentemente utilizado en los procedimientos familiares, procedimientos en los que regularmente los menores de edad son los que tienen conocimiento de las injurias y amenazas que se proliferan los cónyuges razón por la cual en este tipo de procedimientos sí es permitido por el Juez la admisión del testimonio de un menor de edad, situación que no sucede cuando se trata de juicios mercantiles, además de que no es muy común que en los juicios mercantiles se ofrezca como prueba la testimonial.

En este sentido es de concluir, que a pesar de que el Código de Comercio no señala una prohibición expresa respecto de qué personas se encuentran impedidas para declarar, concluimos obviamente que las personas que tienen las características antes mencionadas no pueden fungir como testigos en un procedimiento de naturaleza mercantil.

6.5 REGULACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE MAYO DE 1996 AL CÓDIGO DE COMERCIO

El ofrecimiento y desahogo de la prueba testimonial, actualmente se reglamente en el Código de Comercio en su capítulo XVII de los artículos 1261 a 1273, su valor probatorio de los artículos 1302 a 1304 y las tachas a los testigos de los artículos 1307 a 1317.

De igual forma, tal y como lo hemos mencionado en los anteriores capítulos, hablaremos en general de los artículos que en el capítulo relativo a la prueba testimonial no fueron modificados con motivo de la reforma de mayo de 1996 y por otra parte, analizaremos los artículos que sí fueron reformados

comparando la actual redacción de los mismos con la que imperaba anteriormente a la reforma aludida.

Los artículos del capítulo XVII del Código de Comercio que no fueron reformados, son los artículos 1266, 1267, 1270, 1272 y 1273.

El artículo 1266, establece que sobre los hechos probados por confesión, no se podrá rendir prueba de testigos.

Lo dispuesto por este precepto es lógico, pues si otorgamos a las pruebas una jerarquía de importancia entre ellas, la confesión tiene mayor valor probatorio que la testimonial por obvias razones, por lo que la testimonial no puede contrarrestar lo que en la confesional se manifestó, atento a que en dicha prueba las partes aceptan hechos que le perjudican.

El artículo 1267, señala que a los enfermos y mayores de 70 años podrá el Juez recibirles sus declaraciones en sus casas.

Al ser muy claro lo establecido en este artículo, no nos merece ningún comentario

El artículo 1270, establece la posibilidad a las partes de acudir al interrogatorio de los testigos, no pudiendo interrumpirlos ni hacer más preguntas que las contenidas en los interrogatorios, sin embargo, pueden llamar la atención del Juez cuando el testigo se haya contradicho, no haya contestado algún punto cuestionado o se haya expresado con ambigüedad, consideraciones que el Juez tomará en cuenta para exigir al testigo las aclaraciones pertinentes, si es que así lo estima conveniente.

El artículo 1272, fue reformado parcialmente pues en su primer párrafo no se realizó modificación alguna, estableciéndose en este la facultad que tiene el Juez de hacer preguntas que estime convenientes a los testigos, siempre

que sean relativas a los hechos contenidos en los interrogatorios. Desde luego que estas preguntas se realizarán con posterioridad a que las partes hayan realizado las preguntas y repreguntas respectivas a los testigos

Por último, el artículo 1273, señala que sobre los hechos que no han sido objeto de un interrogatorio, no puede presentarse otro en ninguna instancia del juicio.

Una vez señalados qué artículos no fueron modificados con motivo de la reforma de mayo de 1996, comenzaremos con el análisis de los que sí fueron reformados.

Artículo 1261 antes de la reforma:

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

Artículo 1261 después de la reforma:

ART. 1261.- Todos los que tengan conocimientos de los hechos que las partes deben de probar, están obligados a declarar como testigos.

El artículo anterior a las reformas, impedía el testimonio de ciertas personas que se encuadraban dentro de los supuestos que marcaba el artículo 1262 del Código de Comercio, tal y como se observará al analizar este artículo más adelante, impedimentos que se daban por la relación de parentesco, amistad, enemistad, que tenía el testigo con alguna de las partes en el proceso., además de la edad, credibilidad, vicios y demás circunstancias que se observaban en el testigo.

La modificación realizada a este artículo, es que en el precepto reformado se establece que todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deban probar, están obligados a declarar.

Con anterioridad a la reforma, el Código de Comercio impedía el testimonio de ciertas personas que se encuadraban en los supuestos del artículo 1262, sin embargo, con la reforma realizada, no se excluye a ninguna persona, y si de la declaración de cualquier testigo se desprende algún impedimento legal relativo a la capacidad, relación de parentesco o amistad con su presentante que hagan que el testimonio no sea imparcial o rendido con pleno conocimiento de causa, ello lo calificará el Juez en el momento de valorar la prueba, o bien en el momento de resolver las tachas al testigo propuestas por el contrario del oferente de la prueba.

Respecto a la obligación de declarar de cualquier persona que presumiblemente tenga conocimiento de los hechos que sean importantes para resolver la litis, el maestro Mateos Alarcón¹²², señala que el testimonio es una necesidad de administración de justicia y que debe ser considerado como un servicio público de justicia.

Artículo 1262 antes de la reforma:

ART. 1262.- No pueden ser testigos:

- I. El menor de catorce años, sino en casos de imprescindible necesidad, a juicio del Juez;
- II. Los dementes y los idiotas;
- III. Los ebrios consuetudinarios;
- IV. El que haya sido declarado testigo falso o falsificador de letra, sello o moneda;
- V. El tahúr de profesión.
- VI. Los parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo;
- VII. Un cónyuge a favor de otro;
- VIII. Los que tengan interés directo o indirecto en el pleito;
- IX. Los que vivan a expensas o sueldo del que los presenta;

¹²² Op. Cit. Pág. 259.

- X. El enemigo capital;
- XI. El Juez en el pleito que juzgó;
- XII. El abogado y el procurador en el negocio de que lo sea o lo haya sido;
- XIII. El tutor y el curador por los menores y éstos por aquéllos, mientras no fueren aprobadas las cuentas de la tutela.

Artículo 1262 después de la reforma:

ART. 1262.- Las partes tendrán obligación de presentar sus propios testigos para cuyo efecto se les entregarán las cédulas de notificación. Sin embargo, cuando realmente estuvieren imposibilitadas para hacerlo, lo manifestarán así bajo protesta de decir verdad y pedirán que se les cite. El Juez ordenará la citación con apercibimiento de arresto hasta por treinta y seis horas o multa equivalente hasta quince días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, que aplicará al testigo que no comparezca sin causa justificada, o que se niegue a declarar.

El artículo 1262 anterior a la reforma, señalaba qué personas eran las que se encontraban impedidas para declarar o emitir su testimonio.

El actual artículo, modificó su redacción y sentido, señalando la obligación de las partes de presentar a sus testigos, sin embargo cuando las partes manifiesten que se encuentran imposibilitadas para presentar a sus testigos, el Juez mandará citar a los mismos con apercibimiento de arresto hasta por 36 horas o multa de 15 días para el caso de que el testigo no comparezca el día y hora que fue citado al Juzgado sin que medie para ello causa justificada o simplemente se niegue a declarar.

De la redacción del artículo anterior, se desprende que se erradicó la prohibición que establecía el anterior precepto de no permitir el testimonio de ciertas personas que tuvieran alguna relación de parentesco, amistad, trabajo o enemistad con alguna de las partes, así como el menor de edad de 14 años, o aquellos que tuvieran una falta de capacidad de ejercicio como es el caso de los dementes, idiotas, los ebrios consuetudinarios etc.

Ahora bien, de esta reforma no podemos deducir que el Juez necesariamente tome en cuenta el testimonio de una persona que ha sido declarada como no apta de sus facultades mentales, o bien que sufra de alguna enfermedad que le haya impedido tener la capacidad suficiente para comprender los alcances de los hechos supuestamente observados, oído o percibido con sus sentidos y que es objeto de la declaración, sino que el Juzgador no podrá negar que se cite al testigo, y éste emita su testimonio, valorando la declaración efectuada al momento de dictar la sentencia que corresponda y tomando en cuenta todas y cada una de las circunstancias que rodean tanto al testimonio como a la persona del testigo, pues bien puede ocurrir que aunque la persona que es testigo sufra de algunas deficiencias mentales o de demencia temporal, pueda tener momentos de lucidez en los que tenga la posibilidad de comprender los alcances de lo acontecido.

Por otra parte, consideramos atinada la reforma respecto al apercibimiento para los testigos a efecto de obligarlos a que se presenten ante el Juez a declarar, ya que es mucho más eficaz que desde un principio se le aperciba con un arresto por 36 horas que ir imponiendo multas hasta llegar al arresto, ya que antes de la reforma, los jueces con base en lo establecido por el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria a la legislación mercantil, apercibían a los testigos con multas y hasta la segunda o tercera citación con arresto, situación que provocaba que el desahogo de la prueba y del procedimiento se dilatará tres o cuatro meses cuando menos, yendo totalmente en contra de la administración de justicia pronta y expedita que señala nuestra Carta Magna. Ello a pesar de que en el mismo precepto se da la opción al juez de apercibir con arresto o multa de 15 días, pues los jueces ya están aplicando el arresto en primer término en lugar de las multas.

Un comentario más que nos merece este artículo, es la incongruencia de que se establezca que a las partes se les entreguen las cédulas de notificación para que citen a sus testigos, pues en primer lugar la cédula de

notificación la tiene que entregar el actuario adscrito al Juzgado donde se lleve a cabo el desahogo de la prueba, o bien los pasantes en derecho o el secretario de acuerdos que designe el Juez para que realice tal notificación y por otro lado, si la parte se obligó a presentar a su testigo, se supone que el testigo está de acuerdo en comparecer a juicio sin necesidad de notificarle por parte del juzgado, por lo que la entrega de la cédula de notificación para la citación del testigo es innecesaria.

Artículo 1263 antes de la reforma:

ART. 1263.- El examen de testigos se hará con sujeción a los interrogatorios que presenten las partes.

Artículo 1263 después de la reforma:

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

Este precepto antes de la reforma, señalaba que el examen de los testigos se realizaría por medio de interrogatorios escritos presentados por las partes.

El artículo reformado, modificó radicalmente el desahogo de la prueba testimonial, ya que se establece que para el examen de testigos no se presentarán interrogatorios por escrito, sino que las preguntas serán verbales y directas, no pudiendo una contener más de dos hechos, además de ser claras, precisas y tener relación con los hechos controvertidos. Si el Juez desecha una pregunta, la resolución por el cual la deseche, será apelable en el efecto devolutivo.

La reforma fue atinada, pues evita que la contraria se entere de las preguntas que serán realizadas a los testigos, o bien que el testigo se entere de las preguntas a realizar y acuda a rendir su testimonio inducido o preparado para declarar falsamente, teniendo en cuenta que lógicamente las respuestas deben ser espontáneas y no preparadas o inducidas, pues claramente lo que se pretende con el desahogo de esta prueba es llegar a la verdad de los hechos situación que no sucedía con anterioridad pues los interrogatorios se presentaban por escrito a efecto de que el contrario realizara las repreguntas también por escrito, sin embargo, tal y como más adelante se menciona, consideramos que los interrogatorios si deben presentarse por escrito, ya sea al momento de ofrecer la prueba pero en sobre cerrado, o bien en el momento en que se este desahogando la prueba para que el juez tenga la posibilidad de calificar la pregunta en su privado, sin que el testigo la escuche antes de que la mismas sea calificada o no de legal.

En cuanto a la forma en que se deben de realizar las preguntas, es pertinente señalar que a pesar de que el artículo establece que estas deben de ser claras, tener relación directa con la litis, no ser contrarias a la moral y al derecho y procurando que en una no se contengan más de dos hechos, es preciso acotar que estas preguntas deberán contener las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo sucedieron los hechos controvertidos, siendo claro que la forma de realizar estas preguntas no deberá ser en la misma forma en que se realizan las posiciones en la confesional, pues ya dijimos que en estricto sentido las posiciones realmente no son preguntas, sino hechos que se imputan a las partes en las que la respuesta deberá ser sí o no, y en cambio en las preguntas para desahogar una prueba testimonial la respuesta forzosamente deberá ser dando una explicación de los hechos sobre los que se le esta preguntando al testigo, claro, si es que efectivamente tiene conocimiento de los hechos sobre los que se le esta preguntando, pues si no los conoce la respuesta será un "no se", pues de lo contrario la prueba no ilustrará al Juez y no tendrá ningún objetivo.

Se realiza este comentario y la necesidad de introducir esta regla en el artículo, pues en muchas ocasiones los litigantes realizan las preguntas como si fueran posiciones y el secretario de acuerdos, o el Juez en su caso, las califican de legales, sin cuestionar el modo, tiempo y lugar de los hechos en la pregunta, que a final de cuentas es el objetivo de este tipo de preguntas se desprenderá si el testigo efectivamente tuvo conocimiento o no de los hechos controvertidos.

Además, es necesario que en este precepto se agregue que las preguntas a realizar a los testigos no serán sobre hechos propios, sino de hechos de los que accidentalmente tuvo conocimiento, pues hay que recordar que el testigo no es parte en el juicio. También debe señalarse que las preguntas no deben ser insidiosas, es decir, no deben ser repetitivas y con las cuales se pretenda ofuscar la inteligencia del testigo.

Otra característica que deben reunir estas preguntas, es que las mismas no deben ser indicativas, pues se ha mencionado con anterioridad que las preguntas deben ser realizadas a efecto de que el testigo se manifieste sobre los hechos controvertidos y no conteste simplemente con un si o un no.

Por indicativa debemos entender aquella pregunta que lleve implícita la respuesta, es decir, se le esta otorgando implícitamente al testigo, pues en ese caso de nada serviría el desahogo de esta prueba para que el Juez se allegara elementos que lo condujeran a la verdad de los hechos controvertidos.

Un ejemplo muy obvio de esta circunstancia, es cuando una de las partes pregunta al testigo de que color es la puerta roja de la casa materia de la litis, pues en ese supuesto ya se esta dando implícitamente la respuesta al testigo, o bien, que se pregunte al testigo que parentesco tiene una de las partes con su primo.

Otro ejemplo muy claro de que en los juicios se realizan preguntas indicativas, es cuando al testigo más que una pregunta se le esta imputando un

hecho en el que simplemente tiene que contestar afirmativa o negativamente. Verbigracia y en el supuesto de que la litis se trate de la compraventa de un camión. Que diga el testigo si sabe y le consta que ¿Usted estuvo presente cuando el Señor Pedro le vendió un Camión al señor Pablo el día 15 de julio del año 2000?. Aquí la respuesta puede ser un si o un no, pero se ha otorgado al testigo las bases para su contestación, por ende la pregunta no podrá ser aprobada por el Juez de la causa.

En ese mismo ejemplo, para que la pregunta no sea indicativa y pueda ser calificada de legal, deberá formularse, según nuestro criterio, de la siguiente forma:

Que diga el testigo si sabe y le consta

¿ Quienes fueron las partes que realizaron la compraventa del camión?

¿ En que fecha se realizó la compraventa del camión?

De esta forma en que se realizan las preguntas, es claro que las mismas no son indicativas y el testigo, si conoce los hechos, no podrá contestar simplemente negando o afirmando, si no que tendrá que otorgar una respuesta explicativa respecto a la forma en que sucedieron los hechos controvertidos, además de las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Es por ello, que consideramos que deben agregarse a las reglas para las preguntas las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo sucedieron los hechos y de que las mismas no sean indicativas, insidiosas y que no sean hechos propios del testigo.

En ese mismo sentido, consideramos que el Juez, en los casos en que las partes lo soliciten, se asiente la pregunta en el acta del desahogo de la prueba y

no sea potestativo y a juicio del Juez, sino que una vez que lo solicite una de las partes, la pregunta tendrá que asentarse en el acta que se levante para tal efecto, pues si estamos ante el supuesto de que una de las partes, al realizar de manera inadecuada una pregunta al testigo e implícitamente le da la respuesta, y se vuelve a realizar la pregunta correctamente pero ya se dio al testigo la respuesta y la misma es tomada en cuenta, si no se asiente la respuesta que se realizó con anterioridad o bien, ilegalmente se califique de legal la pregunta y sólo se asiente la respuesta más no la pregunta, el Juez, si es que no estuvo presente en la audiencia, o el superior Jerárquico al conocer de la apelación del juicio principal y se hace valer como agravio esta circunstancia, no se darán cuenta de que esa respuesta esta viciada por haberse motivado de una pregunta mal realizada y que llevaba implícitamente la contestación.

De igual forma, y siendo de explorado derecho que las preguntas se realizan por las partes a los testigos en la audiencia señalada para tal efecto y de que estas preguntas se realizan en presencia de los testigos, si una de las partes realiza una pregunta indicativa, es decir, le esta otorgando al testigo la respuesta, evidentemente el mismo la va a escuchar y a pesar de que no se califique de legal y se vuelva a formular, el testigo ya la escucho y el desahogo de esta prueba no tendrá ningún sentido, por lo tanto proponemos que, a efecto de que los testigos no se enteren en el desarrollo de la audiencia de las preguntas a realizar, y el secretario de acuerdos o el juez tenga que calificar las preguntas en el momento mismo en el que se están formulando, los interrogatorios deberán presentarse ese mismo día de la audiencia por escrito pero en sobre cerrado que solamente el Juez conozca a efecto de que este pueda calificar de legal la pregunta, sin que el testigo la escuche antes de que se califique de legal, tal y como se hace en la confesional, y a su vez, las repreguntas también se formulen por escrito en el desarrollo de la audiencia y solamente el Juez y la parte que las formula las puedan conocer, otorgando desde luego al formulante, un tiempo prudente y suficiente para que las realice y de igual forma, la facultad a ambas partes de

formular nuevas preguntas en caso de que el Juez no califique de legales las que hayan realizado con anterioridad.

Por último, consideramos que la aplicación de la regla de que las preguntas forzosamente tengan relación con la litis, debe ser de cierta forma flexible, pues si una de las partes pregunta a los testigos quienes son las partes en el juicio, propiamente esa pregunta no tiene relación con los hechos controvertidos, sin embargo tiene que realizarse como un preámbulo para conocer si el testigo tiene conocimiento o no de los hechos controvertidos, debiendo el juez de la causa permitirle para el desahogo de la prueba.

Artículo 1264 antes de la reforma:

ART. 1264.- No podrá señalarse día para la recepción de prueba testimonial si no se hubieren presentado el interrogatorio y su copia.

Artículo 1264 después de la reforma:

ART. 1264.- La protesta y examen de los testigos se hará en presencia de las partes que concurrieren. Interrogará el promovente de la prueba y a continuación los demás litigantes.

El artículo antes de la reforma, señalaba que no se podía señalar fecha para el desahogo de la prueba si no se presentaba el interrogatorio por escrito y su copia para las repreguntas.

El artículo reformado modificó radicalmente su redacción y sentido, señalando que la protesta del testigo se hará en presencia de las partes que concurrieren, interrogando primero el oferente de la prueba y después los demás litigantes.

Artículo 1265 antes de la reforma:

ART. 1265.- Los litigantes podrán presentar interrogatorios de repreguntas antes del examen de los testigos.

Artículo 1265 después de la reforma:

ART. 1265.- Después de tomarle al testigo la protesta de conducirse con verdad y de advertirle de las penas en que incurren los testigos falsos, se hará constar el nombre y apellidos, edad, estado, domicilio y ocupación; si es pariente por consanguinidad o afinidad y en que grado, de alguno de los litigantes, si es dependiente o empleado del que lo presente, o tiene con él sociedad o alguna otra relación de intereses; si tiene interés directo o indirecto en el pleito, si es amigo íntimo o enemigo de algunos de los litigantes. A continuación se procederá al examen.

Este precepto anterior a la reforma, establecía la posibilidad a los litigantes de presentar repreguntas antes del examen de testigos, lo que significaba que la contraria y el propio testigo podían enterarse de las preguntas a realizar antes de la audiencia, situación que le restaba espontaneidad al testimonio emitido. Con relación a las repreguntas, es importante tomar en cuenta lo que proponemos al analizar el artículo 1262 y en el que comentamos que consideramos que las repreguntas deben entregarse al juez por escrito en el acto de la diligencia para que este las pueda calificar sin que el testigo la escuche antes de que sea calificada de legal.

El artículo reformado, señala que antes del examen del testigo, el Juez tiene la obligación de tomarle la protesta a éste de conducirse con verdad y preguntarle sus generales, y de esa forma realizarle algunas preguntas tendientes a evidenciar si su testimonio es parcial, falso o inducido por tener alguna relación de amistad, parentesco o cualquier otra con alguna de las partes. Una vez realizado esto, se realizará el examen del testigo.

Una crítica a este artículo y a la reforma, es que el legislador utiliza la palabra litigantes como sinónimo de partes, siendo que el concepto de litigante se asocia más con los abogados patronos que con las partes en juicio, por lo cual consideramos que debe emplearse el término de parte en lugar de litigante.

Otro comentario que nos merece la parte final de este precepto, es que sin ser exigentes con la redacción de este artículo, propiamente no se le

realizará un examen al testigo, sino un interrogatorio, pues como mencionamos con anterioridad, al testigo se le preguntarán hechos sobre los que tuvo conocimiento y que no son hechos propios por encontrarse accidentalmente en un momento determinado cuando surgieron los hechos materia de la litis, más no se le preguntarán cuestiones sobre conocimientos especiales en la materia que el testigo tenga conocimiento, pues si así fuere nos encontraríamos ante el supuesto de la prueba pericial.

Artículo 1268 antes de la reforma:

ART. 1268.- Al Presidente de la República, a los Secretarios de Estado, Senadores, Diputados, Ministros de la Suprema Corte de Justicia, Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, Magistrados, Jueces, Generales con mando, gobernadores de los Estados, Jefe del Departamento del Distrito Federal, se pedirá su declaración por oficio y en esta forma la rendirán. En casos urgentes podrán rendir la declaración personalmente.

Artículo 1268 después de la reforma:

ART. 1268.- El Presidente de la República, los secretarios de Estado, los titulares de los organismos públicos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, el Gobernador de Banco de México, los senadores, diputados, magistrados, jueces, generales con mando, las primeras autoridades políticas del Distrito Federal, no están obligados a declarar, a solicitud de las partes, respecto al asunto de que conozcan o hayan conocido por virtud de sus funciones. Solamente cuando el tribunal lo juzgue indispensable para la investigación de la verdad, podrán ser llamados a declarar. En este caso, y en cualquier otro, se pedirá su declaración por oficio, y en esta forma lo rendirán.

El artículo anterior a la reforma, señalaba que a ciertos funcionarios públicos, se les pedirá su declaración por oficio y en casos de urgencia, podrán rendir su declaración personalmente.

El artículo reformado, amplió el carácter de funcionarios públicos a los titulares de Organismos Públicos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, el Gobernador del Banco de México y a las primeras autoridades políticas del Distrito Federal, agregando también, que dichos funcionarios públicos no están obligados a declarar respecto de los asuntos que

hayan conocido en razón de sus funciones, pues solamente podrán ser llamados a declarar cuando el Tribunal lo consideré indispensable para la averiguación de la verdad, y en este caso su testimonio lo rendirán por oficio.

La reforma a este artículo, suprimió la facultad de las partes y del Tribunal para llamar a los funcionarios públicos a declarar sobre los asuntos en los que hayan intervenido por el desempeño de sus funciones públicas, siendo esto lógico, pues a los citados funcionarios públicos se les citaría cada vez que se observará un litigio o controversia sobre algún acto jurídico en el que hayan intervenido por la labor que desempeñaren en la dependencia pública respectiva, provocando ello que el funcionario no desempeñe su labor pública como debiera en perjuicio del interés general, y sólo si el Juez lo considera necesario, se rendirá el informe por oficio, reforma que consideramos atinada ya que en muchas ocasiones las partes citan al funcionario público con conocimiento de causa que será muy difícil que éste acuda a la citación, ello con el afán de retardar el procedimiento o bien, en caso de que sea por escrito, quitan tiempo al funcionario al redactar un informe sobre el acto en el que participo como tal.

Artículo 1269 antes de la reforma:

ART. 1269.- Si el testigo no reside en el lugar del juicio, será examinado por el Juez del lugar en que se encuentre, quien, previa citación de la parte contraria, se librará exhorto, en que se incluirán en pliego cerrado las preguntas que se hubieren presentado.

Artículo 1269 después de la reforma:

ART. 1269.- Cuando el testigo resida fuera de la jurisdicción territorial del Juez que conozca del juicio, deberá el promovente, al ofrecer la prueba, presentar sus interrogatorios con las copias respectivas para las otras partes, que dentro de tres días podrán presentar sus interrogatorios de repreguntas. Para el examen de estos testigos, se librará exhorto en que se incluirán en pliego cerrado, las pregunta y repreguntas.

Cuando se solicitare el desahogo de prueba testimonial o de declaración de parte para surtir efectos en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos que dispone este Código.

Para ello será necesario que se acredite ante el tribunal del desahogo, que los hechos materia del interrogatorio están relacionados con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de la autoridad exhortante.

El artículo citado, se refiere al desahogo de la prueba testimonial fuera de la competencia del Juez de la causa, ordenándose girar los exhortos correspondientes con sus interrogatorios de preguntas y repreguntas, a efecto de que el Juez exhortado realice la diligencia, incluyéndose en la reforma el envío de las repreguntas también en sobre cerrado.

A su vez, con la reforma a este artículo se le adicionaron dos párrafos que se refieren al desahogo de la prueba testimonial o declaración de parte para surtir efectos en un proceso extranjero, desahogo que se realizará siempre y cuando medie petición de parte, de Juez exhortante y que los hechos materia del interrogatorio tengan relación con el proceso.

Artículo 1271 antes e la reforma:

ART. 1271.- Los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros. A este efecto, el Juez fijará un solo día para que se presenten los testigos que deban declarar conforme a un mismo interrogatorio y designará el lugar en que deben permanecer hasta la conclusión de la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos 1267 a 1269. Cuando no fuere posible terminar el examen de los testigos en un solo día, la diligencia se suspenderá para continuarla al siguiente.

Artículo 1271 después e la reforma:

ART. 1271.- Los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros. A este efecto, el Juez fijará un solo día para que se presenten los testigos que deban declarar conforme a un mismo interrogatorio y designará el lugar en que deben permanecer hasta la conclusión de la diligencia. Cuando no fuere posible terminar el examen de los testigos en un solo día, la diligencia se suspenderá para continuarla el siguiente.

La parte contraria al oferente de la prueba decidirá, a su perjuicio si la prueba testimonial se divide, permitiendo que se examine a un testigo sin que haya comparecido alguno con el que este relacionado el examinado.

A este artículo, sólo le fue agregado un párrafo con relación al anterior a la reforma, que establece la forma en que se llevará a cabo el desahogo de la prueba de testigos, interrogando a los testigos separada y sucesivamente a efecto de que no puedan comunicarse entre sí, así como que si no alcanza el tiempo para el interrogatorio de los testigos, la audiencia se suspenderá y continuará al día siguiente.

El segundo párrafo que se agregó a este artículo, otorga a la posibilidad a la contraria de la oferente de la prueba de dividir el interrogatorio de testigos, permitiendo el examen de un solo testigo sin que haya comparecido el otro, siendo esto evidentemente en perjuicio de la contraria a la oferente de la prueba, pues puede resultar que el testigo que haya comparecido se comuniquen con el otro, y le advierta de las preguntas realizadas y de la forma en que deba de contestar, partiendo de la base que el examen de los testigos debe ser respecto de un mismo interrogatorio.

Artículo 1272 antes de la reforma:

ART. 1272.- El Juez, al examinar a los testigos, puede hacerles las preguntas que estime convenientes, siempre que sean relativas a los hechos contenidos en los interrogatorios.

Artículo 1272 después de la reforma:

ART. 1272.- El Juez, al examinar a los testigos, puede hacerles las preguntas que estime convenientes, siempre que sean relativas a los hechos contenidos en los interrogatorios.

Quando el testigo deje de contestar a algún punto o haya incurrido en contradicción, o se haya expresado con ambigüedad, pueden las partes llamar la atención del Juez para que éste, si lo estima conveniente, exija al testigo las declaraciones oportunas.

El tribunal tendrá la más amplia facultad para hacer a los testigos y a las partes las preguntas que estime conducentes a la investigación de la verdad respecto a los puntos controvertidos.

Si el testigo no sabe el idioma, rendirá su declaración por medio de intérprete, que será nombrado por el Juez. Si el testigo lo pidiere, además de

asentarse su declaración en castellano, podrá escribirse en su propio idioma por él o por el intérprete.

Las respuestas del testigo se harán constar en autos en forma que al mismo tiempo se comprenda el sentido o términos de la pregunta formulada. Salvo en casos excepcionales, a juicio del Juez, en que permitirá que se escriba textualmente la pregunta y a continuación la respuesta.

Los testigos están obligados a dar la razón de su dicho y el Juez deberá exigirla en todo caso.

Antes de la reforma, este precepto otorgaba al Juez la facultad de preguntarle a los testigos sobre hechos que tuvieran relación con los interrogatorios propuestos.

Esta facultad otorgada al Juez por la ley, en muy pocas ocasiones se observa que sea ejercida por estos, pues en primer lugar, los Jueces no son los que presiden las audiencias sino los secretarios de acuerdos y por otra parte, esta facultad rara vez se observa en los procedimientos mercantiles, pues tiene más vigencia en los procedimientos del orden familiar, sin embargo, cuando se llega a observar, el Juez o el secretario de acuerdos en muchas ocasiones llegan a subsanar los errores y deficiencias del abogado de la oferente de la prueba, pero al estar permitido por la ley, no puede argumentarse violación al procedimiento y mucho menos violación al principio de igualdad procesal, ya que la finalidad de esto es llegar a la verdad real.

El artículo reformado, además de establecer la facultad del Juez antes señalada, le fueron agregados 5 párrafos más, en los que se establece que las partes pueden llamar la atención del Juez cuando el testigo se haya conducido con ambigüedad o contradicción, a efecto de que el Juzgador le exija al testigo las aclaraciones pertinentes.

De igual forma, se reitera la facultad del Tribunal para hacer, no sólo a los testigos si no a las mismas partes, cualquier pregunta que tienda a la averiguación de la verdad de los hechos controvertidos.

Si el testigo no sabe el idioma castellano, se le proporcionará un interprete, nombrado por el Juez, asentándose la declaración en castellano y también en el idioma del testigo, si así lo solicita. En este sentido, consideramos que en el supuesto en que la parte oferente presente un testigo que hable un idioma extranjero que no hable ninguno de los peritos autorizados por el Tribunal, manifieste esto desde el ofrecimiento de la prueba y se obligue a proporcionar al perito traductor, so pena de que en caso de no hacerlo, no se admita la prueba ofrecida, pues de no hacerse de esa forma, la prueba será admitida y el desahogo no podrá llevarse a cabo, retardando con ello el procedimiento hasta en tanto se encuentre un perito que conozca el idioma del testigo.

Las respuestas del testigo se asentarán de tal forma que se entienda la pregunta, sin embargo, en casos excepcionales se permitirá que se escriba textualmente la pregunta realizada.

Con relación a lo anterior, diversos autores y en general los abogados litigantes, critican la forma en que este artículo ordena el desahogo de la prueba testimonial, ya que en muchas ocasiones, se modifica tanto el sentido de la pregunta como de la respuesta realizada por el testigo pues el secretario de acuerdos no permite que la declaración sea asentada tal y como el testigo la emite, y la pregunta tampoco salvo casos excepcionales, situación que complica el estudio del expediente cuando se valora la prueba al momento de dictar sentencia, o bien cuando el Organó superior resuelve un recurso de apelación en contra de la admisión de una pregunta o repregunta que no fue formulada conforme a derecho. Desde luego que la finalidad de este artículo, es que el desahogo de la prueba testimonial no se retarde demasiado, sin embargo consideramos que es mejor sacrificar tiempo por eficacia y claridad, aunado a los comentarios realizados con anterioridad al analizar la forma en que se deben realizar las preguntas, reiterando que en caso en que lo soliciten las partes, forzosamente el Juez o el secretario de acuerdos deberá asentar la pregunta.

Por último, se señala que los testigos están obligados a dar la razón de su dicho y el Juez está obligado a exigirla. En este sentido, es conveniente reiterar el comentario realizado con anterioridad, respecto a las facultades del Juez de preguntar a los testigos, ya que aquí de nueva cuenta se otorgan al Juez facultades que consideramos que a pesar de que la Ley las establece para averiguar la verdad de los hechos, en muchas ocasiones suplen deficiencias mostradas por el abogado de la oferente de la prueba, ya que se ha observado en muchas situaciones reales, el abogado de la parte oferente de la prueba olvida por completo preguntar a sus testigos la razón de su dicho, razón que si no es manifestada por el testigo, de ninguna manera puede tomarse en cuenta su testimonio, tomando en consideración que la razón del dicho, son precisamente los motivos por los que el testigo pudo haber tenido conocimiento de los hechos respecto de los que se le realizaron las preguntas. Esta situación es confirmada por los siguientes criterios emitidos por los Tribunales Colegiados de Circuito:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 72, Diciembre de 1993

Tesis: XX. J/49

Página: 93

PRUEBA TESTIMONIAL, REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA PARA SER IDONEA. Para que la prueba testimonial sea válida, no solamente deben ser las declaraciones sobre un hecho determinado que sean contestadas, sino que además los testigos deben ser idóneos para declarar en cuanto esté demostrada la razón suficiente para la cual emite su dicho, o sea, que se justifique la verosimilitud de su presencia en donde ocurrieron los hechos.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 480/90. Pánfilo Saúl Fernández Briones. 28 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Reynol Castañón Ríos.

Amparo directo 40/91. Martha Irma Gutiérrez García. 9 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez.

Amparo directo 69/92. Serafín Culebro Mesa. 12 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Miguel Ángel Esquinca Molina.

Amparo directo 158/92. Miguel Manuel Arévalo Morales y otro. 23 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez.

Amparo directo 592/93. Rubén Ruiz Pérez. 28 de octubre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Abril de 1999

Tesis: I.8o.C.26 K

Página: 591

PRUEBA TESTIMONIAL. SU VALORACIÓN. Aunque el valor de la prueba testimonial queda al prudente arbitrio del juzgador, ello no debe violar las reglas fundamentales sobre la prueba, pues no puede admitirse que por el hecho de que los testigos fueron uniformes en sus declaraciones sobre determinado hecho, tenga que otorgársele valor probatorio pleno a sus dichos, pues la prueba debe ser valorada en su integridad, como lo es que los testigos coincidan tanto en lo esencial como en lo incidental del acto; conozcan por sí mismos los hechos sobre los que declaran y no por inducción ni referencia de otras personas; que expresen por qué medios se dieron cuenta de los hechos sobre los que depusieron aun cuando hubieren sido tachados por la contraparte; que justifiquen la verosimilitud de su presencia en el lugar de los hechos; que den razón fundada de su dicho y que coincida su ofrecimiento con la narración de los hechos materia de la litis.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 564/98. Josefina Gutiérrez viuda de Chong y Dora Iliana Chong Gutiérrez. 30 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: Edith Alarcón Meixueiro.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, septiembre de 1996, página 759, tesis I.8o.C.58 C, de rubro: "TESTIMONIAL. ANALISIS Y VALORACION DE LA PRUEBA."

De esta forma, es como concluimos el análisis de los artículos que regulan el ofrecimiento y desahogo de la prueba testimonial en el Código de Comercio, comentando los artículos que no fueron reformados, así como los que sí lo fueron y las diferencias con los anteriores.

6.6 TESTIGO FUERA DE JURISDICCIÓN

Dentro del capítulo de la prueba testimonial en el Código de Comercio, se ha establecido un apartado para el desahogo de la prueba testimonial en los supuestos en que el testigo o los testigos de quienes se ofrece su testimonio, residan fuera de la jurisdicción¹²³ del Juez de la causa. La regulación de este tipo de testimonial se encuentra establecida en el artículo 1269 del Código de Comercio que textualmente establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1269.- Cuando el testigo resida fuera de la jurisdicción territorial del Juez que conozca del juicio, deberá el promovente, al ofrecer la prueba, presentar sus interrogatorios con las copias respectivas para las otras partes, que dentro de tres días podrán presentar sus interrogatorios de repreguntas. Para el examen de estos testigos, se librará exhorto en que se incluirán en pliego cerrado, las preguntas y repreguntas.

Cuando se solicitare el desahogo de la prueba testimonial o declaración de parte para surtir efectos en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos que dispone este Código.

Para ello será necesario que se acredite ante el Tribunal del desahogo, que los hechos materia del interrogatorio están relacionados con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de la autoridad exhortante.

Este precepto, regula el desahogo de la prueba testimonial fuera de la jurisdicción del Juez de la causa, estableciéndose los requisitos que deben cumplirse para tal efecto. Como se puede observar de lo dispuesto en el artículo antes transcrito, este es el único caso en que el oferente de la prueba tiene la obligación de exhibir los interrogatorios por escrito a efecto de que la contraparte

¹²³ Consideramos que debe utilizarse el concepto competencia por territorio, pues es claro que todos los jueces tienen jurisdicción en razón de la facultad que les otorga el Estado de decir el derecho e impartir justicia, más no todos los Jueces tienen competencia para conocer de una controversia, por la cuantía, grado, territorio y la materia sobre la que verse la litis.

se encuentre en posibilidades de hacer repreguntas que también serán formuladas por escrito.

También se establece que para el caso de que la prueba testimonial pueda surtir efectos en un proceso extranjero, el testigo podrá ser examinado de forma directa de conformidad con los requisitos que señala el Código para el desahogo de esta prueba. En este caso, el oferente de la prueba deberá demostrar al Juez que la prueba tiene relación con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de autoridad exhortante.

Como se mencionó anteriormente, este es el único caso que para el desahogo de la prueba testimonial se exhiben los interrogatorios ante el Juez de la causa, siendo esto un impedimento para que a la prueba testimonial se le dote de la característica de espontaneidad, pues claramente con ello la contraparte y el mismo testigo conocerán cuáles son las preguntas a realizar, a pesar de que el testigo deberá declarar apercibido de las penas en que incurrir los falsos declarantes.

Ahora bien, no existe precepto alguno que señale quien es el Juez competente para calificar las preguntas, debiendo ser en todo caso el Juez ante quien se ofreció la prueba, es decir, el Juez ante quien no se desahogará ésta, pues el Juez ante quien se llevará a cabo el desahogo, es un simple auxiliar de la justicia que se utilizará como un instrumento para llevar a cabo el desahogo de la prueba testimonial, que por obvias razones no puede llevar a cabo el Juez ante el que se ofreció dicha prueba, concluyendo que quien deberá calificar que las preguntas cumplan con los requisitos de Ley (relación directa con los puntos controvertidos, que no sean contrarias al derecho y a la moral, deberán ser claras y precisas, no comprendiendo más de dos hechos en una sola y que no sean indicativas) será el Juez exhortante, es decir, el Juez que se encuentra impedido para llevar a cabo el desahogo de la testimonial por residir o tener su domicilio el testigo ofrecido fuera de su jurisdicción.

A pesar de que en este capítulo no se establecen más requisitos que los que señala el artículo antes transcrito, consideramos que el oferente de la prueba también deberá cumplir con los requisitos que señala el artículo 1207 del Código de Comercio, es decir, solicitar el término extraordinario de prueba, requisito sin el cual la prueba de testigos fuera de la jurisdicción del Juez de la causa no podrá ser admitida.

En efecto, tal y como lo mencionamos al tratar el tema del término ordinario y extraordinario de prueba en el capítulo dos de este trabajo, señalamos que éste se encuentra regulado por el artículo 1207 del Código de Comercio, estableciéndose que el término extraordinario de prueba debe solicitarse cuando las pruebas ofrecidas tengan que desahogarse en distinta entidad o fuera del País de donde se lleve a cabo la controversia, otorgándose garantía por cada una de las pruebas que se encuentren en dichos supuestos, bajo las condiciones que establezcan las leyes procesales locales aplicadas supletoriamente, debiendo señalar el Juez de la causa el término o plazo que crea prudente para tal efecto, atendiendo a la distancia del lugar y la calidad de la prueba.

En esas condiciones, consideramos que el oferente de la prueba del testigo fuera de jurisdicción, tendrá necesariamente que solicitar el término extraordinario de prueba para que el Juez pueda admitir la prueba de testigos, ya que a pesar de que no existe sanción para el caso de que no se realice de esa forma, consideramos que es requisito indispensable para que la prueba pueda ser legalmente admitida, pues es lógico que si no se pide el término extraordinario de prueba, la prueba no podrá desahogarse dentro del plazo ordinario de desahogo de pruebas, siendo éste de 30 o 15 días, según el tipo de juicio de que se trate, razón por la que el oferente tendrá la carga de solicitar este término extraordinario de prueba sin el cual no podrá admitirse la prueba testimonial del testigo que se encuentre fuera de la entidad del juez de la causa.

Además de lo anterior, refuerza nuestro dicho el hecho de que el artículo 1207 del Código de Comercio, en su parte conducente, señala que "El

término ordinario sólo se concederá, cuando las pruebas se tengan que desahogar en distinta Entidad Federativa...". De lo anterior se concluye que cuando se necesite desahogar una prueba fuera de la entidad del Juez de la causa, el oferente tendrá la obligación de cumplir con este requisito además de los que el citado artículo señala.

En efecto, el artículo 1207 del Código de Comercio, establece que además de solicitarse el término extraordinario de prueba para desahogar una prueba fuera de la entidad del Juez de la causa, el oferente deberá exhibir una garantía por cada una de las pruebas que deberán desahogarse en esos términos. Este requisito, evidentemente fue plasmado por el legislador a efecto de que se erradique la práctica dilatoria de ofrecer pruebas que no tienen razón de ser y que en realidad, en el caso específico de la testimonial, los testigos que se ofrecen no tengan conocimiento de los hechos controvertidos y se ofrezcan con el único afán de retardar el procedimiento.

Respecto a esta garantía, el artículo de mérito no otorga al Juez de la causa ninguna facultad ni elemento para determinar la garantía que se tendrá que señalar para el desahogo de este tipo de pruebas, considerando que deberá establecerse una reglamentación adecuada a efecto de que se fije una garantía alta para evitar la práctica de ofrecer este tipo de pruebas, y en específico la testimonial sin que tengan razón de ser.

Consideramos que debe establecerse en este artículo 1207, y también en el capítulo relativo a la prueba testimonial, una base para que el Juez tenga elementos para fijar una cantidad de dinero suficiente y bastante para garantizar el desahogo de esta prueba a efecto de que no se ofrezcan únicamente para dilatar el procedimiento y que en caso de no desahogarse esta prueba o que resulte inútil para la resolución del juicio, que la garantía fijada, se aplique para el pago de los daños y perjuicios causados a la contraparte de la oferente de la prueba por la dilación del procedimiento, sin que dicha parte tenga la necesidad de acreditar los daños sufridos por la tardanza del procedimiento.

Con relación a esta misma circunstancia, consideramos que en el capítulo relativo a la prueba testimonial, y en específico con relación al desahogo de la prueba de testigos fuera de jurisdicción, debe establecerse un precepto en el que se señale que en caso de que el oferente de la prueba no solicite el término extraordinario a que se refiere el artículo 1207 del Código de Comercio, la prueba no podrá admitirse, pues a pesar de que como lo explicamos con anterioridad, debe suponerse que es una requisito sine quo non para el desahogo de este tipo de prueba testimonial, en este precepto no se señala una sanción en específico para el caso de que no se solicite dicho término.

Asimismo, se ha observado en la práctica que generalmente la parte demandada, cuando considera que no tiene más defensa que retardar el procedimiento con prácticas dilatorias, ofrece el testimonio de personas que residen en el extranjero y que hablan un idioma diverso al español, situación por la cual debe señalarse que en caso de que de esa forma se ofrezca el testimonio de una persona que resida en el extranjero y se libre carta rogatoria por tal efecto, se aperciba al oferente de la prueba para que exhiba la traducción debida de las preguntas realizadas por medio de perito oficial del tribunal a efecto de que la contraparte se encuentre en posibilidades de realizar repreguntas, así como a percibir al oferente de la prueba para que una vez devuelta la declaración por parte de las autoridades judiciales del país en que resida el testigo, traduzca la declaración del testigo por perito traductor oficial del Tribunal, apercibido de que en caso de no reunir estos requisitos no será admitida, y en su caso desechada la prueba.

En esas condiciones, las propuestas que hacemos respecto al testigo fuera de jurisdicción, son que se establezca que para la admisión de esta prueba, deberá solicitarse el término extraordinario de prueba a que se refiere el artículo 1207 del Código de Comercio, que se establezcan las bases para que se fije una garantía bastante y suficiente para resarcir los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar a la contraparte por la dilación del procedimiento en caso de que se

acredite que esta prueba no se desahogue, o que se ofreció con el propósito de retardar el procedimiento y por último, que en el caso de que se ofrezca la prueba testimonial de una persona o dos que residan fuera del país, además de fijar una garantía considerable para resarcir los daños y perjuicios que se pudieran causar a la contraparte, se aperciba al oferente de la prueba para que exhiba la debida traducción de las preguntas a realizar por perito oficial del Tribunal, así como la obligación de exhibir la traducción del testigo residente fuera del país, igualmente por dicho perito, requisitos sin los que no podrá admitirse la prueba.

Señalamos que la traducción de las preguntas debe realizarse por perito oficial del tribunal, a efecto de que no existan manejos de las traducciones de los peritos que cambien el sentido de la declaración del testigo y que favorezcan al oferente. Sin embargo puede darse el supuesto de que el idioma del testigo no sea común, y que no existan peritos traductores de ese idioma en el Tribunal, supuesto en el que el oferente de la prueba tendrá la obligación de proporcionar al juzgado un perito que acredite tener los conocimientos de dicho idioma, pues para retardar el procedimiento, puede el oferente ofrecer el testimonio de una persona que hable un idioma antiguo y que no exista perito del Tribunal que tenga conocimientos sobre ese idioma, supuesto en el que el oferente de la prueba tendrá la carga de presentar a un perito que acredite tener conocimientos en dicho idioma, carga que en caso de no cumplirse no podrá admitirse la prueba. .

6.7 VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

El valor probatorio de la prueba testimonial en el Código de Comercio, se encuentra regulado en los artículos 1302 a 1304, siguiendo un sistema de valoración híbrido entre el sistema de prueba legal y el sistema de prueba formal¹²⁴, inclinándose por el sistema de prueba formal, es decir, que la

¹²⁴ Sistemas de valoración de las pruebas de los que hablamos en el primer capítulo de este trabajo.

Ley limita al Juez para que éste le conceda un valor determinado a la prueba testimonial estableciéndose ciertos requisitos para que el Juez la valore, tal y como observaremos más adelante al analizar los artículos relativos al valor probatorio de la prueba testimonial contenidos en el Código de Comercio.

Desde luego que hoy en día, el ofrecimiento y desahogo de la prueba testimonial ha perdido sentido en los juicios mercantiles, en primer lugar porque para acreditar las cuestiones que se litigan en la materia mercantil, la prueba idónea en la mayoría de los casos es la prueba documental y no la prueba testimonial, es decir, no es lógico que el incumplimiento de un contrato se demuestre con la prueba testimonial, ni mucho menos la falsedad de un título de crédito o el pago del mismo. En segundo lugar, la prueba testimonial, tal y como lo mencionamos al comenzar a hablar en este capítulo, ha perdido toda su credibilidad, ya que es demasiado fácil conseguir testigos que declaren en un juicio falsamente para favorecer a la parte que los está presentando, razón por la que esta prueba no es la más recurrida por los abogados litigantes en este tipo de juicios, sin embargo se encuentra vigente su regulación en el Código de Comercio.

A estas dos circunstancias, agregaríamos una tercera que tiene que ver con que es un secreto a voces que los abogados litigantes antes de que llegue la fecha para la celebración de la audiencia testimonial, citan a los testigos y a la parte a quien representen para que éste los "prepare" e instruya en la forma en que deben responder las preguntas que el mismo les realice, de ahí que el testimonio de las personas ofrecidas como testigos no sea espontáneo, e incluso en algunas ocasiones sea falso a pesar de que el Código Penal para el Distrito Federal sancione como un delito la falsedad de declaraciones ante autoridad judicial.

Comenzaremos a analizar la regulación del valor probatorio de la prueba testimonial con el primer artículo que el Código de Comercio trata al respecto.

El artículo 1302 del Código de Comercio señala textualmente lo siguiente:

Artículo 1302.- El valor de la prueba testimonial queda al arbitrio del Juez, quien nunca puede considerar probados los hechos sobre los cuales ha versado, cuando menos no haya dos testigos en quienes concurren las siguientes condiciones:

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

Como podemos observar, resulta incongruente que el artículo antes citado señale que queda al arbitrio del Juez el valor de la prueba testimonial, si después obliga al Juez a tomar ciertas circunstancias para poder otorgar valor probatorio a esta prueba.

En efecto, es contradictorio que por un lado el artículo señale que queda al arbitrio del Juez la valoración de la citada prueba (sana crítica o sistema de prueba legal) y por otra parte le imponga al Juzgador ciertas condiciones que son concurrentes unas con otras, para que pueda considerar por probados los hechos que se pretenden acreditar con esta prueba (sistema de prueba formal o sistema tasado) lo que deviene en concluir que de cierta forma la ley no otorga facultades al Juez para valorar la prueba testimonial como él considere pertinente.

En primer lugar, el artículo en comento en su primer párrafo obliga a las partes a ofrecer por lo menos dos testigos para tener por acreditados los hechos que se pretenden probar con la testimonial, y al Juez a no tener por probados los hechos si no concurren por lo menos dos testigos para comprobar los hechos que su oferente pretende acreditar, es decir, el testigo singular no tiene ningún valor probatorio, a menos de que las partes se hayan obligado a pasar por

su dicho tal y como más adelante lo señala el artículo 1304 del Código de Comercio.

Con relación al requisito a que se refiere la primera fracción de este artículo, es pertinente comentar que resulta notoriamente subjetivo e impreciso el hecho de que se mencione que para que la declaración del testigo sea tomada en cuenta por el juzgador, éste debe ser excluido de toda excepción, ya que ningún precepto posterior a este artículo del Código de Comercio explica en qué consiste este requisito.

De lo que hemos expuesto con anterioridad, concluimos que se refiere a que el testigo no tenga ninguna relación con alguna de las partes, ya sea de parentesco de amistad o de trabajo, que pueda presumir que el testimonio otorgado es parcial y no refleja la realidad de los hechos, situación que contraviene lo dispuesto por el artículo 1261 del mismo ordenamiento legal que señala que todos los que tengan conocimientos de los hechos que las partes deben probar, están obligados a declarar como testigos, pues si un familiar o empleado es el conocedor de los hechos controvertidos, resultaría inútil que se ofrezca su testimonio, pues el juzgador con base en este precepto no podrá tomarlo en cuenta al momento de que se dicte sentencia.

Otra interpretación que se puede otorgar a esta fracción, es la que tiene relación con la capacidad del testigo, pues es fácil concluir que si el testigo está incapacitado legalmente, es decir, no tiene capacidad de ejercicio por ser un menor de edad o sufrir una enfermedad mental, no estará en condiciones de emitir un testimonio apto para ser tomado en cuenta, interpretación que sería la más idónea para comprender los alcances jurídicos de esta fracción. En cuanto a la posibilidad de recibir el testimonio del menor de edad, han existido criterios emitidos por nuestros Tribunales Colegiados, en el sentido de que el hecho de que un menor de edad emita su testimonio, no quiere decir que sea nulo por esa circunstancia, sino que debe atenderse al hecho de que el testigo tenga la capacidad suficiente para comprender los alcances de los hechos acontecidos.

Confirma lo anterior, el siguiente criterio jurisprudencial emitido por nuestro Tribunal Colegiado en materia civil.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Octubre de 1998

Tesis: VI.2o. J/149

Página: 1082

TESTIGO MENOR DE EDAD. VALOR DE SU DECLARACION. La minoría de edad del declarante no invalida por sí misma el valor probatorio que a su testimonio le corresponda según las circunstancias del caso, pues a lo que debe atenderse es si el menor de edad tiene capacidad para comprender los hechos sobre los cuales versa su declaración y si estos fueron susceptibles de ser apreciados por sus sentidos, tomando en cuenta además que los mismos hayan sido narrados de una manera clara y precisa.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 257/89. Sergio Marquez Escobedo. 23 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispin Campos Ramírez.

Amparo en revisión 170/90. Pedro Guzmán Salazar y otros. 5 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 399/96. Baldomero Cortés Atilano. 21 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretaria: Laura Ivón Nájera Flores

Amparo en revisión 578/96. José, Eduardo Alfaro Pérez. 21 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretario: Héctor Enrique Hernández Torre

Amparo directo 535/98. Miguel Nolasco Juárez. 27 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, página 196, tesis 355, de rubro: "TESTIGOS MENORES DE EDAD."

Con relación la segunda fracción del artículo 1302, es claro que la prueba testimonial deberá ser escrupulosamente "preparada" por el abogado de la parte oferente de la misma, a efecto de que el juzgador pueda tomarla en cuenta al momento de dictar sentencia, ya que si los testigos no son uniformes y contestes, es decir, sus declaraciones no son prácticamente iguales o similares, la prueba no podrá ser tomada en cuenta por el Juez de la causa.

Desde luego que hablamos de declaraciones en sentido plural, pues el mismo artículo 1302 señala que los hechos que las partes pretenden acreditar con la prueba testimonial no podrán tenerse por acreditados si no concurren por lo menos dos testigos y respecto a lo establecido en el párrafo anterior, en muchas ocasiones y de conformidad con las reglas que impone esta fracción a las partes, hace que se "prepare" a los testigos para que manifiesten situaciones que en realidad no presenciaron, o que las presenciaron en diferentes momentos y circunstancias, pero que por las condiciones y requisitos que exige este artículo, los testigos deben declarar uniformemente, debiendo ofrecerse desde luego, un mismo interrogatorio para los dos testigos.

La tercera fracción de este precepto, señala que el testimonio de los testigos debe ser a ciencia cierta, es decir, que los hechos sobre los cuales están deponiendo hayan sido presenciados por medio de sus sentidos y no tengan conocimiento de ellos porque otras personas se los han comunicado, conociéndose a este tipo de testigos como testigos de oídas, declaraciones de estos que no pueden ser tomadas en cuenta por el Juzgador.

En este sentido, es muy común que al ofrecerse la prueba testimonial en juicio, las personas que son ofrecidas como testigos, realmente no presenciaron los hechos sobre los cuales deponen, o solamente una de ellas fue la que tuvo conocimiento de los mismos porque realmente los presenció, pudiendo evidenciar esto el abogado de la parte contraria a la oferente de la prueba al realizar las repreguntas, que tienen que formularse con el objetivo de descubrir la falsedad de las declaraciones emitidas.

Para lograr tal objetivo, las repreguntas tendrán como finalidad el que los testigos se manifiesten respecto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que supuestamente sucedieron y presenciaron los hechos, y si realmente no los presenciaron, será fácil evidenciar que los testigos están declarando falsamente, a menos que el abogado de la parte oferente de la prueba haya "instruido" perfectamente a los mismos para no hacerlos caer en

contradicciones o desconocimiento de los hechos afirmados, presumiendo lo que su contrario pudiera cuestionar en las repreguntas.

Por último, la cuarta fracción de este artículo señala que los testigos deberán dar fundada razón de su dicho, esto es, los testigos deberán manifestar el por qué conocen los hechos o circunstancias sobre los que han declarado. Este requisito, es tal vez el más importante de todos los demás que se señalan en este artículo, pues de esta declaración se podrá evidenciar si los testigos han depuesto falsamente o no y si realmente presenciaron los hechos narrados con sus sentidos, ya que al preguntárseles la razón de su dicho, deberán manifestar las causas y razones por las cuales son conocedores de los hechos sobre los que han depuesto.

En la práctica, muchos abogados litigantes no preguntan la razón de su dicho a los testigos presentados, situación que hace que el Juez no pueda tomar en cuenta las declaraciones emitidas por estos. Sin embargo, el Juez tiene la obligación de preguntar la razón de su dicho a los testigos, tal y como lo establece el artículo 1272 del propio Código de Comercio.

El artículo 1303 del Código de Comercio, señala los requisitos que el Juez deberá tomar en cuenta para valorar las declaraciones de los testigos.

El artículo en comento, establece textualmente lo siguiente:

Artículo 1303.- Para valorar las declaraciones de los testigos, el Juez tendrá que tomar en consideración las circunstancias siguientes.

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

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

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

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

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

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

Desde nuestro punto de vista, consideramos que lo expuesto en el artículo antes citado, es una ampliación de los puntos o requisitos que de manera general señala el artículo 1302 del mismo cuerpo de leyes y que en este artículo son detallados con más precisión.

Por lo que se refiere a la primera fracción, ya hemos comentado lo que significan las tachas, haciéndose énfasis en esta fracción que las tachas las pudo haber promovido la contraparte a la oferente de la prueba, o bien el Juez pudo haber encontrado algunas circunstancias que lo hayan llevado a declarar procedentes las tachas en contra de los testigos

La segunda fracción de este artículo es muy interesante de estudiar, pues a pesar de que el artículo 1261 del Código de Comercio señala que todo aquel que tenga conocimiento de los hechos controvertidos tendrá la obligación de declarar, y de que se reformó el artículo 1262 en el que se impedía a los menores de edad fungir como testigos, está fracción señala que el Juez deberá tomar en cuenta la edad, capacidad e instrucción del testigo para verificar si fue capaz de juzgar el acto observado.

En este sentido, es aplicable el criterio judicial antes transcrito, que establece que no por el hecho de que el testigo sea un menor de edad, ello lleve a concluir que su testimonio es nulo, sino que tiene que atenderse a su capacidad de entendimiento para estar en posibilidades de comprender el hecho sobre el que está declarando.

Además de la edad y capacidad (desde luego que se refiere a la capacidad de ejercicio), esta fracción señala que el Juez también debe tomar en

cuenta la instrucción del testigo. Entendemos por instrucción, no solamente los conocimientos que se hayan adquirido por medio de los estudios primarios, secundarios o profesionales del testigo, sino también aquellos conocimientos que han sido adquiridos por la experiencia o por la propia labor o trabajo en que se desempeñe el testigo, trabajo o labor que se observará de los generales del mismo, sin que estos conocimientos lleven al testigo a emitir una declaración o manifestación que llegue a convertirse en una pericial, sino que es importante conocer estos conocimientos para determinar si el testigo fue capaz de comprender el alcance de los hechos observados con sus sentidos.

En efecto, puede ser que el litigio verse sobre la rescisión de una compraventa mercantil, en donde una de las partes ofrece un testigo que se dedica al Comercio para demostrar el notorio mal estado de la mercancía materia de la compraventa, y el testigo, a pesar de únicamente haber cursado los estudios primarios, puede ser una persona que por su labor de comerciante tenga conocimientos sobre el producto materia de la compraventa, situación que le hace ser una persona apta para comprender los alcances del acto sobre el que está deponiendo, valorando esta circunstancia el Juez de la causa al momento de dictar la sentencia.

La tercera fracción, es una repetición de la no procedencia de las tachas ya sea que se hayan formulado por la contraparte, o bien que el Juez de oficio no las haya llegado a determinar. Reiteramos el comentario emitido al analizar la fracción primera de este artículo y la fracción primera del artículo 1302, ya que a pesar de que el Código de Comercio en su artículo 1261 no prohíbe recibir el testimonio o declaración de alguna persona en específico por la relación de parentesco, trabajo, amistad o enemistad que tengan con las partes, el Juez tiene que observar la posición y los antecedentes del testigos para observar su absoluta imparcialidad y así estar en posibilidades de tomar en cuenta la referida prueba.

Desde luego que es imposible que el Juez conozca los antecedentes y la probidad del testigo, pues la probidad es algo muy subjetivo, a menos de que lo demuestre el contrario a la oferente de la prueba, determinándose la posición del testigo al momento de emitir sus generales y observar qué relación tiene con su presentante.

Es obvio, que si se ofrece el testimonio de un trabajador en juicio, éste no rendirá declaración en contra de su patrón aunque se encuentre protestado para conducirse con verdad y lo hayan obligado a mentir. Con lo establecido en esta fracción, no cabe duda que el Juez no podrá otorgarle valor probatorio a la declaración de un testigo si es trabajador del oferente de la prueba, pues a pesar de que el trabajador deponga en forma verdadera de como sucedieron los hechos litigiosos, por la posición que guarda con relación a su presentante, es evidente que existe la presunción de que la declaración emitida no es verdadera y parcial, pues sería contra natura que el trabajador depusiera sobre la verdad de los hechos si esa declaración perjudicara a su patrón.

La cuarta fracción, se refiere a que el hecho litigioso sobre el que se va a deponer sea susceptible de ser conocido por los sentidos (ya mencionamos con anterioridad que no sólo intervienen los sentidos de la vista y el tacto, sino también el del gusto, el del olfato y el del oído), reiterando el comentario realizado con anterioridad al respecto.

La quinta fracción, señala que la declaración del testigo debe ser clara y precisa sobre la sustancia del hecho y sobre las circunstancias esenciales del mismo. Aquí se observa que la ley obliga al Juez a tomar en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo sucedieron los hechos y la forma de declarar del testigo, es decir, que el testigo haya manifestado las fechas, la forma y el espacio físico en el que sucedieron los hechos, a efecto de que el Juez se ilustre respecto a la forma en que sucedieron los hechos y verifique si el testimonio es verdadero o falso, por ello se reitera que en las reglas que se señalan para realizar las preguntas, debe agregarse el requisito de que las

preguntas deben contener las circunstancias de modo, tiempo y lugar respecto a la forma en que sucedieron los hechos.

En muchas ocasiones, el testimonio emitido es verdadero, sin embargo, el abogado de la parte contraria a la oferente de la prueba, al hacer las repreguntas puede hacer parecer que el testimonio es falso, repreguntando a los testigos circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo sucedieron los hechos, y en ocasiones, a pesar de que los testigos sí observaron los hechos por medio de sus sentidos y estén manifestando la verdad, por las repreguntas realizadas en este sentido hacen suponer que el testimonio es falso porque en las respuestas no se demuestra que el testigo recordó algunas de esas circunstancias, de ahí lo importante de observar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el desahogo de una prueba testimonial.

La sexta fracción, establece que el Juez tiene que observar el hecho de que el testigo no haya sido obligado por medio de la fuerza física y moral para emitir el testimonio, ni tampoco por engaño, error o soborno, estimándose que el apremio judicial no se considera como fuerza o intimidación. La condiciones apuntadas en esta fracción, consideramos que son muy difíciles de observar por un Juez, siendo a cargo de la contraria de la oferente de la prueba el llegar a comprobar que el testigo fue forzado o sobornado para emitir una declaración falsa, situación que consideramos difícil de probar.

Por último, el artículo 1304 señala textualmente lo siguiente:

Artículo 1304,. Un solo testigo hace prueba plena cuando ambas partes personalmente, y siendo mayores de edad, convengan en pasar por su dicho.

El precepto antes citado es muy claro en su redacción, limitándonos a manifestar en nuestro comentario que es muy difícil que hoy en día pueda pactarse esta situación entre las partes, además de que tal y como lo comentamos con anterioridad, la prueba testimonial en los juicios mercantiles es

cada vez menos ofrecida en los procedimientos de esta naturaleza, pues la fuerza de la prueba documental la ha desplazado.

Todos los preceptos antes citados y comentados son los que regulan el valor probatorio de la prueba testimonial, existiendo una contradicción evidente entre lo establecido en el artículo 1302 y los demás preceptos que regulan la valoración de la prueba, ya que es incongruente que por una parte se señale que el valor de la testimonial quede al arbitrio del Juez, y por otra se establezcan ciertos requisitos para que le pueda otorgar un determinado valor probatorio, debiendo realmente dejarse al arbitrio del Juez su valoración sin establecer reglas o requisito alguno.

6.8 PROYECTO DE MEJORAS

La primera propuesta que realizamos, va enfocada a las reglas o requisitos que se tienen que seguir para que las preguntas a los testigos puedan ser calificadas de legales. Esta reforma que proponemos tiene que realizarse con relación al artículo 1262 del Código de Comercio.

La modificación que proponemos, tiene que ver con ciertos requisitos que no se establecen en el citado artículo, y que deben de señalarse para que las preguntas sean aptas y puedan calificarse de legales por parte del Juez, pues además de los requisitos previamente señalados por el propio artículo 1262, deben agregarse que las preguntas no deben ser indicativas ni insidiosas. En cuanto a la forma en que se deben de realizar las preguntas, es pertinente señalar que a pesar de que el artículo establece que estas deben de ser claras, tener relación directa con la litis, no ser contrarias a la moral y al derecho y procurando que en una no se contengan más de dos hechos, es preciso señalar que estas preguntas deberán contener las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo sucedieron los hechos controvertidos, siendo claro que la forma de realizar estas preguntas no deberá ser en la misma forma en que se realizan las posiciones en

la confesional, pues ya dijimos que en estricto sentido las posiciones realmente no son preguntas, sino hechos que se imputan a las partes en las que la respuesta deberá ser sí o no, y en cambio en las preguntas para desahogar una prueba testimonial la respuesta forzosamente deberá ser dando una explicación de los hechos sobre los que se le está preguntando al testigo, si es que efectivamente tiene conocimiento de los mismos, pues si no los conoce la respuesta será un "no se".

Además, es preciso que en este precepto se agregue que las preguntas a realizar a los testigos no serán sobre hechos propios, sino de hechos de los que accidentalmente tuvo conocimiento, pues hay que recordar que el testigo no es parte en el juicio.

También debe señalarse que las preguntas no deben ser insidiosas, es decir, no deben ser repetitivas y con las cuales se pretenda ofuscar la inteligencia del testigo.

Otra característica que deben reunir estas preguntas, es que las mismas no deben ser indicativas, pues se ha mencionado con anterioridad que las preguntas deben ser realizadas a efecto de que el testigo se manifieste sobre los hechos controvertidos y no conteste simplemente con un sí o un no, sin llevar implícita la respuesta.

También consideramos que debe modificarse el artículo 1263 con relación a que no se presentaran interrogatorios escritos, pues al realizarse de forma verbal las preguntas por las partes, y en ese mismo instante calificar el juez de legal o no la pregunta, si la pregunta es indicativa, a pesar de que no se califique de legal, el testigo ya tuvo conocimiento de la pregunta, y si en esa pregunta va implícita la respuesta, es obvio que la respuesta que otorgue a la nueva pregunta que se formule, estará viciada y no será espontánea, por lo cual consideramos que tanto las preguntas como las repreguntas, deben ser por escrito, pudiéndose presentar las preguntas unos minutos antes de la audiencia

con el único propósito de que el Juez las califique de legales o no en privado y sin que el testigo las escuche, tal y como lo hace al calificar las posiciones en una confesional, teniendo el derecho el oferente de la prueba de realizar nuevas preguntas en el supuesto de que el Juez no califique alguna de legal.

De igual forma, las repreguntas las deberá formular la contraparte por escrito en el mismo acto de la audiencia, concediéndosele un tiempo prudente para formularlas y entregarlas al juez para que las califique, con el único fin de que el testigo no se entere de las repreguntas que se formulen antes de que sean calificadas de legales, pues si una de las partes a través de su abogado, por inexperiencia, desconocimiento o mala fe realiza una pregunta que lleva implícita la respuesta, y posteriormente se le da la oportunidad de volverla formular, la declaración del testigo podría estar viciada.

A efecto de encontrarnos acordes con las anteriores manifestaciones y reformas que proponemos, debe reformarse también el artículo 1272 del Código de Comercio, ya que en los casos en que las partes lo soliciten, debe asentarse la pregunta y no sólo la respuesta en el desahogo de la prueba, pues como ya lo mencionamos con anterioridad, si se asienta solo la respuesta de una pregunta que estuvo mal formulada y no cumplió los requisitos de ley, el Juez, como en muchas ocasiones no es quien lleva a cabo el desahogo de la prueba, al valorar la respuesta no se dará cuenta de la pregunta realizada sino únicamente de la respuesta, así como en el caso del superior jerárquico que no presenció el desahogo de la prueba y que solo se da cuenta de la respuesta, sin saber si la pregunta estuvo mal formulada o no y no estar en posibilidades de realizar una valoración adecuada de las declaraciones de los testigos.

. La siguiente propuesta que hacemos en este capítulo, es la relativa a el desahogo de la prueba de testigos fuera de jurisdicción¹²⁵, en el sentido de que

¹²⁵ Ya comentamos anteriormente que debe señalarse fuera de la competencia territorial del juez de la causa

debe establecerse que además de los requisitos que el Código de Comercio señala en su artículo 1269, también debe señalarse que el oferente de la prueba deberá solicitar el término extraordinario de prueba a que se refiere el artículo 1207 del mismo ordenamiento legal, pues es lógico que si este término no se solicita, la prueba de testigo fuera de jurisdicción no podrá ser admitida.

En concatenación con lo anterior, consideramos que debe señalarse en el artículo 1269 del Código de Comercio, que si el oferente de ésta prueba no solicita el término extraordinario de prueba, la prueba no podrá ser admitida, por ende deberá ser un requisito sine qua non para la admisión de la misma, ya que en la actualidad no se encuentra regulada de la forma en la que la proponemos.

En el mismo sentido, y toda vez que como lo hemos señalado anteriormente, el oferente de la prueba debe solicitar el término extraordinario de prueba para el ofrecimiento de los testigos fuera de jurisdicción, consideramos que deben establecerse las bases suficientes para que el Juez se encuentre en posibilidades de fijar una garantía alta en dinero para erradicar la práctica dilatoria de ofrecer este tipo de pruebas que no llegan a desahogarse y que se ofrecen con el único afán de retardar el procedimiento, cuyo propósito es resarcir a la contraria los daños y perjuicios que se le causen por el retardo del procedimiento. Esta garantía debe señalarse en general en el artículo 1207 para cualquier tipo de prueba y en específico en el capítulo de la prueba testimonial para el desahogo de la prueba de testigos fuera de jurisdicción.

Además, tal y como lo señalamos al tratar el tema del testigo fuera de jurisdicción, en caso de que el testigo resida fuera del País, evidentemente la garantía deberá ser más alta por el tiempo que se perderá en el procedimiento para desahogar ésta prueba, además de que el oferente de la prueba, en caso de que el testigo hable un idioma diferente al español, deberá exhibir la traducción de las preguntas a realizar al testigo por perito traductor oficial del Tribunal y a su vez exhibir traducida la declaración del testigo por perito oficial del Tribunal. En caso de que no existan peritos en el idioma del testigo ofrecido, el oferente tendrá que

correr con la carga de proporcionar uno al juzgado, apercibido que en caso de no hacerlo no le será admitida la prueba.

Por otra parte, consideramos que el valor de la prueba testimonial, debe de dejarse al arbitrio total del juzgador y no establecerse determinados requisitos para que dicha prueba pueda ser tomada en cuenta por éste al momento de dictar sentencia, pues hemos comentado con anterioridad que existe una clara incongruencia y contradicción en lo dispuesto por el artículo 1302 del Código de Comercio, que por un lado señala que el valor de la prueba testimonial queda al arbitrio del Juez, y por otra parte señale ciertos requisitos que tienen que ser concurrentes y que se tienen que observar, a efecto de que la prueba testimonial pueda ser tomada en cuenta por el Juez, debiendo en todo caso dejarse al arbitrio de éste su valoración.

Resulta absurdo el hecho de que la Ley exija la concurrencia de dos testigos para tener por probados los hechos que se pretenden acreditar con la prueba testimonial, pues evidentemente esta situación hace que las partes fabriquen pruebas, ya que puede haber supuestos en los que el número de testigos que presenciaron los hechos controvertidos hayan sido dos o más, pero en la mayoría de los casos, solo una persona es la que presenció los hechos, obligando este artículo a que las partes presenten un testigo que no presenció los hechos y que está declarando falsamente, o bien, que no se pueda acreditar el hecho controvertido con un solo testigo, que realmente lo presenció y que por esa razón puede aportar elementos de convicción al Juez para llegar a la verdad histórica.

Por todas estas circunstancias, consideramos que el valor probatorio de la prueba testimonial debe dejarse verdaderamente al arbitrio del Juez, valorando esta prueba con todas y cada una de las demás aportadas por las partes, tomando en cuenta la relación del testigo con su presentante que se desprenda de los generales manifestados por éste.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ Zamora Castillo, Niceto; *Clínica Procesal*, Ed. Porrúa, México, 1963.
- ALSINA, Hugo; *Tratado Teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo II, Ed. Compañía Argentina de Editores, S. de R.L., Buenos Aires, 1942.
- ARELLANO García, Carlos; *Práctica forense Civil y Familiar*, Ed. Porrúa, Vigésima edición, México 1998.
- BECERRA Bautista, José; *El proceso Civil en México*, Ed. Porrúa, Décimo sexta edición, México 1999.
- BRISEÑO Sierra, Humberto; *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Cárdenas Editores, Primera edición, México 1980.
- BURGOA, Ignacio; *Diccionario de Derecho constitucional, Garantías y Amparo*, Cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro; *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, Ed. Ediciones Jurídico Europa – América, Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1972.
- CARNELUTTI, Francisco; *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, Procedimiento de Conocimiento, Trad. Santiago Sentis Melendo y Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Ed. UTEHA Argentina, Buenos Aires 1944.

- CERVANTES, Martínez Daniel; *Invencciones Tecnológicas como Medios de Prueba en el Derecho Procesal Mexicano*. Angel Editor. México 1999
- COUTURE, Eduardo; *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ed. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe; *Principios de derecho Procesal Civil*, Trad. José Casais y Santalato, Ed. Reus, Madrid, 1977.
- DE PINA, Rafael y José Castillo Larrañaga; *Instituciones de Derecho Procesal Civil en México*, Ed. Porrúa, México 1966.
- DELLEPIANE Antonio; *Nueva Teoría de la Prueba* Editorial Temis, Novena edición Bogota Colombia 1989.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de la Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense*. Ed. Imprenta de J. Ferrer de Orga. Valencia, 1838.
- GOLDSCHMIDT, James; *Derecho procesal Civil*, Trad. Leonardo Prieto Castro, Ed. Labor, Barcelona, 1936.
- GÓMEZ Lara Cipriano; *Teoría general del proceso*, sexta edición, Ed. Oxford Universiti Press Harla, México, 1998.
- *Derecho Procesal Civil*, sexta edición, Ed. Oxford Universiti Press Harla, México, 1998.
- MATEOS Alarcón, Manuel; *Las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal*, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, Quinta edición, México, 1998.
- OVALLE Fabela; *Teoría General del proceso*, Ed. Oxford Universiti Press Harla, México, 1998.

PALLARES, Eduardo; *Derecho Procesal Civil*, Primera edición, Ed. Porrúa, México, 1961.

----- *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, Vigésima primera edición, México, 1994.

REDENTI, Enrico; *Derecho Procesal Civil*, Trad. Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerra Redin, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1957.

SENTIS Melendo, Santiago; *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, 1967.

WYNES Millar, Robert; *Los procedimientos Formativos del procedimiento Civil*, Trad. Catalina Grossmann, Ed. Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires, 1945.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
vigente.

CÓDIGO DE COMERCIO 1993 antes de las reformas de mayo de 1996.

CÓDIGO DE COMERCIO vigente.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D.F. vigente.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL vigente.

LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL vigente