

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

“EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO”

SUSTENTANTE: RIGOBERTO DÍAS PANIAGUA

ASESORA: DRA. MARÍA DEL SOCORRO TÉLLEZ SILVA

México, D. F., Ciudad Universitaria, 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A la **Universidad Nacional Autónoma de México**, por haberme otorgado el privilegio de ocupar un espacio dentro de sus aulas y por los valiosos conocimientos que en ella recibí.

A la **Facultad de Derecho**, por la oportunidad de formarme con grandes Juristas.

A la **Escuela de Especialización Judicial** de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por haberme facilitado todo el material bibliográfico que se cita en el presente trabajo.

A la Dra. **María del Socorro Téllez Silva**, por su orientación, apoyo y confianza en la realización de este trabajo. Le agradezco especialmente su amistad y calidad humana que me dispensó durante su asesoría.

Al Dr. **Hugo Carlos Carrasco Soulé López**, por su amistad, apoyo y comprensión brindada durante los momentos más difíciles de realización del presente trabajo.

A **Dios** por haberme dado el precioso regalo de la vida y por la oportunidad de poder levantarme de los fracasos y caídas sufridas durante mi existir.

A mis padres, **Rubén y Rosario**, quienes con su ejemplo me inculcaron principios morales para enfrentarme a la vida, y con su esfuerzo y sacrificio me dieron la oportunidad de formarme como profesionista. Gracias por seguir cuidando mi camino y por preocuparse por quienes hoy forman mi presente; en verdad gracias por todo su amor, apoyo y comprensión.

A mi fuente de inspiración: **Karen y Rubén**, son ustedes el tesoro más grande que poseo, y también la fuente de inspiración, que me mueve día a día, para que sea el ejemplo que ustedes deban seguir, podemos separarnos del camino, pero los principios siendo buenos, siempre nos conducirán a la meta deseada.

A mi compañerita de toda la vida: **Mirna**, con tu ejemplo y esfuerzo constante, me has impulsado a concluir un trámite que había dejado en el olvido, y que con tu calidad de ser humano, me has ayudado a poner los pies sobre la tierra y me has mostrado nuevos caminos que se consolidan a tu lado; gracias por todo el apoyo, amor y amistad incondicional que siempre me dispensas.

A mis hermanos: **Juan, Norma, Héctor, Socorrito, Efraín y Judith**, gracias por todo su apoyo en los momentos más difíciles de mi vida, gracias por darme la oportunidad de esforzarme para seguir siendo su ejemplo, es tanto lo que siento por ustedes, que en verdad es mucha mi preocupación por no fallarles y hoy aquí les muestro el resultado con el presente trabajo.

EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

CAPITULADO

CAPÍTULO I DERECHO PROCESAL

1.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	1
1.1.1	LEYES TOMADAS DE LAS DOCE TABLAS	2
1.1.2	PERÍODO FORMULARIO	3
1.1.3	PERÍODO EXTRAORDINARIO	5
1.1.4	ANTECEDENTES GERMÁNICOS E ITALIANOS	5
1.1.5	LEYES PROCESALES EN EL DERECHO ESPAÑOL	7
1.1.6	FRANCIA Y SU INFLUENCIA	7
1.2	UNIDAD O DIVERSIDAD DEL DERECHO PROCESAL	8
1.3	FUENTES FORMALES DEL DERECHO PROCESAL	9
1.4	REVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA PROCESAL	9
1.4.1	LA ETAPA PRIMITIVA	10
1.4.2	LA ETAPA DE LA LITERATURA ROMANA	10
1.4.3	LA ETAPA DE LA ESCUELA JUDICIALISTA	11
1.4.4	LA ETAPA DE LA ESCUELA PRACTICISTA	11
1.4.5	LA ETAPA DE LA ESCUELA PROCEDIMENTALISTA	12
1.4.6	LA ETAPA DEL PROCESALISMO CIENTÍFICO	12

CAPÍTULO II LA PRUEBA

2.1	TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA	18
2.1.1	PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL	19
2.1.2	NATURALEZA DEL DERECHO PROBATORIO	28
2.1.3	EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES	30
2.1.4	SISTEMA DISPOSITIVO E INQUISITIVO	35
2.1.5	OBJETO DE LA PRUEBA	37
2.1.6	LOS HECHOS COMO OBJETO DE PRUEBA	38
2.1.7	REQUISITOS INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DE LOS ACTOS DE PRUEBA	43
2.1.8	LAS NORMAS JURÍDICAS COMO OBJETO DE PRUEBA	52
2.1.9	HECHOS QUE NO NECESITAN SER PROBADOS	55
2.1.10	FUNCIONES DE LA PRUEBA	59
2.2	CARGA DE LA PRUEBA	60
2.2.1	CONCEPTO DE CARGA DE PRUEBA	62
2.2.2	PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CARGA DE LA PRUEBA	64
2.2.3	REGLAS PARA DETERMINAR A QUIÉN INCUMBE LA CARGA DE LA PRUEBA	65

2.3 MEDIOS DE PRUEBA	66
2.3.1 CONCEPTOS SOBRE: FUENTES, MATERIA, MOTIVOS Y FINALIDAD DE LA PRUEBA	68
2.3.2 CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA	70
2.3.3 DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA	75
2.4 PROCEDIMIENTO PROBATORIO	110
2.4.1 OFRECIMIENTO DE PRUEBAS	111
2.4.2 ADMISIÓN O RECHAZO	119
2.4.3 PREPARACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA	122
2.4.4 EJECUCIÓN, RECEPCIÓN O DESAHOGO	124
2.5 FACULTAD DEL JUZGADOR PARA ORDENAR LA PRÁCTICA DE PRUEBAS	125
2.6 SISTEMAS DE APRECIACIÓN PROBATORIA	129
CAPÍTULO III DOCUMENTOS	
3.1 DOCUMENTAL PÚBLICA	144
3.2 DOCUMENTAL PRIVADA	155
3.3 DOCUMENTO ELECTRÓNICO	159
3.4 PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL	171
3.5 ANALOGÍA DE LA PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	173
CAPÍTULO IV VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL	
4.1 SISTEMAS DE APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS	197
4.1.1 SISTEMAS FUNDAMENTALES PARA LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA	198
4.1.2 ASPECTOS BÁSICOS DE LA VALORACIÓN JURISDICCIONAL DE LA PRUEBA	209
4.1.3 FUERZA O VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA	234
4.2 VALORACIÓN DE LOS DOCUMENTOS CON SOPORTE PAPEL POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL	235
4.3 VALORACIÓN DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS	237
4.4 CRITERIOS JURISDICCIONALES	238

CAPÍTULO V MARCO TEÓRICO	
5.1 ESTUDIO DE LA CIBERNÉTICA, INFORMÁTICA Y LAS COMPUTADORAS	244
5.1.1 CIBERNÉTICA	244
5.1.2 INFORMÁTICA	246
5.1.3 LAS COMPUTADORAS	249
5.2 EL INTERNET Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO	272
5.2.1 INTERNET	273
5.2.2 TCP/IP: EL LENGUAJE UNIVERSAL DEL INTERNET	276
5.2.3 EL INTERNET EN MÉXICO	280
5.2.4 SERVICIOS DE INTERNET	285
5.2.5 LOS RIESGOS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN INTERNET	287
5.2.6 REGULACIÓN JURÍDICA DE INTERNET	289
5.2.7 COMERCIO ELECTRÓNICO	295
5.2.8 ELEMENTOS DE COMERCIO ELECTRÓNICO	299
5.2.9 ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	301
5.2.10 EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO	308
5.3 DERECHO INFORMÁTICO	311
5.3.1 LA INFORMÁTICA COMO OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO	316
5.3.2 ¿ES EL DERECHO INFORMÁTICO UNA RAMA DEL DERECHO?	319
5.3.3 ESTUDIO DE LAS FUENTES DEL CONOCIMIENTO DE LA INFORMÁTICA JURÍDICA	323
5.3.4 TEMAS DE REGULACIÓN DEL DERECHO INFORMÁTICO	325
5.4 LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	326
5.5 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEDIO DE PRUEBA	327
5.5.1 DOCUMENTOS	332
CAPÍTULO VI EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA VÍA JURISDICCIONAL	
6.1 ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS DE EFICACIA Y VALOR PROBATORIO	335
6.2 FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	347
6.3 REQUISITOS LEGALES QUE DEBE REUNIR EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO PARA QUE SEA CONSIDERADO CON EFICACIA PROBATORIA	348

6.4 PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE REPRESENTA EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA VÍA JURISDICCIONAL (CASO PRÁCTICO)	349
6.4.1 PARA EL ÓRGANO JURISDICCIONAL	396
6.4.2 PARA EL POSTULANTE	397
6.4.3 ANÁLISIS CRÍTICO DEL TEMA	398

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende plantear la dificultad que representa en la vida práctica del postulante el aportar de manera cierta y confiable ante los ojos del juzgador, la prueba idónea que acredite la existencia de un documento que por sí mismo resulta difícil de probar, como lo es el llamado “documento electrónico”, ya que, como es sabido, en este México del siglo XXI, aún no existe la cultura de la tecnología aplicada a la vida diaria, a la vida cotidiana; aunque sí, en áreas aisladas del campo científico y de prácticas comerciales, principalmente en el comercio internacional, indispensable en una sociedad globalizada.

Ante esta problemática jurídica, nos damos cuenta que la informática trae consigo, no sólo una forma fácil y rápida de contratar y realizar actividades que en otras circunstancias nos producirían mayores gastos y costos en el desarrollo de nuestras ocupaciones, sino también una serie de conductas lesivas que no se encuentran reguladas o tipificadas en forma expresa; y si a ello, aplicamos el principio de “*nullum crime nulla poena sine lege*”, luego entonces resulta que el incumplimiento de un contrato que se realizó por la vía electrónica, no podría en esos casos exigirse el cumplimiento, o la rescisión de aquél, o bien, en su caso el fraude, no constituiría delito alguno, por carecer de la idoneidad en la prueba que se ofrece, debido a que el documento que se ofrece, no tiene valor probatorio pleno, ya que, recordemos que nuestra legislación toma su base en el Derecho Romano y en el Código de Napoleón, mismos que sólo reconocen como válidos e idóneos, los documentos con soporte papel, ya sean éstos públicos o privados.

El México del siglo XXI, indudablemente se encuentra inmerso en la tan llevada “sociedad globalizada”, misma que trae consigo una serie de avances tanto en ciencia como en tecnología, quizá no con la velocidad que lo tiempos requieren, pero con avances al fin y al cabo; ante esos progresos, nuestra sociedad en su totalidad, caerá tarde o temprano, en el calificativo de “sociedad informática”, es decir, la sociedad tendrá una evolución tal, que su actividad económica recaerá sobre la información, la cual requiere por sus características mismas, del apoyo de la tecnología informática, la cual requiere por sus características mismas, del apoyo de la tecnología informática, misma que nos permite eficientar u optimizar recursos, logrando con ello, la sistematización y exactitud de sus diversas actividades.

Ahora bien, en el mundo de las transacciones electrónicas, sin lugar a dudas se presentan conflictos de intereses, mismos que requieren la intervención de sus órganos jurisdiccionales, para aplicar el derecho y dirimir los conflictos de que se trate, pero cómo valoraría un juez, en caso de controversia los “soportes magnéticos” que se contienen en facturas que son expedidas por medios computarizados en las cuales ya no aparecen sellos ni firmas autógrafas, sino como se ha dicho, aparecen impresos en éstas “soportes informáticos”, descifrables y comprensibles sólo con el auxilio de una computadora; el documento de referencia, como tal, sería fácilmente objetado, por su misma

naturaleza, ya que al ser documentos impersonales, no se distinguen de una copia a simple vista, aun y cuando sean de una máquina diversa, con características iguales o similares y más aún siendo máquinas diferentes. Tales observaciones, pueden ser utilizadas en un litigio, ya como se ha dicho, el México de hoy, carece de estructuras tecnológicas y jurídicas para poder demostrar con precisión y certeza, la veracidad, valor y fuerza probatoria de los documentos electrónicos.

Lo aquí señalado, no son más que interrogantes que cualquier abogado puede plantearse, ante la falta de legislación aplicable a la materia de que se trate, ello se debe, quizá a que los problemas informáticos de la vida cotidiana, son tan incipientes que no ha dado lugar a que nuestros legisladores se preocupen por regular en los ordenamientos legales vigentes, los problemas informáticos y sus formas de valor en cualquier procedimiento las pruebas que tienen un origen informático o electrónico.

Rigoberto Días Paniagua.

CAPÍTULO I DERECHO PROCESAL

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Conocer la evolución histórica del derecho procesal, nos conduce a un mejor entendimiento de sus instituciones, aunque a decir verdad, resulta difícil ubicar el origen del derecho procesal, ya por el paralelismo del que nos habla el Dr. Gómez Lara¹, o bien, por que los autores contemporáneos, han considerado que el punto de partida del derecho adjetivo se da desde el derecho Romano, considerando únicamente al “Período Formulario” como lo más relevante de esa etapa histórica; por tanto, respetando el esfuerzo realizado por autores como Eduardo Pallares Portillo² y José Becerra Bautista³, entre otros; nosotros partiremos de las “Leyes de las Doce Tablas”, por considerar, como bien lo señalan los autores citados, que conocidas las instituciones fundamentales del derecho referido, sólo puede hacerse una exposición de los antecedentes históricos del derecho procesal.

Aunque bien cabría precisar, que desde nuestro punto de vista, conocer el Derecho Romano y sus instituciones, tiene una utilidad histórica, ya que el Derecho Procesal no sólo tiene como base fundamental la costumbre, sino que descansa sobre las instituciones derivadas del Derecho Romano, por tanto, para comprender bien sus disposiciones, es necesario conocer sus orígenes, para apreciar acertadamente sus alcances, objetivos y modos de valoración.

Ahora bien, tomando en cuenta el origen de la legislación procesal, reviste una mayor importancia el Derecho Romano, ya que algunas de sus instituciones se han conservado hasta nuestros días; de la misma manera, que del derecho Germánico, Francés, Italiano y sobre todo el Español, los cuales han influido en el derecho procesal Mexicano, razón por la cual, es relevante conocer (aunque brevemente) las formas judiciales derivadas de dichas legislaciones.

¹ Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 53.

² Pallares Portillo, Eduardo, Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano, Manuales Universitarios, México, 1962.

³ Becerra Bautista, José, El Proceso Civil en México, Porrúa, 14ª edición, México, 1992.

1.1.1 LEYES TOMADAS DE LAS DOCE TABLAS

Es a partir de las doce tablas donde se da el inicio de la evolución del derecho Romano, el cual, a la postre se constituye en la estructura fundamental de nuestro derecho adjetivo, ya que antes de estas leyes, el derecho privado tenía su fuente única, en las costumbres de los fundadores de la Ciudad de Roma.

Las Doce Tablas tienen su origen pues, en el período de la República, que es posterior al derrocamiento de la Monarquía y fueron expedidas por los Decenviros, a quienes se les otorgó poderes ilimitados, necesarios para acabar, con los rigores excesivos de los Magistrados Patricios, quienes eran los encargados de impartir justicia, sobre una base derivada de la costumbre, lo mismo en el orden civil, que en el criminal.

Fueron precisamente los excesos y arbitrariedades que éstos cometían, lo que obligó al Senado y a los Tribunales a expedir una sola ley que fuera aplicable en ambos órdenes, ya que recordemos que: “los Tribunales fueron los intérpretes de las justas reclamaciones de la Plebe,”⁴ las cuales fueron encargadas a los Decenviros, otorgándoles, como ya se ha dicho, poderes bastantes, al extremo de que a fin de que gozaran de una autoridad absoluta, fueron suprimidas temporalmente las demás magistraturas, o sea, las relativas a los Cónsules, Cuestores, Ediles, e incluso a los Tribunales.

Durante un año, los Decenviros gobernaron con moderación y justicia, y se hicieron acreedores a la gratitud del pueblo romano al elaborar y expedir las Diez Primeras Tablas. En su trabajo fueron inspirados por las leyes de los helenos, especialmente por las de Solón y de Licurgo, que eran las leyes vigentes, allá por el año 301 d. C.

Las últimas dos Tablas, fueron expedidas por unos Decenviros diferentes a aquellos que formularon las Diez primeras Tablas, debido a que aquellos fueron expulsados de Roma por la tiranía de sus actos.

A estas Doce Tablas, se les dio tal importancia y relevancia, que Tito Livio las llamó: “*corpus ovni romani juris*.”⁵

⁴ Petit, Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, traducido por D. José Ferrández González, Editorial Época, S.A., México, 1977, p. 36.

⁵ Pallares Portillo, Eduardo, op. cit., nota 2, p. 10.

Algunas de las Leyes de las Doce Tablas son las siguientes:

LEYES DE LAS DOCE TABLAS:

TABLA I. “De la citación a juicio.”

TABLA II. “De los juicios.”

TABLA III. “De la ejecución en caso de confesión o de condenación judicial.”

TABLA V. “Autoriza la acción *familiae erciscundae*.”

TABLA VI. “*Manus consorcio*.”

TABLA VII. “Regulación de la propiedad.”

TABLA IX. “Corrupción de jueces y árbitros.”

TABLA XII. “*Pignoris capio*.”⁶

1.1.2 PERÍODO FORMULARIO

Podemos ubicarlo dentro del segundo período de la historia del derecho romano, ya que las etapas del proceso romano se dividen en tres, estableciéndose la primera, antes de la constitución del Estado, regida por una Monarquía, teniendo como relevancia para nuestra materia que: “el ejercicio de la acción era netamente privado, las partes se defendían por sí mismas o quizá ayudadas por personas de su familia o por sus gentiles.”⁷

La segunda etapa del derecho romano, se desarrolla en la República, y es aquí donde ubicamos al “Proceso Formulario,” precisando, que si bien seguía siendo de orden privado, establecía como diferencia con la primera etapa, que las relaciones con los magistrados se conducían a través de formulas escritas, en tanto que en la primera etapa, las partes tenían que “pronunciar determinadas palabras (*prolatione certorum verborum*).”

De igual manera en éste segundo período, se da la aparición de la publicación de los libros consagrados a la exposición de las doctrinas jurídicas, ya que con ellos se dió publicidad a las fórmulas de las acciones de la ley, provocando que se empezará a sistematizar la enseñanza del derecho, rompiendo con ello, la tradición de que sólo en el foro o en el pretorio se podía aprender el arte del litigio.

⁶ Ibidem, p. 10.

⁷ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 3, p. 239.

Con la enseñanza pública del derecho, aparecieron los primeros jurisconsultos de origen plebeyo, como Tiberio Coruncanio, quien inclusive: “alcanzó la dignidad de Pontífice”⁸, así como Gayo Cornelio Scipión Nasica.

Eduardo Pallares precisa que el período formulario: “se caracteriza principalmente por la diferencia entre el *jus* y el *judicium*, entre los procedimientos que se realizan ante el magistrado y los que tienen lugar ante el juez o ante el jurado que pronunciaba la sentencia.”⁹

En este segundo período, la acción judicial revestía la fórmula escrita dada por el magistrado al litigante para que pudiera realizar la instancia judicial ante el juzgador y así obtener su pronunciamiento a través de una sentencia, es decir, en la fórmula proporcionada por el magistrado, también se daba la acción que era intentada por el demandante.

Celso definía a la acción como: “*jus persequendi in iudicio quod sibi debetur*”¹⁰ (derecho de perseguir en juicio lo debido).

Este segundo período llamado “formulario” correspondía a la época del orden judicial privado, porque las partes acudían, primero ante un magistrado o pretor, a exponer sus conflictos y pretensiones, el cual no les resolvía el conflicto, pero si les proporcionaba una fórmula, en la que se designaba al juzgador y fijaba los elementos del litigio, por lo que era expuesta ante el juez privado designado, el cual una vez enterado de la fórmula proporcionada, resolvía la controversia planteada.

El Dr. Cipriano Gómez Lara, señalaba que el procedimiento formulario era aplicable tanto para los ciudadanos romanos, como para los plebeyos, peregrinos y extranjeros, ya que permitía: “formas más ágiles y más rápidas de solución de los conflictos sin que dentro de este procedimiento hubiese necesidad de sujetarse al rigorismo y al enmarcamiento de las acciones de la ley.”¹¹

“Las partes fundamentales de la fórmula eran la *Intentio*, la *Demonstratio*, la *Audiudicatio* y la *Condenatio*. Sialoja las explica en los siguientes términos: “La *demonstratio* como lo indica la palabra misma, es en sustancia una enumeración del

⁸ Ibidem, p. 240.

⁹ Pallares Portillo, Eduardo, op. cit., nota 2, p. 18.

¹⁰ Idem, p. 18.

¹¹ Gómez Lara Cipriano, op. cit., nota 1, p. 60.

hecho, que, constituye el fundamento de la litis... la *intentio*... es aquella parte de la fórmula en la que el actor concluye o expone sucintamente su demanda... (*la audiudicatio* implica la potestad por la cual)... el juez debe atribuir a la cosa, o parte de la cosa, o derechos sobre la cosa, a alguno de los litigantes... la condena, pues, es la última parte de la fórmula y aquella con que se llega a un resultado ejecutivo..."¹²

1.1.3 PERÍODO EXTRAORDINARIO

Aparece en la etapa histórica del Imperio Romano, cuya característica principal es que se abandona el orden judicial privado, para que las partes acudan ante un funcionario del Estado en busca de la impartición de justicia, desarrollándose ante éste, las distintas etapas del proceso, para finalmente dictar la resolución correspondiente.

Como puede apreciarse, ya no se desarrolla la contienda judicial ante dos autoridades distintas, sino que es uno solo quien resuelve la controversia que se le plantea, siendo el propio funcionario del Estado quien resuelve, es por ello que adquiere el carácter de público el período extraordinario.

1.1.4 ANTECEDENTES GERMÁNICOS E ITALIANOS

"Con la invasión de los bárbaros penetra en Italia el proceso germánico y va consolidándose a medida que se extiende el dominio longobardo,"¹³ el proceso germánico tiene como característica, el ser de tendencia publicista, imperando los intereses de la colectividad sobre los del individuo, dictando resoluciones en los procesos judiciales, en donde no predominaba la convicción del juez, sino que era resultado de manifestaciones divinas, por lo que es fácil deducir que la característica del proceso germánico era: "mágico-religioso,"¹⁴ en donde: "el titular de la jurisdicción es el Ding, asamblea de los miembros libres del pueblo y que se trata de un procedimiento público oral muy formalista,"¹⁵ "ante el cual, el juez solemnemente intervenía como instructor, es decir, como un investigador del derecho y un director de los debates. La sentencia es pronunciada por esta asamblea como resultado de una

¹² Ibidem, p. 61.

¹³ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 3, p. 255.

¹⁴ Cipriano Gómez, Lara, op. cit., nota 1, p. 63.

¹⁵ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 3, p. 250.

propuesta a la que, a su vez, después recae el mandamiento del juez, concreto, que hace ya las veces de una sentencia.”¹⁶

En el procedimiento germánico, se creía que las pruebas tenían un origen divino, y por tanto, se creaba la forma para que fuera la voluntad de Dios, la que resolviera la controversia planteada, realizando juramentos de purificación a la o a las personas que intervenían: “Los conjuradores, miembros de la misma tribu del que lo presta, juran solemnemente, afirmando que el juramento de la parte es limpio y sin tacha. El juramento puede ser rechazado y entonces, para decidir la contienda, se acude al duelo. El juramento podía reemplazarse por una provocación al duelo. Se emplearon con el carácter de pruebas el juicio de Dios (ordalías), la del agua caliente, la del fuego, la del hierro candente y la del agua fría.”¹⁷

La sentencia dictada en el procedimiento germánico, tenía el carácter de verdad absoluta, ya que era el resultado de la voluntad de Dios, y por tanto común a todo el pueblo.

PROCESO MEDIEVAL ITALIANO

Es precisamente en el proceso medieval italiano, en donde a nuestro juicio, se alcanzaron los más grandes avances del Derecho Procesal, ya que aparecieron instituciones como la “*litis contestatio*,” la “*querella nullitis*,” las cuales constituyen el antecedente de la contestación de la demanda y del amparo directo, así como la aparición de los juicios sumarios, entre ellos el ejecutivo.

Claro está, que el proceso medieval italiano sienta sus antecedentes en el Derecho Romano, pero también tiene influencia de los pueblos germánicos, debido a su imposición en la invasión y conquista de que fueron objeto: “el fondo de la misma está constituido por el derecho longobardo-franco, que luego evoluciona bajo el influjo de teorías romanas y de las leyes eclesiásticas y estatutarias.”¹⁸

1.1.5 LEYES PROCESALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

¹⁶ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 63.

¹⁷ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 3, p. 251.

¹⁸ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 65.

La importancia de conocer las leyes procesales del Derecho Español, la encontramos en que son el antecedente inmediato de nuestra legislación procesal actual, las cuales a su vez, encuentran influencia desde los helenos, pasando por los romanos, germánicos y árabes, culturas que como ya se ha visto, han aportado importantes instituciones procesales, las cuales como es lógico, han venido evolucionando hasta alcanzar el grado de latitud que hoy conocemos.

El pueblo español al ser conquistado por los romanos, sufrió la imposición del derecho romano, rigiendo las instituciones que el mismo contenía, de igual manera con el triunfo del cristianismo en España, también impero el Derecho canónico, surgiendo los: “*concilios y conventos clericorum*”¹⁹ de los cuales se tomaron disposiciones que se incorporaron al campo civil y al procesal.

El Derecho visigodo se incorporó al derecho español con la invasión de los bárbaros del norte, aportando ordenamientos tales como el Código de Eurico, el Código de Alarico, la Ley de Teudis, que contempla los gastos y costas de los juicios.

Fue en el año 653, con la revisión que hizo el Octavo Concilio de Toledo a una colección de leyes visigodas, que surgió el Fuero Juzgo, el cual contempla al Duque, al Conde y al *Pacis Adsertor* como los facultados para juzgar las controversias que se planteaban ante ellos, las cuales iniciaban a: “instancia del demandante, a la cual seguía la citación al demandado, por medio de un enviado del juez que le ofrecía al reo la carta o sello. Contestada la demanda, las partes ofrecían pruebas, que se reducían a testigos y documentos; cuando no concordaban aquéllos con éstos, debía creerse más a los documentos que a los testigos. Si por las pruebas el juez no podía averiguar la verdad, el demandado quedaba libre, prestando juramento en contra de la reclamación y entonces el reclamante debía pagar cinco sueldos.”²⁰

1.1.6 FRANCIA Y SU INFLUENCIA

Los principios de la Revolución francesa que atentan contra el poder absoluto de los monarcas, basados en el pensamiento de filósofos, como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, entre otros, impactan también en la codificación

¹⁹ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 3, p. 258.

²⁰ Idem, p. 260.

francesa, separando de los textos sustantivos, a los textos adjetivos o procesales, impulsando con este movimiento la división entre lo sustantivo y lo procesal, comenzándose a: “promulgar códigos independientes para el proceso civil y para el proceso penal por lo que la importancia de los códigos napoleónicos estriba en la repercusión y resonancia que tuvieron en el mundo”.²¹

1.2 UNIDAD O DIVERSIDAD DEL DERECHO PROCESAL

El subcapítulo anterior, bien puede darnos la base para iniciar el capítulo en comento, ya que no debe confundirse la separación del derecho sustantivo del adjetivo, con un rompimiento de la unidad procesal que rige la: “trilogía estructural de la ciencia del proceso,”²² la cual desde nuestro punto de vista es el producto del devenir del tiempo, debido a esa constante evolución histórica que ya hemos narrado en puntos anteriores, por lo que no es extraño que en la actualidad se considere de manera unísona la unidad del derecho procesal, sin puntos en contrario.

Por ello, coincidimos con el argumento vertido por el Dr. Ovalle Favela, cuando precisa que: “esta unidad se expresa, en primer término, a través de los conceptos básicos o fundamentales que toda disciplina procesal utiliza,”²³ como lo son la jurisdicción, el proceso y la acción, los cuales se dan en un marco de interés público y de orden social, ya que no debemos olvidar que el Estado y la sociedad toda, tienen interés en preservar la paz social, sobre los principios ideales de justicia, equidad y orden social que se propugnaron en nuestra historia reciente.

Desde el punto de vista jurídico, se ha considerado que el proceso es uno solo y que: “la diversidad se encuentra en los contenidos del proceso y no en el proceso mismo,”²⁴ ya que todo conflicto cualquiera que éste sea, independientemente de la materia de que se trate, tiene una estructura procesal que inicia necesariamente con un escrito inicial de demanda, planteado ante un órgano jurisdiccional, que se desarrollará a través de un procedimiento, para alcanzar el pronunciamiento de la

²¹Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 72.

²²Ovalle Favela, José, Derecho Procesal Civil, 9ª edición, Editorial Oxford University Press, México, 2003, p.3.

²³Idem.

²⁴Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 45.

autoridad, y en su caso la intervención forzada de la fuerza pública para dar cumplimiento al mandato judicial.

1.3 FUENTES FORMALES DEL DERECHO PROCESAL

La fuente formal procesal en contraposición a la material o histórica, tiene su origen en la forma en que ésta se crea, para llegar a ser formalmente válidas y vigentes: “En rigor, las fuentes formales señalan los procedimientos o mecanismos de creación de las normas jurídicas.”²⁵ En nuestro derecho positivo, sólo se reconoce como fuente formal procesal, a aquella ley que ha sido promulgada por el órgano legislativo competente, obligando en su aplicación, tanto al órgano jurisdiccional como a las partes que acuden en busca de dirimir un conflicto.

Por lo tanto, la norma procesal promulgada por el legislador, tiene como función aplicarse a la materia de que se trate, ser utilizada e invocada por el juzgador y las partes del proceso para regular las distintas etapas e instituciones procesales aplicables al litigio de que se trate.

1.4 REVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA PROCESAL

La revolución de la doctrina procesal, desde nuestro punto de vista, tiene su origen en la aparición del procedimentalismo, como una separación de la tendencia practicista que se venía utilizando en toda Europa, desde el siglo XVI hasta los comienzos del siglo XIX, coincidiendo con la Revolución francesa.

El Dr. Gómez Lara, considera que los factores que influyeron para que apareciera el “procedimentalismo” se debieron a situaciones de orden jurídico, pero también a cuestiones políticas, influyendo claro está, la Revolución francesa, la aparición de la codificación napoleónica y sobre todo la aparición del “Tratado de la Pruebas” del jurista inglés Jeremías Bentham.²⁶

Con la aparición del procedimentalismo en Francia, surge la organización judicial, los conceptos de “competencia” y “procedimiento” con una tendencia a consolidar el derecho procesal hacia una: “ciencia jurídico procesal,”²⁷ sin embargo,

²⁵Ibidem, p. 93.

²⁶Idem, p. 83 y ss.

²⁷Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 5.

es importante resaltar que el devenir histórico trae consigo una serie de antecedentes que nos permiten visualizar el rumbo que lleva nuestra disciplina procesal, por lo que es necesario remitirnos a la etapa más primitiva de nuestra disciplina para poder culminar en la etapa del procesalismo científico muy necesario para entender el desarrollo de las pruebas de origen electrónico, que más adelante se abordarán.

1.4.1 LA ETAPA PRIMITIVA

Antes de abordar los siguientes subcapítulos que integran la “revolución de la doctrina procesal,” es necesario precisar que la fuente de la cual hemos tomado los puntos que la integran, se tomaron del libro “Teoría General del Proceso,” en mérito del esfuerzo realizado por el Dr. Cipriano Gómez Lara, ya que en una breve reseña se muestra el grado de importancia que cada etapa ha tenido en la materia procesal.

Por ello, hemos de enfocar el presente punto de estudio hacia al surgimiento de la corriente científica del proceso, que es lo que a nosotros nos interesa.

Así pues, en esta primera etapa, que se ha definido como “primitiva” ocurre el llamado fenómeno del paralelismo del que hablábamos al inicio del presente capítulo, en el que los procesos estaban caracterizados por su: “formalismo y teatralidad,”²⁸ rasgos muy similares que se presentaron en la mayoría de las comunidades primitivas de la tierra, por lo que: “es claro que no había literatura procesal, y las consideraciones sobre ella, son simplemente de tipo histórico y de enfoque perteneciente a la filosofía de la historia.”²⁹

1.4.2 ETAPA DE LA LITERATURA ROMANA

El Dr. Gómez Lara señala que en esta etapa hay proceso, pero no hay literatura procesal, podemos considerar que los primeros textos procesales, aparecieron en el período formulario, ya que hay que recordar que en este segundo período se da la aparición de la publicación de los libros consagrados a

²⁸Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 53.

²⁹Idem, p. 81.

la exposición de las doctrinas jurídicas, tal y como ya quedó precisado; recordemos que en estos libros se dio publicidad a las fórmulas de las acciones de la ley, provocando que se empezara a sistematizar la enseñanza del derecho, rompiendo con ello, la tradición de que sólo en el foro o en el pretorio se podía aprender el arte del litigio.

Es en esta misma etapa donde aparecen obras de gran importancia procesal como la "*Instituta Legal*" de Gayo.

1.4.3 LA ETAPA DE LA ESCUELA JUDICIALISTA

"La escuela judicialista se desenvuelve fundamentalmente en torno a la universidad de Bolonia en la que, de los siglos XI a XII surge esta tendencia en la que destaca el concepto de juicio. Los juicios están divididos en tiempos y, según los diversos expositores, dichos tiempos variaban de número. Como obras más características de esa tendencia, se citan el *Ordo Indiciarius* de Tancredo en 1216 y el *Speculi Judiciali* de Guillermo Durantes de 1271. En España, su más autorizado representante es el maestro Jacobo de las Leyes, cuyas Flores del Derecho vienen a ser el borrador o proyecto de la Partida III de las Siete Partidas."³⁰

1.4.4 LA ETAPA DE LA ESCUELA PRACTICISTA

"Se extiende desde comienzos del siglo XVI a comienzos del siglo XIX. Alcalá-Zamora y Castillo hace mención de las denominaciones curiosas que presentan obras de carácter como el Espejo de las Acciones, en Alemania, o el Regimiento de Jueces en España. Se caracteriza esta tendencia practicista, porque la materia procesal se contempla más como un arte que como una ciencia, es decir, los practicistas suelen dar fórmulas o recetas para llevar adelante los procedimientos."³¹

1.4.5 LA ETAPA DE LA ESCUELA PROCEDIMENTALISTA

³⁰Ibidem, p. 82.

³¹Idem, p.p. 82-83.

Es consecuencia del desarrollo y evolución de las tendencias procesales, que se venían utilizando en Europa, desde el siglo XVI, como ya se ha precisado anteriormente, desapareciendo la tendencia practicista con la aparición de la Revolución francesa, dando paso a la escuela procedimentalista, que hace uso de la legislación relativa a los procedimientos: “en dos cuerpos especiales, que son los códigos de procedimientos civiles y los de procedimientos penales.”³²

El Dr. Gómez Lara, considera que los factores que influyeron para que apareciera el “procedimentalismo” se debieron a situaciones de orden jurídico, pero también a cuestiones políticas, influyendo claro está, la Revolución francesa, la aparición de la codificación napoleónica y sobre todo la aparición del “Tratado de la Pruebas” del jurista inglés Jeremías Bentham.

Como ya ha quedado establecido, con la aparición del procedimentalismo en Francia, surge la organización judicial, los conceptos de “competencia” y “procedimiento,” mismos que perduran hasta nuestros días.

1.4.6 LA ETAPA DEL PROCESALISMO CIENTÍFICO

El Derecho Procesal como ciencia, tiene sus orígenes en Alemania, allá por la segunda mitad del siglo XIX, estableciéndose como punto de partida, la polémica sostenida por Windscheid y Muther: “en torno al concepto de acción,” también se ha considerado como antecedente del procesalismo científico “la obra de Oscar Von Bulow sobre la Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales.”³³

“La escuela del procesalismo científico implica una autonomía de la ciencia procesal, y su definitiva separación de las respectivas disciplinas sustantivas. El enfoque de la disciplina no es meramente descriptivo y analítico, como lo hacía el procedimentalismo, sino por el contrario, dicho enfoque pretende ser rigurosamente científico e integral respecto del fenómeno procesal, no solamente analizando sino también sintetizando y estructurando la construcción sistemática del mismo así como su esencia y finalidades.”³⁴

³²Ibidem, p. 83.

³³Idem, p. 84.

³⁴Ibidem.

CAPÍTULO II LA PRUEBA

“El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia”¹. En efecto, la noción de prueba, no es exclusiva del campo del derecho, sino trasciende a todos los aspectos de la vida misma; es el jurista, quien ante la necesidad de probar determinados actos o hechos de la vida cotidiana, que ofenden o trasgreden la esfera social, particulariza el caso concreto, y hace uso de los medios de prueba que la ley le permite. Podemos afirmar que en cualquier campo de la actividad humana, existe la necesidad de probar, de respaldar una teoría, o hipótesis con pruebas, se deben probar, tanto los hechos como resultados, tanto causas como efectos, de aquí se desprende su origen polisémico, por ello, el concepto de prueba, se entiende de manera natural y se traslada a toda actividad del ser humano.

La prueba, adquiere un carácter más técnico, cuando es usada en un campo específico y se sujeta a reglas precisas, como es el caso del campo del derecho, de las ciencias exactas, de la medicina, etcétera; así mismo, el concepto de “prueba”, va cambiando, de acuerdo a la actividad en la que se le emplea, por ejemplo: se entiende como “ensayo que hace de una cosa”, tal es el caso, “de hacerle una prueba a un coche”; como “señal, muestra o indicio que permite demostrar una cosa”, por ejemplo presentar pruebas fidedignas; como examen para demostrar determinadas cualidades o habilidades; ejemplo: Pruebas teóricas; como competición deportiva, como primera muestra de una composición tipográfica, que se saca para corregirla: “en las matemáticas, se entiende como operación mediante la cual se controla la exactitud de un cálculo y veracidad de la solución de un problema”².

La necesidad de la prueba en el proceso judicial, encuentra su justificación en la posición que guarda el juez frente a las partes del litigio, ya que como ajeno a la contienda, ignora las circunstancias de hecho, y son las partes las que deben

¹ Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Editorial Temis, S.A., 5ª edición, Bogotá, Colombia, 2002, p.2.

² Diccionario Enciclopédico usual, Larousse, México, 2004, p. 589.

ofrecerle los medios de comprobación que le permita llegar a establecer la verdad o falsedad de los hechos invocados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, pues sólo conociendo los hechos disputados, puede llegar al pronunciamiento de la sentencia.

Desde el punto de vista jurídico: “probar significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso. Por sí, la prueba de la verdad de los hechos no conoce límites; a diferencia de la prueba puramente lógica o científica.”³

“La prueba” como tema del campo jurídico, pertenece al Derecho procesal y Jeremías Bentham la define de manera puntual cuando dice: “el arte del procedimiento no es otra cosa que el arte de administrar las pruebas.”⁴

En el derecho: “el jurista reconstruye el pasado, para conocer quién, tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras”⁵, todo ello, tiene como base los medios de prueba, que son valorados, y como ocurre en todo proceso de investigación, también se formulan conclusiones, para poder afirmar que se ha probado determinado hecho, determinada conducta o acción realizada por los seres humanos. Así pues, habiéndose establecido un panorama general del concepto de prueba, es necesario particularizar el concepto en el campo jurídico; partamos de la definición de Carnelutti que dice: “es el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos”.⁶

Vishinski, las define de manera más sencilla, como: “el conjunto de normas o reglas que regulan el modo de reunión, presentación, utilización y calificación de las pruebas.”⁷

Leo Rosenberg, considera que es la: “actividad que debe fundar en el juez (*judicium fit probatio*) el convencimiento de la verdad o falsedad de una afirmación.”⁸

³ Chiovenda, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen III, Traducción de Eduardo Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

⁴ Melián de Hanisch, Mafalda V., La Prueba y Medios de Prueba: De Roma al Derecho Moderno, Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano, Servicio de Publicaciones. Universidad de Madrid Rey Juan Carlos, Gráficas Couche, S.L., Madrid, 2000, p. 195.

⁵ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 2.

⁶ Cita de Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 7.

⁷ idem.

Planiol, dice que se llama prueba a: “todo procedimiento empleado para convencer al juez de la verdad de un hecho.”⁹

Escriche, inspirándose en la Ley Primera, título XIV, Partida Tercera, define la prueba diciendo que: “es la averiguación que se hace en un juicio de una cosa que es dudosa; o bien, el medio con que se muestra y hace patente la verdad o la falsedad de alguna cosa.”¹⁰

Laurent, define de manera clara y precisa: “la prueba, es la demostración legal de la verdad de un hecho.”¹¹

Ugo Rocco, dice en un sentido amplio, la institución de la prueba es: “el conjunto de normas jurídicas procesales que regulan la prueba y los medios de prueba.”¹²

En sentido ordinario, señala Dellepiane: “prueba es sinónimo de ensayo, de experimentación, de revisión, realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficacia y exactitud de algo, trátase de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, en resultados.”¹³

Para Rafael de Pina: “la palabra prueba, en sentido estrictamente gramatical significa acción y efecto de probar y también la razón, argumento, instrumento y otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.”¹⁴

Ahora bien, resulta importante analizar el concepto de prueba, desde el punto de vista psicológico, ya que no debemos olvidar, que es a un tercero ajeno a una relación de origen, a quien se debe convencer de la verdad histórica, es por ello, que desde el punto de vista psicológico, la palabra prueba tiene por objeto obtener el convencimiento del juez acerca de la existencia o inexistencia, verdad o falsedad de los hechos cuestionados de tal manera que desde este punto de vista la palabra será: “el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al

⁸ Rosenberg, Leo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955, p.200.

⁹ Cita de Mateos Alarcón M., Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2ª Reimpresión, México, 1995, p. 2.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

¹² Devis Echandía, Hernando, op.cit., nota 35, p. 7.

¹³ Dellepiane, Antonio, Nueva Teoría de la Prueba Judicial, Editorial Temis, Bogotá, 1972, 7ª. edición, p. 8.

¹⁴ De Pina Rafael, Tratado de la Pruebas Civiles, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, 2ª. edición, p. 27.

juez de la existencia o inexistencia de datos psicológicos que han de tenerse en cuenta en el fallo.”¹⁵

De las definiciones señaladas, nos damos cuenta que el concepto de prueba, en el campo jurídico, lleva aparejada la existencia de una controversia judicial, es decir, previamente una de las partes en un litigio, recurre a la autoridad jurisdiccional para dirimir sus conflictos procesales jurídicos, pero, no sólo el que acude a reclamar los derechos que considera violados, puede probar, no, también puede y debe hacerlo aquel a quien se exige el cumplimiento de una obligación, ya sea de dar, hacer o no hacer, ya que para que el juez pueda llegar al descubrimiento de la verdad, es necesario que se prueben las afirmaciones formuladas en el proceso, ajustándolas a normas procedimentales.

De lo hasta aquí señalado, podemos destacar dos aspectos de la prueba para fines procesales:

1. El de la forma o procedimiento, que incluye su ofrecimiento, admisibilidad (rechazo en su caso), preparación, ejecución, recepción o desahogo.

2. “El de fondo, que proporciona los principios para la valoración de los distintos medios aportados al proceso y que constituye una verdadera ciencia de la prueba, independientemente de las reglas del procedimiento.”¹⁶

“La palabra prueba no significa únicamente la actividad probatoria (gestión de la prueba; sino también el medio de prueba (sobre esto es prueba la declaración del testigo “X”) o su recepción (la prueba mediante inspección ocular) o el resultado de la prueba (se ha producido la prueba).”¹⁷ Todo ello, como ya hemos dicho, se da en la vía jurisdiccional, por lo que dichas pruebas, adquieren el carácter de “pruebas judiciales”, mismas que forman parte del derecho probatorio.

Como puede verse, hemos seguido el concepto de “pruebas”, bajo una misma dirección, del concepto “polisémico” a su definición en el campo jurídico (derecho probatorio); a lo que cabe preguntarnos, ¿dicho concepto jurídico, es aplicable a las diversas materias que integran la ciencia del derecho? ¿existe una teoría general de la prueba aplicable a los diversos procesos jurisdiccionales?.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 7.

¹⁷ Rosenberg, Leo, op. cit., nota 42, p. 200.

2.1 TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

Para algunos autores, no es posible que exista una teoría general de la prueba, consideran que es inconveniente, que dicha teoría se aplique a toda clase de procesos, debido a las diferencias que encierran los mismos, tal es la opinión de Florian, quien: “se pronuncia a comienzos del siglo XX contra el método de unificar los principios generales de las pruebas civiles y penales, pero acepta que hay mucho de común entre la prueba penal y la administrativa.”¹⁸

Autores como Devis Echandía, Valentín Silva Melero, Planiol, Ripert, Cipriano Gómez Lara, entre otros, consideran que: “hablar de una teoría de la prueba, presupone la aceptación de la teoría general del proceso y de su significación, por lo que toca a la universalidad de ésta y al hecho de que abarca cualquier tipo de enjuiciamiento independientemente del contenido característico de éste, y es que en el fondo, se vuelve a plantear en la materia probatoria, lo relativo a la unidad o diversidad de la disciplina científica. La ciencia procesal reclamando para sí todo lo relativo a la prueba, postula los principios de ésta, como valederos y universales para cualquier tipo de proceso; por el contrario, la tendencia separatista, implicaría una actitud que nos parece insostenible, de pretender autonomía científica en el tratamiento de la prueba, en función del tipo de proceso, para tener así una prueba civil, una prueba penal, una prueba laboral, una prueba administrativa,”¹⁹ “nada se opone a una teoría general de la prueba, siempre que en ella se distingan aquellos puntos que por política legislativa, ya que no por razones de naturaleza o función, están o pueden estar regulados de diferente manera en uno u otro proceso. Existe pues, una unidad general de la institución de la prueba judicial.”²⁰

Del panorama planteado, coincidimos con los autores que consideran como única, la teoría general de la prueba, ya sea judicial o procesal, en cambio, es importante reflexionar, que en la práctica un mismo medio de prueba es valorado de distinta manera, dependiendo del procedimiento probatorio en el que se presente, y de los bienes jurídicos que se tutelen, por ejemplo: El documento privado, se valora de manera diversa, en el campo del derecho civil, tratándose de probar la obligación de dar alimentos, bastaría una carta que reconozca dicha

¹⁸ Cita de Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 8.

¹⁹ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 299.

²⁰ Devis Echandía, Hernando, op. cit. nota 35, p. 8.

obligación; más la misma carta, no sería suficiente para probar el parentesco con un menor.

Para aclarar dudas, es conveniente recurrir al estudio de los principios generales de la prueba judicial (Gómez Lara, la considera como prueba “procesal”), para apreciar de manera clara los principios que se aplican a los diversos procesos.

2.1.1 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

Para conceptualizar los principios generales de la prueba judicial, nos basaremos en lo expuesto por Devis Echandía, en su obra de: “Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I,”²¹ mismo, del cual hemos tomado los principios siguientes:

1. PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA Y DE LA PROHIBICIÓN DE APLICAR EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ SOBRE LOS HECHOS

“Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si este tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio.”

2. PRINCIPIO DE LA EFICACÍA JURÍDICA Y LEGAL DE LA PRUEBA

“Este principio complementa el anterior. Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados.”

3. PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA

²¹ Ibidem, p.p. 107 a 133.

“Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple: a veces los medios son diversos (testimonios, indicios y documentos); a veces hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, entre otros. Significa este principio que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forma. La importancia de este principio se pondrá de presente al tratar de la apreciación de las pruebas.”

4. PRINCIPIO DE LA COMUNIDAD DE LA PRUEBA, TAMBIÉN LLAMADA DE LA ADQUISICIÓN

“Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad; esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quién las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho.”

5. PRINCIPIO DEL INTERÉS PÚBLICO DE LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA

“Siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en este, en la acción y en la jurisdicción, a pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción.”

6. PRINCIPIO DE LA LEALTAD Y PROBIDAD O VERACIDAD DE LA PRUEBA

“Es consecuencia de los anteriores. Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de la actividad inquisitiva del juez.”

7. PRINCIPIO DE LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA

“Es consecuencia del anterior y se aplica tanto al proceso penal como al civil y demás. Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de la lealtad en la prueba, pues ésta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla. Es un aspecto general de la contradicción o audiencia bilateral en el proceso.”

8. PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA LA PRUEBA

“Se relaciona íntimamente con el anterior, pero no se identifica con él. Para que haya esa igualdad es indispensable la contradicción; con todo, este principio significa algo más: que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir las aducidas por el contrario. Es un aspecto del principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal.”

9. PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD DE LA PRUEBA

“Es consecuencia de su unidad y comunidad, de la lealtad, la contradicción y la igualdad de oportunidades que respecto a ellas se exige. Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; pero también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que les corresponde y adquiriendo carácter social.”

“Tanto penalistas como civilistas exigen la publicidad de la prueba como un requisito fundamental para su valor y eficacia.”

10. PRINCIPIO DE LA FORMALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA

Tanto los principios de contradicción, lealtad e igualdad de oportunidades en el proceso, se constituyen en las formalidades que “permiten que las pruebas gocen de publicidad, que se conozcan en oportunidad, que no se lleven subrepticamente y, en fin, que ofrezcan garantías de probidad y veracidad. Este principio tiene dos aspectos: con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley; el segundo exige que se

utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla. Es el complemento indispensable de los cuatro anteriores y rige por igual en los procesos civil, penal y de cualquier naturaleza.

Las formalidades son de tiempo, modo y lugar, y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, consagrado para cada uno.”

11. PRINCIPIO DE LA LEGITIMACIÓN DE LA PRUEBA

“Este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla, es decir, el juez, cuando tiene facultades inquisitivas, y las partes principales y secundarias, e incluso transitorias o intervinientes incidentales; por último, respecto de la cuestión que motiva su intervención, requieren que el funcionario que la reciba o practique tenga facultades procesales para ello (jurisdicción y competencia).”

12. PRINCIPIO DE LA PRECLUSIÓN DE LA PRUEBA

“Es consecuencia del anterior, ya que se trata de una formalidad de tiempo u oportunidad para su práctica y se relaciona con los de contradicción y lealtad; con él se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar su defensa. Es una de las aplicaciones del principio general de la preclusión en el proceso, también denominado de la eventualidad, indispensable para darle orden y disminuir los inconvenientes del sistema escrito.

Se habla de preclusión generalmente en relación con las partes, es decir, como la pérdida de la oportunidad para ejecutar un acto en interés de éstas, lo cual implica, como dice MICHELI: “Una invitación a observar determinada conducta procesal, salvo ciertas consecuencias establecidas por la ley o libremente determinables por el juez”, y existe entonces una “autorresponsabilidad del sujeto procesal” cuando deja transcurrir la oportunidad sin ejecutar ese acto o asumir esa conducta. Pero también opera esta noción respecto del juez, aun cuando en menor grado, tanto en el proceso en general como en materia de pruebas, porque la ley suele señalarle la oportunidad o un límite de tiempo o de momento procesal para el ejercicio de las facultades inquisitivas que le otorga.”

13. PRINCIPIO DE LA INMEDIACIÓN Y DE LA DIRECCIÓN DEL JUEZ EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

“Para la eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el juez sea quien

de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego en su práctica. Este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba. De lo contrario, el debate probatorio se convertiría en una lucha privada, y la prueba dejaría de tener el carácter de acto procesal de interés público.

La intermediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales, indicios, interrogatorios a las partes y a los peritos.

Pero significa también este principio que el juez no deba permanecer inactivo, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes (preguntas propias a testigos, a peritos y a las mismas partes; ampliación de las inspecciones judiciales; adición de copias de documentos, etcétera), y para ordenar oficiosamente otras. Sólo así puede decirse que el juez es el director del debate probatorio. Es el complemento indispensable de la intermediación.”

14. PRINCIPIO DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN LA DIRECCIÓN Y APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

“Es el complemento indispensable del anterior y sirve para refutar las principales objeciones que los viejos civilistas le hacen al proceso civil inquisitivo y con libertad de apreciación de las pruebas, el cual sin duda tiene mayor importancia, pero sin que sea poca en el dispositivo con tarifa legal, dadas las facultades que siempre se le otorgan para rechazar pruebas, intervenir en su práctica y apreciarlas en ciertos casos.

La dirección del debate probatorio por el juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso.

La imparcialidad del juez debe presumirse, a menos que exista alguna causal contemplada por la ley como motivo de impedimento y recusación, en cuyo caso su competencia subjetiva y moral para el proceso, no solo para las pruebas, lo obliga a dejar su conocimiento voluntariamente, o lo somete a que sea separado por otro juez.”

15. PRINCIPIO DE LA ORIGINALIDAD DE LA PRUEBA

“Este principio significa que la prueba en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, para que sea prueba de éste, pues si apenas se refiere a hechos que a

su vez se relacionan con aquel, se tratará de pruebas de otras pruebas; ejemplos de las primeras son las inspecciones judiciales sobre el bien objeto del litigio, los testimonios de quienes presenciaron el hecho por probar, el documento contentivo del contrato discutido; ejemplo de las segundas, son las declaraciones de testigos de oídas, es decir, que oyeron referir el hecho de quienes lo presenciaron.”

16. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LA PRUEBA

“Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas o aparezcan ilícitas por otro motivo.”

17. PRINCIPIO DE LA CONCENTRACIÓN DE LA PRUEBA

“Este principio quiere decir que debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso, pues, según concepto de SCHONKE, la practicada por partes o repetida: “Pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad”, impide el debido cotejo, la mejor apreciación.”

18. PRINCIPIO DE LA PERTINENCIA, IDONEIDAD O CONDUCENCIA Y UTILIDAD DE LA PRUEBA

“Puede decirse que este representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso, no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos. De esta manera se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.

Es necesario, sin embargo, no confundir la pertinencia de la prueba con su valor de convicción, ya que la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio, por ejemplo, cuando no obstante referirse el testimonio a los hechos discutidos, su contenido carezca de mérito porque nada le consta al declarante o no

suministre razón alguna de su dicho. Tampoco puede identificarse la idoneidad del medio con el valor de convicción de este, para el caso concreto, pues mientras la primera indica que la ley permite probar con ese medio el hecho a que se pretende aplicar, por ejemplo, con testimonios o confesión, el segundo, si bien depende en parte de esa idoneidad, porque si falta ésta, ningún mérito probatorio puede tener la prueba, exige algo más, que mira al contenido intrínseco y particular del medio en cada caso. De esta suerte es posible que, no obstante existir idoneidad, el juez no resulta convencido por la prueba (el testimonio puede ser idóneo o conducente para probar un contrato y, sin embargo, por deficiencias del contenido de las declaraciones, puede ocurrir que no haya mérito de convicción alguno en las varias recibidas).

Como se ve, son dos requisitos complementarios e intrínsecos de la prueba. En los sistemas que consagran libertad de medios, que implica la de valoración, es decir, cuando la ley no los señala ni exige uno determinado para ciertos actos o contratos, todos serán idóneos; esta calidad se hace más importante cuando la ley procesal enumera los medios admisibles y consagra la tarifa legal para su valoración.

En realidad se trata de dos principios, íntimamente relacionados, que persiguen un mismo propósito, a saber: que la práctica de la prueba no resulte inútil, para lo cual es necesario que el hecho pueda demostrarse legalmente por ese medio y que el contenido de la prueba se relacione con tal hecho.”

19. PRINCIPIO DE LA NATURALIDAD O ESPONTANEIDAD Y LICITUD DE LA PRUEBA Y DEL RESPETO A LA PERSONA HUMANA

“Este principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión de que toda prueba que lo viole debe ser considerada ilícita y, por tanto, sin valor jurídico, como enseñan autorizados expositores.”

20. PRINCIPIO DE LA OBTENCIÓN COACTIVA DE LOS MEDIOS MATERIALES DE PRUEBA

“Existe, pues, un deber de prestarle colaboración a la justicia, en materia de pruebas, y esa colaboración es un límite necesario a la libertad individual, impuesto por razones de interés público, tanto a los terceros como a las partes.”

Florian, a este respecto considera que: “Si no se suministra la prueba o no se la pone a disposición del juez voluntariamente, debe ejercerse coacción para ese efecto, por funcionarios públicos naturalmente, tanto sobre cosas como sobre personas.”

21. PRINCIPIO DE LA INMACULACIÓN DE LA PRUEBA

“Con una aplicación del principio ingeniosamente denominado por AYARRAGARAY de la inmaculación en el proceso, enunciamos este, particularmente aplicado a la prueba, para indicar que por obvias razones de economía procesal debe procurarse que los medios allegados al proceso estén libres de vicios intrínsecos y extrínsecos que los hagan ineficaces o nulos. Se trata, en realidad, de comprender en este, de manera más general y desde otro punto de vista, los principios ya examinados de la formalidad y legitimidad de la prueba, de su espontaneidad o naturalidad y licitud, de su oportunidad y preclusión, de su contradicción y publicidad. La falta de pertinencia e idoneidad no configura vicio alguno, sino ineficacia probatoria, porque el medio puede ser recibido con todos los requisitos para su validez, no obstante la ausencia de relación con el hecho o la prohibición legal de probarlo con él. Rige este principio por igual para el proceso civil y para el penal o de otra naturaleza.”

22. PRINCIPIO DE LA EVALUACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

“Cualquiera que sea el sistema legislativo que rija y la naturaleza civil o penal del proceso, la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar la convicción al juez, sobre los hechos que interesan al proceso.

Dice a este respecto Framarino Dei Malatesta: “Para que la voz de las pruebas obre con su natural eficacia sobre el ánimo del juez, es preciso que este no sea violentado en su conciencia, ni siquiera por lo que, al hablar del convencimiento, hemos llamado influjo legal”. Pero su valoración no debe ser expresión de una simple creencia subjetiva del juez, sino tal: “Que los hechos y las pruebas que han sido sometidos a su criterio, si se pusiesen en consideración de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, debería dar por resultado la misma certeza que le produjeron al juez. Esto es lo que denominamos carácter social del convencimiento.”

23. PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y DE LA AUTORRESPONSABILIDAD DE LAS PARTES POR SU INACTIVIDAD

“Se trata de un principio fundamental en el proceso civil, aplicable también en el penal, laboral, contencioso administrativo, fiscal o de cualquiera otra naturaleza, en virtud del cual se le permite al juez cumplir su función de resolver el litigio o la acusación,

cuando falta la prueba, sin tener que recurrir a un non liquet, es decir, a abstenerse de resolver en el fondo, contra los principios de la economía procesal y de la eficacia de la función jurisdiccional.”

24. PRINCIPIO DE LA ORALIDAD EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

“Como un aspecto del sistema oral o escrito que rija en el proceso, puede anunciarse este principio en relación con la prueba. En el proceso penal prevalece la forma oral y en el civil la escrita, con algunas excepciones en los códigos más modernos y en los sistemas norteamericano e inglés. Pero lo ideal es la oralidad en ambos, lo mismo que en el laboral, fiscal y contencioso administrativo, en la práctica de las pruebas, sin que esto excluya la aportación de documentos, ni el dejar actas escritas de los testimonios, declaraciones de partes y exposiciones de peritos.

Sin la menor duda, el sistema oral favorece la intermediación, la contradicción y la mayor eficacia de la prueba.”

25. PRINCIPIO DE LA NO DISPONIBILIDAD E IRRENUNCIABILIDAD DE LA PRUEBA

“De los principios de la comunidad de la prueba, de su fin de interés público y de su obtención inquisitivo y coactivo por el juez, se deduce este principio y significa que no le corresponde a la parte ningún derecho a resolver si una prueba que interese a los fines del proceso debe ser o no aducida, sino que el juez dispone de poderes y medios para llevarla al proceso; e igualmente significa que una vez solicitada la práctica si el juez la estima útil y que si fue ya practicada o presentada (como en el caso de los documentos y copias de pruebas trasladadas), no puede renunciar a ella para que deje de ser considerada por el juez.”

26. PRINCIPIO DE LA GRATUIDAD DE LA PRUEBA

“Significa este principio, que dado el fin de interés general que radica en el proceso y en la prueba, lo ideal es que el Estado satisfaga el servicio público de justicia de manera gratuita, sin gravar económicamente a las partes por la recepción y práctica de los medios probatorios, así sean inspecciones judiciales, dictámenes de expertos oficiales, interrogatorios de testigos y de las mismas partes, examen de documentos, etcétera.”

2.1.2 NATURALEZA DEL DERECHO PROBATORIO

La naturaleza de las normas de derecho probatorio, se pueden explicar remontándonos a sus orígenes, mismos que encontramos en: “Los

procedimentalistas y los civilistas franceses de principios del siglo XIX, los que realizaron el *Code civile* de 1804 y el *Code de procédure civile* de 1806, partían de distinguir dentro de la prueba entre normas materiales y normas procedimentales. La idea básica era que había que atribuir naturaleza material a las normas relativas a la admisibilidad de los medios probatorios y a su valoración, mientras que sólo el procedimiento probatorio era procesal.”²²

El Derecho mexicano, recogió este tipo de influencia francesa, y así tenemos por ejemplo que el código civil para el Distrito Federal, establece en su artículo 2406, que: “el contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito”, constituyendo un requisito de forma, mismo que en caso de controversia se constituye en el elemento base de la acción, en un medio de prueba, necesario para acreditar la existencia de una relación contractual.

De igual manera, el código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, establece reglas para pre-constituir medios de prueba, como lo son las señaladas en los artículos 893 a 901-bis, por conducto de las cuales se fijan las reglas procesales de la “jurisdicción voluntaria”, mismas que son usadas en muchos de los casos por los abogados para: “pre-constituir medios de prueba” que en litigio les servirán para acreditar actos en que por disposición de la ley o a solicitud de los interesados, se requiera la intervención del órgano jurisdiccional.

De la misma forma, el código adjetivo mexicano también regula actos prejudiciales, que se constituyen en medio de prueba de un juicio general, tal y como lo señala el artículo 193 del código en comento, por lo que, la parte señalada en estos medios preparatorios a juicio tendrá que exhibir, elegir, presentar o declarar, “examinar anticipadamente”²³, ante la presencia judicial; constituyéndose una prueba que seguramente va a ser presentada en una controversia legal que se va a llevar ante los tribunales.

Con los ejemplos anteriores, nos damos cuenta que las normas probatorias, no sólo se encuentran en los códigos adjetivos, sino que se encuentran inmersas de la misma manera, en los códigos sustantivos, también llamados materiales. Lo

²² Montero Aroca, Juan, “La Prueba”, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 18.

²³ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p.32.

que es claro, es que la forma como deben presentarse ante el órgano judicial, sólo se regula en el código de procedimientos de la materia.

No obstante, debemos considerar que los medios de prueba debido a su naturaleza, en muchos de los casos no corresponden únicamente al campo jurídico, sino que se encuentran inmersos en campos, tales como el psicológico, moral, sociológico, técnico, médico, biológico, entre otros; en cuyo caso, para incorporarlos al proceso judicial, es necesario sujetar tales medios de prueba a los lineamientos establecidos en el código adjetivo, mediante la regulación de la prueba pericial de mérito, tal disposición se recoge en la legislación mexicana, en el artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que señala: “La prueba parcial 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 jueces, por lo que se desecharán de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para ese tipo de conocimientos, o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan sólo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares.

Los peritos deben tener título en ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, si la ciencia, arte, técnica o industria requieren título para su ejercicio.

Si no lo requieren o requiriéndolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualquier persona entendida a satisfacción del juez, aun cuando no tengan título.

El título de habilitación de corredor público acredita para los efectos la calidad de perito valuador.”

2.1.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

Sin duda, hablar de la evolución histórica de la prueba judicial, es remontarnos a la evolución de la doctrina procesal, ya que es en ésta, donde se regula y tiene utilidad la prueba, para verificar los actos discutidos, mismos que

sólo pueden ser constatados por el juzgador mediante las pruebas que aportan las partes, por lo que se puede decir, que en la mayoría de los casos, el contenido del proceso judicial, es una controversia sobre la que va a resolver el juzgador, tomando en cuenta los medios de convicción que aporten los interesados en resolver esa controversia, por tanto, su declaración se hará sustentando su convicción, únicamente sobre las “pruebas” que legalmente se hayan aportado al proceso judicial por las partes que legalmente tienen el derecho para ello.

Por lo tanto, la evolución de las pruebas van en paralelo con la evolución del proceso; y atendiendo a la evolución de éste, nos encontramos que es difícil precisar el origen de su evolución, y por ende, la evolución de la prueba, ya que tal y como lo menciona el Dr. Cipriano Gómez Lara: “no es posible atribuir la paternidad ni de lo procesal, ni mucho menos de lo jurídico en general, a pueblo alguno,”²⁴ por lo que, si históricamente buscamos el origen del proceso, nos tenemos que remitir, como lo señala el Dr. Gómez Lara, a los pueblos primitivos, y encontraríamos, como bien lo señala el ilustre procesalista, que: “en cualquier comunidad primitiva observamos que la administración de justicia, está en manos de un jefe, de un consejo de ancianos, o de un brujo, y que la solución de los litigios que se presentan, tendrá características místicas o mágico-religiosas. Al evolucionar estas comunidades primitivas, van tolerando y reglamentando ciertas formas autocompositivas y es característico de muchas comunidades primitivas, el que inclusive en delitos graves, como el homicidio, se tuviese un amplio margen de negociación entre las partes afectadas,”²⁵ por lo que con esta descripción, podemos darnos cuenta de que esta “fase primitiva” corresponde a todas las sociedades en formación, independientemente de su ubicación geográfica, existiendo en principio un sistema procesal rudimentario, “primitivo” como le llama Alcalá-Zamora, con lo que es claro que este tipo de sistema procesal descansa sobre las apreciaciones personales de los juzgadores, sin tomar en cuenta medio de prueba alguno, bastaba con que el acto de gobierno se diera en la plaza pública, misma en la cual se daba la ejecución de la sentencia, sin importar si era de orden civil o criminal; por tanto, podemos establecer que la primera etapa de la evolución histórica de las pruebas se ubica en una “fase

²⁴ Gómez Lara, Cipriano. op cit., nota 1, p. 55.

²⁵ Idem.

primitiva”, en donde no había aparecido aún un sistema probatorio judicial, por lo que no había una clasificación propiamente dicho.

Después de este punto de partida, autores como Becerra Bautista, Alcalá-Zamora, Gómez Lara, Castro Sáenz, consideran que la evolución histórica de los medios de prueba, se encuentran definidas en cuatro fases en la historia jurídica europea, mismas que son:

- I. La fase religiosa o mística del antiguo Derecho Germánico primero y de la influencia del derecho canónico, luego.
- II. La fase legal, que sometió la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración.
- III. La fase sentimental, la cual se originó en la Revolución francesa, como reacción contra la tarifa legal y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba, se aplicó primero en el proceso penal y luego en el proceso civil.
- IV. La fase científica, que actualmente impera en los códigos procesales modernos.

Lo que es claro, es que a partir de la caída del Imperio Romano, estas etapas encuentran su definición, por haberse producido una evolución del pensamiento procesal, en civilizaciones que se encontraban sometidas a la barbarie y al fanatismo religioso de los romanos, no obstante ello, es innegable la aportación de los romanos al campo del derecho, como lo es: “la concepción clásica romana de división de las grandes partes del derecho en: a) personas; b) cosas, c) acciones.”²⁶

Lejos del punto obligado de referencia, que es Roma, nos encontramos a la antigua Grecia, que da al mundo uno de los pilares de la valoración de la prueba actual, como lo es la lógica aristotélica, ya que recordemos que es Aristóteles, quien en su estudio de la “Retórica” hizo de la prueba, un estudio basado en la concepción lógica, examinando la prueba por sus aspectos intrínsecos y extrínsecos, otorgándoles una clasificación en propia, impropia, artificial y no artificial, señalando además figuras, como el silogismo y la inducción, mismas que

²⁶ Ibidem.

hoy en día son utilizadas en el campo jurisdiccional, bajo una lógica: “de lo razonable”²⁷ que descansa en premisas aristotélicas.

Así pues, en Grecia predominó en sus procesos la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal. Por regla rigió el principio dispositivo, que coloca sobre las partes, la carga de producir la prueba, y sólo en casos especiales se le permitía al juez tener iniciativa para decretarlas y practicarlas de oficio. Los medios principales de prueba fueron los testimonios, documentos y el juramento.

Existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos, pero en los procesos mercantiles podían declarar los esclavos, comerciantes y, en algunas causas, las mujeres, si lo hacían voluntariamente.

Comparativamente, en Roma la prueba judicial sufrió una evolución análoga a la que presenta el proceso, como ya se ha dicho, por lo que podemos distinguir varias etapas:

a) La etapa del antiguo proceso romano, en la cual el juez tenía carácter de árbitro, casi de funcionario privado, más con absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes: El testimonio fue inicialmente la prueba exclusiva, pero más tarde se admitieron los documentos, el juramento, el reconocimiento personal por el juez, e igualmente, los indicios; no existían reglas especiales sobre la prueba e imperaba el sistema de la libre apreciación. Esta fase comprende el período formulario.

b) En la etapa del Imperio Romano, aparece la fase del procedimiento “*extra ordinem*”, de marcada naturaleza publicista, durante la cual el juez deja de ser árbitro para representar al Estado en la función de administrar justicia. Los medios de prueba fueron los mismos del período formulario, pero se impusieron restricciones a la testimonial y se le dio mayor importancia a la documental. La carga de la prueba estaba, en principio, sobre el demandante, *probante actore non reus albolvitur*, pero la prueba de las excepciones correspondía al demandado, *reus in excipiendo fit actor*.

²⁷ Dehesa Dávila, Gerardo, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Impresos Unidos de México, México, 2004, p. 153.

c) En el período justiniano, se observa por lo general, la regulación legal de las pruebas, pero sin que dejen de existir textos favorables en la apreciación personal del juez. En un sistema mixto, con preponderancia del legal. Se observaron los medios probatorios del período anterior, se excluyeron el testimonio de la mujer, del impúber, del perjuro, del delincuente y del loco; se sentaron reglas sobre la carga de la prueba con defensa contra la arbitrariedad de los Jueces, y se conoció el principio contradictorio como materia de interrogatorio de testigos, que debía ser conocido por ambas partes. Al demandado se le otorgó un sistema de defensa y el derecho a excepcionarse.

1. FASE RELIGIOSA O MÍSTICA

Con la caída del Imperio Romano, las pruebas judiciales en el viejo continente, se vieron influenciadas por la corriente religiosa, principalmente del cristianismo, tanto en pueblos germánicos, francos e hispanos, de ahí que a la siguiente etapa de la evolución de los medios de prueba, se le designe como: “fase religiosa o mística”.

En ésta podemos distinguir dos etapas o subdivisiones:

a) El antiguo derecho germano, que es el más representativo de esta etapa del desarrollo de la cultura jurídica europea, ya que en éste, la prueba tenía una finalidad en sí misma y conducía a fijar la sentencia que el juez adoptaba. De este modo, la producción de la prueba, era una actividad casi exclusiva de las partes. Ya no se perseguía la verdad real o material, sino un convencimiento puramente formal, que era el que se producía del proceso, merced a esos medios de prueba artificiales, que se basaban en la creencia de una intervención de la divinidad o en la justicia de Dios para los casos particulares. Así surgieron las ordalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios.

b) El influjo del Derecho Canónico, a través del cual, va penetrando poco a poco el sistema romano de la época del imperio y se van abandonando aquellos medios bárbaros de la prueba, generalizándose los avances conseguidos por los escribanos, pero con tendencia cada vez mayor a un sistema rigurosamente legal. Los jueces eclesiásticos son verdaderos magistrados, muy diferentes a los escribanos, ya no es libre convicción la que rige, sino una verdadera apreciación

jurídica de la prueba, sujeta a reglas cada vez más numerosos; pero se frena el exagerado formulismo del derecho germánico antiguo.

2. FASE LEGAL

La regulación y apreciación jurídica de la prueba, dá paso a la siguiente etapa, que es la fase legal, conocida como sistema de la tarifa legal, cuya aplicación data de mediados del siglo XII, consistente en el principio romano de la “distribución de la carga de la prueba”, que libera al acusado de la inequidad de tener que probar su inocencia, dejándole sólo la carga de probar sus propias afirmaciones constitutivas de excepciones propiamente dichas y al actor la prueba de las contenidas en su demanda, además los interrogatorios se transformaron en posiciones, como actos de parte. Desde el siglo XIII se introdujo la teoría de las presunciones, basadas en el cálculo de las mayores probabilidades de verdad; el testimonio siguió siendo una de las principales pruebas, pero su objeto quedó limitado a lo que el testigo hubiera podido percibir con sus sentidos, pues se le prohibió expresar sus opiniones y se le rechazaba cuando se trataba de probar proposiciones negativas o cuando apenas atestiguara por referencias; se le dio el carácter de prueba plena a la confesión judicial; se consideraron inhábiles para declarar a los perjuros, delincuentes, siervos o enfermos mentales y testigos sospechosos, a los parientes o dependientes, lo mismo que a quienes no tenían domicilio fijo o fueran persona desconocida; se le dio cabida a la prueba de peritos y al reconocimiento o inspección judicial; se le otorgó pleno valor al documento público; al documento privado, lo mismo que a la confesión extra-judicial; se le dio valor a los indicios.

Uno de los principios fundamentales del derecho romano, que se consagraron en esta etapa, es el de que el juez quedaba obligado a resolver, de acuerdo a lo alegado y probado, según las reglas de la carga de la prueba.

3. FASE SENTIMENTAL

Con la Revolución Francesa, se da paso a la siguiente etapa que es la fase sentimental, que toma su nombre de la creencia de la infalibilidad de la razón humana y del instinto natural. El nuevo sistema se aplicó al proceso penal que se tramitaba oralmente, y así se escindieron los dos procesos, pues el civil continuó

sujeto a la tarifa legal y al procedimiento escrito, mientras al juez penal se le daban facultades inquisitivas para la búsqueda de las pruebas, el civil continuaba sujeto a la iniciativa de las partes.

4. FASE CIENTÍFICA

La última etapa de evolución histórica de los medios de prueba, debemos colocarla en el ámbito del: “procesalismo científico,”²⁸ cuyos orígenes se encuentran en Alemania, logrando que los medios de prueba se regularan por separado de las disposiciones sustantivas de la materia, dando paso a la escuela del procesalismo científico, la cual: “implica una autonomía de la ciencia procesal, y su definitiva separación de las respectivas disciplinas sustantivas. El enfoque de la disciplina no es meramente descriptivo y analítico, como lo hacía el procedimentalismo, sino que por el contrario, dicho enfoque pretende ser rigurosamente científico e integral respecto del fenómeno procesal no solamente analizado sino también sintetizado y estructurando la construcción sistemática del mismo así como su esencia y finalidades.”²⁹

2.1.4 SISTEMA DISPOSITIVO E INQUISITIVO

a) SISTEMA DISPOSITIVO

Consiste en dejar en manos de las partes del juicio, toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulso del proceso y de aportación de pruebas; el sistema dispositivo encierra la necesidad de la demanda para iniciar el proceso, el juez limita su actuación a las peticiones de las partes, ya que son éstos quienes: “fijan el objeto de las pruebas, los hechos por probar, a través de sus afirmaciones contenidas en sus escritos iniciales con los que se fija la litis (demanda, contestación de la demanda y, en su caso, reconvencción y contestación a la reconvencción).”³⁰

Dicho sistema dispositivo, se caracteriza por que dá a las partes, el derecho de disponer del proceso, pudiendo darlo por terminado antes de sentencia, por desistimiento o transacción.

²⁸ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 84.

²⁹ Idem.

³⁰ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. p. 131, 132.

En este principio dispositivo, el juez tiene la obligación de fallar conforme a lo probado en juicio, y por consiguiente el poder de disposición de las partes está comprendido en el principio de congruencia:

“Se debe tener cuidado de no confundir la libertad de decidir si se recurre o no a la vía jurisdiccional, que es efectivamente un aspecto del ejercicio o disponibilidad del derecho material, con el instrumento que ese titular real o simplemente pretendido de tal derecho material utiliza para poner en movimiento la función jurisdiccional del Estado, o derecho de acción, cuya absoluta independencia de aquel derecho es cuestión indiscutida actualmente. Sin hacer esta importante distinción no se comprendería por qué puede producirse un proceso mediante el ejercicio de la acción, a pesar de que el actor carezca del derecho material que pretende.”³¹

b) SISTEMA INQUISITIVO

En este sistema inquisitivo, el juez tiene la facultad oficiosa probatoria para la investigación de los hechos.

En sentido estricto, basta que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el órgano jurisdiccional, para que se considere al proceso como inquisitorio, y por el contrario, basta que se otorgue a las partes la facultad exclusiva de disponer del elemento probatorio, para que se considere al proceso como dispositivo, es decir, si la actividad probatoria recae exclusivamente en las partes, se habla de sistema procesal dispositivo, pero si se le otorga al juzgador esa facultad, entonces hablamos de sistema procesal inquisitivo.

Devis Echandía, considera al proceso civil mexicano, como un proceso inquisitivo, y agrega: “sin que por ello se les haya privado a las partes del derecho de aportar pruebas, e incluso, sin que deje de existir la carga de la prueba, desde el momento en que se corre el riesgo de su falta, si el juez no las decreta oficiosamente, por desconocerla o por falta de iniciativa, como lo observan muchos autores y sin eliminar la necesidad de la demanda y la congruencia de la sentencia.”³²

Es necesario mencionar que lo dicho por el citado autor, nos parece que no es totalmente exacto, ya que se permite la investigación oficiosa de los hechos por el órgano jurisdiccional, sólo en los casos en que el bien jurídicamente tutelado es

³¹ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 73.

³² Ibidem, p. p. 73, 74.

mayor, como por ejemplo, en el caso de menores o incapaces, más no en otros campos del Derecho Civil, como lo son los contratos, en donde la actuación de las partes y juzgador, se debe ajustar a estricto derecho, por lo que, al estar regulada la materia civil en un solo ordenamiento procesal, se puede clasificar a éste, como un proceso mixto, por que incluye facultades para mejor proveer (art. 278 CPCDF).

2.1.5 OBJETO DE LA PRUEBA (Qué se prueba)

“Por objeto de la prueba debe entenderse lo qué se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba,”³³ “es todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a estos (costumbre y ley extranjera).”³⁴

Objeto de la prueba son los hechos no admitidos, y que no sean notorios, ya que los hechos que no puedan ser negados sin intervención, no necesitan pruebas: “las partes tratan de demostrar teóricamente sus afirmaciones contenidas en la demanda y en las excepciones; en el fondo, esas afirmaciones recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos y desde el punto de vista del juzgador, debe fijar el presupuesto de su decisión, el objeto de la prueba lo constituyen, en todo caso, los hechos sobre los cuales recaen tales afirmaciones.”³⁵

En efecto, el juez basa su resolución: “en los hechos probados y en la regla que establece la carga de la prueba sobre los que se dejaron de probar, que a su vez se aplica a los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de las normas legales invocadas por las partes o que aquel debe aplicar oficiosamente.”³⁶

³³ Idem, p. 135.

³⁴ Idem, p. 147.

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem, p, 148.

Doctrinalmente, prevalece el concepto de que el objeto de la prueba es el hecho que debe verificarse, considerándose en ellos, en su caso, la ley de derecho extranjero, la costumbre y las reglas de experiencia.

En la legislación mexicana, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 284, nos dice: “Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho”.

Si la ley y la doctrina, consideran que el objeto de la prueba son los hechos, es conveniente precisar el concepto de “hechos”, para poder darle el significado adecuado a tan importante actividad dentro del proceso, ya que recordemos que el probar los hechos controvertidos, conduce al juzgador al conocimiento de un hecho, que es alegado por las partes como verdadero, visto por cada uno de ellos, de acuerdo a sus propios intereses.

2.1.6 LOS HECHOS COMO OBJETO DE PRUEBA

Alcalá Zamora afirma que: “la prueba de las normas jurídicas se traduce, en definitiva, en la prueba de un hecho; la de su existencia y realidad, ya que una vez dilucidado este extremo, el juez se encuentra frente al contenido del precepto incierto, y que ya ha dejado de serlo.”³⁷ De la misma manera el artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el D. F., que señala: “Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos, y costumbres en que se funde el derecho”, entendemos que la referencia que se hace de “hechos”, se hace en un sentido amplio, en un sentido general, por lo que, resulta conveniente analizar dicho concepto desde ese punto de vista.

Entendemos por “hechos” en un sentido amplio:

“a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, que sean perceptibles, incluso las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga;

³⁷Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Ensayos de derecho procesal, Edición de la Revista de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1944.

- b) Los hechos de la naturaleza, en que no interviene la actividad humana.
- c) Las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos.
- d) La persona física humana, su existencia y características, estados de salud, etc.
- e) Los estados y hechos psíquicos e internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el conocimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al primer grupo.”³⁸

Los hechos en general, son contemplados en la ley, al constituir el presupuesto mismo que los integra, por lo que las partes en cualquier proceso al recurrir al órgano jurisdiccional, solicitan que ese hecho abstracto y general, que la legislación contempla, se particularice en ambas partes y surta los efectos de ley, por lo que, para individualizarla, es necesario dar a conocer al juzgador los hechos controvertidos, mismos que la ordenanza legal prevé en un presupuesto con efectos jurídicos.

Como lo señala Leo Rosenberg, cuando dice: “La existencia de un derecho o relación jurídica no es elemento del mundo exterior corporal, y se abstrae a la percepción sensible; pero lo son los hechos que forman la tipicidad del precepto jurídico más exactamente, las afirmaciones sobre los hechos que motivan o permiten reconocer los caracteres particulares de la tipicidad; pues sólo a través de ellos se establece, mediante aplicación de las normas jurídicas, la existencia o inexistencia de los derechos”.³⁹ “De ahí que el tema de la prueba, en cada proceso esté formado, en general, por los hechos previstos en las normas jurídicas que deben aplicarse para que se reconozcan o excluyan sus efectos (pretensión o excepción), es decir, que con ello se persigue demostrarle al juez que el supuesto concreto del hecho que se le ha planteado, corresponde precisamente, al que en forma abstracta se contempla en la forma legal o que está en desacuerdo con éste, para reconocer que se han producido determinados efectos jurídicos que reclama el demandante, o por el contrario, para negarlos o para declarar

³⁸ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 150, 151.

³⁹ Rosenberg, Leo, op. cit., nota 42, p. 209.

probada la excepción del demandado que extinguió, modificó o simplemente suspendió tales efectos.”⁴⁰

Bajo estas ideas, podemos decir que “hecho”, es una cosa que sucede, es un acontecimiento derivado de la acción del ser humano o de la naturaleza.

Hay cuestiones de hecho que repercuten en el Derecho, ya que éste se realiza fundamentalmente por los hechos, así pues, el Derecho nace del hecho.

La realización procesal normativa, implica buscar procedimientos que nos permitan llegar a acceder a una interpretación correcta, lo que va a determinar la normatividad, son los hechos, es la premisa menor.

En un escrito de demanda, la expresión de hechos debe ser clara, objetiva, precisa y contundente, y debe ir al fondo de las cosas, por lo que, han de narrarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar como sucedieron los hechos.

Leo Rosenberg, define al hecho como: “todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial: Son los acontecimientos y circunstancias concretos, determinados en el espacio, y el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana que el derecho objetivo ha controvertido en presupuesto de un efecto jurídico.”⁴¹

Devis Echandía, señala cinco clases de hechos sobre los cuales puede recaer la actividad probatoria:

- “1. Conductas humanas.
2. Hechos de la naturaleza.
3. Causas u objetos materiales y aspectos de la realidad material.
4. La persona humana.
5. Estados o hechos psíquicos o internos del hombre.”⁴²

1. CONDUCTAS HUMANAS

“Esta primera clase de hechos comprende todo aquello que significa un acto humano individual o colectivo, esto es, no solo los simples hechos jurídicos ejecutados sin

⁴⁰ Devis Echandía, Hernando, op. cit, nota 35, p. 151.

⁴¹ Rosenberg, Leo, op. cit, nota 42, p. 209.

⁴² Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. p. 153 a 155.

voluntad de producir el efecto jurídico que la ley les señala, sino también los actos jurídicos en que el efecto es resultado de la voluntad de producirlo, incluyéndose los llamados hechos ilícitos, y los sucesos o acontecimientos históricos en que interviene el hombre, en su inmensa variedad.

En ese sentido suele decirse que probar es reconstruir o representar lo que ha sucedido o está sucediendo.

Pero no solo las conductas pasadas y presentes pueden ser objeto de prueba, sino también las futuras, muy frecuentes en los procesos por responsabilidad extraprocésal en caso de muerte de una persona y en algunos casos de responsabilidad contractual.”

2. HECHOS DE LA NATURALEZA

“Es frecuente que en los procesos civiles, laborales y comerciales se alegue una fuerza mayor, representada por hechos de la naturaleza ajenos a toda actividad humana: Un derrumbe, una inundación, un rayo o un simple temblor de tierra, etcétera.

Estos hechos naturales son objeto de prueba judicial, desde un punto de vista abstracto y también concreto, como un tema de prueba, cuando de ellos se pretende deducir la liberación de obligaciones o la prórroga de su exigibilidad. En el proceso penal puede necesitarse su prueba, como en el caso de que se le atribuya al acusado un daño, y este haya sido consecuencia de una fuerza mayor.”

3. COSAS U OBJETOS MATERIALES Y ASPECTOS DE LA REALIDAD MATERIAL

“La conducta humana y los hechos de la naturaleza pueden originar cosas u objetos materiales, y dejar huellas o alteraciones de la realidad material. Pero así como es posible probar la actividad humana por sí misma y los hechos de la naturaleza, con prescindencia de sus efectos, también pueden ser objeto de prueba las cosas elaboradas total o parcialmente por el hombre, las que aparecen como obra de la naturaleza y las alteraciones producidas en la realidad material por los hechos naturales o por la actividad humana.

Entre las cosas naturales incluimos los animales; las alteraciones de la realidad material pueden ser, igualmente, obra de éstos. No debe olvidarse, sin embargo, que el nacimiento de un animal, su desarrollo, su mejoramiento o daño, pueden ser obra parcial del hombre, de frecuente ocurrencia en el mundo actual; pero en tal caso, el animal puede

ser objeto de prueba por sí mismo, como también la conducta humana que haya recaído sobre él.

No solo las cosas u objetos materiales se prueban, sino también las circunstancias naturales o artificiales que lo rodean, el ambiente material en donde existan o hayan existido, lo cual es parte de la realidad material que puede percibirse.

La existencia o inexistencia de tales cosas o circunstancias materiales, sus características y cualesquiera otros aspectos de aquellas, pueden ser objeto de prueba y forma parte con frecuencia del tema de prueba en los procesos judiciales de cualquier naturaleza.

Los documentos (incluso los cuadros, pinturas y libros) son obra del hombre y por tanto, el haber sido o no otorgados, forman parte de una conducta humana. Desde este punto de vista pueden incluirse en el primer grupo. El documento es, igualmente, un medio de prueba para establecer su existencia, su estado material, sus características, su origen, su autenticidad o la falsedad. La firma del documento constituye un acto humano, que por sí misma es objeto de prueba, incluido en el primer grupo; pero cuando se quiere probar la autenticidad o falsedad del documento, la firma viene a ser una circunstancia o característica de este; puede aceptarse, sin embargo, que entonces es inseparable el objeto de prueba documento, del objeto de prueba conducta humana (el ser auténtico o falso aquel, con el haber firmado o no quien figura haciéndolo), y lo mismo ocurre cuando se alegue alteración del contenido del documento. En cambio, la prueba de la falsedad intelectual, es decir, de no ser cierto lo que en el documento se dice, su contenido inmaterial, tiene por objeto conductas y cosas materiales o hechos psíquicos distintos de aquel.

Como explica FLORIAN, el documento puede ser objeto de prueba, porque es algo material susceptible de ser observado, verificado, percibido y examinado, especialmente en su exterioridad: calidad del papel, falsedad o autenticidad de la firma, autoría, sellos que tenga, si su contenido implica injuria o calumnia, etc. CARNELUTTI observa, en el mismo sentido, que “la capacidad representativa de un hecho no excluye su existencia autónoma”, como sucede con un cuadro que da idea del paisaje, pero antes y a la vez del cuadro mismo; y dice que el documento puede ser no solo fuente de prueba, sino tema de la misma o el hecho que se ha de probar.”

4. LA PERSONA HUMANA

“Considerada como realidad material, la persona humana es objeto de prueba como cualquier cosa. Puede presentarse en el proceso civil la necesidad de probar la existencia de una persona, sus condiciones físicas o mentales, su educación, sus aptitudes y limitaciones, sus cualidades morales.

De esta manera es frecuente que se practiquen inspecciones judiciales en relación con una persona y dictámenes de peritos. Además, la prueba documental o testimonial puede tener por objeto la persona misma: su nacimiento, su muerte, su salud, entre otros.”

5. ESTADOS O HECHOS PSÍQUICOS O INTERNOS DEL HOMBRE

“Los estados psíquicos del hombre no tienen materialidad en sí mismos, aun cuando se reflejan externamente en síntomas y efectos más o menos perceptibles. Pero no es posible negarles una entidad propia, y como el derecho objetivo material los contempla como presupuesto de efectos jurídicos, es indispensable su prueba en muchos procesos.

No se trata de hechos materiales, pero sí de hechos reales, susceptibles de conocimiento concreto y de apreciación subjetiva.”

Expresado el concepto general del objeto de prueba, es necesario señalar, que dicho concepto debe ajustarse a cada proceso en particular, es decir, a aquellos hechos debatidos o controvertidos en un proceso, independientemente de la materia de que se trate. Por ejemplo, en el proceso civil, atendiendo al principio dispositivo, los hechos por probar serían aquellos que han quedado establecidos en la litis.

Para delimitar el objeto de la prueba en cada proceso, es necesario atender a los requisitos intrínsecos y extrínsecos de los actos de prueba, mismos que estudiaremos a continuación.

2.1.5.2. REQUISITOS INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DE LOS ACTOS DE PRUEBA

Estos requisitos rigen los medios de prueba para ser admitidos por el juez, en la verificación de las afirmaciones producidas por las partes en el proceso judicial, mismos que son tomados en cuenta, en las distintas etapas procesales

que rigen a dichos medios de prueba, es decir, desde su ofrecimiento, admisión, preparación, desahogo y valoración, por lo que, es conveniente precisar:

a) LOS REQUISITOS INTRÍNSECOS

Se refieren al “medio mismo utilizado en cada caso,”⁴³ es decir, a aquellos que deben reunir las cosas, instrumentos o circunstancias que transmiten al juzgador, elementos de convicción, respecto a hechos debatidos, y son los siguientes:

1. Conducencia.
2. Pertinencia o relevancia.
3. Utilidad.
4. Ausencia de prohibición legal de investigar el hecho.

1. CONDUCENCIA

Se refiere a la eficacia que tiene un medio de prueba para demostrar la existencia de un hecho debatido; por lo que se constituye en un requisito intrínseco para su admisibilidad por el juez, protegiendo además: “la seriedad de la prueba, en consideración a la función de interés público que desempeña, evitando que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no presentarán servicio alguno al proceso.”⁴⁴

“La conducencia exige dos requisitos: 1º) que el medio respectivo esté en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley (cuando rige el sistema de la prueba legal) o que el juez lo considere lícito, cuando goce de libertad para admitir los que considere revestidos de valor probatorio (existe prohibición tácita, cuando el medio o el procedimiento para obtenerlo esté reñido con la moral o viole derechos tutelados por la ley, como sucede con el tormento, el hipnotismo y el narcoanálisis para la consecución de confesiones o testimonios); 2º) que el medio solicitado o presentado, válido en general como instrumento de prueba, no esté prohibido en particular por la ley, para el hecho que con él se pretenda probar, es decir, que no exista expresa prohibición legal para el caso concreto.”⁴⁵

⁴³ Ibidem., p. 319.

⁴⁴ Idem., p. 321.

⁴⁵ Idem.

Así pues, concluimos que: “la conducencia se refiere a la aptitud legal de la prueba, respecto del medio de prueba o en relación con el hecho por probar.”⁴⁶

2. PERTINENCIA O RELEVANCIA DE LA PRUEBA

Se entiende por pertinencia o relevancia de la prueba: “la relación entre el hecho objeto de esta y los fundamentos de hecho de la cuestión por decidir, que permite a aquel influir en la decisión.”⁴⁷

Apoyándonos en preceptos legales como los artículos 291 y 298 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, podemos decir, que la prueba es pertinente cuando guarda relación con el objeto del proceso, es decir, con los hechos que tratan de probarse.

Cuando el juez decreta la práctica o ampliación de cualquier medio de prueba, de manera oficiosa, implícitamente está acordando su admisión, aún y cuando no se haya señalado en el auto que admite los medios de prueba ofrecidos por las partes.

El juez al hacer el análisis de los medios de prueba propuestos por las partes, hace una calificación previa del medio presentado o aducido y su relación con los hechos del litigio o la causa, sin que por ello se esté valorando o apreciando su fuerza o mérito de convicción, que es una tarea propia del acto decisorio.

Expuestas las consideraciones doctrinarias anteriores, analicemos el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 298 establece: “Al día siguiente en que termine el período 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 el juez admitirá pruebas o diligencias ofrecidas extemporáneamente, que sean contrarias al derecho o a la moral, sobre hechos que no hayan sido controvertidos por las partes, o hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 291 de este Código.”

⁴⁶ Ibidem, p. 324.

⁴⁷ Idem, p. 323.

El texto del artículo citado, en relación con el artículo 291, señalan los requisitos que deban cubrir los medios de prueba propuestos por las partes, es decir, deben ser conducentes, pertinentes, útiles o idóneos, legales y revestir las formalidades de ley (requisitos intrínsecos); además, de ser presentados en el momento procesal oportuno, y tener la personalidad o autorización (legitimación) necesaria para ofrecer las pruebas conducentes, y en lo que se refiere al órgano jurisdiccional, éste debe ser competente para admitirlas.

3. UTILIDAD

“Significa este requisito que la prueba debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir, que debe presentar algún servicio, ser necesaria o, por lo menos, conveniente para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios sobre los cuales se basa la pretensión contenciosa o se funda la petición del proceso voluntario o del incidente, esto es, que no sea completamente inútil.”⁴⁸

4. AUSENCIA DE PROHIBICIÓN LEGAL DE INVESTIGAR EL HECHO

Se refiere a que un medio de prueba no debe estar prohibido de manera expresa en la ley, ya que recordemos que con los medios de prueba se verifican o comprueban los hechos, por lo que el medio de prueba debe estar permitido y regulado por el legislador, y éste no debe ser contrario a la moral y a las buenas costumbres.

“Siempre que exista prohibición legal debe rechazar el juez la prueba, por razones de economía procesal y porque su admisión sería un acto ilegal e ilícito.”⁴⁹

b) LOS REQUISITOS EXTRÍNSECOS

Se refieren a la manera como deben ser incorporados los medios de prueba al proceso, por lo que éstos requisitos se encuentran contenidos en la ley procesal, y son los siguientes:

1. La oportunidad procesal o ausencia de preclusión.
2. Las formalidades procesales.
3. La legitimación y postulación para la prueba.
4. La competencia del órgano jurisdiccional.

⁴⁸ Ibidem, p. 331.

⁴⁹ Idem, p. 339.

5. La capacidad general del juez o funcionario comisionado y de los órganos de prueba (testigos, peritos, intérpretes, partes cuando confiesan) y la ausencia de impedimentos legales en aquéllos y éstos.

1. LA OPORTUNIDAD PROCESAL O AUSENCIA DE PRECLUSIÓN

“Es obvio que el derecho de probar corresponde a las partes y que el poder oficioso del juez para decretar y practicar pruebas, deben ser ejercitados en las oportunidades que la ley procesal señala, so pena de ineficacia e incluso de nulidad en cuanto a los actos del juez. De lo contrario, se afectaría el derecho de defensa y la adecuada contradicción de la prueba, al mismo tiempo que se facilitaría la imposibilidad y deslealtad de las partes.”⁵⁰

En efecto, debido a que las partes acudieron ante el órgano jurisdiccional, en calidad de actor y demandado respectivamente, y se sujetaron a un procedimiento judicial, es obvio que deben aportar los medios de prueba que cada uno de ellos tiene en el momento procesal oportuno, para acreditar sus pretensiones; por lo que, este principio consiste en la pérdida de un derecho procesal no ejercido en el momento procesal oportuno, además, para que la preclusión se produzca, es menester que se haya consumido íntegramente el plazo dado por la ley para la realización del acto pendiente, es decir, que en: “el espacio de tiempo dentro del cual debe ejecutarse un acto procesal,”⁵¹ éste no se haya presentado ante el órgano jurisdiccional.

En la legislación mexicana, se señala de manera expresa en el artículo 133 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que: “Una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, seguirá el juicio su curso y se tendrá por perdido el derecho que dentro de ellos debió ejercitarse.”

“La preclusión es uno de los principios que rigen el proceso y se funda en el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a momentos procesales ya extinguidos y consumados, esto es, en virtud del principio de la preclusión, extinguida o consumada la oportunidad procesal para realizar un acto, éste ya no podrá ejecutarse nuevamente. Además, doctrinalmente, la preclusión se define generalmente como la

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Arellano García, Carlos, Teoría general del proceso, Editorial Porrúa, México, 13ª. edición, 2004, p. 427.

pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, que resulta normalmente de tres situaciones: a) de no haber observado el orden u oportunidad dada por la ley para la realización de un acto; b) de haber cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra, y c) de haber ejercitado ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha). Estas tres posibilidades significan que la mencionada institución no es, en verdad única y distinta, sino más bien una circunstancia atinente a la misma estructura del juicio.”⁵²

2. LAS FORMALIDADES PROCESALES

“La prueba como todo acto procesal, debe estar revestida de ciertas formalidades de tiempo, modo y lugar, que lejos de ser una limitación al derecho de probar, son una preciosa garantía para las partes y un requisito para que se hagan efectivos los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la igualdad de oportunidades, la imparcialidad del juez, la inmaculación del medio y la prohibición de aplicar el conocimiento privado del funcionario.”⁵³

Como se señaló en el punto inmediato anterior, las partes al acudir ante el órgano jurisdiccional, se sujetan a las formas y formalismos procesales contenidos en la ley, mismos que son preestablecidos por el legislador en una norma general, aplicable a todos los gobernados, dando cumplimiento al interés público de que exista publicidad y contradicción de los medios de prueba, ya que son éstos los que: “sustentan la tendencia del formalismo legal.”⁵⁴

Ovalle Favela, citando a Treves señala que: “la identificación del derecho con la ley general y abstracta, expresión de la voluntad popular, por un lado, y expresión de la razón, por el otro; el de la plenitud del ordenamiento jurídico y, por tanto, de la ausencia de lagunas en el mismo ordenamiento y el de la función declarativa y no creativa de la actividad jurisdiccional, es decir, de la función meramente lógica que reduce al juez, como decía Montesquieu, a una simple *buoche de la loi*.”⁵⁵

⁵² Cfr. Novena Época, instancia: Primera Sala, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T XV, abril de 2002, tesis: 1ª./J. 21/2002, p. 314.

⁵³ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 340.

⁵⁴ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 201.

⁵⁵ Idem.

3. LA LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN PARA LA PRUEBA

“La legitimación jurídica, debe entenderse como una situación del sujeto de derecho, en relación con determinado supuesto normativo, que lo autoriza a adoptar determinada conducta,”⁵⁶ como lo es, el de ofrecer los diferentes medios de prueba que la ley autoriza para probar las pretensiones de las partes.

De igual manera: “la legitimación procesal activa se entiende como la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de *ad procesum*,”⁵⁷ es por ello, que la legitimación en el proceso es un presupuesto para ejercitar la acción y dar impulso a las diferentes etapas procesales de que consta un juicio.

4. COMPETENCIA DEL ORGANO JURISDICCIONAL

“La competencia es en realidad la medida del poder o facultad otorgada a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto.”⁵⁸

Corresponde al Estado designar a las personas que ejerzan la función jurisdiccional, ya que incumbe a éste de manera física y personal aplicar el derecho, dentro del ámbito de sus facultades y competencia, ya que es sólo mediante la facultad otorgada por el Estado que se legitima su actuación, en el campo de una determinada jurisdicción territorial, adquiriendo la: “facultad de decidir con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica.”⁵⁹

Giuseppe Chiovenda, considera que la jurisdicción es: “la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actitud de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva.”⁶⁰

Por su parte Ugo Rocco, señala que: “jurisdicción es la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se substituye a los mismos en

⁵⁶ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. p. 223, 224.

⁵⁷ Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T VII, enero de 1998, tesis: 2ª./J. 75/97, p. 351.

⁵⁸ De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José, Instituciones de derecho procesal civil, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1969, 8a edición, p. 68.

⁵⁹ Becerra Bautista, José, La Teoría general del proceso aplicada al proceso civil del Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 1.

⁶⁰ Arellano García, Carlos, op. cit., nota 85, p. p. 336, 337.

la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, qué tutela concede una norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando, mediante el uso de su fuerza coactiva, en vez del titular del derecho, directamente aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada.”

De las definiciones anteriores, apreciamos que la función jurisdiccional descansa sobre tres elementos básicos: “*notio, iudicium et exsecutio*, de la definición de Donellus.

La *notio* es el conocimiento de la controversia; el *iudicium* la facultad de decidirlo, y la *exsecutio* la potestad de ejecutar lo sentenciado.”⁶¹ Estas tres funciones de que se encuentra investido el órgano jurisdiccional, se actualizan cuando las partes plantean una controversia al juez, quien es ajeno a la problemática planteada, por lo que es necesario que las afirmaciones que realizan se sustenten en medios de prueba reconocidos por la ley, mismos que son llevados ante la presencia del juez competente, ya que: “cuando el juez tiene competencia general para el proceso o la comisión, es indispensable que además disponga de facultad legal para ejecutar el acto concreto de prueba (admisión, ordenación, práctica, valoración), lo cual constituye una especie de competencia específica, que es mejor denominar legitimación para el acto.”⁶²

Es pues, este requisito extrínseco de la prueba, el que nos lleva a pensar que no es necesario aportar medio de prueba alguno ante un Juez cuando éste carece de competencia, ya que primero deberá resolverse si es competente para conocer del asunto y luego entonces, se dará cauce al conocimiento de la problemática planteada por las partes.

Tradicionalmente se ha hablado de cuatro criterios para determinar la competencia, y son los siguientes:

- a) Por materia.
- b) Por grado.
- c) Por territorio.
- d) Por cuantía.

⁶¹ Becerra Bautista, José, El Proceso civil en México, Editorial Porrúa, 20ª. edición, México, 1986, p. 6.

⁶² Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 344.

Estos criterios que determinan la competencia, obligan a las partes a acudir, precisamente, al tribunal competente, es por ello que tenemos la necesidad de explicar, aunque sea brevemente en que consisten estos criterios doctrinales o legislativos de nuestros días; la competencia se divide en competencia objetiva, que: “es la que se atribuye al órgano del Estado que desempeña la función jurisdiccional,”⁶³ y competencia subjetiva, que es aquella que consiste en: “examinar si el titular del órgano del Estado que ha de desempeñar la función jurisdiccional en representación de ese órgano está legitimado para actuar y también se examina si el titular no tiene algún impedimento para intervenir respecto de cierto caso concreto.”⁶⁴

Así pues, la competencia por territorio surge como: “consecuencia de la complejidad y especialización de la vida social moderna, que entraña a su vez, la necesidad de una división del trabajo jurisdiccional;”⁶⁵ misma que se: “determina de acuerdo con la asignación que se hace de una porción territorial a cada tribunal. Puede provenir de una relación personal respecto al territorio (domicilio del demandado) o de una relación real (ubicación de la cosa). Carnelutti habla de competencia horizontal, en cuanto la competencia por territorio importa distribución de causas, entre diversos tribunales, en sentido horizontal y la distingue de la competencia de grado, que denomina vertical.

La competencia por materia atribuye a cada tribunal distintas ramas de derecho sustantivo: Civil, mercantil, penal, etcétera, y también determinadas materias del propio derecho civil. Por ejemplo, las cuestiones que afectan a menores e incapacitados y los problemas inherentes a familia están encomendadas a los jueces de lo familiar, las patrimoniales a los civiles y las del arrendamiento, a los jueces del arrendamiento inmobiliario, etcétera.

La competencia por cuantía es la determinada por el valor de la causa.

Finalmente, la competencia por grado, es la que compete a los tribunales jerárquicamente superiores, para confirmar, modificar o revocar las resoluciones de los inferiores.”⁶⁶

⁶³ Arellano García, Carlos, op. cit., nota 85, p. 358.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 157.

⁶⁶ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 95, p. 15.

5. CAPACIDAD GENERAL DEL JUEZ O FUNCIONARIO COMISIONADO Y DE LOS ÓRGANOS DE PRUEBA

Este requisito se refiere, a la capacidad subjetiva del funcionario judicial y de las partes, así como de los órganos auxiliares de la prueba; ya que por un lado, la capacidad jurídica general debe ser tomada en cuenta para el nombramiento de funcionarios judiciales: “la ausencia de impedimentos legales para el funcionario constituye la capacidad subjetiva y como rige para los actos del proceso en general, por consiguiente rige para los de prueba en particular; por ejemplo, cuando se trata de juez comisionado. El parentesco, la calidad de acreedor o deudor y la amistad o enemistad del funcionario con el testigo o perito no constituyen impedimento para el acto de prueba, porque no se trata de juzgar su conducta no sobre sus intereses, ni las decisiones que se adopten los vinculan u obligan. Quien está impedido para el proceso lo está para los actos de prueba, y el comisionado que estaría impedido para aquel, resulta inhabilitado para la comisión que tenga por objeto practicar o recibir pruebas.”⁶⁷

De igual manera, la capacidad de las partes también se requiere como presupuesto procesal para comparecer a juicio y que sus actos sean validos, ya que de lo contrario se incurre en nulidad de actuaciones por ilegitimidad de personería adjetiva.

“Los testigos y los peritos están sujetos a impedimentos o inhabilidades por parentesco y otras causas que hacen posible su parcialidad. Para los primeros se exige también la capacidad moral, que consiste en no haber sido condenados en sentencia ejecutoriada por perjurio o falsedad; por ello, cuando falta esa capacidad están impedidos para toda clase de declaraciones en proceso.”⁶⁸

2.1.8 LAS NORMAS O REGLAS JURÍDICAS COMO OBJETO DE PRUEBA

Desde un punto de vista abstracto las normas jurídicas pueden ser objeto de prueba judicial, en cuanto a su existencia en un Estado o territorio seccional, sin que esto signifique que sean necesariamente parte del tema de prueba. Una cosa es que pueda producirse prueba judicial para establecer que exista la norma (copias de la ley, testimonios o dictamen de peritos sobre la costumbre,

⁶⁷ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 345.

⁶⁸ Idem, p. 346.

certificaciones oficiales, entre otras), y otra muy diferente que sea necesario aducir esa prueba o llevarla oficiosamente con las formalidades procesales requeridas para la prueba de los hechos.

La prueba de las normas jurídicas se traduce, en definitiva, en la prueba de un hecho; que debe probar quien está legitimado para probar su existencia, ya que una vez comprobado, el juzgador encontrará los elementos del precepto jurídico invocado como violado.

Baste el sentido de estas opiniones, para determinar que el contenido de las normas jurídicas no requiere de prueba en específico, ya que descansan sobre el principio general del derecho de que “el tribunal conoce el derecho” (*iura novit curia*), de ahí también el principio que dice “nárrame los hechos y te daré el derecho”; parece claro cual es el sentido que le dio el legislador al artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuando dice: “Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en usos o costumbres.”

Únicamente es motivo de prueba, el derecho consuetudinario, es decir, el derecho que se deriva de los usos y las costumbres, tal y como lo prevé el numeral en cita; más sin embargo, no siempre ha sido así, este precepto aludido ha sufrido varias modificaciones, originalmente establecía tres supuestos:

1. El derecho fundado en leyes extranjeras;
2. El derecho basado en usos o costumbres;
3. La jurisprudencia.

Es por disposición de la ley, que existe la necesidad de la prueba procesal respecto de la costumbre, por lo que dicha prueba se hará llegar al juez a través de los medios y formalidades procesales que rigen para tales hechos, por lo que una “costumbre” de una región o comunidad, será considerada como un hecho de prueba.

Devis Echandía, citando a Carnelutti, señala que: “reconoce que en ocasiones se requiere cierta actividad procesal para hacer conocer del juez la costumbre nacional, pero considera que se trata de un mecanismo cuya semejanza con el probatorio es más aparente que real, porque se limita al aspecto lógico (proceso para inferir de la prueba la norma o el hecho) y no se extiende al jurídico, o sea, a las reglas jurídicas que señalan los

resultados de ese proceso lógico dentro de determinados esquemas (el juez no queda vinculado a las mismas reglas cuando fija el hecho o la norma consuetudinaria); sostiene, además, que la actividad de las partes, cuando prueban la costumbre, no es decisiva, sino subsidiaria, de simple auxilio a la función de búsqueda del juez, quien debe gozar de facultades inquisitivas al respecto.”⁶⁹

Ni el Derecho Extranjero ni la Jurisprudencia, son objeto de prueba, en virtud de que el legislador ha dispuesto de manera expresa en la ley, tanto en los artículos 282, 282 Bis del CPCDF y 192, 193 de la LA, que el juzgador sea quien conozca del Derecho Extranjero, tanto en su contenido, vigencia y alcance, y más aún, debe aplicarlo como lo harían los jueces de los Estados cuyo derecho resultare aplicable; y ha establecido la obligatoriedad de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Art. 282 CPCDF. El que niega sólo será obligado a probar:

- I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;
- II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;
- III. Cuando se desconozca la capacidad;
- IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción.

Art.192 LA. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decrete el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutoriadas ininterrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros, si se tratara de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las Salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.

⁶⁹ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p.187.

Art.193 LA. La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los Tribunales Unitarios, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado.

2.1.9 HECHOS QUE NO NECESITAN SER PROBADOS

Para determinar qué hechos no necesitan ser probados, es necesario señalar que el tema de prueba de cada proceso se comprende de: “hechos materiales o psíquicos,”⁷⁰ los cuales dan origen a la materialización de la hipótesis abstracta prevista en la ley, mismas que se particularizan cuando las partes fijan el objeto de la prueba o el tema de prueba, es decir, los hechos a probar, mismos que han quedado determinados con la fijación de la litis, la cual se forma con las afirmaciones contenidas en sus respectivos escritos, tanto de demanda, contestación, reconvencción y la contestación de la reconvencción.

Devis Echandía establece que: “son dos los requisitos para que un hecho forme parte del *“thema probandum”*: en primer lugar, que sea pertinente a los fines del proceso (lo que implica, además, que no esté prohibida su prueba y no sea imposible), y en segundo lugar, que la ley exija su prueba, o mejor dicho, que no estén exentos de prueba. Lo primero determina el objeto concreto de la prueba en cada proceso, y lo último, el contenido del tema probatorio o sobre lo cual deben aplicar las partes su actividad probatoria.”⁷¹

El tema de prueba pues, es lo que interesa a las partes, sin embargo, hay hechos que por exclusión no son objeto de prueba y tienen como característica que no son discutidos ni discutibles por las partes, con lo que quedan excluidos de la litis, no siendo objeto de prueba; tales hechos son:

1. Hechos confesados o admitidos por ambas partes.

⁷⁰ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 192.

⁷¹ Idem, p.192.

2. Hechos presumidos legalmente.
3. Hechos cuya prueba prohíbe la ley.
4. Hechos materia de cosa juzgada o de decisión prejudicial
5. Hechos inconducentes, no pertinentes o irrelevantes e imposibles.
6. Hechos notorios.

1. HECHOS CONFESADOS O ADMITIDOS POR AMBAS PARTES

No fueron discutidos por las partes del proceso, por considerar que estaban probados anticipadamente, debido a que los confesaron en sus escritos iniciales.

2. HECHOS PRESUMIDOS LEGALMENTE

Cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está exento de prueba, y tal es precisamente el objeto de las presunciones.

3. HECHOS CUYA PRUEBA PROHIBE LA LEY

Cuando la ley: “prohíbe probar un hecho, por razones de moral o de otro orden, resulta excluido del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia debatida y constitutiva un presupuesto de la pretensión o excepción; esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte del tema de prueba.”

4. HECHOS MATERIA DE COSA JUZGADA O DE DECISIÓN PREJUDICIAL

Este hecho innecesario de prueba que señala Devis Echandía, en la legislación mexicana no encuentra sustento, ya que la ley no lo prohíbe, sino que permite que se pueda probar, por formar parte de la litis que se plantea, al oponerse como excepción, por lo que no impide que las partes puedan ofrecer pruebas sobre esas excepciones.

5. HECHOS INCONDUCENTES, NO PERTINENTES O IRRELEVANTES E IMPOSIBLES

Además de que los hechos sean discutidos o discutibles: “se requiere, además, que sean pertinentes, que tengan trascendencia para la resolución del conflicto. Deben excluirse de prueba, por tanto, los hechos que no correspondan a los supuestos

jurídicos previstos en la norma cuya aplicación se pretende a través del proceso, o que no tengan relación con esos supuestos.”⁷²

“La conducencia o relevancia del hecho y su posibilidad de existencia son requisitos para que pueda ser objeto concreto de prueba y, con mayor razón para ser tema de ésta.”⁷³

6. HECHOS NOTORIOS

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece en su artículo 286, los hechos notorios pueden ser invocados por el tribunal, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes.

Tal disposición, sin lugar a dudas, sería acremente discutida por el penalista italiano Florian, ya que él considera: “que la circunstancia de ser notorio un hecho no deja de existir la posibilidad de que se convierta en objeto de prueba, ni de ser obligatoria su prueba”, “las fuentes de la notoriedad son múltiples, por lo general intrascendentes y a menudo falaces; que no comparte la opinión común adversa, de que lo notorio no debe probarse, y que, por el contrario, la notoriedad debe ingresar al proceso, sometida a las normas y exigencias de éste, que no excluye la discusión entre las partes. Sostiene que el juez no puede considerar como existente el hecho por ser notorio, a espaldas de las partes, de manera que si se niega ese hecho se hacen “aplicables sin ambages las normas comunes sobre la prueba.” “La notoriedad no exonera por sí misma de prueba los hechos que la acompañan; pero sí los podrá eximir de prueba cuando, una vez planteada, como objeto de controversia en el proceso, la cuestión de su existencia, no surjan discusiones al respecto.”

En nuestro sistema dispositivo mexicano, sin lugar a dudas, resulta muy difícil que un juez de manera unilateral exima de prueba un hecho por considerarlo notoriamente probado, no obstante que la ley se lo permita; ante tal situación, caemos en la necesidad de definir el concepto de “notoriedad”, sustentado con las “máximas de la experiencia” y haciendo una diferenciación con los “conocimientos privados del juez”.

El juzgador aplicando las “máximas de la experiencia” ha de llegar al convencimiento de los hechos notorios, sin necesidad de un medio de prueba, ya

⁷² Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 134.

⁷³ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 195.

que aquellas: “forman parte del proceso pensante”⁷⁴ para formarse credibilidad y certeza respecto de los medios de prueba que han aportado las partes al proceso, por lo que, partiendo de lo expresado por las partes en sus escritos iniciales, y basado en sus experiencias personales y profesionales, el juzgador puede llegar a considerar que un hecho notoriamente no requiere de prueba, por resultar claro y evidente en cuanto a su objeto, además de que no ha sido alegado por las partes, por: “formar parte de la experiencia normal de las cosas de la vida.”⁷⁵

Prieto Castro señala: “que si bien la jurisprudencia exige generalmente la prueba del hecho notorio por aplicación del principio dispositivo, los hechos de fama pública absoluta y las máximas de la experiencia al alcance de cualquier persona, pueden ser tenidas en cuenta por el juez de oficio, porque, a pesar de todo, no hace con ello una aportación de hechos y no atenta contra el principio de justicia rogada, y porque, en último extremo, estos se pueden calificar de evidentes.”⁷⁶

El Dr. Ovalle Favela, citando a Piero Calamandrei, define el hecho notorio diciendo que: “es el hecho cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social al tiempo de pronunciarse la resolución.”⁷⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que es notorio, en primer lugar, “lo que es público y sabido por todos”, además, de: “aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura propia de un determinado círculo social en el tiempo en que la decisión ocurre.”⁷⁸

Los principios establecidos por la doctrina, son recogidos en la legislación mexicana, así tenemos por ejemplo, que en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 284, señala: Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho.

El artículo 286 establece: Los hechos notorios no necesitan ser probados y el juez puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes.

⁷⁴ Younes Jerez, Simón, Credibilidad y Certeza en la Prueba Judicial, Editorial Leyer Ltda.. Bogotá, D.C.-Colombia, 2001, p. 184.

⁷⁵ Couture Juan Eduardo, Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil, T. II, Editorial Jurídica Universitaria, San José de Costarrica, 2001, p. 193.

⁷⁶ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 133.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Cfr. Jurisprudencia 210 del ASJF 1917-2000, T. VI, p. 172.

El art. 381, por su parte enuncia: El que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción.

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

El artículo 1280 del Código de Comercio, preceptúa: El que tiene a su favor una presunción legal sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción.

De igual manera el Código Federal de Procedimientos Civiles, en sus artículos 86, 88,192, determinan:

Artículo 86 CFPC: Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos o costumbres en que se funde el derecho.

Artículo 88 CFPC: Los hechos notorios pueden ser invocados por el tribunal, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes.

Artículo 192 CFPC: La parte que alegue una presunción sólo debe probar los supuestos de la misma, sin que le incumba la prueba de su contenido.

2.1.10 FUNCIONES DE LA PRUEBA

Se ha pretendido explicar la función de la prueba, a través de tres corrientes doctrinarias fundamentalmente, la que pretende fijar los hechos controvertidos; la que pretende la convicción del juzgador; la que conduce a la certeza respecto de afirmaciones hechas por las partes, en nuestra opinión la diferencia es de matiz, más no de fondo, ya que como puede apreciarse las tres corrientes doctrinarias, tienen puntos de contacto en cuanto a su función, ya que en el proceso, la prueba, sin duda cubre las tres corrientes doctrinarias, por lo que parece ocioso, hacer tales distinciones, más bien, la prueba cubre el objetivo buscado de acuerdo al momento procesal oportuno para su utilización.

Una cosa es la fijación de los hechos controvertidos u ordenación del uso de determinados procedimientos, que sirven para establecer los hechos conforme a lo dispuesto en la ley, aunque no se consiga la verdad, ya que la ley regula procedimientos que el juzgador tiene que utilizar como sistemas únicos para llegar a la fijación de los hechos y ésta, es la función de las normas probatorias.

La tesis que ve como fin de la prueba convencer al juez, se refiere a que las pruebas se encaminan a la convicción psicológica del juzgador, abandonando la búsqueda de la verdad histórica, con lo que la prueba aportada por las partes, sirve de apoyo al juzgador para que a través de operaciones psicológicas logre su convencimiento respecto a unos datos procesales determinados.

Lo cierto es que como dice Bentham, el juez para actuar conforme a derecho, debe cerciorarse de que los hechos controvertidos: “han existido en determinado lugar y en un tiempo determinado,”⁷⁹ para ello, debe apoyarse en las pruebas aportadas por las partes, verificando la existencia de los hechos afirmados. Por ello nuestra afirmación de que la función de los medios de prueba, es múltiple, debido a que por un lado, logra la convicción del juez, después de haber probado la existencia de los hechos controvertidos que fijan la litis planteada por las partes.

2.2 CARGA DE LA PRUEBA

Históricamente, el concepto de la carga de la prueba ha tenido un significado, regulación y alcance diferente: “en el antiguo derecho romano, como puede observarse en el procedimiento de la *legis actio sacramento* y, en general, en el proceso *per legis accione*, la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. En el período clásico existieron normas que asignaban indistintamente la carga, en cada caso, con un criterio práctico de equidad, o le dejaban esa tarea al juez a la manera de árbitro. Posteriormente, en el derecho Justiniano, surgieron principios generales, y, en particular, el fundamental que ponía a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho, como base de su acción o excepción, la prueba de él, ya fuera actor o demandado.”⁸⁰

“En la Edad Media y por obra especialmente de los juristas de Bolonia, que reviven el Derecho Romano, reaparece la carga de la prueba basada en el principio de que incumbe al actor, pero complementado con el principio que le asigna este carácter al

⁷⁹ Bentham, Jeremy, Tratado de las Pruebas Judiciales, Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, 2001, p. 8.

⁸⁰ Devis Echandía, Hernando, op. cit., supra nota 35, p. 402.

demandado que excepciona. Cada parte debe probar los hechos que afirma, es decir, con los cuales fundamenta la intención sea que demande o que excepcione.”⁸¹

“En España aparecen estos principios en las Partidas. En efecto, la Ley 1ª, Título 14, de la Partida 3ª, decía que “pertenece la prueba al demandador cuando la otra parte le negare la demanda o la cosa o el hecho sobre que le hace la pregunta”, y se exigía la prueba de la negación, cuando entrañaba una afirmación de otro hecho, por lo cual la Ley 2ª. Título 14, de la citada partida, habla de “cosas señaladas en que la parte que las niega es tenida de dar prueba sobre ellas”. Se le da así una correcta interpretación al principio romano según el cual debe probar *qui dicit non qui negat*.”⁸²

“Siglos más tarde advino la Revolución francesa y con ella, el Código de Napoleón, en el cual se introdujo un principio similar en el artículo 1315; este se encuentra mejor redactado en el artículo 1757 del Código Civil colombiano y en el artículo 1698 del Código Civil chileno, de donde se tomó: “Incumbe probar las obligaciones o su existencia al que alega aquellas o ésta”. Normas equivalentes se consagran en el artículo 1315 del Código Civil Español. Dichos textos contemplan literalmente la prueba de las obligaciones, pero la doctrina moderna está de acuerdo en que tiene un sentido general, a saber: Que corresponde probar los hechos constitutivos a quien los afirma, y que quien opone otro hecho con el cual pretende extinguir sus efectos jurídicos o modificarlos, debe probar por su parte.”⁸³

La carga de la prueba, es una carga procesal, ya que si las partes del proceso quieren lograr el convencimiento del juez respecto de los hechos afirmados por cada una de ellas, deben aportar elementos que demuestren indefectiblemente las aseveraciones realizadas, ya que el juez se encuentra obligado a sentenciar de acuerdo a lo probado en juicio (*secundum allegata et probata*), es por ello, que los juzgadores al elaborar sus sentencias, señalan por ejemplo: “El actor probó los hechos constitutivos de su acción, no así el demandado los de su excepción”.

Becerra Bautista, señala que: “la prueba tiende a demostrar al Juez la verdad de los hechos que cada una de las partes aduce como fundatorios de su demanda o de

⁸¹ Ibidem, p. 403.

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

su contestación, la falta de pruebas redundará en su perjuicio y por eso el ofrecimiento y la rendición de pruebas constituye lo que en teoría se denomina una carga procesal.”⁸⁴

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala en su artículo 281: “Las partes asumirán la carga de los hechos constitutivos de sus pretensiones.”

A través de la carga de la prueba se orienta la obligación de probar, es decir, se particulariza la pregunta ¿a quién corresponde probar?, por lo que, las partes del litigio deben proponer, preparar y aportar las pruebas al proceso de acuerdo a sus pretensiones.

Eduardo J. Couture, define a la carga de la prueba diciendo que: “es una situación jurídica, instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.”⁸⁵

2.2.1 CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA

La noción de la carga de la prueba: “determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en el proceso, necesita cada uno que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al juez cómo debe fallar en caso de que esas pruebas falten.”⁸⁶

Leo Rosenberg, establece que la carga de la prueba descansa en el principio de que: “cada persona soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos (aun de los negativos) de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal, en una palabra: sobre los presupuestos de las normas que le son favorables.”⁸⁷

La carga de la prueba, doctrinalmente es reconocida como un principio general de la prueba misma, por lo que, el que afirma está obligado a probar, debe acreditar ante la autoridad jurisdiccional el derecho que afirma tener, y por su

⁸⁴ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 93, p. 91.

⁸⁵ Couture J. Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª. edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. p. 215, 216.

⁸⁶ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 135.

⁸⁷ Rosenberg, Leo, op. cit., nota 42, p. 222.

parte, su contraria en el proceso debe probar, los hechos en los cuales basa su defensa.

“A través de la carga de la prueba se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y aportar las pruebas en el proceso; en otros términos, la carga de la prueba precisa a quién corresponde probar.”⁸⁸

De la lectura del principio general de la prueba, señalado anteriormente, de que el que AFIRMA está obligado a probar, podemos concluir que el que NIEGA no está obligado a probar, excepto en los casos siguientes:

1. Cuando la negación importe la afirmación expresa de un hecho.

Ejemplo: Negar que Rubén vendió de manera espontánea su casa, es afirmar que fue presionado para venderla.

2. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga a su favor la contraparte.

Esta hipótesis se refiere a las presunciones legales relativas que admiten prueba en contrario y tienen como consecuencia, invertir la carga de la prueba; no corresponde probar a quien afirma un hecho que la ley presume, sino al que lo niega.

3. Cuando la negativa sea elemento constitutivo de la acción.

Habrá que atender en cada caso al tipo de pretensión. Por ejemplo, quien haga valer una pretensión reivindicatoria deberá probar la no posesión del bien reclamado.

Podemos definir a la carga de la prueba como:

CARGA DE LA PRUEBA, “es un noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarle las consecuencias desfavorables.”⁸⁹

⁸⁸ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 129.

⁸⁹ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 406.

2.2.2 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CARGA DE LA PRUEBA

1. REGLA FUNDAMENTAL

Esta regla nos sirve para determinar a quién le corresponde la carga de la prueba, y tiene como fundamento el principio de carga procesal, el cual se constituye, no en una obligación: “sino en una facultad cuyo ejercicio es de interés exclusivo de las partes.”⁹⁰

Eduardo J. Couture, señala que la carga procesal: “es una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés propio del sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.”⁹¹

Podemos decir, que: “la carga de la prueba incumbe a quien de una afirmación pretende hacer derivar consecuencias para él favorables, ya que justo es que quien quiere obtener una ventaja soporte la carga probatoria. En consecuencia, el actor debe justificar el hecho jurídico del que deriva su derecho.

Así, la actora debe acreditar la existencia de una relación obligatoria. En el supuesto de que se justifiquen los hechos generadores del derecho que se pretende, la demandada tiene la carga de la prueba de las circunstancias que han impedido el surgimiento o la substancia del derecho del actor, puesto que las causas extinción de una obligación deben probarse por el que pretende sacar ventajas de ellas.”⁹²

En opinión de Devis Echandía, la: “carga de la probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.”⁹³

Por tanto, la regla fundamental, es que el actor deberá demostrar los hechos en que funda sus pretensiones, y el demandado deberá probar los hechos en que funde sus excepciones al cumplimiento de las obligaciones reclamadas.

⁹⁰ Cfr. Octava Época, instancia: Primer Tribunal Colegiado del Vigésimoprimer Circuito, Fuente: Semanario judicial de la Federación, T X, octubre de 1992, p., 291.

⁹¹ Couture J. Eduardo, op. cit., nota 119, p. 211.

⁹² Cfr. Octava época, instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación, T XII, septiembre de 1993, p. 291.

⁹³ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 468.

2. CLASES DE DEFENSAS QUE PUEDE OponER EL DEMANDADO

Según Savigny: “el demandado puede oponer al actor tres clases de defensas, y son: La negación absoluta, que impone a éste la carga de la prueba; negación relativa en la que admite el acto, pero se niega la forma o sus efectos jurídicos, y la carga de la prueba incumbe al demandado; oposición de un derecho al demandado a la acción del actor, y entonces tiene aplicación la regla que dice: “*Reus in excipiendo fit actor.*”⁹⁴

Si como hemos visto, la regla fundamental de la carga de la prueba es: “quien afirma tiene que probar”, a *contrario sensu*, el: “que niega no está obligado a probar.”

En refuerzo de lo que señala Savigny, el artículo 282 del Código de Procedimientos Civiles, establece que: “El que niega sólo será obligado a probar:

- I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho.
- II. Cuando desconozca la pretensión legal que tenga a su favor el colitigante.
- III. Cuando se desconozca la capacidad.
- IV. Cuando la negativa fuera elemento constitutivo de la acción.”

Así pues, “quien niega también tiene la carga de probar, entre otras cosas, cuando su negativa encierre la afirmación de un hecho o cuando se convierta la presunción que tiene a su favor el colitigante.”⁹⁵

2.2.3 REGLAS PARA DETERMINAR A QUIEN INCUMBE LA CARGA DE LA PRUEBA

Ambos principios sobre la carga de la prueba, son recogidos en la legislación mexicana, por ejemplo tenemos en el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que establece: “Las partes asumirán la carga de los hechos constitutivos de sus pretensiones” y el artículo 282 del que ya hemos hecho referencia.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, recoge dichos principios en sus artículos 81, 82, 83, 84, 192, 193, 194, 196; así como el Código de Comercio en sus artículos 1194, 1195, 1196.

⁹⁴ Mateos Alarcón, M., op. cit., nota 43, pág. 4.

⁹⁵ Cfr. Octava Época, instancia : Sexto Tribunal Colegiado del Vigésimoprimer Circuito, fuente : Semanario Judicial de la Federación, T X, octubre de 1992, p. 291.

Artículo 81 CFPC. El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones.

Artículo 82 CFPC. El que niega sólo está obligado a probar:

I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;

II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga a su favor el colitigante; y

III. Cuando se desconozca la capacidad.

Artículo 83 CFPC. El que funda su derecho en una regla general no necesita probar que su caso siguió la regla general y no la excepción; pero quien alega que el caso está en la excepción de una regla general, debe probar que así es.

Artículo 84 CFPC. El que afirma que otro contrajo una liga jurídica, sólo debe probar el hecho o acto que la originó, y no que la obligación subsiste.

Artículo 192 CFPC. La parte que alegue una presunción sólo debe probar los supuestos de la misma, sin que le incumba la prueba de su contenido.

Artículo 193 CFPC. La parte que niegue una presunción debe rendir la contraprueba de los supuestos de aquélla.

Artículo 194 CFPC. La parte que impugne una presunción debe probar contra su contenido.

Artículo 196 CFPC. Si una parte alega una presunción general que es contradicha por una presunción especial alegada por la contraria, la parte que alegue la presunción general estará obligada a producir la prueba que destruya los efectos de la especial, y la que alegue ésta sólo quedará obligada a probar, contra la general, cuando la prueba rendida por su contraparte sea bastante para destruir los efectos de la presunción especial.

Artículo 1194 C de C. El que afirma está obligado a probar. En consecuencia, el actor debe probar su acción, y el reo sus excepciones.

Artículo 1195 C. de C. El que niega no está obligado a probar sino en el caso de que su negación envuelva afirmación expresa de un hecho.

Artículo 1196 C. de C. También está obligado a probar el que niega, cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene a su favor el colitigante.

2.3 MEDIOS DE PRUEBA

Leo Rosenberg, considera que los medios de prueba: “son las cosas corporales que deben proporcionar al juez una percepción sensible, los portadores de la

intuición o de la transmisión: el objeto de inspección ocular, los documentos, los testigos, los peritos, las partes”. “Pero se denomina también medio de prueba lo que logra el magistrado mediante la percepción sensible de esas cosas corporales: la inspección ocular, el contenido en ideas de los documentos, las deposiciones de los testigos o de las partes, los dictámenes de los peritos; a esto corresponde la designación de materia de prueba o de comprobación.”⁹⁶

“Los medios de prueba pueden considerarse desde dos puntos de vista. Se entiende por medio de prueba la actividad del juez o de las partes, que suministra al primero el conocimiento de los hechos del proceso y, por tanto, las fuentes de donde se extraen los medios o argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso, es decir, la confesión de parte, la declaración del testigo, el dictamen del perito, la inspección o percepción del juez, la narración contenida en el documento, la percepción e inducción de la prueba de indicios”.

“Desde un segundo punto de vista, se entiende por medio de prueba los instrumentos y órganos que suministran al juez ese conocimiento y esas fuentes de prueba a saber: el testigo, el perito, la parte confesante, el documento, la cosa que sirve de indicio, es decir, los elementos personales y materiales de la prueba”.

“El medio suministra los hechos fuente de la prueba, y por lo tanto, el hecho que debe probarse no se deduce de aquel, sino de éstos, por ejemplo: si se trata de probar un contrato y se deducen medios de prueba como testimonios, confesión y documentos, aquel no se deduce propiamente de estos medios, sino de los hechos narrados en ellos.”⁹⁷

El Dr. Cipriano Gómez Lara, citando a Hugo Alsina, señala que: “se entiende por medio de prueba el instrumento, cosa, circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción.”⁹⁸ En este sentido, coincide el Dr. Ovalle Favela, cuando define a los medios de prueba como los: “instrumentos con los cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de prueba,”⁹⁹ y agrega que los: “instrumentos pueden consistir en objetos materiales –documentos, fotografías, entre

⁹⁶ Rosenberg, Leo, op. cit., nota 42, p. 203.

⁹⁷ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 528.

⁹⁸ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 301.

⁹⁹ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 145.

otros – o en conductas humanas realizadas en ciertas circunstancias – declaraciones de testigos, dictámenes periciales inspecciones, inspecciones judiciales, etcétera.”¹⁰⁰

De la transcripción anterior, podemos apreciar que el Dr. Ovalle Favela define de manera muy sencilla, a los medios de prueba, evitando en dicha definición incluir términos como fuentes, motivos, materia, argumentos o finalidad de las pruebas, ya que doctrinalmente, se ha considerado que se han confundido estos términos con los medios de prueba; a este respecto, es conveniente definir dicha terminología, para apreciar de manera clara la diferencia entre unos y otros.

2.3.1 CONCEPTOS SOBRE: FUENTES, MATERIA, MOTIVOS Y FINALIDAD DE LA PRUEBA

a) FUENTES DE LA PRUEBA

Devis Echandía, establece que existen dos opiniones acerca del sentido que debe dársele a esta noción de fuentes de la prueba:

1. La defendida por Carnelutti y Bentham, quienes consideran como fuentes de la prueba los: “hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho que se va a probar.”¹⁰¹
2. La sostenida por Guasp, quien ve tales fuentes en las: “operaciones mentales de donde se obtiene la convicción judicial.”¹⁰²

Con la expresión fuentes de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal.

Como ejemplo podemos señalar, que en la prueba testimonial, el testigo y su conocimiento de los hechos, son considerados como la fuente, existen antes

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Cita de Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 255.

¹⁰² Idem.

del proceso; y cuando se da inicio al proceso; una de las partes hará valer esa prueba para aportar al juez razones de convencimiento, respecto de los hechos controvertidos, y para ello, la ley regula el medio y la forma como debe aportarse dicha testimonial.

b) MATERIA

Se entiende por materia de prueba aquellas sustancias a las que el medio va incorporado, como la persona física del testigo o el papel del documento: “Consisten por tanto, en cosas o elementos materiales y personas humanas: aquellos, en los indicios que consisten en huellas o rastros dejados por personas o cosas o encontrados en éstas, en las inspecciones del juez, en los documentos públicos o privados, en los testimonios, dictámenes periciales y confesión. Es decir, las pruebas se encuentran en las cosas o en las personas, las conductas o acontecimientos se conocen por medio de documentos o de personas que los narran, y lo mismo sucede con los indicios. La materia es inseparable del medio de prueba, puesto que es la forma que esta adopta en cada caso.”¹⁰³

c) MOTIVOS

El Dr. Cipriano Gómez Lara, para definir los “motivos” de prueba, cita a Pallares y dice: “los procesalistas entienden por motivos de prueba, las razones, argumentos o intuiciones por las cuales el juez o tribunal tiene por probado o por no probado, determinado hecho u omisión.”¹⁰⁴

Leo Rosenberg, señala que los argumentos de prueba son las circunstancias extraídas del debate de las partes y de la estimación de la materia de comprobación, sobre las cuales se construye la convicción del magistrado: “los fundamentos que han sido decisivos para la convicción judicial.”¹⁰⁵

Los motivos de prueba, son el resultado del razonamiento que realiza el juzgador por llegar al convencimiento del valor probatorio de cada prueba, en relación con los hechos controvertidos.

En opinión de Devis Echandía, los “motivos” de prueba, responden a la: “interrogante de por qué un hecho (genéricamente entendido) es prueba de otro o de sí mismo. Son las razones, motivos o argumentos que justifican o fundamentan el valor de

¹⁰³ Ibidem., p. 261.

¹⁰⁴ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 301.

¹⁰⁵ Rosenberg, Leo, op. cit., nota 42, p. 204.

convicción de la prueba, para estimar la existencia o inexistencia del hecho por probar, sin los cuales la prueba dejaría de ser tal, puesto que no cumpliría función alguna, ni llenaría el fin que le es propio.”¹⁰⁶

d) FINALIDAD DE LA PRUEBA

Va acompañada de las interrogantes ¿para qué se prueba en el proceso? ¿qué se persigue al llevarle al juez la prueba?; estas interrogantes podemos contestarlas, diciendo que el fin de la prueba aportada en todo proceso: “es lograr que el juez llegue a una convicción u obtenga una certeza sobre los hechos o sobre las circunstancias también relativos a las pretensiones y a las resistencias de los litigantes,”¹⁰⁷ por consiguiente, el resultado de la prueba es: “la conclusión que de ella saca el juez, de acuerdo con sus motivos, fundamentos o argumentos.”¹⁰⁸

2.3.2 CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Para efecto de este punto de estudio, nos basaremos en lo que establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en razón del objetivo que se plantea en el presente trabajo de tesis, ya que los diversos autores que se consultaron hacen clasificaciones diversas, respecto de esta materia, así tenemos por ejemplo a Devis Echandía que señala una primera clasificación y establece:

1. Medios directos e indirectos.
2. Medios críticos o históricos.
3. Medios plenos o compuestos.
4. Medios imperfectos o incompletos.
5. Medios de cargo y de descargo.
6. Medios simples y complejos o compuestos.
7. Medios formales y sustanciales.
8. Medios sumarios y contradichos.
9. Medios preconstituidos y casuales.
10. Medios procesales y extraprocesales.
11. Medios personales y reales o materiales.
12. Medios de primer grado o grado mayor.

¹⁰⁶ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 259.

¹⁰⁷ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 302.

¹⁰⁸ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 242.

13. Medios principales y accesorios.

El mismo Devis Echandía, señala que: “si se consideran los medios en sí mismos pueden formularse varias clasificaciones:

En medios libres y legales o regulados; medios lícitos o permitidos; ilícitos o prohibidos; personales, documentales y materiales; en representativos o históricos y no representativos o críticos.”¹⁰⁹

El Dr. Ovalle Favela, destaca la siguiente clasificación de los medios de prueba:¹¹⁰

1. Pruebas directas e indirectas.
2. Pruebas preconstituidas y por constituir.
3. Pruebas históricas y críticas.
4. Pruebas reales y personales.

Becerra Bautista, señala como clasificación de los medios de prueba los siguientes:¹¹¹

1. Pruebas directas e indirectas.
2. Pruebas simples y preconstituidas.
3. Pruebas históricas y pruebas críticas.
4. Pruebas permanentes y pruebas transitorias.
5. Pruebas mediatas e inmediatas.
6. Pruebas reales y personales.

Dentro de las clasificaciones de los medios de prueba, encontramos la que enuncian y nos ofrecen los códigos de procedimientos de las diversas materias jurídicas reguladas, ya que generalmente, ahí es donde se reglamentan, los diversos medios de prueba, que el legislador ha considerado más adecuados para resolver las controversias planteadas ante los órganos jurisdiccionales, por lo que (de manera limitativa), no se deberían emplear otros medios de prueba, que no estén expresamente reconocidos y reglamentados en la ley.

En el Derecho Positivo mexicano, el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece de manera general que “Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o

¹⁰⁹ Ibidem., p. p. 532, 533.

¹¹⁰ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. p. 146, 147.

¹¹¹ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 95, p. p. 107 a 110.

dudosos”, y en relación con el artículo 278 del mismo ordenamiento, que a la letra dice: “Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral”.

Por lo que, se entiende que se adopta un sistema de prueba libre o libertad de medios, con la única limitante de que los medios de prueba no estén expresamente prohibidos por la ley o que sean contrarios a la moral, renunciando al carácter taxativo que anteriormente adoptaba, al enunciar los medios de prueba reconocidos por la ley, como son: la confesional, los documentos públicos y privados, los dictámenes periciales, el reconocimiento o inspección judicial, el testimonio de terceros, las fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, las presuncionales; dichos medios de prueba, aún y cuando ya no se encuentran enunciados en un solo artículo de manera limitativa, si se encuentran regulados en el Código de Procedimientos Civiles en cuanto a su ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo.

Así pues, el razonamiento vertido en el párrafo anterior, encuentra sustento en lo expresado por Devis Echandía, cuando señala: “Algunos códigos le dan expresamente un carácter taxativo a la enumeración de los medios de prueba (C.de P. C. Col. Art. 593). Otros los reglamentan, sin que exista un texto que los enumere como los únicos utilizables en el proceso. En el segundo caso puede discutirse si sería válido un medio diferente de los contemplados en la ley. Creemos que en todo sistema de regulación legal los medios de prueba, la enumeración que contenga, bien sea en un texto especial o en los medios que los reglamentan, tienen carácter taxativo, aún cuando no se diga expresamente, a menos que se autorice al juez para admitir otros que considere útiles o convenientes; es decir, para que exista el sistema de prueba libre o libertad de medios, es indispensable norma legal que lo consagre. Ejemplo del último sistema es el artículo 378 del nuevo Código de Procedimiento Civil y Comercial para la justicia nacional argentina, y el artículo 175 del nuevo Código de Procedimiento Civil Colombiano, pues

enumeran los medios clásicos y luego dicen que el juez podrá aceptar otros que estime útiles.”¹¹²

Volviendo a la clasificación que propone el Dr. Ovalle Favela, los medios de prueba que establece la legislación Mexicana, se clasifican en:

“a) Pruebas directas e indirectas.

Las primeras muestran al juzgador el hecho por probar directamente y las segundas lo hacen por medio de otro hecho u objeto –declaración, dictamen, etcétera-, la regla general es que las pruebas sean indirectas: la confesión, la testimonial, los documentos, etcétera. La prueba directa por excelencia es la inspección judicial, ya que pone al juez en contacto directo con los hechos que se van a probar.

b) Pruebas preconstituidas y por constituir.

Las primeras existen previamente al proceso, como en el caso típico de los documentos. Las pruebas por constituir son aquellas que se realizan sólo durante y con motivo del proceso, como la declaración testimonial, la inspección judicial, los dictámenes periciales, etcétera.

c) Pruebas históricas y críticas.

Las primeras reproducen o representan objetivamente los hechos por probar: tal es el caso de las fotografías, las cintas magnetofónicas, los documentos, entre otros. Las segundas no representan el hecho por probar, sino que demuestran la existencia de un hecho, del cual el juzgador infiere la existencia o inexistencia del hecho por probar. De esta segunda clase son las presunciones.

d) Pruebas reales y personales.

Las pruebas reales son las que consisten en cosas: documentos, fotografías, entre otras. Las pruebas personales, como su nombre lo indica, consisten en conductas de personas: la confesión, el testimonio, el dictamen pericial, etcétera.”¹¹³

El Código Federal de Procedimientos Civiles, regula de manera limitativa los medios de prueba, ya que no autoriza al juzgador a admitir en juicio otros medios de prueba que le sean útiles o convenientes, debido a que en su artículo

¹¹² Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 534.

¹¹³ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 146.

79, señala: “Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.”

La limitante del juzgador está en la ley jurídica y en la pertinencia del elemento probatorio, debido a que se adopta el sistema legal de los medios de prueba; además, de que el artículo 93 de dicho ordenamiento, establece que: “La ley reconoce como medios de prueba: I La confesional; II Los documentos públicos; III Los documentos privados; IV Los dictámenes periciales; V El reconocimiento o inspección judicial; VI Los testigos; VII Las fotografías, escritos y notas taquigráficas, y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia; y VIII Las presunciones.

El Código de Comercio, adopta un sistema de libertad de pruebas o de libertad de medios probatorios, con la limitante de que dichas pruebas no sean contrarias a la moral o al derecho, tal y como se establece en los artículos 1198 y 1205, en relación a éste último, que a la letra dice: “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 parte, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad”.

A efecto de poder identificar, de manera precisa, los medios de prueba que generalmente se consagran en todo proceso, independientemente del sistema de prueba que se adopte, podemos estudiarlos de manera independiente, y así tenemos:

2.3.3 DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA

I. LA CONFESIÓN

Para el Dr. Ovalle Favela: “la confesión, es una declaración vinculativa, pues generalmente contiene un reconocimiento de hechos de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante.”¹¹⁴

El Dr. Cipriano Gómez Lara, considera a la prueba confesional, como prueba: “provocada y que consiste en someter a una de las partes en el proceso, por la otra, a un interrogatorio especial.”¹¹⁵

Para Caravantes: “la confesión, considerada como medio de prueba, es la declaración o reconocimiento que una parte hace de los hechos litigiosos alegados por la contraria.”

Lessona señala que: “la confesión es la declaración, judicial o extrajudicial (espontánea o provocada), con la cual una parte, capaz de obligarse, con el ánimo de suministrar a la otra una prueba con perjuicio suyo, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho, que es susceptible de efectos jurídicos.”¹¹⁶

Becerra Bautista, señala que: “de nuestro derecho positivo podemos deducir la siguiente definición descriptiva: Confesión judicial es el reconocimiento de hechos propios que produce efectos jurídicos en contra de quien, siendo capaz, lo hace libre y formalmente en juicio.”¹¹⁷

Por su parte, Devis Echandía al referirse a la confesión, hace la siguiente consideración: “La confesión es una declaración de parte, entendida ésta en un sentido formal procesal, es decir, como sujeto de la relación jurídica procesal en la condición de demandante, demandado o tercero interviniente. Sin embargo, no todas las declaraciones de parte en documentos extraprocesales de naturaleza contractual o simplemente probatorio, caso en el cual integran el contenido de estos, y en esta forma asumen la índole propia de prueba documental. El caso de las declaraciones hechas en escritos procesales, como el de demanda o el de excepciones, es especial, ya que pueden contener confesiones y admisiones o reconocimientos de hechos. Además, una

¹¹⁴ Ibidem, p. 147.

¹¹⁵ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 1, p. 303.

¹¹⁶ Lessona, Carlo, Teoría de las pruebas en derecho civil, Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, 2001.

¹¹⁷ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 95.

declaración oral de parte puede ser totalmente favorable a quien la hace o referirse a cuestiones de derecho, en cuyo caso tampoco contendrá una confesión.”¹¹⁸

De las definiciones de Caravantes y Lessona, se desprenden dos elementos que son tratados como puntos específicos por Devis Echandía, y que conviene considerar, para formarnos un criterio a este respecto, y nos dice: “uno de los actos procesales que emanan de las partes es su propia declaración. Se suele confundir la declaración de parte con la confesión, pero es indispensable separar las dos nociones, pues la primera es el género y la segunda una de las especies; es decir, que toda confesión es una declaración de parte, pero esta puede contener o no una confesión.”¹¹⁹

“Las declaraciones de parte pueden ocurrir de diferentes modos y para fines diversos. Por ello es posible clasificarlas de la siguiente manera:

- a) Declaraciones procesales y extraprocesales.
- b) Documentales y orales.
- c) Espontáneas o por iniciativa propia y por interrogatorio.
- d) Informales y formales.
- e) Con fines probatorios y con fines constitutivos o informativos.
- f) Obtenidas por interrogatorio libre o informal y por interrogatorio regulado o formal del juez o del adversario.
- g) Como especie separada, el llamado juramento.
- h) Según que su mérito o fuerza de convicción esté previamente señalado por tarifa legal o que se deje al libre criterio del juzgador, suele hablarse de declaración legal de parte y de declaración libre de parte.”¹²⁰

Es necesario, por tanto, distinguir entre declaración de parte (género) y confesión (especie); toda confesión es una declaración de parte, pero esta no es siempre una confesión.

Siguiendo los conceptos de Devis Echandía, encontramos que al estudiar la “prueba confesional”, éste considera que dicha prueba, debe reunir requisitos de existencia, de validez, de eficacia y requisitos especiales, los cuales tienen como fundamento, según su apreciación, las antiguas Partidas que estructuraron el

¹¹⁸ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 556.

¹¹⁹ Idem., p. 540.

¹²⁰ Idem.

derecho español (Ley 4ª., Título XIII, Partida III), y no la frase de Tancredo que reunía los elementos esenciales de la confesión, como lo son: “Que provenga de quien es mayor de edad; que sea espontánea; que sea consciente; que sea contra sí mismo; que se haga ante juez competente y en presencia de la parte contraria o que conste en el proceso y se comuniqué a éste; que recaiga sobre cosa cierta; que se haga en el proceso; que favorezca a la parte contraria; que vaya contra la naturaleza o la ley.”¹²¹

REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE LA CONFESIÓN

“Los requisitos de la confesión pueden clasificarse en tres categorías:”¹²²

1. Requisitos para su existencia.
2. Requisitos para su validez.
3. Requisitos para su eficacia probatoria.

1. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA

- a) Debe ser una declaración de parte.
- b) Debe ser declaración personal, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro.
- c) Debe tener por objeto hechos,
- d) Los hechos sobre que versa deben ser favorables a la parte contraria.
- e) Debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre conocimiento de hechos ajenos.
- f) La declaración debe tener siempre una significación probatoria.
- g) Debe ser consciente.
- h) Debe ser expresa y terminante.
- i) Capacidad jurídica del confesante.
- j) Que la declaración no sea el resultado de métodos violentos o artificiales que destruyan la voluntariedad del acto.
- k) Debe ser seria.

2. REQUISITOS PARA SU VALIDEZ

- a) La plena capacidad del confesante, salvo excepción consagrada en la ley.
- b) Libre voluntad del confesante o ausencia de coacción.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Idem, p. p. 556 a 616.

- c) El cumplimiento de las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar, cuando es confesión judicial provocada.
- d) Que no exista otra causal de nulidad que vicie la confesión, cuando es judicial.

3. REQUISITOS PARA SU EFICACIA PROBATORIA

- a) La disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado.
- b) La legitimación para el acto, si es de representante o apoderado.
- c) Su conducencia o idoneidad como medio de prueba del hecho confesado o la aptitud legal para probar ese hecho.
- d) La pertinencia del hecho confesado, en relación con el litigio o el proceso voluntario.
- e) Que el hecho haya sido alegado por las partes, a menos que sea necesario, o que la ley autorice su consideración oficiosa por el juez.
- f) Que la confesión tenga causa y objeto lícitos y que no sea dolosa ni fraudulenta.
- g) Que la voluntad del confesante no esté viciada por error de hecho o dolo, cuya prueba autorice su revocación.
- h) Que la ley no prohíba investigar el hecho.
- i) Que el hecho sea metafísica y físicamente posible.
- j) Que el hecho confesado no sea contrario a otro que goce de notoriedad.
- k) Que el hecho confesado no esté en contradicción con las máximas generales de la experiencia.
- l) Que el hecho confesado sea jurídicamente posible, por no existir presunción "*iuris et de iuri*" o como cosa juzgada en contrario.
- m) No existir prueba en contrario, cuando la ley la autoriza.
- n) Que se pruebe oportunamente el hecho de la confesión, si es extrajudicial.
- ñ) Oportunidad procesal de su concurrencia, cuando es confesión judicial espontánea, o de su prueba, si tuvo lugar en otro proceso o extrajudicialmente.

4. REQUISITOS ESPECIALES DE LA CONFESIÓN JUDICIAL

- a) Que se haga en un proceso o en diligencia judicial previa, es decir, ante un juez en ejercicio de sus funciones.
- b) Que el juez sea competente, si lo exige expresamente la ley.
- c) No es indispensable que ocurra en el mismo proceso, salvo que una norma legal lo exija."

Leo Rosenberg, señala como presupuesto de la confesión, la existencia de un: “hecho que sea desfavorable para el admitente, es decir, que la carga de su prueba corresponda a la otra parte, y, además, que haya sido afirmado por ésta y no se haya retirado la afirmación.”¹²³

Rosenberg, trata el tema de los elementos característicos de la confesión, y señala: “La confesión es una declaración unilateral hecha al tribunal. Por ello es también posible en ausencia de la parte contraria; y se produce oralmente en el debate ante el tribunal de conocimiento (juez único) o mediante declaración asentada en las actas del juez exhortado o delegado; pero no en un escrito preparatorio, y únicamente por escrito cuando se procuren en forma escrita los fundamentos de la resolución; en caso contrario, se trata de la denominada confesión extrajudicial. Puede hacerse: por la parte en el proceso de parte, cuando gestiona por sí misma el proceso, o comparece y hace declaraciones voluntariamente o por disposición del tribunal junto al apoderado procesal; pero no en ocasión de la declaración de parte; portado litisconsorte, para su proceso; por el interviniente, pero no puede éste último hacerlo en contradicción con la parte principal; y en el proceso de abogado, ante el tribunal de conocimiento únicamente por el abogado habilitado. Tiene como contenido que sería verdad la afirmación del adversario, pero no se exige ni el convencimiento de esta verdad ni querer sus consecuencias, ni siquiera la conciencia de las mismas, es así una declaración de veracidad, y puede realizarse, según las reglas de la interpretación, en cualquier forma, incluso condicional.

La interpretación debe también establecer el alcance de la confesión; en particular, en el caso de un aditamento o de una limitación; así en el de la llamada confesión calificada. Tal adición no elimina los efectos de la confesión: no sólo cuando contiene un medio de ataque o de defensa independiente, como por ejemplo: la declaración del demandado de que ha recibido lo prestado, pero lo ha devuelto, sino en general cuando la afirmación admitida presenta un carácter de tipicidad independiente; por ejemplo, el demandado responde, ante la demanda por préstamo; que es cierto que ha recibido dinero, pero como regalo y no como préstamo: entonces, está admitida la recepción del dinero, y no necesita prueba.”¹²⁴

El Dr. Ovalle Favela, al hablar de la prueba confesional señala que la prueba confesional: “es una declaración vinculativa, pues generalmente contiene un

¹²³ Rosenberg, Leo, op. cit., nota 42, p. 214.

¹²⁴ Idem., p. p. 214, 215.

reconocimiento de hechos de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante. Es, además, una declaración de una de las partes del juicio, lo cual la distingue del testimonio, que es una declaración de un tercero ajeno a la controversia, declaración que por otro lado, no tiene el carácter vinculativo de la confesión. Por último, la confesión debe referirse a hechos propios, es decir, a hechos en cuya ejecución haya participado el confesante.”¹²⁵

De la clasificación de la confesión, el Dr. Ovalle Favela se refiere a que los autores clasifican a la confesión en dos grandes grupos: “la judicial, que es aquella que se practica en juicio, ante un juez competente y de acuerdo con las formalidades procesales establecidas por la ley, y la extrajudicial, que es la que se hace fuera de juicio, ante un juez incompetente o sin cumplir las formalidades procesales.”¹²⁶

El Dr. Ovalle Favela, considera que la confesión judicial, puede clasificarse en: a) Confesión judicial espontánea y provocada; b) Confesión judicial expresa y tácita o ficta.

a) CONFESIÓN JUDICIAL ESPONTÁNEA Y PROVOCADA

La primera es aquella que una parte formula, ya en su demanda o en su contestación, sin que su contraparte haya requerido la prueba; y la confesión judicial provocada es la que se realiza cuando una de las partes ofrece la prueba de confesión de su contraparte y se practica cumpliendo las formalidades legales.

La confesión judicial provocada, encuentra su antecedente en la legislación romana: “cuando en la primera parte del juicio, el Pretor interrogaba a los contendientes a fin de adquirir los datos necesarios para dictar la fórmula; y cuando cambió la forma de los juicios entonces fue sustituida la *interrogatio in iur*, como se le llamaba, por la *interrogatio in iudicio*, por la cual el demandado podía ser interrogado sobre todos los puntos perjudiciales relativos a sus relaciones personales, tanto por el juez como por su adversario”¹²⁷. De igual forma, el Derecho Canónico, adoptó el sistema de provocación, y fue durante la Edad Media, que alcanzó su desarrollo, mismo que se conserva hasta hoy en día.

¹²⁵ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 147.

¹²⁶ Idem., p. p. 147, 148.

¹²⁷ Mateos Alarcón, M., op. cit., nota 43, p. 64.

b) CONFESIÓN JUDICIAL EXPRESA Y TÁCITA O FICTA

La primera es la que se formula con palabras, respondiendo a las preguntas o “posiciones” que hace la contraparte o el juez; y la confesión judicial tácita o ficta es la que presume la ley cuando el que ha sido citado para confesar, se coloque en alguno de los supuestos siguientes:

1. No comparezca sin causa justa;
2. Compareciendo, se niegue a declarar, o
3. Declarando, insista en no responder afirmativa o negativamente (art.322 CPCDF)

También se produce la confesión ficta cuando se dejan de contestar hechos de la demanda o se contestan con evasivas (art. 266 CPCDF) o cuando simplemente no se contesta la demanda (art.271 CPCDF), salvo el caso de demandas que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas y en los casos en que el emplazamiento se hubiere practicado por edictos, pues en tales hipótesis se produce una negativa ficta.

“La confesión ficta constituye sólo una presunción relativa, ya que admite prueba en contrario.”¹²⁸

La confesión judicial expresa, puede ser simple o cualificada. En el primer caso, el confesante acepta lisa y llanamente que los hechos ocurrieron precisamente en los términos en los cuales se le pregunta; en el segundo caso, el confesante, además de reconocer la veracidad de los hechos, agrega nuevas circunstancias generalmente a su favor. La confesión cualificada, se subdivide en divisible e indivisible. Es divisible o dividua, nombre con el cual también se le designa, cuando la circunstancia o modificación que se añade en la confesión cualificada, puede separarse del hecho sobre el cual recae la pregunta.

Es indivisible cuando la circunstancia o modificación añadida es inseparable del hecho preguntado, y no se puede admitir en una parte y desechar en otra (art. 310 CPCDF).

Respecto de la problemática que representa la valoración de este tipo de prueba, el Tribunal de alzada ha dicho:

¹²⁸ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 148.

“PRUEBA CONFESIONAL. VALORACIÓN DE LA. Para valorar una declaración orientada por un interrogatorio, como lo es la confesional en materia civil, es indispensable analizar conjuntamente tanto las preguntas como las respuestas, ya que las primeras son rectoras del sentido de las segundas, por lo que si el cuestionario se encuentra indebidamente formulado, necesariamente va a dar como resultado una respuesta incorrecta y apartada de la realidad.”¹²⁹

La diferencia entre confesión dividua y la individual: “consiste en que la primera produce el mismo efecto que la simple y que para que redunde en beneficio del confesante es indispensable que éste pruebe la modificación o circunstancia que agregó; en tanto que la individual impone al adversario la obligación de probar que tal modificación o circunstancia es falsa.”¹³⁰

De los conceptos de los autores antes referidos, es conveniente, analizarlos a la luz de los preceptos consagrados en la legislación mexicana, así tenemos que en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la prueba confesional se encuentra regulada por los artículos 308 al 326, en relación con el artículo 389 y su valor probatorio se consagra en el artículo 402 del mismo ordenamiento.

Antes de la reforma del artículo 402 del CPCDF, éste establecía las condiciones para que la prueba confesional, hiciera prueba plena, y requería una serie de condiciones, tales como, que la persona que iba a desahogar la prueba, fuera capaz de obligarse, que tuviera conocimiento y libertad para desahogarla, así como que se tratara de hechos propios, o en su caso del representado o del cedente, y concerniente al negocio, además, que se desahogara conforme a las formalidades de ley. Como puede apreciarse, el precepto referido, reúne requisitos tanto de existencia, validez, eficacia y especiales a que hace referencia de una manera amplia, tanto Devis Echandía, como Rosenberg.

Actualmente, el artículo 402 del CPCDF, se refiere de manera genérica a las pruebas aportadas en el proceso, y señala: “los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de

¹²⁹ Cfr. Tesis aislada 215607, octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, XII, Agosto de 1993, p. 528, Materia Civil.

¹³⁰ Mateos Alarcón, M. op. cit., nota 43, p. p. 62, 63.

lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión”; además, el legislador excluyó del sistema de valoración de la sana crítica, consagrado en el artículo 402, a las pruebas documentales públicas, ya que estableció en el artículo 403, que: “Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los documentos públicos, los que tendrán valor probatorio pleno, y por tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la pretensión que en ellos se funde”.

El artículo 406, que hoy día, se encuentra derogado, establecía “La confesión hecha en la demanda, en la contestación o en cualquier otro acto de juicio, hará prueba plena sin necesidad de ratificación ni ser ofrecida como prueba”; por otra parte, los artículos 407 y 408 hacían referencia a la confesión extrajudicial, mismos que también se encuentran derogados, y señalaban: “La confesión extrajudicial hará prueba plena si el juez incompetente ante quien se hizo era competente en el momento de la confesión, o las dos partes lo reputaban como tal o se hizo en la demanda o contestación, réplica o duplica”. El artículo 408, establecía que: “La confesión extrajudicial hecha en testamento también hace prueba plena, salvo en los casos de excepción señalados por el Código Civil”. (estos artículos fueron derogados por reforma del 10 de enero de 1986).

Antes de la reforma del 10 de enero de 1986, el artículo 409 del Código de Procedimientos Civiles, establecía la hipótesis, de cuando la confesión no tenía valor probatorio pleno, y señalaba: “La confesión no producirá el efecto probatorio a que se refieren los artículos anteriores, en los casos en que la ley lo niegue y en aquellos en que venga acompañada con otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil o descubran la intención de defraudar a terceros. Debe el juez razonar cuidadosamente esta parte de su fallo”.

DEL OFRECIMIENTO Y ADMISIÓN DE LA PRUEBA CONFESIONAL

La prueba confesional provocada, como ya se ha dicho, se encuentra regulada por los artículos 308 al 326 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en relación con los artículos 291, 292, 298, 398 y 402 del mismo ordenamiento, pero, qué dice la ley en relación a las formalidades que debe

guardar esta probanza; la ley señala en su artículo 292 las formas como puede ofrecerse la prueba confesional:

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

Respecto de lo señalado por el artículo 292, en relación con las formas como puede ofrecerse la prueba confesional, cabe hacer las siguientes consideraciones: cuando se dice, que la prueba se ofrece presentando “el pliego que contenga las posiciones”, se refiere al escrito que se presenta en sobre cerrado, en el cual se formulan en forma rígida, deben articularse en términos precisos; no han de contener cada una más que un solo hecho, y deben concretarse a hechos que sean objeto del debate (pertinencia)(art. 312 CPCDF), y éste ha de ser propio del absolvente; no han de ser insidiosas(art. 311 CPCDF).

El término “posiciones” que utiliza el artículo en comento, éste encuentra su origen en el Derecho Canónico, y se refería: “a las preguntas que los litigantes podían hacerse en el juicio sobre la verdad de los hechos controvertidos, institución jurídica que mereció la sanción de las leyes civiles y que ha sido reproducida y está reglamentada por el Código de Procedimientos Civiles aunque sustituyendo el juramento por la protesta de decir verdad.”¹³¹ (Art. 308 CPCDF)

Eduardo Pallares, considera que por la naturaleza misma de las posiciones, éstas no son preguntas que se formulan al confesante, ya que su: “estructura gramatical lo demuestra por que se redactan de la siguiente manera: “Diga usted si es cierto como lo es”; claramente se manifiesta en la fórmula anterior la existencia de dos cosas distintas: a) El articulante afirma la verdad de un hecho, al decir si es cierto como lo es; b) Conmina al confesante para que reconozca la verdad del hecho afirmado por él. Por tanto, puede decirse que las posiciones son fórmulas autorizadas por la ley, mediante

¹³¹ Ibidem., p. p. 64,65.

las cuales el articulante afirma la existencia de un hecho litigioso y conmina al confesante para que lo reconozca como tal.”¹³²

De lo señalado, podemos considerar que las posiciones se constituían en el instrumento procesal, que en los siglos medios se idea para traer al juicio el conocimiento de las partes sobre los hechos, provocando respuestas o contestaciones.

Por “posiciones”, debe entenderse: “cada una de las preguntas que cualquiera de los litigantes ha de absolver o contestar bajo juramento, ante el juzgador, estando citados para este acto las otras partes.”¹³³ Respecto de la definición anterior, es necesario resaltar el concepto de “juramento”, para sustituirlo por “bajo protesta de decir verdad”, atendiendo al principio de separación de iglesia-Estado; es por ello, que el artículo 319 del código adjetivo de la materia, ha recogido este principio y establece: “De las declaraciones de las partes se levantarán actas, en las que se hará constar la contestación implicando la pregunta, iniciándose con la protesta de decir verdad y los generales”.

En la práctica del ofrecimiento de pruebas ante los órganos jurisdiccionales: “el pliego de posiciones se puede presentar no sólo anexo al escrito de ofrecimiento de pruebas, sino también en forma separada, con tal que sea antes de la audiencia.”¹³⁴

En atención a la segunda forma como puede ofrecerse la prueba confesional, es decir, cuando no se acompaña el “pliego de posiciones” y se solicita únicamente la citación del absolvente, cabe hacer mención, que en esta segunda forma, si el absolvente no asiste el día y hora fijados para el desahogo de su confesional: “no podrá ser declarado confeso, ya que esta disposición sólo procede respecto de aquellas posiciones que con anticipación se hubieren formulado” (art. 292 CPCDF). Es común que en la práctica, el postulante presente el “pliego de posiciones” unos minutos antes de la celebración de la audiencia, buscando que se declare la confesión ficta del absolvente, en caso de no comparecer.

¹³² Eduardo Pallares, Derecho Procesal Civil, 10a edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 381.

¹³³ www.lexjuridica.com/diccionario.php-abril 23 de 2006.

¹³⁴ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 150.

TIEMPO EN QUE SE PUEDE RECIBIR LA PRUEBA CONFESIONAL

El artículo 308 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, señala que: “Desde los escritos de demanda y contestación a la demanda y hasta diez días antes de la audiencia de pruebas, se podrá ofrecer la de confesión, 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.”

PREPARACIÓN DE LA PRUEBA CONFESIONAL

El absolvente del pliego de posiciones, debe ser citado personalmente y apercibido, de que si no comparece será declarado confeso de las posiciones que previamente se hubieren formulado y calificado de legales, de acuerdo a lo que establece el artículo 309 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual, menciona que la citación del absolvente, puede hacerse a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia; y plantea la posibilidad de que el absolvente pueda no comparecer a la diligencia referida, siempre y cuando tenga una justa causa para no comparecer; por lo que, a parte que haya ofrecido la prueba confesional de su contraria, debe asegurarse de que sea notificada personalmente en el domicilio señalado, ya sea en la demanda o contestación de la misma, es importante verificar el último domicilio señalado por las partes, para oír y recibir notificaciones, ya que es en este, donde debe notificarse tal citación (art. 114 –II CPCDF), además de cerciorarse, que en el auto que admite la prueba de referencia, se haga de manera expresa el apercibimiento que señala el artículo 309 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismos requisitos que debe de contener la cédula de notificación ficta (art. 323 CPCDF), ya sea en el mismo acto de la diligencia o dentro de los tres días posteriores.

Ante la importancia de la prueba confesional, es necesario preguntarnos ¿quién puede absolver posiciones? ¿ante quién debe absolverlas?, las respuestas a estas preguntas, las encontramos en el artículo 311 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismo que señala lo siguiente: “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 señala necesidad de que la absolución deba realizarse de modo estrictamente personal, y existan hechos concretos en la demanda o contestación que justifiquen dicha exigencia, la que será calificada por el tribunal para así ordenar su reposición”; por consiguiente, es una persona física, a la que se le denomina “absolvente”, y forma parte del juicio, la que debe desahogar las posiciones que su contraparte articule, ante la presencia del juez competente.

El artículo 311 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece dos requisitos para que pueda desahogarse la confesional de manera personal y no por medio de apoderado o representante, mismos que son:

1. Que así lo solicite el oferente de la prueba desde el escrito de ofrecimiento de pruebas.
2. Que efectivamente existan hechos expresados en la demanda o en la contestación a la demanda que justifiquen dicha solicitud de prueba.

Se entiende que si no se cumplen estos dos requisitos, se puede absolver posiciones por medio de mandatario o representante, forzosamente debe ser conocedor de todos los hechos controvertidos propios de su mandante o representado, y no podrá manifestar desconocer los hechos propios de aquél por quien absuelve, ni podrá manifestar que ignora la respuesta o contestar con evasivas, ni mucho menos negarse a contestar o abstenerse 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.

Por regla general quien absuelve posiciones es una persona física, pero qué sucede cuando quien debe absolverlas es una persona moral; en este caso en el tercer párrafo del artículo 310 del Código de Procedimientos Civiles, prevé que “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 párrafo anterior”. (El apoderado o representante, debe conocer forzosamente los hechos propios de su

mandante o representada, por lo que no podrá manifestar desconocimiento de respuestas o contestar con evasivas).

Es necesario situar al lector (aunque sea a través de la imaginación) en el momento mismo de la audiencia, quien va a absolver posiciones, primero debe ser notificado personalmente en el domicilio señalado en autos para ese efecto (art. 114-II CPCDF), habiendo sido notificado y apercibido de que si no comparece el día y hora señalado para la audiencia, será declarado confeso de las posiciones que previamente sean calificadas de legales (y no teniendo causa justa para no asistir), el absolvente debe presentarse al local del juzgado a desahogar su confesional, llevando identificación oficial, en este caso, puede o no, acudir asistido por su abogado, ya que como hemos dicho, el desahogo de la confesional es personal (persona física) y sólo el absolvente estará frente al secretario del juzgado, mecanógrafo, abogados de la parte contraria, parte contraria y ocasionalmente el juez (art. 315 CPCDEF) (aún y cuando la ley señale que debe estar presente el juez, en la diligencia), éste ocasionalmente se presenta a la audiencia, por lo general, se mantiene en el privado del juzgado.

Constituido el tribunal en audiencia pública el día y hora señalados al efecto, el secretario del juzgado, manda pedir a la oficialía de partes del mismo juzgado las promociones (escritos) que las partes del proceso hubieren presentado previamente, a efecto de verificar que no haya promoción pendiente de acordar (aquí, recuérdese, puede estar pendiente de acordar el escrito de la parte que ofreció la confesional de su contraria, en el que se acompaña el pliego de posiciones, el escrito de la absolvente en el que explique y anexe los documentos que acrediten la causa justa de no comparecencia a la diligencia a desahogarse), en el caso, de haber promociones pendientes de acordar relacionadas con el desahogo de la confesional, éstas se acuerdan en la misma audiencia; el secretario del juzgado manda llamar a los litigantes (partes del proceso), peritos, testigos y demás personas que por disposición de la ley deban de intervenir en el juicio y se determinará quienes deban de permanecer en el local del juzgado, y quienes en lugar separados, para darles intervención en su oportunidad.

La audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos y peritos y los abogados (art. 387 CPCDF).

De la audiencia de desahogo de pruebas el secretario del juzgado, levantará acta desde que inicia la misma, hasta que concluya, haciendo constar el día, lugar y hora, la autoridad judicial ante quien se celebra, los nombres de las partes, abogados, peritos, testigos, intérpretes, el nombre de las partes que no concurrieron, las decisiones judiciales sobre legitimación procesal, competencia, cosa juzgada e incidentes.

En el caso de la prueba confesional, el absolvente, previo al desahogo de posiciones, se le conmina para que se conduzca con verdad, apercibiéndolo de las penas que incurren las personas que afirman un hecho falso, niegan o alteran uno verdadero (art. 739 CPDF), y se ordena que se asienten en el acta de audiencia, los datos generales del absolvente (art. 319 CPCDF). El secretario del juzgado, abre el sobre cerrado que se dice, contiene el pliego de posiciones, el cual fue presentado minutos antes de la celebración de la audiencia, o se encontraba en el seguro del juzgado, si éste había sido acompañado con el escrito de ofrecimiento de pruebas; el secretario de acuerdos, procede a calificarlas, atendiendo a lo establecido por los artículos 311 y 312 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y aprobadas que fueren, el absolvente firmará el pliego de posiciones, antes de procederse al interrogatorio (art. 313 CPCDF).

Habiéndose presentado el pliego de posiciones, y al procederse a su calificación, ha sucedido que son desechadas la totalidad de las posiciones formuladas, por lo que, en esta hipótesis puede suceder que:

- a) Si no se presentó el absolvente, no obstante el apercibimiento realizado, no puede declararse la confesión ficta (art. 292 y 322 CPCDF).
- b) La parte que promovió la prueba puede formular, oral o directamente, posiciones al absolvente (art. 317, 389 CPCDF).

Para el caso, de que fueren varias personas (co-actores; co-demandados) las que hayan de absolver posiciones y al tenor de un mismo interrogatorio, las diligencias se practicarán separadamente y en un mismo acto, evitando que los

que absuelvan primero se comuniquen con los que han de absolver después (art. 314 CPCDF).

Al momento del desahogo de la prueba confesional, la parte absolvente no debe estar asistida por su abogado, procurador o por cualquier otra persona, salvo el caso, de que el absolvente fuera extranjero (y no hablara español), podrá ser asistido por un intérprete, en cuyo caso el juez lo nombrará (art. 315 CPCDF).

En nuestra opinión, el artículo 315 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, omite precisar que el absolvente no obstante ser extranjero, debe no hablar español, y omite también a los nacionales que no hablan español, sino un dialecto; dejando en estado de indefensión a los absolventes que presentan esas características, o bien, en el mejor de los casos, al criterio del impartidor de justicia.

Ya en el desahogo de las posiciones, el absolvente, debe contestar de manera categórica, en sentido afirmativo o negativo, pudiendo el absolvente, agregar las explicaciones que estime convenientes, o las que el juez le pida. En el caso de que el absolvente se niegue a contestar o conteste con evasivas, o diga que ignora hechos propios, el juez lo apercibirá de tenerlo por confeso, de los hechos que no tengan una respuesta categórica (art. 316 CPCDF).

Una vez absueltas las posiciones, el absolvente tiene derecho a su vez de formular, en el acto, al articulante, si hubiere asistido (art. 318 CPCDF), en cuyo caso, se aplican las reglas contenidas en los artículos 311 y 312 del ordenamiento citado.

Las declaraciones de las partes, quedan asentadas en el acta que se levanta de la audiencia de desahogo de pruebas, misma en la que se hará constar la contestación del absolvente, implicando la pregunta, sin necesidad de asentar ésta (art. 319, 389 CPCDF), dicha acta, debe ser firmada al calce de la última hoja y al margen de las demás en que se contengan las declaraciones producidas por los absolventes, después de leerlas por sí mismos si quieren hacerlo, o de que les sean leídas por la Secretaría del juzgado. Si no supieren firmar se hará constar esa circunstancia en el acta misma del desahogo de la confesional (art. 319 CPCDF).

Leída el acta que contiene el desahogo de la prueba confesional, y el absolvente manifieste no estar de acuerdo con los términos asentados, el juez decidirá de inmediato en el acto, lo que procede acerca de las rectificaciones que deban hacerse, estas manifestaciones de inconformidad, deben hacerse antes de la firma del acta, ya que una vez firmadas, dichas actas, no pueden variarse ni en la substancia ni en la redacción (art. 320 CPCDF).

Puede suceder que una de las promociones pendientes de acordar, sea la que contiene la “causa justa” para que el absolvente de la prueba confesional, no asista al local del juzgado, en cuyo caso, la prueba confesional puede practicarse fuera del local del juzgado, por el juez y secretario de acuerdos, siempre y cuando, ésta “causa justa”, sea por enfermedad, legalmente comprobada de quien debe declarar, en esta hipótesis, ambos se trasladan al domicilio donde se encuentre el absolvente enfermo (art. 321 CPCDF), y desahogará la diligencia respectiva; pero qué sucede cuando el absolvente está detenido, o está siendo procesado en algún centro de readaptación social, o fue secuestrado, antes del desahogo de la prueba confesional. La respuesta a esta pregunta, la encontramos en lo dispuesto en el artículo 322 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismo que precisa que: “El que deba absolver posiciones será declarado confeso: 1. Cuando sin justa causa no comparezca,” lo que a contrario *sensu*, nos permite concluir que si existe una causa justificada, no puede ser declarado confeso el absolvente, debiendo diferirse la audiencia, por estar debidamente probada la incapacidad de la persona para comparecer a desahogar la prueba a su cargo.

El artículo 326 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, establece el presupuesto de que en caso de que sea ofrecida la confesional de una autoridad: “organismos descentralizados y, en general, las entidades que forman parte de la administración pública no absuelven posiciones, pero pueden contestar interrogatorios, a petición de parte, por medio de un informe que deben rendir en un plazo de ocho días, so pena de ser declarados confesos”.

NULIDAD DE LA CONFESIÓN

La nulidad de la prueba confesional, proviene del error o de la violencia que fue objeto el absolvente, en cuya situación, se substanciará incidentalmente y la resolución se reservará para la definitiva (art. 320, 405 del CPCDF).

Art. 320. Cuando el absolvente al enterarse de su declaración manifieste no estar conforme con los términos asentados, el juez decidirá en el acto lo que proceda acerca de las rectificaciones que deban hacerse. Una vez afirmadas las declaraciones, no pueden variarse ni en la substancia ni en la redacción. La nulidad proveniente de error o violencia se substanciará incidentalmente y la resolución se reservará para la definitiva.

Art. 405. La declaración de nulidad de la confesión por error o violencia, se tramitará incidentalmente y se decidirá en la definitiva.

DECLARACIÓN DE PARTE

La declaración de parte, debemos diferenciarla de la confesional, ya que mientras la prueba confesional está sujeta a una fórmula sacramental, la declaración de partes, tiene como característica la libertad del interrogatorio, con la única limitante de que las posiciones se refieran a hechos objeto de la litis, “las preguntas pueden ser inquisitivas y aun no referirse a hechos propios del confesante, bastando que sean de su conocimiento”.¹³⁵

En México, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora, ha adoptado este modelo, señalando en su artículo 279: “que las partes podrán pedir por una sola vez, que la contraparte se presente a declarar sobre los interrogatorios que por anticipado, o en el acto de la diligencia, se formulen”.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA CONFESIONAL

El artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece: “Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia.

En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión”.

Es de llamar la atención, que el legislador haya dispuesto que la valoración de las pruebas, se hicieran atendiendo a las “reglas de la lógica” y de la

¹³⁵ Ibidem., p. p. 52,53.

“experiencia”, términos, que si bien, son el fundamento del sistema de la libre valoración o apreciación razonada o sana crítica, éstos a su vez, se sustentan en principios subjetivos, que abren la posibilidad de dejar en estado de indefensión a las partes del proceso; para abundar sobre el tema, es necesario precisar antecedentes y conceptos, que son manejados en el citado numeral, así tenemos, que el término lógica, admite diversos significados, por lo que, es necesario distinguir con claridad entre los variados conceptos de la palabra lógica, para llegar a su significado y su empleo en el campo del derecho, para ello, es conveniente definirlo e iniciar su estudio desde su etimología.

DEFINICIÓN ETIMOLÓGICA

“La palabra lógica, procede del latín *“logica-ae”*, que es, una transliteración del vocablo griego λόγος λόγος. El problema se inicia con la definición misma del término λόγος (lógos), que es un sustantivo polisémico que admite las más variadas traducciones, algunas de sus acepciones son: palabra, verbo, Dios, razón, idea, conocimiento, discurso, estudio, razonamiento, proposición; en griego jurídico, acusación. Para los fines que nos ocupan, el concepto que cabría recoger de toda esta miscelánea, sería el de razonamiento correcto, etimológicamente hablando.”¹³⁶

“El término lógica, abarca todas las investigaciones lógicas formales. Además de la lógica formal, especialmente la lógica formal deductiva se habla de otros tipos de lógica, como la lógica dialéctica, lógica histórica, lógica vital, lógica de lo razonable, lógica común, etcétera.”¹³⁷

“En el medio judicial, puede entenderse por lógica, acotando lo más posible el concepto las inferencias basadas en reglas de razonamiento que no impliquen valoraciones.”¹³⁸

LÓGICA DE LO RAZONABLE

¹³⁶ Dehesa Dávila, Gerardo, op. cit., nota 61, p. p. 143, 144.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Idem.

La lógica formal, implica el estudio de la lógica formal deductiva, y muy especialmente, la lógica dialéctica, la cual nos lleva al estudio de lo “razonable”, palabra que etimológicamente proviene del latín “*rationabilis*”, misma que tiene como antecedente “*ratio*”, y añade el sufijo “*ble*”. “En consecuencia, lo “razonable” resulta ser lo que está dotado de razón (*ratio*)”.

Por consiguiente: “el juez, muy lejos de aplicar con ceguera silogismos de tipo formal, debe interpretar la ley de modo que lleve a conclusión más justa para resolver el problema que se le ha planteado a su consideración. Al hacerlo así, el juzgador, lejos de apartarse de su estricto deber de obediencia al ordenamiento positivo, da a este deber su más perfecto cumplimiento, en razón de que el legislador, mediante las normas generales que emite, se propone lograr del mayor grado posible la realización de la justicia, al menos de la justicia imperante en una época o circunstancia histórica determinada, y los valores por ésta implicados.”¹³⁹

“Esta es la intención de todo sistema de derecho positivo, con independencia de cuál sea el grado mayor o menor que haya logrado realizar con éxito esa intención. El legislador se propone realizar con sus leyes del modo que el resultado de aplicarlas a los casos singulares aporte la realización del mayor grado de justicia, con esto no hace sino servir con exactitud al mismo fin que se propuso el legislador.”¹⁴⁰

“El juzgador esta inmerso en la ponderación y en la valoración. El meollo de la elaboración de toda sentencia judicial no se obtiene aplicando la lógica tradicional, y menos silogismos deductivos de corte formal, porque la lógica tradicional trata las realidades desde el punto de vista de lo que esas realidades son. En cambio, al juzgador, no le interesa determinar puras realidades, sino decir lo que se debe hacer frente a determinados aspectos de ciertas realidades, y en tal virtud, los aspectos que de esas realidades interesan, están conjugados con criterios estimativos, que de ningún modo puede entrar en una ponderación puramente matemática.”¹⁴¹

El Dr. Ovalle Favela, expresa que: “la teoría del silogismo judicial no es, pues, suficiente para explicar el procedimiento de formación de la decisión judicial; la idea del silogismo, a lo sumo, podrá ser útil como una forma convencional de expresar con cierta coherencia la decisión misma, pero no su proceso de formación”.

¹³⁹ Ibidem., p. 157.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Idem, p.158.

No obstante que en el presente trabajo, se incluya un punto en específico de la valoración de los diferentes medios de prueba, es importante hacer una consideración respecto del silogismo jurídico que menciona el Dr. Ovalle Favela, ya que el silogismo formulado por el juez tiene como premisa fáctica, la problemática planteada por las partes del litigio, además de que para su valoración, es el órgano jurisdiccional quien hipotéticamente, coloca como premisa mayor a la ley promulgada por el legislador; en tanto que la premisa menor se actualiza por un hecho que es llevado a su consideración por las partes, con todas sus consecuencias jurídicas, sujetándose a un procedimiento para poder determinar cada uno sus derechos; ya en la valoración de los medios de prueba, el juzgador individualiza la norma aplicable al caso concreto, realizando la operación denominada “subsunción”, que consiste en la: “operación lógica del aplicador para determinar si el hecho específico concreto coincide con el hecho específico legal, así como si la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere con lo pretendido.”¹⁴² Ante tal expresión, es claro determinar que en caso de que exista coincidencia entre el hecho específico concreto y el hecho específico legal, el juzgador podrá atribuir a una de las partes las consecuencias legales que la ley prevea de manera genérica.

Así pues: “el conocimiento de la lógica jurídica formal es fundamental para proyectar correctamente una sentencia. Este conocimiento no sólo es útil en lo que se integra el fallo y a la valoración de las pruebas, en el caso de la inducción reconstructiva, sino en otras operaciones que el aplicador tiene que realizar al emitir aquél.”¹⁴³

Luego entonces, lo preceptuado por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, merece una serie de consideraciones al respecto, ya que, de su simple lectura , nos damos cuenta que el legislador dispuso que el valor de las pruebas, no fuera considerado de manera individual, sino que su valoración, se hiciera en su “conjunto”, por lo que, para el caso de que una prueba determinante en el proceso, no se hubiera podido

¹⁴² Aragonese Alonso, Pedro, Sentencias Congruentes, Pretensión, Oposición, Fallo. Editorial Aguilar, Madrid, 1957, p. 116.

¹⁴³ Marroquín Zaleta, José M., Técnica para la Elaboración de una Sentencia de Amparo Directo, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 108.

preparar o que por impericia no se haya ofrecido, deja en completo estado de indefensión a la parte que no ofreció o no preparó las pruebas respectivas.

En el caso concreto de la prueba confesional, ésta ha dejado de tener un valor probatorio pleno (no obstante, los hechos confesados a través de documentos públicos, sí encuentran valor probatorio pleno en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, según lo preceptúa su artículo 403), debido al sistema de apreciación de la prueba que adoptó el Código de Procedimientos Civiles, es decir, la apreciación de la prueba se basa en el sistema de la sana crítica, un sistema de la libre valoración razonada de las pruebas (art. 402 CPCDF), el juez valorará las pruebas en su “conjunto” basando sus razonamientos en la lógica, y en la experiencia, cuestiones meramente subjetivas, que pueden variar de juzgador en juzgador; sin lugar a dudas, es aquí donde es de vital importancia para cualquier proceso, que el juzgador tenga clara la teoría general de la prueba, y en específico las características y requisitos de cada medio de prueba (requisitos de validez, existencia, eficacia y especiales), ya que sólo mediante la claridad en el entendimiento de dichos elementos, se puede llegar a tener certeza sobre la verdad a la que se busca llegar en toda sentencia.

En opinión de Devis Echandía, al referirse a la apreciación de la confesión hecha a juez, ésta: “tiene un triple aspecto: 1º) Determinar si la confesión es válida (está regulada previa y especialmente por el legislador); 2ª) Determinar el contenido de la confesión, o sea, cuáles son los hechos confesados (es a criterio del juez), y 3º) Asignarle el mérito probatorio como instrumento de convicción y respecto a la existencia o inexistencia de tales hechos (depende del sistema de valoración que se adopte).”¹⁴⁴

Es importante no perder de vista, que el fin de la prueba es siempre llevarle al juez el convencimiento de la certeza sobre los hechos, sin importar el procedimiento legal que se utilice para investigarla (formal o libre), la labor del juzgador no se constriñe a revisar de manera mecánica los requisitos de validez de la prueba confesional, previamente establecidos en la ley, ni analizar cuáles son los hechos confesados; en todo caso, la labor del juez es analizar de manera amplia y profunda, que la prueba confesional reúna los requisitos indispensables

¹⁴⁴ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 659.

para su validez, y los necesarios para su eficacia, ya que sin los primeros, el juez debe declarar sin valor la prueba confesional, y sin los segundos, debe negarse merito probatorio.

Devis Echandía, citando a Lessona, señala que: “el juez debe examinar si en una declaración de parte concurren los elementos constitutivos y los requisitos formales de la confesión judicial”.¹⁴⁵ “En caso de duda la confesión deberá interpretarse a favor de quien la hace, es decir, carecerá de valor contra el confesante.”¹⁴⁶

La función del juez, de precisar el contenido y alcance probatorio de la confesión, no debe limitarse a lo que las partes señalen, ya que de oficio, el juzgador puede tener una participación directa en el conocimiento de la verdad, ampliando la diligencia probatoria, con la limitante de que su participación sea con el ánimo de mejorar su conocimiento sobre los hechos controvertidos y con respeto de los derechos procesales de las partes (participar en el desahogo y objetar su valor probatorio); esta facultad del juzgador, sin lugar a dudas, deberá ser recurrida con mayor frecuencia en la práctica por los jueces, ya que de esa forma, lograrían su propio convencimiento, no ha de olvidarse que en la práctica de impartir justicia, no es el juez, quien tiene contacto directo con las partes del proceso, sino que ese primer contacto, lo tiene el Secretario de Acuerdos, quien es el que tiene el conocimiento de los pormenores procesales, y no obstante esto, no es él quien desarrolla la sentencia, sino un tercer interviniente, que se le denomina “Secretario Proyectista” o “Secretario de Estudio y Cuenta”, por lo que, la intervención del juzgador, se hace de manera fría, alejado de los pormenores del proceso, aplica su criterio, sobre un proyecto dado, resuelve sin buscar dilucidar más allá de lo que las partes del proceso propiamente dicho, han aportado y sobre el criterio sostenido en el proyecto de sentencia, presentado por una persona que no participó del desarrollo del proceso.

De tal suerte, que para llegar al conocimiento de la verdad, independientemente del sistema de valoración que se adopte, corresponde al juzgador precisar el alcance y valor probatorio de la prueba confesional, tal y como lo señala el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito

¹⁴⁵ Ibidem., p. 660.

¹⁴⁶ Idem.

Federal, atendiendo los requisitos de existencia, validez, eficacia y especiales que ya en puntos anteriores hemos señalado y apegándonos a los principios generales del derecho.

La prueba confesional, para su valoración: “requiere siempre un cuidadoso examen crítico y en muchas ocasiones una verdadera interpretación, que tenga en cuenta lo dicho como lo callado, y la actitud general del confesante; además, en todos los casos debe confrontarse con las otras pruebas y con las máximas generales de la experiencia, con los hechos notorios, con los conceptos lógicos que determinen si el hecho confesado es posible, y, por último, con las nociones jurídicas que enseñan si es jurídicamente imposible, por contrariar una presunción de derecho o una cosa juzgada o una prohibición legal para investigarlo o una norma que exija una prueba diferente, y antes que todo, debe examinarse si ha sido hecha por persona capaz, de manera consciente y libre, con los demás requisitos necesarios para la existencia y su validez.”¹⁴⁷

Todo lo que dice el absolvente a lo largo del interrogatorio, se refleja sobre cada una de las preguntas y respuestas. Son aclaraciones, adiciones o rectificaciones de cada hecho confesado, no solamente lo expuesto sobre el mismo en la respuesta donde aparece esa confesión, sino en todas las demás. Lo contrario sería dividir arbitrariamente la declaración seccionándola como si se tratara de actos jurídicos separados o independientes, lo cual no cabe en la lógica más elemental.

Devis Echandía, citando a Ricci y Bonnier, expone que en el derecho civil: “existió la tendencia a otorgarle un valor absoluto y a considerarla como “la reina de las pruebas” y la prueba por excelencia o *probatio probatissima*, sin embargo, existe en el derecho contemporáneo una firme tendencia a someter la confesión judicial, en el proceso civil, a la libre valoración del juez, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso, relacionándola con las demás pruebas aportadas, sin que esto signifique que se le desconozca pleno valor cuando reúne los requisitos para su validez y su eficacia, porque no se trata de que el juez obre caprichosamente, sino con sujeción a la lógica, la psicología, las reglas generales de la experiencia y los principios generales del derecho probatorio.”¹⁴⁸

¹⁴⁷ Ibidem., p. 663.

¹⁴⁸ Ibidem., p. 651.

Atendiendo a lo preceptuado por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, adopta el sistema de libre valoración razonada de las pruebas o de la sana crítica, y refiriéndonos a lo establecido por el legislador, en cuanto a que el valorar las pruebas aportadas, éstas serán valoradas por el juez en su conjunto, atendiendo a las reglas de la lógica, primeramente podemos decir, que la prueba confesional, al ser valorada debe ser considerada como parte de un todo, la cual aportará elementos propios de convicción al juzgador, al ser atendida comparativamente, con los demás elementos de convicción que se aportaron por las partes, o bien, que el juzgador haya intervenido para allegarse de dichos elementos; y por lo que se refiere a las máximas de la experiencia, el juez al valorar la prueba confesional, debe leer y releer las posiciones o los interrogatorios comparando cuidadosamente preguntas y respuestas, pues, como dice Gorphe, es un error atenerse a la primera impresión que producen los hechos, porque: “la experiencia demuestra que no cabe coordinarlos convencionalmente la primera vez que se perciben.”¹⁴⁹

“Este examen es fundamentalmente psicológico. Debe estudiarse la personalidad del absolvente, su cultura, sus facultades intelectuales, su edad, el estado emocional en que absolvió el interrogatorio, de todo lo cual es conveniente dejar constancia por el juez en el acta, sea que la absolución ocurra en audiencia, o que se verifique en forma más o menos privada, para que el juez superior conozca esas circunstancias al revisar la sentencia” .¹⁵⁰

Lo señalado, encuentra fundamento en la legislación mexicana en los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dicen:

Art. 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

Art. 279. Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre

¹⁴⁹ Cita de Devis Echandía, op. cit., nota 35, p.p. 290-291.

¹⁵⁰ Idem., p. 729.

que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad.

LA PRUEBA CONFESIONAL, EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

El Código Federal de Procedimientos Civiles, regula expresamente la prueba confesional en sus artículos 95 a 128.

II. DE LOS INSTRUMENTOS Y DOCUMENTOS

El presente punto de estudio, no obstante que se vaya a analizar a detalle en el capítulo III del presente trabajo, es conveniente mencionar a manera de introducción, que los instrumentos y documentos, son los que mayor desarrollo han tenido como medios de prueba, debido a que también ha evolucionado su concepto; se puede considerar que un documento es cualquier cosa derivada de la actividad humana, que nos muestra algo, que es perceptible a los sentidos del ser humano; de esta simple concepción, podemos deducir, que tanto las cintas cinematográficas, los fonogramas, los planos, los mensajes de datos, las fotografías, pueden ser considerados como documentos, pero en nuestra legislación no son reconocidos de esa manera, ya que, en materia procesal se considera como documento todo aquello que en soporte papel contenga una manifestación del pensamiento, expresada a través de signos convencionales.

En efecto, nuestra legislación sólo reconoce como documento a los escritos, mismos que han sido divididos en públicos y privados, los primeros son aquellos que son expedidos por una autoridad en ejercicio de sus funciones, o bien, por un fedatario público, como lo son los notarios y los corredores públicos; los segundos por exclusión son extendidos por particulares, sin la intervención de algún funcionario público o persona investida de fe pública; dichos documentos, son regulados en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en sus artículos 327 a 345, y en el Código Federal de Procedimientos Civiles, en los numerales 79, 80, 87, 93, 129 a 142, 197, 202 a 210-A.

En el capitulo del presente trabajo, se hace alusión en el punto 3.3 a los documentos electrónicos, que pretendemos definir y enmarcar dentro del ámbito de los documentos, por lo que, sostenemos que deben ser considerados como tales, ya sean públicos o privados, atendiendo a la misma clasificación de los documentos en soporte papel, y surtir todos los efectos de ley, como si se tratara de la documental clásica, y dejar de lado el criterio de reducir este tipo de documentos a copia simple.

“DOCUMENTOS PÚBLICOS, CONCEPTO DE, Y VALOR PROBATORIO. *Tienen ese carácter los testimonios y certificaciones expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y, por consiguiente, hacen prueba plena*” (quinta época, instancia: pleno, fuente: apéndice de 1995, T VI, parte SCJN, tesis: 226, p. 153).

Respecto de la documental privada, el artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que tienen ese carácter todos los escritos firmados o formados por las partes que no estén autorizados por escribanos o funcionario competente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado a este tipo de documentos, como pruebas imperfectas al establecer que:

“DOCUMENTOS PRIVADOS. PUEDEN PERFECCIONARSE, ENTRE OTROS MEDIOS, A TRAVÉS DE SU RECONOCIMIENTO EXPRESO O TÁCITO, TENIENDO EN AMBOS CASOS LA MISMA EFICACIA PROBATORIA PARA DEMOSTRAR LOS EXTREMOS PLANTEADOS. *Del contenido del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se desprende el carácter de pruebas imperfectas de los documentos privados, que pueden ser perfeccionados, entre otros medios, a través del reconocimiento expreso del autor del documento, o por medio de su reconocimiento tácito derivado de su no objeción, teniendo en ambos casos la misma eficacia probatoria para demostrar los extremos planteados. Ello es así porque, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 335, los documentos privados presentados en juicio como prueba y no objetados por la parte contraria surtirán sus efectos como si hubieran sido reconocidos expresamente, siendo correcto que se les*

otorgue un valor indiciario únicamente cuando no sean reconocidos, expresa o tácitamente, ni su autenticidad sea reforzada a través de algún otro medio probatorio de los establecidos en la ley, sin que ello atente contra el principio de valoración y de su decisión, por lo que, independientemente de que la prueba documental privada se haya perfeccionado a través de su reconocimiento expreso, de su reconocimiento tácito derivado de su objeción, o de algún otro medio probatorio, se valorará en conjunto con las demás probanzas, atendiendo a las señaladas reglas, exponiendo el juzgador los fundamentos de su valoración y de su decisión". (Novena Época: Primera Sala, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T XIV, noviembre de 2001, tesis: 1ª./J. 86/2001, p. 11)

Por otra parte, en el capitulo del presente trabajo, se hace alusión en el punto 3.3 a los documentos electrónicos, mismos que pretendemos definir y enmarcar dentro del ámbito de los documentos, por lo que, sostenemos que deben ser considerados como tales, debiendo hacer prueba plena y surtir todos los efectos de ley, para lo cual, nos proponemos desarrollar la temática respectiva.

III. DICTAMEN PERICIAL

“Los peritos o *judices facti*”¹⁵¹ (jueces de hecho) son las personas que auxilian al Juez, por lo que pueden ser llamados al proceso, en virtud de sus conocimientos especializados, ya sea: “en alguna ciencia, técnica o arte”,¹⁵² para emitir dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa de acuerdo a su leal saber y entender.

Pero la mayoría de las veces, los peritos son llamados al proceso por las partes, y por el juez cuando tiene facultades para ello, en razón de sus conocimientos especializados, para que el órgano jurisdiccional pueda apreciar con mayor claridad los hechos controvertidos en el proceso, con lo que, los peritos y sus conocimientos son la fuente de prueba, y el dictamen el medio para aportar

¹⁵¹ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 2, p. 131.

¹⁵² Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 164.

al proceso la información para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA

El ofrecimiento de la prueba lo realizan las partes, cuando existe necesidad de acreditar al juez un hecho cuya naturaleza requiere de conocimientos especializados, ya sea en una ciencia, arte, técnica, oficio o industria; en cuyo caso el ofrecimiento debe hacerse señalando con toda precisión en qué consiste la pericial ofrecida: “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” (art. 347, frac. I).

Cada parte debe nombrar un perito, a no ser que se pusieran de acuerdo en el nombramiento de uno solo. En caso de que los dictámenes rendidos por los peritos nombrados por las partes sean sustancialmente contradictorios, el juez debe designar otro perito, tercero en discordia.

“De acuerdo con el artículo 347, las partes deben ofrecer la prueba pericial dentro del plazo de ofrecimiento de pruebas y cumpliendo los requisitos señalados en el apartado anterior. Antes de resolver sobre la admisión de la prueba pericial, el juez debe otorgar un plazo de tres días a la contraparte “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.” Los autores de la reforma omitieron precisar el plazo dentro del cual la contraparte debe nombrar su perito, pero aplicando lo dispuesto en el artículo 137, fracción IV, debe entenderse que dicho plazo debe ser de tres días. Como la reforma tampoco señala el momento procesal en que el juez debe otorgar ese plazo, lo más pertinente podría ser que lo haga en el mismo auto previsto en el citado artículo 348.”¹⁵³

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala que para el caso de que la contraparte no designe perito dentro del plazo que señala el juez, la consecuencia será que se tenga a aquélla por conforme con el dictamen que rinda el perito oferente.

¹⁵³ Ibidem, p. 165.

Así: “una vez admitida la prueba pericial ofrecida, los peritos designados por las partes deben presentar, dentro de los tres días siguientes, un escrito en el que aceptan 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 o industria para el que se les designe, 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 un 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”¹⁵⁴ (art. 347, fracción III).

Los peritos que designe el juez pueden ser recusados por las causas y conforme al procedimiento previsto en el artículo 351 del Código de Procedimientos Civiles.

Este medio de prueba también se encuentra sujeto a la valoración prevista por el artículo 402 del código adjetivo de la materia, es decir, a las reglas de la lógica y de la experiencia, con la salvedad de los avalúos realizados sobre el valor de bienes y derechos realizados por corredores públicos o instituciones de crédito (art. 353, párrafo tercero del CPCDF)

IV. RECONOCIMIENTO O INSPECCIÓN JUDICIAL

El reconocimiento o inspección judicial, se encuentra regulado por los artículos 297, 354 y 355 del código adjetivo en la materia, en relación con el artículo 291 del mismo ordenamiento, regulan la forma como debe ofrecerse y desarrollarse dicha probanza, así el artículo 297, señala: “Al solicitarse la inspección judicial se determinarán los puntos sobre de que deba de versar”, por su parte el artículo 354, establece que el reconocimiento o inspección judicial: “se practicará el día, hora y lugar que se señalen.

Las partes, sus representantes o abogados pueden concurrir a la inspección y hacer las observaciones que estimen oportunas.

También podrán concurrir a ellas los testigos de identidad o peritos que fueren necesarios.”

¹⁵⁴ Ibidem, p. p. 165, 166.

Para efecto de poder incorporar al expediente, los resultados de la inspección judicial, (art. 355 CPCDF) es necesario levantar acta, misma que firmarán los que intervengan en ella, asentándose los puntos que lo provocaron, es decir, la diligencia de inspección judicial, se ajustará a los puntos que hayan señalado las partes en el ofrecimiento de esta probanza, tal y como lo previene el artículo 297 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En cuanto a su valoración, se debe ajustar a lo preceptuado por el artículo 402 del Código Procesal en cita.

V. TESTIMONIO DE TERCEROS

“Desde el Derecho romano se aceptó el principio según el cual: nadie puede ser testigo en causa propia: *nemo debet esse testis in propria causa*.”¹⁵⁵

CONCEPTO

La palabra testigo se toma en derecho en dos acepciones íntimamente relacionadas: Una que se refiere a las personas que necesitan concurrir a la celebración de determinados actos jurídicos, y otra, que alude a las personas que declaran en juicio. En la primera de estas acepciones, los testigos constituyen una solemnidad; en la segunda, un medio de prueba. En este sentido llamamos testigo a la persona que comunica al juez el conocimiento que posee acerca de determinado hecho, cuyo establecimiento interesa para la decisión de un proceso.

El Poder Judicial Federal, ha dicho a través de sus resoluciones que: “un testigo es quien tiene conocimiento de algún hecho en el que no es parte que puede reproducir de palabra o por escrito ante una autoridad...”¹⁵⁶

Por tanto, se debe entender como testigo, a aquella persona física capaz a la que le constan ciertos hechos controvertidos, y se le llama para que rinda una declaración ante autoridad judicial, misma, que desahogará mediante interrogatorio, que le formulara primero quien ofreció la prueba y posteriormente

¹⁵⁵ Becerra Bautista, José, op. cit., nota 2, p. 119.

¹⁵⁶ Cfr. Amparo directo 357/95. Manuel Ricardo Huerta Sánchez. 24 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Gregorio Vázquez González. Secretaria: Sara Olivia González Corral.

por el postulante de la contraria, mediante repreguntas relacionadas con las respuestas que ha declarado.

CLASIFICACIÓN

Se puede clasificar a los testigos de la siguiente manera: De cargo, de abono, de vista o presencial, de oídas, instrumentales, contradictorios, instrumentales, contestes.

- a) De cargo, son aquellos que dan noticias sobre hechos que impliquen o confirmen la acusación.
- b) De abono, son aquellos que señalan la buena conducta del procesado, conocidos en el campo penal como testigos de descargo.
- c) De vista o presencial, son aquellos que tienen conocimiento inmediato de los hechos, es decir: “es aquel que declara respecto de hechos que percibió, habiendo sido su fuente de información directa y personal.”¹⁵⁷
- d) Contradictorios, son los testigos discordantes en la parte esencial de su testimonio, es decir, la declaración de los testigos no coincide totalmente, debido a que incurren en alguna divergencia, no obstante ello, coincidan en lo esencial, por lo que, no deben ser considerados como contradictorios o falsos.

Al respecto el Poder Judicial de la Federación, ha señalado:

“PRUEBA TESTIMONIAL. CIRCUNSTANCIAS INSUFICIENTES PARA RESTARLES VALOR. Si al narrar los hechos delictuosos, los testigos coinciden en lo esencial, pero incurren en algunas divergencias, ello no implica que sus testimonios sean contradictorios o falsos, sino que tal circunstancia obedece a la distinta manera en que cada individuo percibe la realidad y a los diversos momentos de la conducta de los sujetos, de los que cada uno se percató.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ Novena Época, instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. IV, octubre de 1996, tesis: VI.2º. j/69, p. 468.

¹⁵⁸ Cfr. Octava Época, instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación, T IX, mayo de 1992, p. 498.

e) De oídas: “debe entenderse aquel que no conoce por sí mismo los hechos sobre los que depone, sino que es informado de ellos por una tercera persona...”¹⁵⁹

f) Instrumentales, son aquellos cuya presencia es exigida para la validez de determinado acto jurídico.

g) Contestes, son las personas que expresan en forma concordante las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos que presenciaron.

Al respecto los tribunales federales han dicho:

“PRUEBA TESTIMONIAL, DEBEN PRECISAR LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO MODO Y LUGAR DEL HECHO QUE REFIEREN. *Para que pueda dársele valor probatorio pleno a los testigos en un juicio...es menester que aquéllos sean contestes en sus declaraciones, precisando las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre los hechos que refieren.*”¹⁶⁰

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 356, dispone: “Que todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar están obligados a declarar como testigos.”

Rafael de Pina, señala que “esta forma de colaboración en el proceso, de parte de personas que no figuran entre los sujetos de la relación jurídico procesal, reviste el carácter de una obligación jurídica. La persona llamada a declarar está obligada a hacerlo, incurriendo, si no lo hace, en responsabilidad.”¹⁶¹

OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA

La prueba testimonial se ofrece designando el nombre y domicilio del testigo cuya declaración se pide, sin necesidad de presentar interrogatorios escritos, sin embargo, sí deben exhibirse interrogatorios, con copias para las otras partes, cuando el testigo resida fuera del lugar del juicio y su testimonio se haga

¹⁵⁹ Cfr. Octava Época, instancia: Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación, T. I, segunda parte-2, enero a junio de 1988, p. 726.

¹⁶⁰ Cfr. Octava Época, instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación, T IX, mayo de 1992, p. 498.

¹⁶¹ De Pina Rafael y Castillo Larrañaga, José, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 308.

por medio de exhorto, en cuyo caso, se le da vista a la contraria para que agregue las repreguntas que considere pertinentes incluir al exhorto referido.

Como regla general el oferente de la prueba testimonial, atendiendo al principio dispositivo, se compromete a presentar a sus testigos el día y hora que se fije para que rinda la declaración solicitada, en cambio, el oferente de la prueba, puede solicitar al juzgador que cite a los testigos, bajo protesta de decir verdad, manifiesta no poder presentar al juzgado a que rindan declaración.

DESAHOGO DE LA TESTIMONIAL

Habiendo fijado día y hora para el desahogo de la prueba testimonial, el oferente debe cumplir con el compromiso que asumió cuando ofreció el testimonio de sus testigos, por lo que debe presentarlos a la diligencia.

En la comparecencia del testigo, se le debe protestar que se conduzca con verdad, advirtiéndole de las penas en que incurren los que declaran con falsedad. El interrogatorio a los testigos se hace de manera individual, procurando que no se comuniquen entre sí, por lo que después de consignar los datos generales del testigo, se le pregunta al testigo de manera individual que si tiene interés en el litigio, amistad o enemistad con alguna de las partes, situaciones éstas, que pueden afectar la credibilidad de su declaración.

El interrogatorio lo empieza a realizar el oferente de la testimonial, posteriormente repregunta la contraria y, finalmente si lo considera necesario, el juez; en la formulación de las preguntas, se deben observar los siguientes requisitos:

- a) Las preguntas deben estar relacionadas con los hechos controvertidos.
- b) Deben estar ajustadas a derecho y a la moral.
- c) Deben ser claras y precisas, procurando que una sola pregunta comprenda un solo hecho.

En el desahogo de la testimonial, se levanta acta en la que se asienta tanto la comparecencia, como las preguntas y respuestas que va virtiendo el testigo, asimismo, es obligación legal, que el testigo exprese la “razón de su dicho” “esto

significa que el testigo debe exponer las causas del conocimiento o de las apreciaciones sobre los hechos declarados.”¹⁶²

El código adjetivo de la materia, dispone en su artículo 360, que: “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.”

Las preguntas deberán estar concebidas en términos claros y precisos, procurando que en una sola no se comprendan más de un hecho.

Si el oferente tiene la obligación de presentar a los testigos ofrecidos como prueba, el día y hora señalados, el testigo tiene la obligación de declarar con verdad, ya que de lo contrario se haría acreedor a las penas que incurren quienes declaran falsamente ante autoridad judicial.

INCIDENTE DE TACHAS

La parte que estima que existen motivos de incredulidad objetiva para un testigo, puede promover el incidente de tachas.

“La palabra “tacha” la define Escriche como las notas, defectos o razones que se alegan contra los testigos, para impedir que el juez dé crédito a sus deposiciones, sea en materia civil o criminal.”¹⁶³ El artículo 371 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala que la petición de tachas se substanciará incidentalmente y que la resolución se reserve para la sentencia definitiva. Debe promoverse en el acto del examen del testigo o dentro de los tres días siguientes. En cuanto a la valoración de la prueba testimonial, ésta se encuentra sujeta a lo dispuesto por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

6. LAS PRESUNCIONES

Las presunciones, se encuentran definidas por el legislador, en los artículos 379 y 380 del Código de Procedimientos Civiles, mismo que señala: “Presunción es la consecuencia que la ley o el Juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.” “Hay

¹⁶² Becerra Bautista, José, op. cit., nota 2, p. 126.

¹⁶³ Idem, p. 130.

presunción legal cuando la ley la establece expresamente y cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley; hay presunción humana, cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél.”

El que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción (art. 381 CPCDF).

No se admite prueba contra la presunción legal, cuando la ley lo prohíbe expresamente y cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción, salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar (art. 382 CPCDF).

En los supuestos de presunciones legales que admiten prueba en contrario opera la inversión de la carga de la prueba (art. 383 CPCDF).

Tal y como lo previene el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, este medio de prueba no es la excepción, y también es valorado por el juzgador en relación con los otros medios de prueba aportados, atendiendo a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.

2.4 PROCEDIMIENTO PROBATORIO

Responde a la pregunta ¿Cómo se prueba?, “el procedimiento probatorio esta constituido por los actos procesales a través de los que se desarrolla la etapa probatoria estos actos son básicamente, los siguientes: a) el ofrecimiento o proporción de las pruebas por las partes; b) la adecuación o el desechamiento por parte del juzgado, de los medios de prueba ofrecidos; c) la preparación de las pruebas adecuadas; d) la ejecución, practicada, desahogo o recepción de los medios de prueba que hayan sido ofrecidos, admitidos y preparados y e) al pronunciar la sentencia definitiva, el juzgador realizará la operación con la cual concluirá el procedimiento probatorio: la apreciación, valoración de las pruebas practicadas, que debe ser presentada y motivada en la parte de la sentencia denominada considerandos

Todos estos actos se encuentran vinculados por su finalidad probatoria.”¹⁶⁴

¹⁶⁴ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 138.

2.4.1 OFRECIMIENTO DE PRUEBAS

El proceso consta de distintas etapas y fases procesales y cada una de ellas, las partes deben hacer valer oportunamente sus derechos, si no lo hacen, la etapa o fase procesal se cierra, y habrán precluido los derechos de las partes para combatir actos dentro de la etapa o fase procesal concluida.

El proceso se divide en dos etapas que son: Instrucción y juicio; la instrucción comprende, desde el ejercicio de la acción hasta antes de la citación para dictar la sentencia definitiva; la instrucción se subdivide a su vez en:

- a) Etapa expositiva, postulativa
- b) Etapa probatoria
- c) Etapa conclusiva (o preconclusiva)

El juicio se concentra propiamente en la etapa resolutive, prosiguiendo con la etapa impugnativa y la ejecutiva.

Haremos un señalamiento de cada una de ellas, atendiendo de manera especial lo concerniente a la etapa probatoria, que es, lo que nos merece mayor atención para efecto del presente trabajo.

Cabe señalar, que las etapas precisadas, se aplican a la mayoría de los procedimientos, con excepción del proceso penal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Tercera Sala, al definir los requisitos que deben contener las leyes procesales para respetar la garantía de audiencia, determinó que las etapas procesales que debe contener todo proceso pueden reducirse a cuatro: una etapa primaria en la cual se entere al afectado sobre la materia que versará el propio procedimiento, que se traduce siempre en un acto de notificación, que tiene por finalidad que conozca de la existencia del procedimiento mismo y dejarlo en aptitud de preparar su defensa; una segunda, que es la relativa a la dilación probatoria, en que pueda aportar los medios de convicción que estime pertinentes; la subsecuente es la relativa a los alegatos en que se dé oportunidad de exponer razones y consideraciones legales correspondientes y, por último, debe dictarse resolución que decida sobre el asunto.

a) ETAPA EXPOSITIVA O POSTULATORIA

“La primera etapa del proceso propiamente dicho es la postulatoria, expositiva, polémica o introductoria de la instancia, la cual tiene por objeto que las partes expongan sus pretensiones ante el juez, así como los hechos y preceptos jurídicos en que se basen. Esta etapa se concreta en los escritos de demanda y de contestación de la demanda, del actor y del demandado, respectivamente. En ella, el juzgador debe resolver sobre la admisibilidad de la demanda y ordenar el emplazamiento de la parte demandada. En caso de que el demandado, al contestar la demanda haga valer la reconvención, deberá emplazarse al actor para que la conteste”.¹⁶⁵]

En esta etapa expositiva o postulatoria, se fija la litis sobre la que va a versar propiamente el juicio, es decir, lo que será la materia de pruebas, alegatos y posteriormente la sentencia.

Esta etapa expositiva, se encuentra regulada en los artículos 255 a 277 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y 322 a 336 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

b) ETAPA PROBATORIA O DEMOSTRATIVA

La etapa probatoria o procedimiento probatorio, da respuesta a la pregunta ¿cómo se prueba?, resulta lógico pensar que la actividad que desarrollan las partes en el juicio, va encaminada a alcanzar sus pretensiones, tanto en la demanda como en su contestación de demanda y reconvención si la hubiera, tratan de probar su dicho, aportando pruebas, las cuales al incorporarse al proceso, deben hacerlo siguiendo una serie de reglas dadas para ello, el legislador mexicano, ha dispuesto que la prueba sea reglamentada, y que se le dé valor probatorio a aquellos elementos que aporten las partes del proceso, ajustados al régimen legal vigente; es por ello, que es importante aportar las pruebas que se tengan para acreditar un hecho controvertido en la forma que la ley dispone, ya que de otra forma dichos elementos serán desechados por el juzgador, no por no ser válidos o eficaces, sino por que no se observaron las formas, establecidas para ello.

¹⁶⁵ Ibidem., p. 38.

El problema del procedimiento probatorio queda dividido en dos campos; en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las pruebas; en el otro, de carácter especial, se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba. Así, todo lo relativo al ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba, instrumentos, testigos, confesión, inspección, etcétera, constituye el aspecto particular del problema.

En su aspecto práctico, la legislación mexicana señala que la etapa probatoria, a su vez se desarrolla en cuatro momentos, como lo son: 1. Ofrecimiento de los medios de prueba; 2. Admisión o desechamiento; 3. Preparación; 4. Desahogo de pruebas, tal y como lo dispone el artículo 393 del Código de Procedimientos Civiles, que señala: “Concluida la recepción de las pruebas, el tribunal dispondrá que las partes aleguen pos sí o por sus abogados o apoderados, ...”

La etapa probatoria, se encuentra regulada en el Código de Procedimientos Civiles, en los artículos 290 a 301, como ya se ha quedado establecido, esta segunda etapa del proceso: “tiene como finalidad que las partes aporten los medios de prueba necesarios con objeto de verificar los hechos afirmados en la etapa expositiva o postulatoria”.¹⁶⁶

Los anteriores señalamientos se hacen tomando en cuenta lo dispuesto por el Código Adjetivo de la materia, sin en cambio, autores como Devis Echandía, señalan que: “el proceso en general tiene tres fases o aspectos, mismos que consisten en: El primero de ellos es: “la fase de producción u obtención de la prueba”, en la cual colabora el juez, las partes y los auxiliares; esta fase se subdivide en: a) Averiguación o Investigación; b) Aseguramiento; c) Proposición o presentación; d) Admisión y ordenación; e) Recepción y práctica, en la cual se presenta en ocasiones, la coerción para su realización.

La segunda fase de su asunción por el juez.

La tercera, es la fase de su valoración o apreciación por el juez, en la cual colaboran las partes, defendiendo o contradiciendo su validez, y sus resultados o su eficacia”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 263.

Agrega el mismo autor, que “desde el punto de vista procedimental, esas tres fases se cumplen por medio de las cuatro etapas o períodos que generalmente contemplan en la primera instancia los diversos procesos ordinarios y especiales y algunos incidentes: 1ª) La de ofrecimiento genérico a pruebas, a solicitud de las partes o de una de ellas, u oficiosamente, según el sistema legislativo vigente; 2ª) La de la proposición de pruebas en concreto, para su práctica o su simple admisión cuando es aducida o presentada por el interesado, y la ordenación o admisión de esas pruebas por el juez y de otras que oficiosamente señale si está facultado para ello, es decir, la etapa de su admisión u ordenación en concreto; 3ª) La de práctica de las pruebas ordenadas o decretadas que así lo requieran; 4ª) La de valoración o apreciación, que corresponde a la de juzgamiento, esto es, a la sentencia de instancia y a la providencia interlocutoria que resuelve los incidentes”.¹⁶⁸

Como puede apreciarse, el citado jurista, incluye en la segunda etapa, la preparación de las pruebas, cuando se refiere a que el juez admite y ordena las pruebas propuestas por el interesado o bien, por el propio juez, según el sistema de apreciación vigente, por lo que, podemos determinar que las cinco etapas del procedimiento probatorio son:

1. Ofrecimiento o proposición de pruebas, puede ser hecho por las partes legitimadas en el proceso, es decir, tanto por ambas partes, o una de ellas, o bien, oficiosamente por el juzgador, cuando la ley lo permite; en México, el juzgador puede ofrecer pruebas en los procesos donde legítimamente está conociendo, con fundamento en el artículo 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismos que señalan lo siguiente:

Art. 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

Art. 279. Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el

¹⁶⁸ Ibidem.

mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad.

Del texto de estos artículos, podemos determinar que el juzgador hace uso del principio procesal de inmediatez, por lo que se ve inmerso en la ponderación y valoración del objeto y medios de prueba.

La etapa probatoria dá inicio con el auto que dicta el juez, una vez que las partes no pudieron ponerse de acuerdo en la audiencia de conciliación y excepciones procesales, por lo que, manda abrir el juicio al período de ofrecimiento de pruebas, que es de diez días comunes para las partes, mismos que empezarán a contarse desde el día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación a todas las partes del auto que manda abrir el juicio a prueba (ART. 290).

El mismo artículo 290 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que en el caso de: “los juicios de divorcio necesario en que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI (sevicia, amenazas e injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos), XVI por cometer delito doloso, uno de los cónyuges, contra los bienes del otro o de los hijos), XVIII (por violencia familiar), del artículo 267 del Código Civil, el período de ofrecimiento de prueba será de cinco días comunes a partir del día siguiente de aquél en que surta efectos la notificación a todas las partes del auto que manda abrir el juicio a prueba.

Esta etapa de ofrecimiento de pruebas por las partes, encuentra su fundamento principalmente en todo proceso dispositivo, ya que: “en los procedimientos inquisitivos puede confundirse esta fase con la ordenación, si el juez obra oficiosamente, esto es, sin petición previa de parte, pues entonces el juez propone y ordena simultáneamente la prueba”.¹⁶⁹

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, contempla que los litigantes puedan solicitar al juez la apertura del juicio a prueba, o bien, que sea el propio juez quien mande recibir el pleito a prueba, porque así lo estima necesario, tal y como lo señala el artículo 277 de dicho ordenamiento.

¹⁶⁹ Ibidem., pág. 266.

La disposición contenida en el artículo 277 de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, “puede denominarse proposición abstracta de prueba”, y “la solicitud que se formula una vez abierto a pruebas el proceso, para que se decreten las pruebas que se proponen o se admitan las presentadas con ella, que puede denominarse proposición concreta de pruebas”.¹⁷⁰

La proposición que se señala en dicho artículo, resulta redundante, ya que no es necesario que las partes lo soliciten, el juez, ante la “lógica de la disconformidad acerca de los hechos”¹⁷¹ debe abrir el juicio al período de ofrecimiento o proposición de pruebas, tal y como se señala en el artículo 290 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El Dr. Ovalle Favela al analizar el contenido del artículo 277 del referido ordenamiento, estima que atendiendo al: “principio general del derecho de que la ley posterior deroga a la anterior (*lex posterior derogat priori*), deberá prevalecer la disposición del artículo 290.”¹⁷²

Del contenido del artículo 291 del ordenamiento citado, se desprende que por regla general, todos los medios de prueba se deben ofrecer o proponer dentro del período señalado para ello, los cuales, deben ofrecerse expresando con toda claridad cual es el hecho o hechos que se tratan de demostrar, así como las razones por los que el oferente estima que demostrarán sus afirmaciones, declarando en su caso en los términos anteriores, el nombre y domicilio de testigos y posiciones; debe relacionarse con lo dispuesto por el artículo 298, ya que así lo dispone, amén de los artículos 296 y 308 del ordenamiento procesal citado, ya que dichos numerales, contienen la excepción procesal del momento en que se pueden ofrecer los medios de prueba ahí referidos.

Si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas, atendiendo primeramente a la temporalidad en que éstas fueron ofrecidas, a su legalidad, a que no sean contrarias a la moral, que traten sobre hechos controvertidos por las partes, asimismo, el juzgador en ningún

¹⁷⁰ Ibidem., p. 267.

¹⁷¹ Muñoz Sabaté, Luis, Fundamentos de Prueba Judicial Civil LEC1/2000, J.M. Bosch Editor, Barcelona-Esp., 2001.

¹⁷² Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 139.

caso admitirá pruebas o diligencias ofrecidas sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles.

Es menester señalar, que el ofrecimiento o proposición de la prueba se encuentra sujeto: “a condiciones extrínsecas de tiempo, modo y lugar, esto es, oportunidad y consecuente preclusión, idioma y forma oral o escrita, concentración en audiencia o en un período o término para la presentación de los memoriales petitorios (según el sistema oral o escrito del proceso). Pero también esta sujeto a condiciones intrínsecas, o sea, legitimación para el acto en el peticionario, competencia y capacidad en el funcionario. Estos requisitos son indispensables para que tengan efectiva aplicación los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la lealtad, la unidad, la igualdad por oportunidades, la formalidad, legitimidad, la preclusión, la inmediación y la inmaculación de la prueba.”¹⁷³

Debemos tener presente los mecanismos especiales que cada medio de prueba encierra, para su recepción y práctica, ya que de lo contrario, al no cumplir con las condiciones que se establecen previamente en la ley, se corre el riesgo, de que sean desechados por el juzgador, dejando en completo estado de indefensión a la parte que no ajusto el ofrecimiento o proposición a las formalidades de ley.

c) ETAPA CONCLUSIVA

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 394 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en la etapa conclusiva las partes pueden expresar verbalmente sus alegatos y presentar sus conclusiones por escrito.

La finalidad de la etapa conclusiva consiste en que las partes reafirmen en el proceso sus posiciones y pongan en claro sus posturas respecto a la procedencia de las acciones y de las excepciones intentadas. La expresión de alegatos y conclusiones no obliga al juez a dictar sentencia a favor de quien los expresó en el momento procesal oportuno, debido a que son solamente argumentaciones que vierten las partes acerca de lo que ellos creen que les beneficia del proceso.

d) ETAPA RESOLUTIVA

En esta etapa, el órgano jurisdiccional resuelve la controversia planteada por las partes, aplicando el derecho según lo probado durante el proceso.

¹⁷³ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 267.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 79, clasifica las resoluciones judiciales de la siguiente manera:

1. Simples determinaciones de trámite y entonces se llamarán decretos;
2. Determinaciones que se ejecuten provisionalmente y que se llaman autos provisionales;
3. Decisiones que tienen fuerza de definitivas y que impiden o paralizan definitivamente la prosecución del juicio, y se llaman autos definitivos;
4. Resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenando, admitiendo o desechando pruebas, y se llaman autos preparatorios;
5. Decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, que son las sentencias interlocutorias;
6. Sentencias definitivas.

El Dr. Cipriano Gómez Lara, señala que la sentencia: “es el acto final de un proceso normal que se desarrolla en todos sus pasos,”¹⁷⁴ por lo que la sentencia se puede entender como la resolución final que dicta una autoridad jurisdiccional competente sobre el conflicto sometido a su conocimiento.

e) ETAPA IMPUGNATIVA

“Eventualmente puede presentarse una etapa posterior a la conclusiva, que inicie la segunda instancia o el segundo grado de conocimiento, cuando una de las partes, o ambas, impugnen la sentencia. Esta etapa impugnativa, de carácter eventual, tiene por objeto la revisión de la legalidad del procedimiento de primera instancia o de la sentencia dictada en ella.”¹⁷⁵

f) ETAPA EJECUTIVA

“Otra etapa también de carácter eventual es la de ejecución procesal, la que se presenta cuando la parte que obtuvo sentencia de condena acorde con sus pretensiones, solicita al juez que, como la parte vencida no ha cumplido voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, tome las medidas necesarias para que ésta sea realizada coactivamente.”¹⁷⁶

¹⁷⁴ Gómez Lara, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Oxford University Press-Harla, México, 1998, p. 183.

¹⁷⁵ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 38.

¹⁷⁶ Idem., p. p. 38, 39.

2.4.2 ADMISIÓN O DESECHAMIENTO DE LA PRUEBA

Es el resultado del análisis realizado por el juzgador sobre determinadas condiciones que deben reunir los medios de prueba, o la actividad probatoria propuesta por las partes, y que se encuentran previamente establecidos en la ley, para que puedan ser considerados en el proceso, tanto en su práctica, como en su valoración, por lo que, ha de precisarse, que corresponde exclusivamente al juez que conoce del proceso, el determinar la admisión o desechamiento de las pruebas ofrecidas o propuestas por las partes.

En atención a lo anterior, y a efecto de precisar la actividad razonada, y acordada por el juzgador, debemos señalar que genéricamente la admisión comprende: “tanto la aceptación del medio que se presenta (escrituras públicas o privadas, copias de sentencias e inspecciones practicadas extrajudicialmente o en otro proceso, etcétera), como la del que debe practicarse en el curso del proceso (recepción de testimonios, exhibición de documentos, citación a posiciones, dictámenes de peritos, entre otros), y por consiguiente, admitir o decretar pruebas resultan conceptos idénticos; pero utilizando un lenguaje más preciso, pueden distinguirse esas dos actividades, para designar como admisión los primeros casos y como ordenación los segundos e incluir ambos en el concepto de decreto de prueba, como “el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo, según el caso.”¹⁷⁷

Para la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, el juez necesariamente debe atender, en el análisis que al respecto realice, a los requisitos intrínsecos y extrínsecos de los actos de prueba; los primeros se referirán a la impertinencia, inutilidad, legalidad, y los segundos a la adecuación de los medios de prueba, a la conducencia, ajustándose a las reglas y trámites procesales, tales como: la oportunidad procesal o ausencia de preclusión, legitimación, competencia y capacidad de jueces y órganos de prueba (testigos, peritos, interpretes, partes cuando confiesan); requisitos que al reunirse, motivan la admisión procesal de los elementos de convicción propuestos, debiendo el juez pronunciarse mediante una resolución que señale las pruebas que se admiten sobre cada hecho.

¹⁷⁷ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 268.

Este acto por el cual el juzgador se pronuncia, admitiendo medios de prueba al proceso, es lo que les da valor legal, ya que sin este pronunciamiento, las pruebas presentadas o practicadas carecerían de legalidad, y no podrían ser consideradas al momento de dictar sentencia; en el caso de que fueran consideradas, en la resolución respectiva, se estarían violando: “los principios de lealtad, contradicción, publicidad y formalidad de las pruebas,”¹⁷⁸ incurriendo en un vicio de nulidad del proceso en general y de los medios de prueba practicados en particular.

En la admisibilidad de la prueba, como se ha dicho, el juzgador debe analizar la conducencia del medio y la pertinencia o relevancia de la prueba, por lo que resulta necesario, entrar a su estudio de forma particular:

a) CONDUCTENCIA DEL MEDIO

La conducencia se refiere a la aptitud legal de la prueba, respecto del medio de prueba o en relación con el hecho por probar.

La conducencia, exige dos requisitos: 1. Que el medio respectivo este en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley.

1. Que el medio solicitado, válido en general como instrumento de prueba, no esté prohibido en particular por la ley, para el hecho que con él se pretenda probar, es decir, que no exista prohibición legal para el caso concreto.

b) PERTINENCIA O RELEVANCIA DE LA PRUEBA

Apoyándonos en preceptos legales como los artículos 291 y 298 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, podemos decir, que la prueba es pertinente cuando guarda relación con el objeto del proceso, es decir, con los hechos que tratan de probarse.

Cuando el juez decreta la práctica o ampliación de cualquier medio de prueba, de manera oficiosa o ampliación de cualquier medio de prueba, de manera oficiosa, implícitamente está acordando su admisión, aún y cuando no se haya señalado en el auto que admite los medios de prueba ofrecidos por las partes.

¹⁷⁸ Ibidem., p.p. 268, 269.

Como se ha dicho, el juez al hacer análisis de los medios de prueba propuestos por las partes, hace una “calificación previa del medio presentado o aducido y su relación con los hechos del litigio o la causa, sin que por ello se esté valorando o apreciando su fuerza o mérito de convicción, que es una tarea propia del acto decisorio.”¹⁷⁹

Expuestas las consideraciones doctrinarias anteriores, pasemos a analizar lo que dispone al respecto el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el artículo 298 de dicho ordenamiento, establece: “Al día siguiente en que termine el período 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 el juez admitirá pruebas o diligencias ofrecidas extemporáneamente, que sean contrarias al derecho o a la moral, sobre hechos que no hayan sido controvertidos por las partes, o hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 291 de este Código”.

El texto del artículo citado, en relación con el artículo 291, señalan los requisitos que deban cubrir los medios de prueba propuestos por las partes, es decir, deben ser conducentes, útiles o idóneos, pertinentes, legales y revestir las formalidades de ley (requisitos intrínsecos); además, de ser presentados en el momento procesal oportuno, y tener la personalidad o autorización (legitimación) necesaria para ofrecer las pruebas conducentes, y en lo que se refiere al órgano jurisdiccional, éste debe ser competente para admitirlas (requisitos extrínsecos).

El artículo 298, establece el recurso de apelación en efecto devolutivo (es decir, no se suspendería la tramitación del proceso, mientras se sustancia el recurso de apelación), contra los autos que admitan medios de prueba que no reúnan los requisitos de admisibilidad, antes precisados.

En el caso, de que una de las partes del proceso, presentara recurso de apelación contra el auto que admita medios de convicción, sin cubrir los requisitos ya establecidos, ésta debe presentar su escrito de apelación, ante el propio juez (a quo) que conoce del proceso, y es éste, quien resuelve provisionalmente sobre la admisión o desechamiento de la apelación, tomando en consideración, si el auto

¹⁷⁹ Ibidem.

recurrido es apelable; si se interpuso en tiempo, forma y contenido (expresión de agravios); y si el promovente se encuentra legitimado para apelar (art. 689, 691, 692, 693, 694, 695 del CPCDF).

Para el caso, de que faltaren alguno de los requisitos que se señalan en los artículos 291 y 298 del CPCDF, el juzgador debe rechazar la prueba o negar su admisión.

Artículo 291 CPCDF. Las pruebas deben ofrecerse expresando con toda claridad cuál es el hecho o hechos que se tratan de demostrar con las mismas así como las razones por los que el oferente estima que demostrarán sus afirmaciones, declarando en su caso en los términos anteriores el nombre y domicilio para absolver posiciones; si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas, observándose lo dispuesto en el artículo 298 de este ordenamiento.

Artículo 298 CPCDF. Al día siguiente en que termine el período del ofrecimiento de pruebas, el juez dictará resolución en la que determinará las pruebas que se admitan sobre cada hecho, pudiendo limitar el número de testigos prudentemente.

En ningún caso el juez admitirá pruebas o diligencias ofrecidas extemporáneamente, que sean contrarias al derecho o a la moral, sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 291 de este Código.

Contra el auto que admita pruebas que se encuentren en algunas de las prohibiciones anteriores, procede la apelación en el efecto devolutivo, y en el mismo efecto se admitirá la apelación contra el auto que deseche cualquier prueba, siempre y cuando fuere apelable la sentencia en lo principal. En los demás casos no hay más recurso que el de responsabilidad.

2.4.3. PREPARACIÓN DE LA PRUEBA

Se refiere a todos los actos procesales necesarios que se realizan para poder incorporar la prueba del proceso, una vez que ya fueron admitidos por el juez, por lo que al haberse pronunciado al respecto, acordará: "las medidas

requeridas para la producción de las diversas pruebas"¹⁸⁰ aportadas por las partes del juicio.

La legislación mexicana, respecto de la preparación de la prueba, se refiere a ella, únicamente en su artículo 385 del CPCDF, y señala: "Antes de la celebración de la audiencia, las pruebas deberán prepararse con toda oportunidad para que en ella pueda recibirse."

Dicho numeral, debe entenderse de manera amplia, ya que la preparación de los medios de prueba se encuentra regulada de manera dispersa en el mismo código, y se hace alusión a la preparación que cada prueba debe guardar, en la regulación respectiva que la ley señala de cada probanza en particular; así por ejemplo respecto de las pruebas testimonial y pericial, el artículo 120 del CPCDF establece: "Cuando se trata de citar a peritos y testigos, la citación se hará por conducto de la parte que haya ofrecido dichas pruebas, y será en su perjuicio la falta de comparecencia de tales citados a quienes no se les volverá a buscar, salvo que este código o el juez dispongan otra cosa. La entrega de la citación por las partes, a peritos y testigos, tendrá como efecto para estos, la comprobación ante personas que a los citados les interese, de su llamamiento en la fecha y hora que se precise, pero su inasistencia no dará lugar a la imposición de medida de apremio alguno a dichos terceros, sino que se desechará tal probanza."

Dentro de las medidas que debe acordar el juzgador, para la presentación de la prueba es menester que las realice, observando una serie de requisitos, tales como que el medio de prueba haya sido admitido, debe cuidar la formalidad establecida en la ley para su desahogo o práctica; su oportunidad y competencia, en el caso, de que deba diligenciarse fuera del local del juzgado, ya que es indispensable que la ley faculte o invista al funcionario que vaya a realizar la notificación del testigo por ejemplo; sin dichos requisitos, la prueba sería nula, aún y cuando ésta se haya producido. "Esos requisitos garantizan la lealtad, la publicidad y la contradicción de la prueba, lo mismo que la igualdad de oportunidades para la defensa, de manera que su incumplimiento la afecta de nulidad."¹⁸¹

¹⁸⁰ Couture, Eduardo Juan, op. cit., nota 115, p. 206.

¹⁸¹ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 271.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala en el artículo 299, que: "El juez, al admitir las pruebas ofrecidas procederá a la recepción y desahogo de ellas en forma oral. La recepción de las pruebas se hará en una audiencia a la que se citará a las partes en el auto de admisión, señalándose al efecto el día y la hora teniendo en consideración el tiempo para su preparación. Deberá citarse para esa audiencia dentro de los treinta días siguientes a la admisión. En los juicios de divorcio necesario en que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil, se citará para la audiencia de recepción de pruebas dentro de los quince días siguientes al de la admisión de las pruebas ofrecidas. La audiencia se celebrará con las pruebas que estén preparadas, dejándose a salvo el derecho de que se designe nuevo día y hora para recibir las pendientes, y para ello se señalará, en el acta que para dicho efecto se levante, la fecha para su continuación, la que tendrá verificativo dentro de los veinte días siguientes, misma que no podrá diferirse por ninguna circunstancia, salvo caso fortuito o fuerza mayor. En este caso no hay que seguir el orden establecido para la recepción de las pruebas. Si llamado un testigo, perito o solicitado un documento, que hayan sido admitidos como pruebas, no se desahogan éstas a más tardar en la audiencia o en su único diferimiento no se suspenderá ni diferirá en ningún caso por falta de preparación o desahogo de las pruebas admitidas. En caso de que la continuación de la audiencia se difiera por caso fortuito o fuerza mayor; en el acta en que se señale tal diferimiento se indicará la fecha de su continuación, que será dentro de los diez días siguientes, siempre que quede demostrado el caso fortuito o fuerza mayor."

2.4.4 RECEPCIÓN, DESAHOGO, EJECUCIÓN

El desahogo de los medios de prueba ofrecidos por las partes ocurre de dos maneras por su agregación a los autos, cuando la probanza es presentada por las partes, como ejemplo tenemos la prueba documental; o bien, cuando los oferentes se limitan a solicitar al juzgador la práctica del medio de prueba, y piden que se notifique al absolvente, el día y hora, para que comparezca a absorber posiciones, tal y como ocurren con la prueba confesional.

La práctica del desahogo de las pruebas admitidas por el juzgador se circunscribe en actas, que materialmente son agregadas a autos para que en el

momento procesal oportuno, sean valoradas atendiendo el sistema de valoración dispuesto por el legislador.

Couture, al referirse al procedimiento probatorio, y en específico al desahogo o recepción de la prueba señala: "Formulada la solicitud por la parte y accedido el petitorio por el magistrado, comienza la colaboración material de los órganos encargados de la recepción de la prueba y de su incorporación material al expediente."¹⁸²

El destacado jurista uruguayo, al hacer mención de esta etapa probatorio, se refiere a ella, como el: "diligenciamiento de la prueba", es decir poner los medios necesarios para el logro de una solicitud,¹⁸³ remata diciendo: "que el diligenciamiento de una prueba consiste en el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para trasladar hacia el expediente los distintos elementos de convicción propuestos por las partes."¹⁸⁴

Por su parte, Devis Echandía, señala que: "Se entiende por práctica o recepción de la prueba, los actos procesales accesorios para que los diversos medios concretos aducidos o solicitados o decretados de oficio se incorporen o ejecuten en el proceso."¹⁸⁵

El citado jurista, en su concepto hace alusión al sistema inquisitivo en que también se deben desahogar las pruebas admitidas por el propio juzgador.

2.5 FACULTAD DEL JUZGADOR PARA ORDENAR LA PRÁCTICA DE PRUEBAS

Habiendo hecho mención de la manera como algunos doctrinarios analizan la práctica, desahogo o recepción de los medios de prueba, es necesario situarnos en el impacto psicológico que dichos medios de convicción ejercen sobre el juzgador, cuando es éste quien se encarga de realizar la recepción de los elementos de prueba aportados por las partes del proceso, sin lugar a dudas, podemos afirmar, que el objeto y finalidad de la actividad probatoria se cumplirá cabalmente, es decir se logrará la convicción del juzgador respecto de las pretensiones de las partes, ya que el juez al tener contacto directo con el desarrollo del proceso, apreciará a través de sus sentidos todas las circunstancias

¹⁸² Couture, Eduardo Juan, op. cit., nota 115, p. 207.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 270.

que rodean el desarrollo de los elementos de convicción, pudiendo darles el alcance y valor probatorio que realmente tienen las probanzas admitidas, obteniendo con ello, conclusiones apegadas al juicio que las partes lograron formar en la psique del juzgador.

Los conceptos vertidos anteriormente, en muchos de los casos planteados en la realidad ante los órganos jurisdiccionales, no encuentran esa cercanía que estamos planteando y que resulta necesaria para formar convicción, en quien debe resolver una controversia en un sistema de libre apreciación de la prueba, apegado a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia; por el contrario, la distancia que ponen los jueces con las partes del proceso, se constituye en el principal obstáculo para el conocimiento de la verdad real; los jueces siguen resolviendo apegados a formas rígidas, sin hacer uso de facultades que el legislador previó como elementos necesarios para lograr el adecuado funcionamiento del sistema de libre apreciación de la prueba.

En efecto, en ocasiones de la problemática planteada, la forma se vuelve obstáculo insalvable para llegar al fondo, ya que los juzgadores abandonan su "quehacer" principal, que es conocer la verdad de los hechos expresados por las partes, y una vez conocidos éstos, aplicar de manera infranqueable el derecho. El juzgador, hoy en día, se encuentra mecanizado, actúa como si estuviera atado de manos y no pudiera imponerse de manera directa con las actuaciones procesales que día a día se desarrollan en el local del juzgado del cual él es amo y señor; no es exageración, ni es ocioso pensar que el juez alude la responsabilidad de hacer juicio, me refiero a esa facultad intrínseca que todo ser humano posee para entender el significado de un medio que se produce en la cotidianidad de la vida, si el juzgador alude conocer de manera plena los hechos, sus circunstancias, los medios de convicción que las partes aportan y los influyen en los que éstos se dan a conocer; el juzgador que nos plantea la ley, es uno, y el que se desempeña es la realidad, es otro completamente diferente.

Las consideraciones anteriores, sin duda, admiten una serie de reflexiones, sin ánimo de cansar al lector, detengámonos un momento, en estos puntos de reflexión, para agregar que cuando nos referimos a que el "juez debe conocer la

verdad de los hechos de manera directa", nos estamos refiriendo a la facultad que la ley otorga al juez para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, con total libertad, pudiendo valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero con la única limitación, de que dichos medios de convicción, no sean obtenidos ni con engaños, violencia, ni ninguna de las formas que contravengan la ley o la moral; esta facultad, implica la posibilidad de que el juez pueda incluso proponer medios de prueba idóneos para desentrañar el conocimiento de la verdad, y con ello, entonces sí, aplicar el derecho, apegado a los principios rectores de la justicia (artículo 278 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), todavía, en caso de duda, la ley faculta al juzgador, para que repita o amplíe los medios de prueba que fueron aportados por las partes, tal consideración, me parece que justo al principio inquisitivo que se señaló anteriormente de la prueba, no debe dejarse la totalidad de la carga procesal a las partes, ya que de lo contrario se caería en el campo de un sistema tasado de un sistema de tarifa legal, en donde no se arrojan sentencias que juzgan hechos reales, sino se dan sentencias con verdades formales.

Así pues, con apego a esa libertad que el juzgador tiene para conocer los hechos que plantean las partes del proceso, debe darse la misma garantía de libertad procesal a las partes, para que aporten las pruebas que estimen convenientes, pero en un ámbito de libertad que permita obtener de ella, elementos reales de convicción, y no que por fórmulas sacramentales o reglas procesales rígidas, se vean limitados para producir la eficacia probatoria en la psique del juzgador, ya que como se ha dicho, limitan el desentrañamiento de la verdad histórica y producen en cambio una verdad procesal, con causas y efectos, en ocasiones tan catastróficos que trastornan los ámbitos de la dignidad humana.

Una de las formas que el legislador mexicano estableció para darle cierta flexibilidad al derecho probatorio, se encuentra consagradas en los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que el juez no puede estar sujeto a formas procesales rígidas que le impidan imponerse de elementos de convicción,

para resolver con equidad; además, desde mi particular punto de vista, el juez debe tener conocimiento directo e inmediato con los pormenores del proceso, y no como sucede en la actualidad, calificar de manera indiferente, el proyecto de sentencia que un funcionario judicial (proyectista) le presenta a su consideración; más grave resulta pensar que este funcionario judicial al que hemos hecho mención, tampoco tuvo contacto con las inmediataces del proceso, a él "le llegan" los expedientes para que formule sentencias con la ceguedad e indiferencia de las fórmulas matemáticas, es aquí, donde se rompe el principio de justicia y se produce la ficción legal de las sentencias que contienen verdades procesales, ya que no se juzga en conciencia, sino que se hace uso de fórmulas preestablecidas.

Artículo 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

Artículo 279. Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad.

En su correlativo del Código Federal de Procedimientos Civiles, los regula en los artículos 79 y 80.

Artículo 79 CFPC. Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

Los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas en relación con las partes.

Artículo 80 CFPC. Los tribunales podrán decretar, en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia

probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos. En la práctica de esas diligencias, obrarán como estimen procedente, para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos de las partes, y procurando en todo su igualdad.

2.6 SISTEMAS DE APRECIACIÓN PROBATORIA

Cuando las partes del proceso, recurren a los órganos jurisdiccionales a dirimir sus controversias, van a buscar a un tercero ajeno e imparcial, llamado juez, la administración de justicia, misma que sólo es posible mediante la valoración de las pruebas aportadas por los litigantes, sin éstas, sin lugar a dudas, el orden jurídico se colapsaría a la voluntad del más fuerte, y no sería posible el conocimiento histórico de los hechos narrados por las partes.

Para dar justa solución a la problemática planteada en todo litigio, es necesario que el órgano jurisdiccional realice diversas actividades en el ámbito de su competencia, la primera de ellas, tiene que ver con la aplicación de las normas legales vigentes para dirimir las controversias concretas, que son planteadas en las pretensiones de las partes del proceso, ya que el juez, no puede dejar de resolver un conflicto por falta de disposición eficiente del caso concreto, o bien, aplicar otra que no está vigente, o que no existe, o que existiendo, las partes la callan, por desconocimiento o porque sí concierne a sus intereses.

Ante tal planteamiento, tenemos como presupuesto que el juzgador es perito en derecho, con sentido analítico, criterio y honestidad probada; elementos tan necesarios para alcanzar el objetivo máximo del derecho como lo es el de administrar justicia.

Ya lo postula Eduardo Juan Couture, en su famoso decálogo, cuando demanda del jurista, luchar con denuedo por el derecho, pero avizora, que cuando la justicia y el derecho entran en conflicto, el jurista, siempre y en todo momento, debe optar por la justicia.

La segunda actividad que el jurista debe realizar para alcanzar su noble labor, es atender a las reglas del proceso, y dentro de dichas reglas encontramos las que se refieren a los medios de prueba; éstos, son aportados por las partes al proceso, o por el propio juez cuando tiene facultades para ello, con la finalidad de

allegarse de elementos que le permitan conocer la verdad histórica de los hechos planteados por los postulantes; ante tales medios de prueba, el juez debe asirse de ellos, para encontrar los elementos que le convenzan de la veracidad de las pretensiones propuestas por las partes. Tal actividad de búsqueda de elementos de convicción, se produce de manera exclusiva por el juez de la causa, una vez que las partes del proceso han desahogado las pruebas que consideran necesarias para alcanzar las pretensiones planteadas en sus recursos de demanda y contestación de la misma, así como la reconvencción y contestación de ésta, si la hubiere, amén de los alegatos o conclusiones que del proceso formulen las partes.

Esta última actividad realizada por el juez, se exterioriza en la sentencia, misma en la que debe expresar el inicio de valor que hizo de las pruebas aportadas por las partes; pero, dicha valoración debe practicarla el juzgador apegado al sistema de apreciación probatoria que el legislador ha dispuesto previamente en los cuerpos normativos vigentes, aplicables al caso concreto.

Los sistemas de apreciación probatoria, que hemos señalado en el párrafo anterior, se refieren de manera breve en este punto, para referirnos a ellos en el capítulo IV del presente trabajo, de manera más completa; hecha la aclaración anterior señalaré, que el Juez puede valorar las pruebas admitidas en juicio, conforme a alguno de los sistemas de valoración que el legislador haya adoptado:

I. SISTEMA LEGAL O TASADO

En este sistema de apreciación de la prueba, el juzgador debe sujetarse de manera estricta a lo establecido previamente por la ley para la valoración de cada uno de los medios de prueba, es decir, el legislador, determina los valores o tasas de cada uno de los medios de prueba, y el juzgador únicamente revisa si los medios de prueba se ajustaron a lo establecido en la ley, para reconocerles el valor legal que el legislador ya previamente determinó.

Este sistema legal o tasado de valoración de los medios de prueba, no tiene nada que ver con lo que en la antigüedad se conocía como prueba ordálica o apriorística, en donde la primera tiene su origen en el sistema germánico de las

ordalías, basado en: “el juicio de Dios y que el juez se limitaba a constatar, dando razón a aquella de las partes a la que el mismo Dios se la había dado antes.”¹⁸⁶

Por otro lado la “prueba apriorística”, es lo más cercano a lo que conocemos hoy en día a la prueba legal, ya que: “desterrado el sistema de las ordalías, lo típico del proceso común fue el establecimiento de toda una serie de reglas que determinaban el valor probatorio de todos y cada uno de los medios de prueba, tasándose así el resultado al que podía llegar el juez atendidas las pruebas practicadas”¹⁸⁷,

Lo cierto, es que las pruebas apriorísticas tienen su origen en la desconfianza del titular del poder frente a sus propios jueces, a los cuales no dejaba en libertad para establecer los hechos que debían considerar probados.

“La prueba legal a la que cabe dar hoy sentido no tiene relación ni con la prueba ordalía ni con la prueba apriorística, aunque en esta última estaba ya el germen de lo que es decisivo para el sistema de la verdadera prueba legal.”¹⁸⁸

II. LA LIBRE APRECIACIÓN RAZONADA O DE SANA CRÍTICA

“De acuerdo con el cual el juez no se encuentra sometido a reglas legales establecidas en forma apriorística, sino que aprecia el valor de las pruebas según su propio criterio, de manera libre, pero ajustándose en todo caso a reglas de coherencia lógica y expresando, en forma razonada, los motivos de su valoración.”¹⁸⁹

Como se señaló en el sistema de libre valoración de la prueba, también hay que aclarar que este sistema nada tiene que ver con la prueba discrecional o de la íntima convicción, propia de los jurados populares; el sistema de libre apreciación razonada establece que del silogismo en que se resuelve esta operación mental, la premisa mayor, que es una máxima de la experiencia, es determinada por el juzgador, apegándose a una valoración razonada, motivada y responsable, es decir, determinando las máximas de la experiencia utilizadas para llegar a una conclusión probatoria de una situación fáctica.

¹⁸⁶ Montero Aroca, Juan, La Prueba, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000, p. 54.

¹⁸⁷ Idem, p. 55.

¹⁸⁸ Idem, p. 59.

¹⁸⁹ Ovalle Favela, op. cit., nota 22, p. 177.

III. EL SISTEMA MIXTO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Es aquel que: “combina los dos anteriores; señalando determinadas reglas para apreciar algunas pruebas y otras las confía a la libre apreciación razonada del juzgador.”¹⁹⁰

En México, podemos considerar que priva el sistema mixto, ya que por un lado la propia ley señala el valor que debe darle el juez a determinado medio de prueba como lo son los documentos públicos, a los cuales les debe dar un valor probatorio pleno, y por el otro deja en completa libertad al juzgador para que valore de manera conjunta los medios de prueba aportados por las partes, apegado a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, debiendo exponer cuidadosamente los fundamentos de su valoración jurídica realizada en su decisión (art. 402 CPCDF).

¹⁹⁰ Ibidem.

CAPITULO III DOCUMENTOS

Gracias al acto reflexivo de los estudiosos del derecho, la evolución del documento, como medio probatorio, es el que mayor desarrollo ha tenido en los últimos tiempos, hoy día hemos dejado atrás la noción tradicional del "documento", ya no se entiende como tal, únicamente a: "aquel objeto de papel o materia semejante al que se incorpora un pensamiento humano mediante signos gráficos de escritura"¹ (concepción estructural)²; se ha dado paso al pensamiento que considera como documentos, todo aquello capaz de representar "una idea o un hecho"³ (concepción funcional).

"El documento, como el testimonio o la confesión son el resultado de una actividad humana"⁴; la actividad del hombre es la fuente creadora de dichos medios de prueba, con la diferencia de que en el testimonio y la confesión los hechos representativos son el acto mismo: "mientras que en el documento el acto no es, en manera alguna el hecho representativo, sino un momento precedente a éste, porque no representa por sí, sino que crea un objeto capaz de representar"⁵ es decir, la función del documento es crear el medio de representación del hecho o acto en él consignado.

Al abandonar los estudiosos del derecho, el aspecto taxativo limitativo de representación de los documentos, se dio paso a la amplitud de cosas existentes, que pueden representar un acto o hecho cualquiera, con lo que se respeta el aspecto funcional etimológico de los mismos, ya que hay que recordar, que ese concepto funcional precede de su etimología, misma que se deriva del latín "*documentum*" y éste a su vez del verbo "*doceo*" (enseñar), cuya raíz nos la da el griego "*dekos*", que es el término utilizado normalmente en el ámbito religioso, simbolizando el gesto de las manos extendidas para dar o recibir; en su evolución el vocablo "documento" se considera que se deriva del término "*docere*" que

¹ Ormazabal Sánchez, Guillermo, La Prueba Documental y los Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos, Editorial La Ley, Madrid, España, 2000, p. 18.

² Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 154.

³ Idem.

⁴ Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, tomo II, 5ª. edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá-Colombia, p. 473.

⁵ Carnelutti, Francesco, La Prueba Civil, traducción de Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, 2ª edición italiana, Ediciones Acayú, Editorial Desalma, S.A.C.I., Buenos Aires, 1955, p.154.

significa: "enseñar o hacer conocer"⁶ así pues, se puede decir que el documento es: "toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho (o acto) cualquiera."⁷ Más sin embargo, cabría preguntarnos cuál o cuáles fueron las causas que motivaron la evolución del concepto de documento.

En nuestra opinión, la respuesta, se encuentra en la etimología misma del documento (*docere = enseñar o hacer conocer*) ya que con el devenir del desarrollo tecnológico y científico de los medios de comunicación utilizados por el ser humano, surge la necesidad de abandonar el concepto clásico de que sólo las ideas expresadas a través de la escritura en soporte papel, eran documentos, dando paso al concepto general de que cualquier cosa o soporte material sirve para representar las ideas del ser humano; abandonando con ello, los conceptos tradicionales de que sólo los elementos habituales del papel y la escritura incorporada a éste, constituyen los documentos.

Antes de abordar pareceres doctrinarios de la prueba documental, detengámonos un poco en los antecedentes históricos de la prueba de referencia.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

La historia del documento sin lugar a dudas resulta difícil de determinar, más sin en cambio, si partimos de lo anteriormente señalado, es lógico determinar que el punto de origen de los documentos empieza a partir de la invención de la escritura, la cual puede ser utilizada en diversos campos de la vida misma, pero para efectos de la materia que nos ocupa, podemos decir que aún no existe coincidencia entre los estudiosos del derecho sobre la utilización de los documentos como medio de prueba, algunos autores afirman que la prueba escrita fue utilizada primeramente por los babilónicos y posteriormente por los egipcios, ya que estos fueron los que inventaron la escritura jeroglífica, pero otros más afirman que fueron los chinos.

⁶ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p.473.

⁷ Idem.

De los antecedentes señalados, podemos decir que el documento egipcio llevaba el nombre de *papyrográfico*, mismo que era tomado de la hoja de *papyros*, las cuales al pegarse unas con otras dieron origen a los rollos.

Los escribas estaban incorporados en Egipto a la organización administrativa. El documento papyrográfico es un documento formal el que se concluía con la firma de los comparecientes en presencia del escriba quien era el que lo autorizaba: era el fedante.

Los asirios y babilónicos escribían en tablillas de arcilla las que se guardaban en bibliotecas y archivos. Los documentos eran solemnizados y legalizados por el sacerdote, el perito o escriba. A estos les compete la redacción de las sentencias y contratos.

En cuanto a los hebreos sabemos que su documentación está representada por la Biblia y el Talmud. Aquélla nos hace conocer la tradición religiosa escrita y la Torah es la ley que dicta Dios a Moisés en el Sinaí. El Talmud, que en hebreo significa “disciplina”, es la colección de tradiciones orales rabínicas que interpreta la ley de Moisés. Entre los judíos el escriba era muy importante, más que en Egipto y Babilonia.

En Israel existieron distintos escribas. Así existieron el escriba de la ley, y el escriba del Rey, quien autorizaba los actos y las sentencias de éste. En tanto que el escriba del pueblo era el amanuense, quien algunos consideran el antecedente directo del Notario Público de nuestros días.

Los chinos fueron los inventores de la escritura la que se conoce a partir del siglo III A.C., al principio utilizaron las tablillas de madera y con posterioridad inventaron primeramente el papel de seda y luego el de pulpa. Las invasiones musulmanas difundieron la invención, misma que paso a Europa aproximadamente en el año 1100.

Los fenicios fueron los que crearon el primer alfabeto de la historia, difundieron la escritura entre griegos y cartagineses, los cuales fueron los que legaron la palabra “*biblos*” y “*liber*” que significan láminas finas donde se grababa “la escritura alfabetizada”.

Entre los griegos, la prueba documental era representada por actas privadas, actas públicas e instrumentos mercantiles o banqueros. Los documentos privados eran conocidos como “*cheirografos*”, los documentos dobles por el nombre de “*singraphophylax*” y a los documentos públicos los denominaban “*authentikos*” pues los funcionarios fideidantes eran los que autorizaban y autenticaban dichos documentos.

Los griegos conocieron las hojas de papiros y las denominaban “*chartes*”, de este vocablo nace la palabra latina “*chartea*”, la cual tendrá auge a partir del siglo VIII en el desarrollo del instrumento público y que constituye el antecedente de la escritura matriz.

El pergamino tuvo su origen en Pérgamo y es resultante de la industria del curtido y preparación del cuero que podía ser de antílope, ciervo o gacela y de ternera (vitela o *vitellus*).

“El desarrollo del comercio entre los diversos países de la antigüedad histórica, impulsó el uso del documento, principalmente a partir del uso del papiro, como instrumento contractual e incluso como título de crédito, lo cual permitió su acepción como medio de prueba judicial.”⁸

La *charta pergamena* se desarrolló entre los años 197 y 158 A.C. a consecuencia de que los egipcios prohibieron la exportación de papiro.

Las pieles enrolladas tomaron el nombre de cilindros o volúmenes, y si se cosían unas sobre otras formaban un libro llamado “*codex*”.

Durante el Imperio Romano estos materiales permitieron la actividad documental, a partir del siglo XII se empieza a usar el papel de seda chino, fabricado en Damasco, y se le conocía como “*charta damascena*”.

“La prueba documental en Roma fue adquiriendo gran importancia y recibía el nombre de *scripturae, tabulae, codex, membranae, chirographum, singraphae*. Aunque en general se designaba el documento con el nombre de *monumenta* o *instrumenta*, pública, *privata et domestica*.”⁹

⁸ Ibidem, p. 483.

⁹ Díaz-Melián de Hanisch, Mafalda V., La Prueba y Medios de Prueba: De Roma al Derecho Moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano, Servicios de Publicaciones, Universidad del Rey Juan Carlos, Gráficas Couche, S.L., Madrid, 2000, p. 199.

En Roma la prueba documental adquirió gran importancia con el tiempo, debido a la seguridad que ofrecía. Casi hasta el siglo III los romanos usaban las *tabulae ceratae* que eran tablillas o tablas revestidas de cera las que adquirirían diversas formas, dípticos, trípticos y hasta de seis tablas. Eran unidas a la manera de libros y según su número conformaban un “*codex*”.

En Roma la fuerza probatoria del documento se lo daba la escritura y los testigos reconocían su fuerza. Con el tiempo no necesitó los testigos. El documento doble se llama “*singraphae*” por su particularidad pues es un doble original. Éste contiene en su interior un documento escrito y sellado. Puede llevar en uno de los documentos o en: “ambos el nombre del escriba redactor, autor del documento a solicitud de parte”.¹⁰ Eran documentos obligatorios por la fuerza que emana de ellos.

La prueba documental en Roma adquirió gran importancia y se le designó con el nombre de “instrumenta”. Existieron tres categorías: el acta o gesta, instrumenta pública o pública confecta y el instrumento privado. El acta o gesta era un documento que adquiriría valor probatorio pleno, debido a que era redactado por los oficiales judiciales y los magistrados del censo, estos documentos eran utilizados en los trámites realizados durante el procedimiento ante los magistrados.

La instrumenta pública confecta gozaba de fe pública.

Por otra parte, los instrumentos privados, que eran conocidos como “*cautiones*”, “*chirographa*” se utilizaban en el *iudicium* y eran redactados por los propios particulares. Si estos documentos se presentaban en los litigios necesitaban la intervención de tres testigos. El Emperador Justiniano dispuso darles a estos documentos “el mismo valor probatorio que a los redactados por tabelliones.”¹¹

¹⁰ Mustapich, José María, Tratado Teórico y Práctico del Derecho Notarial, Buenos Aires, Ediar Editores, 1955, Tomo I, p.p. 17-18.

¹¹ Murga Gener, José Luis, Derecho Romano Clásico II, El Proceso, Zaragoza, España, Universidad de Zaragoza, 1980, p. 382.

“A mediados del siglo XV se produce un acontecimiento trascendental en la historia de la prueba por escrito: El Estatuto de Bolonia, de 1454, prohíbe la prueba por testigos de obligaciones de valor superior a las cien liras y exige su prueba por instrumento privado; el ejemplo fue seguido por Francia, un siglo más tarde, en la famosa Ordenanza de Moulins, del 23 de julio de 1566, cuya influencia en el resto de Europa fue considerable, que exige la prueba por instrumento notarial para contratos de valor superior a las cien libras; más tarde, en 1667, la Ordenanza de San Luis le dio igual valor al documento privado. Lo anterior coincide con la generalización del notariado. Se inicia así la era de la preponderancia del documento sobre los testimonios (*lettres passent temoins*). Estas normas pasaron luego al Código Civil de Napoleón y de allí a los otros códigos europeos de los siglos XVIII y XIX, como también a los latinoamericanos del siglo XX.”¹²

“Naturalmente, el documento es un medio de prueba judicial, históricamente posterior a la confesión y los testimonios de terceros, y su importancia permanece limitada e inferior a la de éstos, aún siglos después de haber sido aceptado en los procedimientos judiciales.”¹³

En definitiva, de los antecedentes históricos que hemos señalado, podemos determinar que la prueba documental tuvo igual fuerza probatoria que la prueba testimonial.

Ahora bien después de haber expuesto los antecedentes históricos de la prueba por documentos, veamos las variadas opiniones de los doctrinarios, respecto de las causas que motivaron la evolución del concepto del documento:

1. Autores como Gómez Orbajena y Montero Aroca, señalan que la escritura: (impresa, manual o de cualquier tipo)¹⁴ “constituye un requisito necesario para atribuir la condición de documento a un determinado objeto o soporte. Con este criterio, quedan excluidos del concepto anteriormente vertido, objetos tales como las cintas de vídeo o magnetofónicas, los planos, mapas, croquis, etcétera.”¹⁵

2. "Otros autores como Serna Domínguez, por el contrario, negaban que la expresión escrita constituyese una nota esencial en la noción de documento y se contentaban con la existencia de un soporte de cualquier naturaleza que resultase idóneo

¹² Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 487.

¹³ Idem, p. 483.

¹⁴ Ormazabal Sánchez, Guillermo, op. cit., nota 221, p. 18.

¹⁵ Idem., p. p. 18-19.

para representar hechos o actos jurídicos relevantes en el proceso. De este modo, se considerarían documentos, objetos tales como los modernos medios o instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido y, en general, toda representación gráfica realizada mediante signos no escritos, pues se trataría, en todos casos, de soportes aptos para representar hechos."¹⁶ (prueba documental técnica)¹⁷

3. "Al darse la aceptación generalizada del criterio de la idoneidad representativa de los pensamientos a través de los objetos, o cosas, se pensó que para que un objeto o cosa pueda ser considerado como documento, debe poseer la cualidad de ser un bien mueble de tal suerte, que pueda ser trasladado ante la presencia judicial."¹⁸

4. Así pues, al aceptarse este criterio, como la base del cambio del concepto tradicional del documento, debemos situarnos en el tiempo, para visualizar la influencia que ejercen los medios de comunicación en el ser humano, ya no se daba únicamente la comunicación a través de cartas o misivas, no, con la aparición del telégrafo, el teléfono, el telex, el fax, el correo electrónico, se dio la evolución de los medios de comunicación, cambiando al uso de pieles, papiro y papel, al de las ondas sonoras, ondas electromagnéticas, ondas radioeléctricas o vía satelital como hoy en día; en dicha evolución, dejó de tener uso exclusivo el soporte papel y dio paso a los soportes magnéticos y ópticos de distintas especies; con lo que, la evolución tecnológica invadió campos, no sólo de la comunicación sino incluso el de la actividad económica, educativa, de la medicina, del área judicial, entre otros, trayendo consigo una serie de cambios, como el de nuevas formas de enseñanza, de contratación, de pagos y de acuerdos de voluntades, con lo que se hace necesario adecuar los ordenamientos legales ante la demanda de seguridad jurídica, de los usuarios de la tecnología aplicada a la comunicación y contratación.

La Corte en este punto en específico, al tratar los elementos de prueba derivados de medios electrónicos no centra su atención en los elementos tradicionales de los documentos clásicos, como lo es la escritura a través de signos convencionales, sobre un soporte papel; sino en la fuerza probatoria

¹⁶ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 155.

¹⁷ Ormazabal Sánchez, Guillermo, op. cit., nota 221, p. 19.

¹⁸ La misma idea la comparten: Hugo Alcina, Alcala Zamora, Montero Aroca. Tratado Técnico – Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar Editores, Buenos Aires Tomo III, p. 377.

derivada de la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada, y en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y por ser exigida para su ulterior consulta.¹⁹

Hasta aquí dejaremos este punto en comento, para retomarlo más adelante en el subcapítulo 3.3.

NATURALEZA JURÍDICA DEL DOCUMENTO

"El documento es un medio de prueba indirecto, real, objetivo, histórico y representativo, en ocasiones declarativo (pero otras veces sólo representativo, como las fotografías, los cuadros y los planos) y que puede contener una simple declaración de ciencia o un acto de voluntad dispositivo o constitutivo; igualmente, unas veces puede contener una confesión extrajudicial y otras una especie de declaración testifical de terceros; pero es siempre un acto extraprocesal, en sentido estricto (las actas de diligencias procesales y los folios que contienen providencias del juez o memoriales de las partes, no son documentos probatorios; pero sí las copias que se expiden para hacerlas valer en otro proceso o extrajudicialmente y los certificados que dé el juez acerca de hechos que ocurran en su presencia). Cuando la ley exige el documento como formalidad *ad substantiam actus*, además de ser un medio de prueba, es también un requisito material para la existencia o validez del respectivo acto jurídico."²⁰

La prueba documental es un medio de prueba indirecto de segundo grado, cuando prueba la existencia de otro documento original, donde se encuentra consignado el acto jurídico motivo de litis, o bien, puede ser considerado de más grado, cuando es copia de otra copia.

Carnelutti señala que: "el documento no es sólo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho"²¹; el documento es creado por la actividad del hombre: "opera sobre un hecho presente y se proyecta en el futuro."²²

"El documento se concibe por lo general, como un objeto (carácter material) que contiene una manifestación del pensamiento; pero a mi entender, la manifestación del pensamiento no es ni necesaria ni suficiente para la existencia del documento."²³

¹⁹ Cfr. Novena Época Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIX, enero de 2004, tesis I, 1o.A.120A, p. 1492.

²⁰ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. p. 487-788.

²¹ Carnelutti, Francesco, op. cit., nota 225, p. 156.

²² Idem, 155.

El documento puede referirse a una declaración de ciencia o de voluntad, en el primer caso consigna: "un conjunto coherente de conocimientos relativos a ciertas categorías de hechos, de objetos o de fenómenos"²⁴, y en el segundo recoge: "la facultad y capacidad de determinarse a hacer o no hacer algo"²⁵, como puede ser la elaboración de un convenio o contrato.

"El documento declarativo simple o que contiene una declaración dispositiva o constitutiva, tiene un contenido probatorio, que, en el proceso al cual se presenta, puede ser confesorio (si su autor es parte en ese proceso y el hecho documentado lo perjudica o favorece a la parte contraria) o testimonial (en los demás casos); pero ese documento es un medio de prueba autónomo y no un simple testimonio ni una confesión."²⁶

Igualmente, al documento "puede ser constitutivo cuando se exige para que surja el derecho (requisito formal) y, en este caso, es contemporáneo de él, o meramente probatorio, si la forma escrita es exigida como medio de prueba, sin que la falta de escritura importe la inexistencia del acto."²⁷

FUNCIONES JURÍDICAS DEL DOCUMENTO

Son múltiples y variadas las funciones jurídicas de los documentos, desde el punto de vista extrajudicial, legitima el ejercicio de un derecho, facilita el cumplimiento de una obligación, constituye derechos y obligaciones; desde la óptica jurídica procesal, se aduce como medio de prueba, para acreditar la existencia de un hecho o acto jurídico.

CLASIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS²⁸

- a) Dispositivos o constitutivos
- b) Declarativos de ciencia
- c) Narrativos
- d) No declarativos
- e) Que contienen declaraciones de puro derecho

²³ Idem, p. p. 157-158.

²⁴ Diccionario Enciclopédico Larousse, editorial Ultra, S.A. de C.V., México, 2004, p. 156.

²⁵ Idem, p. 748.

²⁶ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 489.

²⁷ Varela, Casimiro A., Valoración de la Prueba, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 126.

²⁸ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p.p. 500-501.

- a) DOCUMENTOS DISPOSITIVOS O CONSTITUTIVOS. Son aquellos que contienen la declaración de voluntad de las partes intervinientes, con el fin de producir determinados efectos jurídicos.
- b) DOCUMENTOS DECLARATIVOS DE CIENCIA: "Cuando consisten en la representación de lo que se debe o conoce respecto de algún hecho, y pueden tener significado testimonial o confesorio, según que sus efectos probatorios perjudiquen o no al declarante."²⁹
- c) DOCUMENTOS NARRATIVOS. Cuando se trata de una representación imaginativa sin contenido confesorio ni testimonial (como una novela o un poema, que puede probar la capacidad y calidad intelectual del autor).
- d) DOCUMENTOS NO DECLARATIVOS. Son aquellos que reproducen imágenes, tanto de personas, animales o cosas; sonidos, planos, dibujos e incluso la copia de los mismos documentos.
- e) DOCUMENTOS QUE CONTIENEN DECLARACIONES DE PURO DERECHO. Son aquellos relacionados con actos jurídicos pasados, presente o futuros, como cuando las partes hacen constar por escrito la interpretación jurídica que le dan a un contrato ya celebrado o que están celebrando verbalmente o en otro documento e incluso que piensan celebrar en el futuro.

REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA JURÍDICA DEL DOCUMENTO:³⁰

- a) Que se trate de una cosa o un objeto, con aptitud representativa, formado mediante un acto humano.
- b) Que represente un hecho cualquiera.
- c) Que tenga una significación probatoria.
- d) Requisitos especiales del documento público.
- e) El requisito de la firma en los instrumentos públicos y privados.

²⁹ Idem., p.p. 518-521.

³⁰ Ibidem, p.p. 512-518.

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL DOCUMENTO COMO MEDIO DE PRUEBA:³¹

- a) Que (si es declarativo o dispositivo) no se haya elaborado en estado de inconsciencia, ni en virtud de la fuerza, la coacción o el dolo.
- b) Que se haya llevado al proceso por un modo legítimo.
- c) Que (si se trata de instrumentos públicos) se hayan cumplido las formalidades exigidas por la ley para su formación bajo sanción de nulidad.
- d) Que (si se trata de copias) se hayan cumplido los requisitos exigidos por la ley para su expedición.
- e) Que hayan sido llevados al proceso en oportunidad y con los requisitos legales.
- f) El caso de la ilicitud del objeto o la causa del acto documentado.

REQUISITOS PARA LA EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO:³²

- a) Que esté establecida o presumida su autenticidad
- b) Que cuando se trate de instrumentos otorgados en el exterior se cumplan sus especiales requisitos para su elaboración y autenticidad.
- c) Que no haya prueba legalmente válida en contra.
- d) Que el contenido del documento sea convincente.
- e) Que no se haya llevado al proceso con violación de la reserva o el secreto que la ley haya consignado.
- f) Que se haya usado el papel y pagado el impuesto que la ley exija.
- g) Que se haya hecho el registro público del documento que la ley exija.
- h) Que esté completo y sin alteraciones, mutilaciones o tachaduras que alteren su contenido.
- i) Requisitos especiales de ciertos documentos privados.

DIFERENCIA ENTRE DOCUMENTO E INSTRUMENTO

Se puede decir que el documento es el género y los instrumentos son su especie, por lo que: "documento es todo objeto producto de un acto humano, que represente a otro hecho o a un objeto, una persona o una escena natural o humana; los instrumentos

³¹ Ibidem., p.p. 518-521.

³² Idem., p.p. 521-526.

son una de las varias especies del documento: la que consiste en escritos, públicos o privados, auténticos o sin autenticidad. En donde la ley nacional sólo contempla los instrumentos como medio de prueba, la doctrina y la jurisprudencia han incluido en la prueba documental, los documentos no instrumentales, como fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos, radiografías, electrocardiogramas, planos, cuadros, dibujos (documental técnica), etcétera."³³

Como ya se ha dicho, los instrumentos como tales se clasifican en documentos públicos y privados mismos que es conveniente estudiar por separado a la luz de la regulación del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para precisar sus respectivos alcances y diferencias de cada uno de ellos.

3.1 DOCUMENTAL PÚBLICA

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículos 327 señala los documentos que tienen el carácter de públicos, mismos que son los siguientes:

- 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 refiere al ejercicio de sus funciones;
- III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno Federal, de los Estados o del Distrito Federal;
- IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los Jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;
- V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete;
- VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil,

Ibidem., p. 528.

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 o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobadas por el Gobierno General o de los Estados, y las copias certificadas que de ellas se 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 les reconozca ese carácter por la ley.

Se entiende por documento público, en general, aquel que es: “expedido por un funcionario público en el desempeño de sus atribuciones o por profesionales dotados de fe pública (notarios o corredores públicos).³⁴

En atención a los profesionales dotados de fe pública, podemos decir que el Notario Público tiene una función autenticadora, posee una naturaleza compleja, es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional del Notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad, por tanto, siendo la función notarial de orden e interés público, corresponde a la ley y a las instituciones que contemplan procurar las condiciones que garantizan la profesionalidad, independencia, imparcialidad y autonomía del notario en el ejercicio de la fe pública, de que esta investido, a fin de que ésta última pueda manifestarse libremente en beneficio de la certeza y seguridad jurídica que demanda la sociedad (art. 27 Ley del Notariado para el Distrito Federal).

De la definición citada, podemos decir (siguiendo a Devis Echandía) que los documentos públicos no necesariamente tienen que referirse a escritos, dentro de la definición caben las fotografías, los planos, las radiografías, los mensajes de datos, entre otros, ya que documento: “es todo objeto, producto de un acto humano, que represente a otro hecho o a un objeto, una persona o una escena natural o

³⁴ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 18, p. 155.

humana,"³⁵ lo que define el carácter del documento en "público", es que haya sido otorgado o autorizado por un funcionario público o depositario de fe pública.

Ante tal circunstancia, cabe hacer la distinción entre documentos públicos, instrumentos públicos y escrituras públicas.

a) DOCUMENTOS PÚBLICOS: "La calidad de público corresponde a cualquier documento escrito o no, que tenga su origen en la actividad de un funcionario público, en ejercicio del cargo, de manera que comprende las fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos, planos, cuadros y similares, que tengan ese origen."³⁶

b) INSTRUMENTOS PÚBLICOS. Instrumento público es una especie de documento público que consiste en un escrito proveniente de un funcionario público en ejercicio de su cargo o autorizado por éste. Para que exista jurídicamente instrumento público, deben cumplirse dos requisitos:

1. Consistir en un escrito.
2. Provenir de un funcionario público en ejercicio del cargo o estar autorizado por éste.

c) ESCRITURAS PÚBLICAS: "Es una representación de ciencia (lo que el escribano oye), de una representación de voluntad (lo que las partes quieren)."³⁷

La Ley del Notariado para el Distrito Federal clasifica a los documentos notariales, en escrituras y actas, testimonios, copias certificadas y certificaciones, señalando en su artículo 100, que escritura es cualquiera de los instrumentos públicos siguientes:

- I. El original que el notario asienta en folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos y que firmado por los comparecientes, el notario autoriza con su sello y con su firma;
- II. El original integrado por lo siguiente: a) Por el documento en el que el notario consigna uno o más actos jurídicos y que deberá llenar las formalidades que este capítulo establece; ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el notario; llevar el sello de éste en los expresados lugares y agregarse al apéndice con sus anexos. Hará mención de la escritura de la que forma parte y el o los folios en los que se contiene la síntesis a que se refiere el inciso siguiente y;

³⁵ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 528.

³⁶ Idem, p. 529.

³⁷ Couture Juan, Eduardo, op. cit., nota 105, p. 69.

b) Por la síntesis asentada por el notario en los folios que correspondan, en la que se señalen los elementos personales y materiales del o de los actos consignados.

Dicha síntesis contendrá el número de hojas de que se compone así como una relación completa de sus anexos, y una vez firmada por los comparecientes será autorizada por el notario con su sello y firma.

Artículo 125. Acta notarial es el instrumento público original en el que el Notario, a solicitud de parte interesada, relaciona, para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello.

Artículo 128. Entre los hechos por los que el notario debe asentar un acta, se encuentran los siguientes:

-
- I. Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos y entrega de documentos y otras diligencias en las que el notario intervenga conforme a otras leyes;
 - II. La existencia, identidad, capacidad legal, reconocimiento y puesta de firmas en documentos de personas identificadas por el notario;
 - III. Hechos materiales;
 - IV. La existencia de planos, fotografías y otros documentos;
 - V. Protocolización de documentos;
 - VI. Declaraciones que hagan una o más personas respecto de hechos que les consten, sean propios o de quien solicite la diligencia, y
 - VII. En general, toda clase de hechos positivos o negativos, estados y situaciones, sean lícitos o no, que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciados objetivamente y relacionados por el notario.

Artículo 143. Testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o un acta, y se transcriben, o se incluyen reproducidos, los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que ya se hayan insertado en el instrumento y que por la fe del notario y la matricidad de su protocolo tiene el valor de instrumento público.

Artículo 154. Copia certificada es la reproducción total o parcial de una escritura o acta, así como de sus respectivos documentos del apéndice, o sólo de éstos o de alguno o algunos de éstos; que el notario expedirá sólo para lo siguiente:

- I. Para acompañar declaraciones, manifestaciones o avisos de carácter administrativo o fiscal, si las leyes o reglamentos aplicables disponen que con ellos se exhiban copias

certificadas o autorizadas; así como para obtener la inscripción de escrituras en los Registros Públicos, o en cualquier otro caso en los que su presentación sea obligatoria.

II. Para acompañar informes solicitados por autoridad legalmente facultada para requerirlos, con relación a alguna escritura o acta.

III. Para remitirlas a la autoridad judicial que ordene dicha expedición.

IV. Para entregar al otorgante que la solicite, la reproducción de alguno o algunos de los documentos que obren en el apéndice.

Artículo 155. Certificación notarial es la relación que hace el notario de un acto o hecho que obra en su protocolo, en un documento que él mismo expide o en un documento preexistente, así como la afirmación de que una transcripción o reproducción coincide fielmente con su original; comprendiéndose dentro de dichas certificaciones las siguientes:

I. Las razones que el notario asienta en copias al efectuar un cotejo conforme a lo previsto en el artículo 97 de esta ley.

II. La razón que el notario asienta al expedir las copias a que se refiere el artículo anterior. En estos casos la certificación se asentará al final de la transcripción o reproducción, haciendo constar el número y fecha del instrumento del protocolo correspondiente, a no ser que estos datos se reproduzcan al principio de la copia.

En el caso a que se refiere la fracción I del artículo anterior, bastará señalar para qué efectos se expide, sin que conste petición de parte, ni se tomará razón de su expedición en parte alguna del protocolo.

III. La relación sucinta de un acto o hecho, o de uno de sus elementos o circunstancias que consten en su protocolo, que asiente en un documento que al efecto expida a petición de parte o autoridad facultada para hacerlo, o en un documento preexistente, también a solicitud de parte, lo que hará constar en la propia certificación sin necesidad de tomar razón en nota complementaria.

IV. La razón de existencia de uno o varios documentos que se le exhiban, para acreditar la personalidad de los otorgantes o interesados en una escritura o acta que el notario asiente en la reproducción total o parcial, lo que será suficiente para dejar acreditada dicha personalidad; bastando para ello relacionar en la escritura o acta respectiva, el número y fecha de la escritura cuyo testimonio o copia se le exhiba, y el nombre y el número del notario ante quien se haya otorgado, o la autoridad y procedimiento de que se deriven, en caso de ser copias certificadas expedidas respecto de constancias de algún procedimiento judicial.

En los casos a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior, se deberá hacer constar, tanto en nota complementaria como en la razón de certificación respectiva, la autoridad que ordenó el informe o expedición de la copia, del expediente en que ella actúa y el número y fecha del oficio correspondiente. Igualmente, podrá hacer constar en nota complementaria y agregar al apéndice la copia de la comunicación mediante la cual haya sido enviada la copia certificada a la autoridad respectiva. Toda certificación será autorizada por el notario con su firma.

De los artículos transcritos (artículos 100, 125 y 128) podemos apreciar que la diferencia básica y fundamental entre escrituras y actas, se encuentra, en que mientras en las escrituras se hacen constar actos jurídicos, en las actas se asientan hechos jurídicos.

Además de que las primeras van acompañadas en todo momento por la firma de los comparecientes, autenticando los actos en los que participan, por lo que, debe entenderse como un documento auténtico, que goza de certeza sobre su origen y su autor.

Las escrituras y actas que pasan ante la fe del notario público, deben asentarse en los folios numerados del protocolo que se encuentra a su cargo debiendo recoger la fecha y firma de los comparecientes en el caso de las escrituras y autorizar mediante su firma y sello (artículos 110, 125 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal). Devis Echandía, señala que las escrituras públicas son una subespecie de los documentos públicos y una: "especie de instrumentos públicos que se distingue por la calidad del funcionario que interviene y por su ingreso al especial protocolo puesto bajo el cuidado del mismo."³⁸

En la praxis, es común identificar a las escrituras públicas como títulos o como "documentos auténticos", "sin embargo, teóricamente debe entenderse por documento auténtico el que goza de certeza sobre su origen y sobre su autor, como ya se ha dicho, lo mismo si esa peculiaridad la tiene desde su formación, que si la adquiere posteriormente ante fedatario público, y en el primer, caso tanto cuando es consecuencia de su carácter público (por haber sido formado o autorizado, al crearse, por un funcionario público), como si es un instrumento privado que se autentica, ante un funcionario público

³⁸ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 531.

competente para ello, en el momento de ser suscrito por las partes. Todo documento público es auténtico, pero no todo documento auténtico es público."³⁹

CLASES DE DOCUMENTOS PÚBLICOS

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su Capítulo IV de las pruebas en particular, Sección III, en su artículo 327, precisa cuales son los documentos públicos que el juzgador debe reconocer en litigio, ya que se describen en diez fracciones, más esto no quiere decir que se hayan dado por el legislador, en un sentido taxativo, sino que existe la posibilidad de ampliar tales referentes con lo que señale la ley expresamente; como por ejemplo lo que establece el artículo 128 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal al que ya nos hemos referido, misma que describe lo siguiente: 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 refiere al ejercicio de sus funciones; III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno Federal, de los Estados o del Distrito Federal; IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes; V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes 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 o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobadas por el Gobierno General o de los Estados, y las copias certificadas que de ellas se expidieren; VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie; IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las

³⁹ Idem., p. 532.

expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio; X. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley.

De igual manera, el Dr. Ovalle Favela, considera que los documentos públicos pueden agruparse en cuatro subespecies:

1. Actuaciones judiciales
2. Documentos notariales
3. Documentos administrativos
4. Constancias registradas

1. ACTUACIONES JUDICIALES

En esta subespecie como le llama el Dr. Ovalle Favela, encontramos todos los actos jurídicos que los tribunales realizan, independientemente de la materia que éstos conozcan, debido a que: “dentro de las actuaciones judiciales quedan comprendidos tanto los actos de decisión del tribunal (las resoluciones judiciales) como los actos de comunicación y de ejecución (las diligencias judiciales).”⁴⁰

2. DOCUMENTOS NOTARIALES

Ya nos hemos referido a ellos en puntos anteriores, partiendo de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, básicamente en su artículo 100, que es el que determina los documentos notariales en escrituras y actas, más siguiendo los conceptos del Dr. Ovalle Favela, en este rubro se debe tomar en cuenta también lo preceptuado por la Ley Federal de Correduría Pública que: “distingue entre actos jurídicos y hechos jurídicos, sólo que en este caso de carácter mercantil. Tanto las pólizas y actas como las copias certificadas que de ellas expidan los corredores, constituyen documentos públicos (art. 18 de la Ley Federal de Correduría Pública).”⁴¹

3. DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

“Dentro de esta subespecie quedan comprendidos los documentos expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones legales.

⁴⁰ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 18, p. 155.

⁴¹ Idem., p. 156.

Conviene destacar que para que estos documentos sean públicos no basta con que los expidan funcionarios públicos: es necesario que los hagan precisamente en ejercicio de sus atribuciones legales.”⁴²

4. CONSTANCIAS REGISTRALES

En esta subespecie, el Dr. Ovalle Favela considera que deben colocarse a los documentos: “expedidos por las dependencias encargadas de llevar el registro de determinados actos o hechos jurídicos, tales como el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, el Registro Civil, el Registro de Transferencia de Tecnología, etcétera. Estas dependencias expiden constancias o certificaciones acerca de los registros que realizan.”⁴³

FUERZA PROBATORIA

Respecto de la fuerza probatoria de los instrumentos públicos, ésta debe ser analizada por sus intervinientes, tomando en cuenta el contenido de la instrumental:

- a) Las enunciaciones que el fedatario público realice, como hechos cumplidos por sí mismos o que ocurrieron en su presencia;
- b) Las manifestaciones que las partes realizaron en su presencia.

Además de las consideraciones anteriores, Casimiro Varela señala que la fuerza probatoria de los instrumentos públicos, radica también en la presunción de su autenticidad (elemento externo), ya que quien lo hace valer como medio probatorio: “no está obligado a efectuar diligencia alguna para justificar que fue otorgado por el funcionario (fedatario) público que lo autoriza o que la copia es una reproducción exacta de su original.”⁴⁴

Para contrarrestar la fuerza probatoria de los instrumentos públicos, no basta objetar su alcance y valor probatorio, es necesario impugnarlo (debido a la presunción de autenticidad) y probar su falsedad, además, es necesario recordar que el legislador mexicano ha dispuesto que en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el instrumento público sea el único medio de

⁴² Ibidem., p. 157.

⁴³ Idem, p. 157.

⁴⁴ Varela, Casimiro, op. cit., nota 241, p. 127.

prueba que tiene un valor probatorio tasado, tal y como se desprende del artículo 403 de dicho ordenamiento, que a la letra señala: “Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los documentos públicos, los que tendrán valor probatorio pleno, y por tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la pretensión que en ellos se funde.”

El Dr. Ovalle Favela, expresa que: “cuando se impugna de falso un documento sí se contradice su autenticidad o su exactitud.” Aclarando que “en la doctrina se distingue entre la falsedad material y la falsedad ideológica del documento; la primera consiste en la alteración de la materialidad del documento (adulteraciones, adiciones, borraduras, etc.) o en la suplantación de la firma; la segunda en que su contenido es inexacto o falta a la verdad.”⁴⁵

Al respecto, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 386, dispone que: “La impugnación de falsedad de un documento puede hacerse desde la contestación de la demanda hasta seis días antes de la celebración de audiencia de pruebas y alegatos. La parte que redarguye de falso un documento debe indicar específicamente los motivos y las pruebas; cuando se impugne la autenticidad del documento indubitable para el cotejo y promover la prueba pericial correspondiente. Sin estos requisitos se tiene por no redarguido o impugnado el instrumento.

De la impugnación se correrá traslado al colitigante y en la audiencia del juicio se presentarán las pruebas y contrapruebas relativas a la impugnación.

Lo dispuesto en este artículo sólo da competencia al juez para conocer y decidir en lo principal la fuerza probatoria del documento impugnado, sin que pueda hacerse declaración alguna general que afecte al instrumento, sin perjuicio del procedimiento penal a que hubiere lugar.

Si en el momento de la celebración de la audiencia se tramitare proceso penal sobre la falsedad del documento en cuestión, el tribunal, sin suspender el procedimiento y según las circunstancias, determinará al dictar la sentencia si se reservan los derechos del impugnador para el caso en que penalmente se demuestre la falsedad, o bien puede subordinar la eficacia ejecutiva de la sentencia a la presentación de una caución.”

El juez civil, que tenga conocimiento de la impugnación de los documentos aportados al proceso, debe de resolver con base en los elementos de prueba que fueron aportados para desvirtuar los documentos fundatorios, decidiendo sólo

⁴⁵ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 18, p. 160.

acerca de la fuerza probatoria del documento impugnado en relación con los hechos controvertidos, dejando a salvo los derechos de la parte que aportó los elementos para desvirtuar el instrumento referido, para que ésta los haga valer en la vía correspondiente.

“De la falsedad general del documento, sí puede resolver un juez penal, pues aquélla constituye un delito; pero para esto será necesario un proceso penal previo.”⁴⁶

Los artículos 482 y 483 del Código Penal para el Distrito Federal, establecen que “cuando de un proceso civil o mercantil se denuncien hechos delictuosos, el juez de los autos debe ponerlos en conocimiento del Ministerio Público adscrito al juzgado.

Los hechos también pueden ser denunciados directamente por el interesado al Ministerio Público, el cual si lo considera necesario, después de haber realizado las investigaciones pertinentes al caso, puede consignar la averiguación previa, solicitándole al juez de la causa, que pida a su par la suspensión del proceso civil, hasta en tanto no se resuelva la causa penal de manera definitiva.”

REGISTRO PÚBLICO Y SU FUNCIÓN PROBATORIA

El hacer público el registro de determinados actos o hechos jurídicos, tiene como finalidad sustancial, que surta sus efectos jurídicos frente a terceros (art, 1º del Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal), con la intención de otorgar la debida certeza y seguridad jurídica, tanto a los titulares registrales como a todos aquellos que están obligados a respetar los derechos generados por éstos, ya que mediante la función de publicidad, de los actos sujetos al mismo como son los derechos reales, gravámenes y limitaciones a la propiedad de inmuebles, se puede verificar la situación jurídica que guarden mediante la consulta personal en libros de registro, o la solicitud de certificados sobre los mismos.

Además, podemos precisar que mediante el registro de instrumentos públicos, se perfecciona el acto jurídico documentado (art. 100 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

⁴⁶ Ibidem., p. 163.

De igual forma, las actuaciones del Registro Civil, tienen una función probatoria y procesal importante, puesto que sirven para acreditar en proceso, los distintos hechos documentados.

El Registro Civil tiene a su cargo, por conducto de los jueces, el desempeño de la función registral del estado civil de las personas (art. 5º Reglamento del Registro Civil).

Por tanto, los documentos emanados de los registros públicos, con apego a lo que dispone la ley, hacen prueba plena, salvo que se demuestre su falsedad material o ideológica por otros medios legales (art. 403 CPCDF).

3.2 DOCUMENTAL PRIVADA

Son los producidos por las partes sin la intervención de funcionarios dotados de fe pública, los cuales, como ya hemos señalado pueden consistir en instrumentos, cuando incorporan escritos, ya sea que estén firmados o no, y en documentos no declarativos, pero representativos, como mapas, cuadros, planos, discos compactos, discos flexibles, memorias USB, hasta antes de ser observados en su contenido, por los elementos técnicos propicios para ello, etcétera.

Su relación no requiere formas determinadas y los requisitos exigidos para su validez consisten en la firma de las partes, que no puede ser reemplazada por signos, ni por iniciales, ni tampoco por los nombres y apellidos, y el otorgamiento de tantos ejemplares como partes intervengan con un interés distinto cuando el acto contenga acuerdos de carácter bilateral.

Los instrumentos privados a diferencia de los públicos, carecen de valor frente a terceros, hasta en tanto se pruebe su autenticidad, lo que podrá realizarse a través del reconocimiento expreso o tácito de las partes a quien perjudique o mediante la práctica de otros medios de prueba.

El artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles, establece que: “son documentos privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribanos o funcionario competente.”

De la enunciación anterior que hace el artículo 334, podemos desprender que hay documentos privados firmados y no firmados o auténticos y no auténticos.

Por lo que, como ya hemos señalado, debemos entender como documento privado auténtico, el que goza de certeza sobre su origen y su autor, independientemente de que posteriormente se ratifique el contenido y firma de documento ante autoridad o funcionario con fe pública. Los documentos privados, en relación con los documentos de orden público, se diferencian, no solo en la manera como se forman, ni las personas que intervienen, trasciende más allá, hasta impactar en la valoración probatoria de este tipo de documentos, ya que se encuentran fuera de lo previsto por los artículos 333 y 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que se refieren a la legitimación, eficacia y valor probatorio pleno de los documentos públicos.

El Dr. Ovalle Favela, señala que el artículo 334 del Código Adjetivo: “contiene una enunciación insuficiente de los documentos privados”⁴⁷, nosotros coincidimos con su opinión, más sin embargo, del mismo artículo se desprende que tales señalamientos son ejemplificativos más no taxativos, por lo que, si bien es cierto que podemos considerar como documentos privados, a aquellos que estén elaborados por particulares sin la intervención de un fedatario público, también lo es, que por la forma en que se confeccionaron, pueden constituirse como documentos privados los manuscritos, impresos, escritos a máquina de origen mecánico, sin escritura (grabaciones, películas, etcétera) y manuales pero no escritos, tales como los planos, cuadros, entre otros, asimismo, podemos incluir dentro de los documentos privados a aquellos que se integraron por sí o por orden expresa, independientemente de la forma que ésta revista.

Algunos ejemplos de instrumentos privados sin firma son los libros de contabilidad, los papeles domésticos, los asientos de corredores de comercio, las notas escritas sin firma en un documento público o en uno privado, las contraseñas, los boletos de pasajes para transportes aéreos, terrestres o marítimos, los boletos para entrar a espectáculos, los discos compactos, los discos flexibles, las memorias USB, las películas, las radiografías, etcétera.

⁴⁷ Ibidem., p. 157.

“La doctrina ha sido uniforme desde antaño, al considerar medios de prueba imperfectos a los documentos privados, ante la relativa facilidad con que se pueden confeccionar y la cierta dificultad para demostrar de modo absoluto e indubitable las falsificaciones, por tanto, para que tales medios probatorios hagan prueba plena, deben ser perfeccionados con otros elementos, fundamentalmente con el reconocimiento expreso o tácito de la persona contra quien se utilizan, por un exhaustivo dictamen de peritos, mediante la testimonial de personas que también hayan intervenido en el momento de su elaboración, pues sólo de esa manera podría existir un fundamento lógico para formar en el juzgador cabal convicción, conforme a lo determinado por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”⁴⁸

Por su parte Devis Echandía, expresa que “para que el documento privado tenga eficacia probatoria, es indispensable que se pruebe su autenticidad, a menos que por ley se presuma. Probada ésta, se presume cierto su contenido, tal como ocurre con la escritura pública, respecto de los que aparecen o se reputan haberlos suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos.”⁴⁹

REQUISITOS ESPECIALES DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

Por lo general, cuando se trata de documentos privados, la ley no exige una forma especial, sin embargo, algunos documentos si requieren determinadas expresiones, que no constituyen frases sacramentales, sino que basta que se exprese el concepto que jurídicamente configura la clase de acto que se pretende celebrar, dándoles cierta peculiaridad, como es el caso de los pagarés, letras de cambio, cheques, los bonos, títulos de acciones, documentos privados a que se refiere la ley como documentos privados (art. 334 del CPCDF).

Cuando la ley exige un instrumento privado como necesario para la existencia o la validez de un acto jurídico substancial, es indispensable que lleve la firma de su autor jurídico, tal y como se desprende de los artículos 2246, 2317, 2344, 2406, 2551, del Código Civil para el Distrito Federal.

La existencia jurídica de los documentos e instrumentos privados, no se encuentra supeditada a la firma de su autor jurídico, pero para efectos procesales,

⁴⁸ Cfr. Octava Época, Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil, Semanario Judicial de la Federación, tomo XI, febrero de 1993, I.4º.C. 183 C, P. 259.

⁴⁹ Devis Echandía, Hernado, op. cit., nota 224, p. 538.

tal requisito influye en su eficacia probatoria, ya que mediante la firma se facilita la prueba de su autoría y goza de una presunción legal de autenticidad. Como hemos señalado, los documentos privados pueden ser reconocidos por su autor en forma expresa o en forma tácita, otorgándoles autenticidad sus autores, de manera espontánea o por citación judicial a solicitud de parte interesada.

PRUEBA DE AUTENTICIDAD DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

La autenticidad de los documentos privados puede ser probada por cualquier medio que produzca certeza y convicción en el juzgador, como puede ser la prueba confesional, la testimonial o la prueba pericial cuando hay negación de la autenticidad de la firma de una de las partes.

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

El valor probatorio de los documentos privados, cambia de acuerdo al grado de autenticidad que éste contenga, ya que no hay que olvidar que los documentos privados pueden ser auténticos, y no auténticos, los cuales varían el grado de valor probatorio, ya sea frente a terceros o entre las mismas partes.

De tal suerte, que hay que distinguir, si el documento privado carece de autenticidad, éste carece de valor probatorio contra terceros y entre las partes, ya que le falta el requisito esencial de todo medio de prueba, por lo que antes de aducirlo como medio de prueba, es necesario perfeccionarlo con otros elementos probatorios que permitan determinar su autenticidad. Por otra parte, cuando el documento privado es auténtico, este tiene la fuerza de un documento público entre las partes, haciendo prueba plena entre las mismas y sus causahabientes a título universal o singular, salvo prueba en contrario, obligándolos como si se tratara de un documento público; pero no sucede así contra terceros, los cuales si bien no pueden sentirse obligados por los acuerdos de las partes, pueden servirse del documento auténtico en lo que les beneficie, y aportar elementos de prueba para objetar el contenido del mismo.

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS SIN FIRMA

Como lo señala el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, son admisibles como medios de prueba todos los elementos que ayuden a lograr convicción en el juzgador a cerca de los hechos controvertidos o dudosos, con lo cual cabe pensar que se pueden aportar al proceso, todo tipo de pruebas, y no sólo las reguladas de manera expresa en la ley, por lo que, elementos de convicción tales como las fotografías, radiografías, electrocardiogramas, películas, grabaciones, discos compactos, discos flexibles, y en general todo los elementos de prueba producto de los avances de la ciencia.

Para que surtan sus efectos probatorios, es indispensable establecer su autenticidad adminiculándolos con otros medios de prueba reconocidos por la ley, como puede ser la confesional, testimonial, pericial, inspección judicial, presuncional y documentales que tengan relación con las pruebas técnicas que se pretende acreditar, por lo que, primero, las pruebas técnicas son objeto de prueba, para posteriormente darles el valor y fuerza probatoria que ayude a probar los hechos controvertidos. Cumpliendo este requisito, como documentos privados auténticos, pueden llegar a constituirse en prueba plena de hechos que no requieran por disposición de la ley un medio de prueba específico; por el contrario, si falta este requisito, quedará al prudente arbitrio del juzgador, aplicando su criterio, sustentándolo en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia judicial.

3.3 DOCUMENTO ELECTRÓNICO

En un conflicto que se lleva ante los tribunales del fuero común, que incluye elementos probatorios de origen electrónico, nos lleva a consultar de manera inmediata el capítulo de la prueba en general y sus correlativos en el Código de Procedimientos Civiles, ya que aparecen elementos probatorios que se apartan de los medios de prueba expresamente regulados por el código adjetivo, por lo que al analizar si dichos elementos de prueba se pueden aportar al proceso, surgen las dudas razonables, de: cómo aportarlos si no se encuentran regulados de manera expresa, ya que lo único que señala el Código de Procedimientos Civiles, de

manera amplia, en su artículo 289 es que “son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos.”

Con la interpretación literal del artículo anterior, podemos deducir que en principio se pueden aportar al proceso todos los elementos de prueba que se tengan al alcance para lograr la convicción del juzgador (libertad probatoria), ahora la duda se presenta bajo qué esquema de prueba los vamos a aportar si no se encuentran regulados de manera expresa en la ley; si bien en principio no son considerados como contrarios al derecho, a la moral o a las buenas costumbres, claro está que se pueden aportar al proceso, pero bajo qué mecánica probatoria, que en igualdad de condiciones entre las partes permita al juzgador guardar el equilibrio procesal, y sin que la parte contraria objete y en algunos casos impugne los elementos probatorios de origen electrónico.

Ante tales dudas, es ineludible voltear a ver a los legisladores y darnos cuenta que la realidad social rebasa infinitamente lo dispuesto por el Código Napoleónico que regula la actividad procesal en la materia civil de nuestros días, sin duda, en su momento, en los años veinte o quizá en los cuarenta del siglo pasado, se justificaba el “avance” y “modernidad” de nuestra ley procesal, más sin en cambio en la actualidad, es claro que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, requiere de ponerse a la altura de la realidad social y reconocer la importante evolución de la tecnología aplicada a la vida diaria, incluyendo de manera expresa los elementos probatorios que se derivan de la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para cualquier proceso que se trámite ante los tribunales del fuero común, así mismo, se debe dar libertad a los juzgadores para que de manera valiente hagan uso de las facultades que ya consagra la ley, y en un afán de conocer la verdad sobre los hechos controvertidos, pongan en marcha los principios procesales que han quedado olvidados, como es el caso de la inmediatez, y la búsqueda de la verdad a través

de las facultades que consagran los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

De lo contrario se deja en completo estado de indefensión a esos sectores de la sociedad que han hecho de los medios de comunicación una forma de vida, ya que no son los menos los que consultan el internet, para realizar operaciones de comercio electrónico, en todas sus manifestaciones; a la banca comercial que ha desarrollado constantemente diferentes sistemas de banca electrónica para ofrecer sus servicios en línea; el intercambio de mensajes electrónicos que pueden llegar a constituir acuerdos de voluntades, contratos en sus diferentes modalidades; o simplemente el intercambio de mensajes electrónicos que pueden llegar a tener relevancia como elementos de prueba en algún proceso que se lleve ante los tribunales, en definitiva el internet, se vuelve una ventana al mundo para comunicarse, inter-relacionarse, y como ya hemos dicho, también para contraer obligaciones de carácter bilateral.

Ante tal panorama, como lo dijera Sanchís Crespo: “el internet constituye un auténtico “vivero” de fuentes de prueba”⁵⁰, por lo que en nuestra opinión, debemos hacer una serie de planteamientos que nos lleven a dilucidar de manera clara bajo qué medio de prueba de los reconocidos expresamente por la ley, podemos aportar al proceso la fuente probatoria de los hechos controvertidos.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La informática⁵¹ aplicada a la vida cotidiana, se ha constituido en un fenómeno que ha tenido un origen reciente, pero parece presentar características irreversibles en tanto, que los medios de origen electrónico invaden todos los ámbitos de actividad del ser humano, alcanzando cada día un mayor grado de sofisticación, pero no por ello lejos del alcance de los diferentes estratos sociales, lo que hace suponer que en un tiempo breve toda la actividad del ser humano será llevada a través de medios electrónicos, dejando en desuso los métodos

⁵⁰ Cita de Ormazábal Sánchez, Guillermo, op. cit., nota 221, p. 162.

⁵¹ El vocablo “INFORMÁTICA”, es un compuesto contracto de las palabras “información” y “automática”, fue creado con el objetote designar las ciencias y técnicas de la comunicación que intervienen en la recopilación y utilización de datos a fin de elaborar decisiones.

tradicionales, por lo que, para los efectos probatorios que interesan a este tema de estudio, resulta suficiente tomar como ejemplo lo dicho en líneas anteriores, es decir, ante la ausencia de reconocimiento del legislador mexicano de la realidad social y el uso de nuevas tecnologías en el desarrollo de su vida cotidiana, se deja a la capacidad e imaginación de los diferentes sectores que integran la vida judicial, el probar las situaciones fácticas que se derivan de medios electrónicos, incluyendo en estas, como ya se ha dicho, a la población en general y a sectores de la vida económica que usualmente utilizan el internet para comunicarse y realizar operaciones en la vía electrónica, de igual manera, por qué no decirlo, se afecta al gasto público, ya que imaginemos la cantidad de recursos públicos que se ahorrarían si por ejemplo, las notificaciones personales que se realizan en el procedimiento, por el órgano jurisdiccional, cualquiera que éste sea, se realizaran por la vía electrónica o las comunicaciones entre juzgados se llevarán por correo electrónico, sin duda se vería la evolución de figuras como el exhorto, la carta rogatoria, etcétera, logrando con ello, eficiencia y optimización de recursos; por lo que ante tales consideraciones, es necesario adecuar nuestro Código de Procedimientos Civiles para que regule de manera expresa los medios de prueba que se derivan de los avances de la ciencia y la tecnología, y no deje a criterio de las partes la interpretación analítica de los medios de prueba reconocidos o hasta el momento conocidos por la doctrina tradicional.

Por lo anteriormente expresado, desde nuestro punto de vista, resulta necesario ubicar primordialmente, a los elementos de convicción que se derivan de medios electrónicos, otorgándoles reconocimiento en los medios de prueba tradicionales, para que en base a ello, se puedan llevar a la vida procesal y ayudar a lograr convicción en el ánimo del juzgador.

PROBLEMÁTICA DE RECONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA DE ORIGEN ELECTRÓNICO

La aparición de nuevos elementos de prueba y la falta de regulación de éstos, nos conduce a tratar de incorporarlos al procedimiento, utilizando la analogía de los medios de prueba tradicionalmente conocidos; pero cómo

debemos de considerar a los nuevos elementos probatorios, como instrumentos, como documentos, como objetos de peritaje; ¿cómo debemos considerarlos? ¿cómo los incorporamos al procedimiento? ¿en qué momento los aportamos al juicio?, sin duda, estas preguntas nos mueven a buscar en la naturaleza de estos nuevos huéspedes de la materia procesal, ante los cuales como ya hemos dicho, nuestro remendado código adjetivo, se encuentra superado, debido a que estos soportes electrónicos irrumpieron en el ámbito del Derecho de manera furtiva, sin que los tratadistas ni los postulantes estuvieran preparados para entender la evolución de los medios probatorios, con lo que nos damos cuenta que el campo del Derecho mexicano en estos momentos se encuentra también atrasado, viviendo de los conceptos expuestos por tratadistas de raigambre, sin analizar que las comunicaciones que se tienen hoy en día, ya no son únicamente por misivas, cartas o mensajes sobre soportes de piel, papiro, papel de seda o de pulpa, como ya ha quedado expuesto, no, en la actualidad las comunicaciones, formas de contratar y formas de expresar la voluntad, se manifiestan a través de diferentes medios, incluyendo la vía electrónica, con lo cual, se hace necesario modernizar y darle un grado de avance a nuestra legislación procesal, para que regule de manera expresa los elementos de convicción derivados de los avances de la ciencia y la tecnología, como es el caso de los medios electrónicos.

Aunado a lo anterior, en la actualidad estos elementos de convicción derivados de origen electrónico, encuentran cierta oposición en el ámbito jurisdiccional, debido primeramente a que si bien no están prohibidos, tampoco se encuentran regulados de manera expresa, sobreviniendo con ello, cierto grado de inseguridad en cuanto a su origen y eficacia probatoria, por lo que en algunos casos los postulantes han interpretado que la única vía de incorporarlos al proceso es a través de la prueba pericial, desarrollando puntos y consideraciones, que en muchos de los casos no tienden a demostrar la fiabilidad, origen y autenticidad de los medios electrónicos de los cuales devienen las copias simples de primer grado, que se acompañan a los escritos de las partes del proceso; también se ha optado por relacionar otros medios de prueba con las copias simples de primer grado de origen electrónico, para lograr cierto grado de eficacia probatoria, más

sin en cambio, en nuestra opinión dichos elementos no bastan, para obtener la eficacia probatoria que se pretende lograr, ya que no se está atendiendo al origen, a la fuente de la cual devienen los acuerdos, las obligaciones contraídas y en muchos de los casos, ante la objeción de dichas copias que se acompañan a los escritos, no se atiende a demostrar por parte de los oferentes, de manera palmaria, la fuente, fiabilidad y seguridad con que fueron generados los elementos probatorios, ya que recordemos que un elemento de desconfianza del que gozan estos elementos de convicción derivados de orígenes electrónicos, por parte del juzgador, es precisamente su origen, y seguridad con que éstos fueron reproducidos, debido principalmente a la facilidad con éstos se pueden alterar, constituyéndose en el principal problema a superar en la praxis.

Para entender de manera clara esta problemática, resulta útil atender a los conceptos que ya han quedado precisados en el capítulo anterior, como lo son, los conceptos de fuente, objeto y medio de prueba.

CONCEPTOS DE FUENTE, OBJETO Y MEDIO DE PRUEBA

FUENTE DE PRUEBA: “Son los elementos que existen en realidad, es anterior al proceso y subsiste independientemente de él.”⁵²

OBJETO DE PRUEBA: “Es el hecho que debe verificarse y sobre el cual vierte el juicio.”⁵³

MEDIO DE PRUEBA: “Son los instrumentos con los cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de prueba.”⁵⁴

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA PRUEBA DE ORIGEN ELECTRÓNICO, CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA

Con el presente análisis se pretende determinar los medios de prueba que pueden ayudar a probar de manera indefectible la seguridad de la fuente

⁵² Cita de Ormazábal Sánchez, Guillermo, op. cit., nota 221, p. 166.

⁵³ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 131.

⁵⁴ Idem., p.145.

generadora de los elementos de prueba de origen electrónico, así como la analogía que guardan por falta de disposición expresa, con otros medios de prueba.

a) PRUEBA CONFESIONAL

Para probar la fuente y seguridad de las pruebas de origen electrónico, la prueba confesional no es la idónea para allegar al juzgador elementos de convicción que prueben la existencia de dichos elementos electrónicos, a lo sumo, nos ayuda a probar la existencia de dichos elementos, quizá su autoría, si así lo confiesa el absolvente, pero no nos ayuda a dar certeza de que el contenido de los soportes informáticos no hayan sido alterados, por tanto no se probaría indefectiblemente la seguridad de la fuente, la autenticidad de ésta, y la invariabilidad del origen informático de los elementos de prueba.

b) PRUEBA TESTIMONIAL

Como ya dijimos, esta prueba tampoco es la idónea para aportar elementos de seguridad en cuanto a la fuente, autenticidad e inalterabilidad de los elementos de prueba de origen electrónico, con esta prueba se pueden aportar elementos que nos ayuden a demostrar la existencia de los elementos de prueba de origen electrónico, quizá su contenido si fue visto por éste, nos ayuda a identificar a sus autores, pero no nos ayudaría a dar fiabilidad de la fuente, de su procedencia, de la seguridad de que el contenido no ha sido alterado posteriormente, y de que la fuente se encuentra intocada, totalmente impoluta.

c) PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial, por su naturaleza misma, no es un medio de prueba que permita aportar a las partes hechos relevantes, sino que tiene como finalidad propia introducir máximas de experiencia, aportar elementos científicos, técnicos, artísticos o conocimientos especializados que escapan del campo jurídico, pero que es necesario conocerlos para poder determinar la existencia de hechos afirmados en el proceso, de tal manera, que con este medio de prueba se puede llegar a dilucidar el origen e inalterabilidad de un elemento electrónico, más no se puede probar la autoría del elemento de origen electrónico, debido a que él mismo carece de la firma, de los signos inequívocos que permitan determinar con cierta

certeza a quien se le debe atribuir las manifestaciones de voluntad que son llevadas a la consideración del órgano jurisdiccional.

De tal suerte, que la prueba pericial puede servir, como auxiliar “para probar o impugnar la autenticidad de las declaraciones contenidas en un soporte informático o de grabación del sonido.”⁵⁵

d) LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Al tratarse de una prueba de apreciación por parte del órgano jurisdiccional, debe describirse de manera precisa en qué consiste la observación que debe realizar el órgano jurisdiccional, en cuyo caso su participación se limitaría a observar la existencia de dichos elementos informáticos, con lo cual no se lograría demostrar ni la fuente, ni la autenticidad, autoría e inalterabilidad del elemento de origen electrónico, por lo que no es el medio de prueba idóneo que permita alcanzar los elementos de convicción necesarios al juzgador para poder pronunciarse sobre la seguridad y origen del elemento informático aportado.

e) LA PRUEBA DOCUMENTAL

Los elementos de origen electrónico, en principio son ininteligibles para los sentidos del ser humano, se requiere la ayuda de ciertos elementos técnicos que permitan la comprensión de esos símbolos con los que trabaja la informática, de tal suerte, que con su ayuda se puedan visualizar, volver objetivos y entendibles al lenguaje natural del ser humano, e incluso con la posibilidad de reproducirlos y guardarlos, ya sea en soportes magnéticos o en soportes de origen papel. Ante tal situación, no cabe duda que empiezan a aparecer ciertas semejanzas con los documentos, entendiendo a éstos en su sentido más amplio, ya que por un lado se trata de soportes con capacidad para “enseñar o mostrar” la voluntad del ser humano, tal y como también lo tiene el “documento clásico”, como ya lo hemos visto anteriormente, recordemos que la palabra “documento”, etimológicamente se deriva del vocablo latino “*docere*”, que significa “enseñar o mostrar”, por lo que estimamos que el calificativo de “prueba documental”, pudiera también aplicarse a los elementos de origen electrónico, ya sea que estos se representen en copias sobre soportes magnéticos o bien sobre soporte papel, independientemente del

⁵⁵ Ormazábal Sánchez, Guillermo, op. cit., nota 221, p. 182.

grado que éste represente, ya que dicho término no se encuentra condicionado por su forma, sino por lo que es capaz de aportar al esclarecimiento de las situaciones fácticas que alegan las partes, pudiendo incluso, aportar elementos que no se limitan a la escritura, sino que pueden reproducir imágenes y sonidos, dando con ello, una mayor claridad al entendimiento de las situaciones alegadas en el proceso.

Por tanto, quien aporte un documento de origen electrónico, primero debe demostrar la autenticidad de la fuente de prueba, para que surta sus efectos de ley, como medio de prueba reconocido de manera expresa por el legislador, ante lo cual, primeramente debe ser objeto de prueba, para posteriormente acreditar de manera indefectible que el medio de prueba de origen electrónico es auténtico, fiable y seguro para surtir con un alto grado de eficacia probatoria ante la objeción e impugnación de que pudiera ser objeto.

Ya lo dice el Dr. Ovalle Favela, que: “este medio de prueba es el que mayor desarrollo ha tenido en el proceso civil,”⁵⁶ por lo que, en este sentido, no vemos objeción alguna para considerar a los elementos de prueba de origen electrónico, como “pruebas documentales” ampliando el concepto clásico de documento, ya que la estructura y naturaleza del elemento electrónico cumple con los mismos requisitos del documento clásico sobre soporte papel, por lo tanto, el “documento de origen electrónico” ya sea representado sobre un soporte magnético o sobre un soporte papel, debe ser aceptado en el proceso judicial, aplicando las mismas disposiciones de las pruebas documentales, es decir, deben acompañarse con el escrito inicial de demanda, para que puedan ser objeto de análisis y puedan ser objetadas y en su caso impugnadas por la contraria, cuando se corran como traslado; por consiguiente deben ser admitidas y valoradas como lo son los documentos clásicos sobre soporte papel.

Así pues, ante la objeción o impugnación de los “documentos informáticos” estos deben ser cotejados con su original que se encuentra inmerso en el procesador, adminiculando la copia de primer grado con otros elementos de prueba que conduzcan a la autenticidad del “documento informático” aportado.

⁵⁶ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 18, p. 154.

Entonces, sin atender de momento las ventajas o desventajas que el documento electrónico pueda tener en relación con el documento clásico, podemos determinar que el primero, puede ser considerado como una “prueba documental” aplicando todas y cada una de las disposiciones procesales contenidas en el código adjetivo, con lo cual, de momento, superaríamos la falta de regulación expresa de los elementos de origen electrónico.

CONCEPTO DE DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Desde el punto de vista técnico, el documento electrónico, “es el conjunto de impulsos electrónicos que recaen en un soporte de computadora, y que sometidos a un adecuado proceso, permiten su traducción a lenguaje natural a través de una pantalla o una impresora.”⁵⁷ Siguiendo los apuntes de que el elemento de convicción de origen electrónico, debe ser considerado como una prueba documental, proponemos la siguiente definición: “*DOCUMENTO ELECTRÓNICO, es la representación del pensamiento humano a través de soportes magnéticos, ópticos, cintas e incluso en soporte papel, que requieran de la administración de elementos técnicos para ser comprensibles por el ser humano.*”

El profesor italiano Ettore Giannantonio, señala que los documentos electrónicos: “en sentido estricto pueden ser distinguidos en relación con su grado de conservabilidad. Algunos, en efecto, como por ejemplo los datos contenidos en las memorias circuitales RAM (Random Access Memory), son de carácter volátil, o sea que cancelan automáticamente apenas se apaga el elaborador (computadora). Otros, en cambio, como los datos contenidos en cintas o en discos magnéticos o en las memorias de masa, permanecen memorizados hasta el momento en que una intervención humana proceda a cancelarlos; otros, por fin como los datos contenidos en las memorias ROM (Read Only Memory), están destinados a permanecer inalterables en el tiempo.”⁵⁸

Ante tal descripción, podemos determinar que el documento electrónico, puede adoptar diversas formas, ya que éste puede ser copiado en forma digital y contenido en la memoria central de la computadora o bien en soportes externos a

⁵⁷ Téllez Valdés, Julio, Derecho Informático, 3ª edición, McGraw-Hill/Interamericana editores, S.A. de C.V., México, 2004, p.247.

⁵⁸ Giannantonio, Ettore, Informática y Derecho, Apuntes de Doctrina Internacional, El Valor Jurídico del Documento Electrónico, Vol. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 95.

la memoria de la computadora, como pueden ser discos compactos, flexibles, ópticos, cintas, memorias USB, entre otros, constituyéndose en copias de primer grado y guardando el original en la memoria central del procesador.

Por otra parte, en un sentido amplio, también podemos entender por documento electrónico aquel que ha sido formado por la computadora e impreso en un soporte papel.

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO DOCUMENTO JURÍDICO

En nuestra legislación procesal, se consagra la libertad probatoria, sobre un sistema mixto de valoración de las pruebas, en donde el juzgador debe apreciar en su conjunto los diversos medios de prueba aportados por las partes, explicando con toda claridad los fundamentos de su valoración jurídica, y por consiguiente el de su decisión.

El ordenamiento procesal de la materia civil, regula las pruebas instrumentales, entendiéndose por éstas, únicamente a los soportes de papel que incorporan signos en forma de escritura convencional, regulando su forma, condiciones de validez, carácter, ya sea público o privado, autenticidad y grados de eficacia como medio de prueba, más sin embargo, tenemos que reconocer que en la actualidad, el documento electrónico no tiene eficacia probatoria plena, ya que requiere administrarse con otros medios de prueba, para probar su autenticidad, fiabilidad e inalterabilidad de su estado original, por lo que se le ha considerado como un medio de prueba imperfecto, lo que no quiere decir que como elemento de prueba no puede ser aportado al proceso, sino que debe ser relacionado con otros medios de prueba, buscando primero ser objeto de prueba, para que posteriormente surta sus efectos de ley, cuando haya quedado demostrada su fiabilidad, autenticidad y si es posible, la autoría de los elementos de prueba de origen electrónico.

Por tanto, mientras no sean reconocidos por el legislador los elementos de origen electrónico, como “pruebas documentales” tienen que seguirse aportando al procedimiento de una manera genérica, sin poderlos denominar como

“documentales” para no ser objeto de prevenciones, por falta de disposición expresa o por ignorancia de los juzgadores.

VALOR JURÍDICO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al permitir en su artículo 289, la libertad probatoria de las partes, permite a su vez, en el artículo 402 la libre valoración de los medios de prueba, por lo que no hay impedimento legal para que las partes aporten elementos de origen electrónico, y para que el juzgador admita dichos elementos de convicción.

La posibilidad de producir o de admitir los documentos electrónicos como medio de prueba, significa que no hay norma alguna que inhiba al juez para utilizar los documentos electrónicos como medios de prueba, que prevea la admisibilidad sólo en el caso de falta de otros medios de prueba o que imponga una determinada eficacia probatoria de ellos. Esto, por lo demás, no significa que el documento electrónico el juzgador deba, en todos los casos, atribuirle plena atendibilidad, sino después de una adecuada valoración de la autenticidad y de la seguridad del documento electrónico, por lo que, debe reconocerse al documento electrónico en sentido estricto, valor de documento escrito, hasta en tanto se pueda probar la autoría del mismo, en cuyo caso se debe dar un valor de documento privado con todos los alcances jurídicos que este tiene.

Por consiguiente, un adecuado reconocimiento del valor jurídico del documento electrónico exige, como se ha hecho en los Estados Unidos de América, una normativa específica por parte del legislador, que tienda a regular los documentos electrónicos, como elementos de prueba, desde su ofrecimiento, admisión, desahogo, valoración, y en algunos casos, hasta su aseguramiento.

En la actualidad, este tipo de disposiciones resultan tanto más necesarias en cuanto se considere que la introducción de los medios informáticos en la vida social ha puesto en crisis los criterios tradicionalmente adoptados por el legislador como garantía de originalidad y de autenticidad del documento.

3.4 PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL

La presentación de documentos en la vía jurisdiccional, se encuentra regulada en el Capítulo III, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en sus numerales 95, 96, 97, 98, 99 y 100, en relación con lo dispuesto por los artículos 255, 256 y 260 de dicho ordenamiento, en los cuales, debemos precisar que los numerales 277 y 290 del Código Procesal de la materia, señalan básicamente el momento procesal en que deben aportarse las pruebas documentales con que cuentan las partes, por lo que, en atención a lo dispuesto por el artículo 95 del Código en cita, podemos señalar que: “A toda demanda o contestación deberá acompañarse necesariamente:

I. El poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre de otro, o bien 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;

II. Los documentos en que el actor funde su acción y aquéllos en que el demandado funde sus excepciones. Si no los tuvieren a su disposición, acreditarán haber solicitado su expedición con la copia simple sellada por el archivo 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. 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 expedírseles. Si las partes no pudiesen presentar los documentos en que funden sus acciones o excepciones, declararán, bajo protesta de decir verdad, la causa por la que no pueden presentarlos.

En vista a dicha manifestación, el juez, si lo estima procedente, ordenará al responsable de la expedición que el documento solicitado por el interesado se expida a costa de éste, 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 algunos de los requisitos anteriores, no se les recibirán las pruebas documentales que no obren en su poder al presentar la demanda o contestación, como tampoco si en esos escritos se dejan de identificar las documentales, para el efecto de que oportunamente se exijan por el tribunal y sean recibidas;

III. Además de lo señalado en la fracción II, 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 les serán admitidos, salvo de que se trate de pruebas supervenientes; y

IV. Copias simples o fotostáticas, 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, así como para integrar el duplicado del expediente, en los términos del artículo 57 de este Código.

La excepción a la forma como deben incorporarse los documentos al proceso, se contiene en lo dispuesto por los artículos 96 y 97, en su segundo párrafo, así como por el artículo 98 del ordenamiento legal en cita, una vez que de manera limitativa, señala los casos de excepción en que pueden recibirse las documentales que no se acompañaron a los escritos de demanda y contestación, así como de reconvenición en su caso, ya que señalan que: “En el caso de que se demuestre haber solicitado la expedición del documento al protocolo o archivo público, y dicha dependencia no lo expida, el juez deberá ordenar su emisión al encargado del archivo con apercibimiento de imposición de sanción pecuniaria, hasta por los importes señalados en el artículo 62 de este ordenamiento, que se aplicará en beneficio de la parte perjudicada.” De igual manera, el artículo 97 señala que “a las partes sólo les serán admitidos, después de los escritos de demanda y contestación, los documentos que les sirvan de pruebas contra excepciones alegadas contra acciones en lo principal o reconvenicional; los que importen cuestiones supervenientes o impugnación de pruebas de la contraria; los que fueren de fecha posterior a la presentación de la demanda, o a la contestación; y aquellos que aunque fueren anteriores, bajo protesta de decir verdad, se asevere que no se tenía conocimiento de ellos.”

Por tanto, de manera lapidaria el artículo 99 del Código Procesal de la materia, determina: “A ninguna de las partes se le admitirá documento alguno después de concluido el desahogo de pruebas. El juez repelerá de oficio los que se presenten, mandando devolverlos a la parte, sin ulterior recurso, sin agregarlos al expediente en ningún caso.” Con lo que se concluye que la forma de presentar las pruebas documentales se inicia con la demanda, señalándolas de manera expresa como “documentos base de la acción”, y en el caso de la demandada, al momento de

contestar la demanda debe acompañar los documentos con los que acredita la personalidad y sus excepciones, si las tuviere, pero si al momento de formular la demanda, contestación de la misma o la contestación de la reconvención, no tuviera a su alcance la documentación requerida, se pueden incorporar los documentos bajo los lineamientos que prevén los artículos 96, 97 en su segundo párrafo y 98 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, observando de manera inequívoca lo dispuesto por el artículo 100 del mismo ordenamiento en cita, el cual señala: “De todo documento que se presente después del término de ofrecimiento de prueba se dará traslado a la otra parte, para que dentro del tercer día manifieste lo que a su derecho convenga.”

3.5 ANALOGÍA DE LA PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Como ya se ha señalado, los documentos de origen electrónico no se encuentran regulados de manera expresa en el Código de Procedimientos Civiles, por lo que no es clara la forma como éstos deben aportarse al procedimiento, sino que deducimos que en relación al contenido del artículo 289 del mismo ordenamiento, podemos aportar al proceso los elementos de origen electrónico, por analogía con las “pruebas documentales”, atendiendo al grado de evolución que han sufrido los medios de comunicación y a la finalidad con que éstos son utilizados, por lo que en la actualidad debe considerarse que la forma de comunicarse, obligarse o contratar también ha cambiado, trayendo consigo nuevos elementos de prueba, como lo son los documentos derivados de origen electrónico, en cuyo caso, no importa que el “documento electrónico” sea presentado al proceso en cualquiera de sus formas, pudiendo ser ésta, magnética, óptica, en soporte papel, memorias USB, cintas de cualquier tipo, etcétera, en cuyo caso basta con que se exprese que es de origen electrónico, aplicándose por analogía (hasta en tanto se legisle en la materia) todas y cada una de las disposiciones contenidas en el Capítulo III “De la Presentación de los Documentos,” concretamente las disposiciones contenidas en los artículos 95, 96, 97, 98, 99 y 100, en relación con lo dispuesto por los artículos 255, 256 y 260 de dicho ordenamiento, ya que son documentales que contienen hechos a través de

los cuales el juzgador puede obtener elementos de convicción para cerciorarse de la existencia de los hechos alegados por las partes, constituyéndose en “fuentes del conocimiento” que tienen que revestir la forma de un medio de prueba análogo para poder ser incorporado al proceso, y al revestir la forma de las “documentales” son aplicables todas y cada una de las disposiciones contenidas en la ley, para las pruebas documentales, con la aclaración de que al ser considerado un medio de prueba imperfecto, por revestir la característica de “copia de su original”, ésta debe relacionarse con otros medios de prueba, que busquen probar su origen, autenticidad, fiabilidad, seguridad y la autoría de los mismos, por lo que, hemos manifestado que antes de surtir sus efectos de ley, primero son objeto de prueba, para posteriormente adquirir el grado de eficacia que se logre probar, pudiendo ser ésta, como documento privado, cuando se ha probado indefectiblemente la autenticidad del mismo, mediante el reconocimiento de los derechos y obligaciones de cada uno de los intervinientes en su elaboración, e incluso podrá adquirir el carácter de “documento público” si en su elaboración interviene alguno de los fedatarios públicos reconocidos por la ley, pero por su naturaleza, indudablemente tendría el valor probatorio de una copia simple, es decir, de un simple indicio.

En atención a las consideraciones anteriores, podemos afirmar que nada impide que en un litigio, le sean aplicables las disposiciones precisadas en los numerales 277 y 290 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los cuales señalan el momento jurídico en que deben aportarse las pruebas documentales con que cuentan las partes.

De igual manera le son aplicables las reglas de la objeción y la impugnación, con los términos y condiciones que la ley establece.

Por lo que podemos arribar a la conclusión, que los llamados “documentos de origen electrónico” tienen origen, estructura y naturaleza idéntica a las “documentales clásicas”, por lo que en un litigio, cualquiera que sea su materia, resultan admisibles como elementos de prueba, con la aplicación análoga de todos los preceptos legales señalados por el legislador para las pruebas

documentales, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 289 del citado ordenamiento, mismo que permite la “libertad de medios probatorios.”

CAPÍTULO IV. VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

La valoración o apreciación de la prueba documental, no se puede practicar de manera generalizada en todos los documentos como género, es necesario analizar las distintas especies de documentos, para otorgarles el mérito o valor probatorio que les corresponda; ya que desde su acepción: "el documento no es un acto, sino una cosa"¹ y es por disposición legal, que: "se le otorga determinado grado de valor probatorio, dependiendo de la garantía de fidelidad del documento."²

Para precisar tal aseveración analicemos por separado el valor probatorio de las distintas clases de documentos, a este respecto, tenemos:

1. EL VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS.

La prueba documental pública, es una prueba tasada, ya sean éstas, escrituras públicas o instrumentos provenientes de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, dichas probanzas harán prueba plena, tanto del acto, hecho, o circunstancias que documenten, las cuales pueden ser por ejemplo: la fecha, lugar y nombres de los intervinientes, ya sean partes de los actos o hechos que en dichos documentos se consignen, o funcionarios que en ellos intervienen. Por lo que, las declaraciones, disposiciones y enunciaciones que contenga el documento público, hacen prueba plena entre las partes, los vincula y obliga en el cumplimiento de las manifestaciones vertidas en el cuerpo del referido documento, en cuanto a la verdad de las declaraciones que ahí se formulan y a la veracidad de las obligaciones y derechos que constituyen o de sus extinciones y modificaciones que estipulen, por lo que, el hecho de haberse otorgado y la existencia de derechos y obligaciones que en él se contengan, hacen fe plena, no sólo entre las partes sino contra terceros, pero únicamente en cuanto al medio de haberse ejecutado el acto, de los acuerdos y disposiciones, pagos, etcétera, que dichos documentos contienen.

El valor probatorio pleno de los documentos públicos, se los da la ley, en virtud de la fe pública que inviste a los funcionarios que en su elaboración intervienen.

¹ Carnelutti, Francesco, op. cit., nota 225, p. 154.

² Idem, p. 185.

Devis Echandía, se refiere a las circunstancias que consignan los documentos públicos, como la plena prueba, de las interrogantes: "dónde, cuándo, cómo y por quiénes se otorgaron",³ situaciones que nos parecen correctas, pero cabría también la pregunta ¿por qué se otorgó?, ya que en la mayoría de los documentos públicos se circunstancia hasta el más mínimo detalle del acto o hecho que se celebra ante funcionarios públicos, porque éstos, tienen la preparación y avizoramiento, de que los documentos públicos hacen prueba plena mientras no se demuestre lo contrario o sean impugnados por la vía legal, tal aseveración tendría el carácter de "enunciación" unilateral de voluntad en un documento público, y tendría efecto de confesión extrajudicial, pudiendo aplicarse: "el principio de indivisibilidad que rige para las confesiones."⁴

A este respecto, Muñoz Sabaté, citando a Montero Aroca señala: "En cualquier caso sin embargo, antes o ahora, el valor de la prueba legal comprende: El hecho de que el documento ha sido realizado por el funcionario público y de que en él intervinieron las partes; los hechos relativos a las circunstancias exteriores en que se produjo el documento mismo, principalmente fecha y lugar; todos los hechos y actos que se realizan y se describen por el funcionario público como producidos o existentes ante él, en el momento de redacción del documento."⁵

De lo señalado hasta el momento en este capítulo quisiéramos resaltar el concepto vertido por Carnelutti cuando dice "el documento no es un acto, sino una cosa", de esta descripción del documento, agregaría que la misma representa de manera objetiva, la voluntad de las partes que en su elaboración intervienen, dicha definición, ineludiblemente se refiere a la representación material, tanto de un acto como de un hecho y puede adquirir el grado de "público" si en la elaboración de esa "cosa", interviniese un funcionario con fe pública, por lo que, nada impide que un documento escrito sobre soporte papel o un instrumento como las fotografías, discos compactos, discos flexibles, cintas magnetofónicas, memorias USB, puedan tener el carácter de "público" y ser considerados como prueba plena ya

³ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 557.

⁴ Idem, p. 559.

⁵ Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 319.

que serían otorgados o autorizados por funcionario público o depositario de fe pública (en ejercicio de la función jurisdiccional, administrativa o de policía).

Como se ha señalado, el valor y fuerza probatoria de los documentos públicos opera entre las partes intervinientes en su elaboración, ya que otorgan derechos e imponen obligaciones recíprocamente, o bien, enuncian hechos vinculados directamente con las disposiciones contenidas en el cuerpo del documento público respectivo, la celebración de estos actos, tiene obligatoriedad respecto de las partes celebrantes y sus causahabientes, título universal o singular pero no contra terceros o demás personas que no intervinieron en la elaboración del documento público, es decir, frente a terceros, hacen prueba plena, sólo en cuanto a la celebración del acto, pero, los acuerdos ahí establecidos, no obligan a terceros.

Devis Echandía señala que: "si bien los terceros no quedan obligados por las declaraciones contenidas en las escrituras públicas, en cambio sí pueden atenerse a tales declaraciones en cuanto regulen las relaciones jurídicas entre las partes, por ejemplo, la transferencia del dominio de un inmueble o mueble que quien comparece como vendedor dice hacerlo a quien comparece como comprador; en consecuencia, para los terceros esas declaraciones se consideran exactas y reales cuando de buena fe se limitan a obrar de acuerdo con la situación jurídica que de la escritura aparece, y por tanto, la prueba que en contrario de lo dicho en la escritura aporten las partes a un proceso, con o sin citación de sus terceros, no puede perjudicarlos."⁶

Entonces, si bien es cierto que las disposiciones que contengan los documentos públicos no obligan a terceros, si éstos pretenden desconocer los actos jurídicos celebrados entre las partes de dichos documentos, alegando simulación en la celebración de los mismos, deben probar tal simulación, aportando pruebas en contrario.

Respecto de la imputación de un documento, ésta puede versar sobre la autenticidad o contenido del mismo, los cuales son identificados doctrinariamente como:

⁶ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 559.

a) Falsedad material del documento, que consiste en la alteración de la materialidad del documento (adulteraciones, adiciones, borraduras, tachaduras, etcétera), o en la implantación de la firma .

b) Falsedad ideológica del documento, consiste en la que su contenido es inexacto o falta a la verdad.⁷

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala en sus artículos 327, 345 y 386 que:

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 refiere al ejercicio de sus funciones;

III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno Federal, de los Estados o del Distrito Federal;

IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los Jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;

V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes competa;

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 o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobadas por el Gobierno General o de los Estados, y las copias certificadas que de ellas se 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 les reconozca ese carácter por la ley."

ARTÍCULO 345. "En caso de impugnación de falsedad de un documento, se observará lo dispuesto por el artículo 386."

⁷ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 160.

ARTÍCULO 386. "La impugnación de falsedad de un documento puede hacerse desde la contestación de la demanda hasta seis días antes de la celebración de audiencia de pruebas y alegatos. La parte que redarguye de falso un documento debe indicar específicamente los motivos y las pruebas; cuando se impugne la autenticidad del documento privado o público sin matriz, deben señalarse los documentos indubitables para el cotejo y promoverse la prueba pericial correspondiente. Sin estos requisitos se tiene por no redarguido o impugnado el instrumento.

De la impugnación se correrá traslado al colitigante y en la audiencia del juicio se presentarán las pruebas y contrapruebas relativas a la impugnación.

Lo dispuesto en este artículo sólo da competencia al juez para conocer y decidir en lo principal la fuerza probatoria del documento impugnado, sin que pueda hacerse declaración alguna general que afecte al instrumento y sin perjuicio del procedimiento penal a que hubiere lugar.

Si en el momento de la celebración de la audiencia se tramitare proceso penal sobre la falsedad del documento en cuestión, el tribunal, sin suspender el procedimiento y según las circunstancias, determinará al dictar sentencia si se reservan los derechos del impugnador para el caso en que penalmente se demuestre la falsedad o bien puede subordinar la eficacia ejecutiva de la sentencia a la prestación de una caución."

Al respecto el Dr. Ovalle Favela, señala que el artículo 386 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: "otorga un plazo mucho más amplio que el que señala el artículo 340 para objetar el alcance y valor probatorio de los documentos, porque ahora se trata de una cuestión más firme: impugnar u objetar la falsedad de un documento. Por la misma razón, en este supuesto el impugnador no sólo deberá expresar las razones en las que sustente su impugnación sino que, además, deberá ofrecer y aportar las pruebas que demuestren la falsedad o inexactitud del documento." ⁸

En efecto, la impugnación que se haga de los documentos públicos, debe acompañarse de los medios de prueba, que demuestran su falsedad, ya sea material o de contenido, debido a que de esta forma se limitaría el valor probatorio pleno que la ley concede a los documentos públicos (artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), tal imputación debe precisarse, es decir, la parte que impugna un documento público, debe indicar específicamente

⁸ Ibidem, p. 160.

los motivos de su afirmación y aportar las pruebas en las que funda tal impugnación, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala en su artículo 386 que "cuando se impugne la autenticidad del documento privado o público sin matriz, deben señalarse los documentos indubitables para el cotejo y promoverse la prueba pericial correspondiente.

Sin estos requisitos se tiene por no redargüido o impugnado el instrumento."

Respecto de los documentos indubitables a que se refiere el numeral 386 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, éstos se encuentran señalados en el mismo ordenamiento en el artículo 343, y señala: "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 hayan sido reconocidas en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa;
- III. Los documentos cuya letra o firma ha sido judicialmente declarada propia de aquel a quien se atribuya la dudosa;
- IV. El escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya a aquél a quien perjudique;
- V. Las firmas puestas en actuaciones judiciales en presencia del secretario del tribunal por la parte cuya firma o letra se trata de comprobar."

Ahora bien, una vez que se ha mencionado, que el documento público es el único medio de prueba que se encuentra tasado por la ley (artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), cabe preguntarnos ¿qué valor probatorio tiene cuando éste es impugnado? al respecto, el artículo 386 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, párrafo tercero establece: "Lo dispuesto en este artículo sólo da competencia al juez para conocer y decidir en lo principal la fuerza probatoria del documento impugnado, sin que pueda hacerse declaración alguna general que afecte al instrumento y sin perjuicio del procedimiento penal a que hubiere lugar."

De la lectura del párrafo tercero del artículo referido, podemos deducir, que el juez al resolver la impugnación planteada por la parte recurrente, sólo puede resolver sobre la fuerza probatoria del documento impugnado, en relación con los hechos que controvertidos en el proceso, dejando a salvo los derechos de la parte

que impugnó el documento, para hacerlos valer en la vía penal respectiva, o si considerara conveniente, ponerlos a disposición del ministerio público adscrito al juzgado que conoce de los hechos, para que inicie la averiguación previa respectiva (art. 482 y 483 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Para el caso de que el ministerio público determine el ejercicio de la acción penal, éste solicitará al juez que conoce del proceso civil que suspenda el trámite del mismo, hasta en tanto, se resuelva de manera definitiva el proceso penal.

La suspensión solicitada por el ministerio público temporalmente ni extingue ni caduca la acción civil, solamente interrumpe el proceso, hasta en tanto, se resuelve de manera definitiva la causa que provocó tal suspensión. A este respecto, el artículo 137 bis, fracción X del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala: "La suspensión del procedimiento produce la interrupción del término de la caducidad. La suspensión del proceso tiene lugar:

- a) Cuando por fuerza mayor el juez o las partes no puedan actuar;
- b) En los casos en que es necesario esperar la resolución de una cuestión previa o conexas por el mismo juez o por otras autoridades;
- c) Cuando se pruebe ante el juez en incidente que se consumó la caducidad por maquinaciones dolosas de una de las partes en perjuicio de la otra;
- d) En los demás casos previstos por la ley;"

De la resolución definitiva del proceso penal, pueden derivarse varias hipótesis que pueden variar el rumbo del proceso civil:

Si mediante sentencia definitiva en la vía penal, se concluye que el documento público es falso, y éste fuera base de la acción civil o mercantil, se carecería de acción y derecho para demandar cualquier prestación por parte del actor; dando lugar al demandado, a ejercer acción contra su contraparte, al pago de daños y perjuicios, independientemente del pago de gastos y costas que ambos juicios originen.

Si el documento público que presenta el demandado, es falso, aparte de quedarse sin medio de defensa en la vía civil, incurriría en los delitos de falsificación y uso indebido de documentos falsos, previstos en el Código Penal en sus artículos 244, 246 fracción VII y 339 a 342.

Dada la importancia probatoria de los documentos públicos, éstos deben ser analizados tanto en sus elementos externos como por su contenido.

Quien aporta al proceso como medio de prueba un documento público, no está obligado a señalar diligencia alguna que perfeccione el valor probatorio del elemento de convicción de referencia, ya que éste, tiene un valor probatorio pleno, por mandato de ley, debido a que fue otorgado por "funcionario público o depositario de fe pública,"⁹ por lo que quien autoriza o expide el documento, está investido de fe pública, porque de lo contrario carecerían de valor probatorio dichos documentos.

En cuanto al contenido de los documentos públicos, éstos deben valorarse, haciendo la distinción, entre los hechos realizados por el fedatario público a petición de las partes o de una de ellas (o circunstancias que ocurrieron en presencia del fedatario público), y de las manifestaciones, ya sean unilaterales o en conjunto que las partes realizaron en presencia del funcionario, en cuyo caso deben ser consideradas como confesión extrajudicial, beneficiando o perjudicando a quien las hubiere manifestado.

2. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

Para poder analizar el valor probatorio de los documentos privados, es necesario distinguir entre documentos privados auténticos y los no auténticos.

A) VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS NO AUTÉNTICOS

El documento privado no auténtico carece de valor probatorio entre las partes y contra terceros.

Asimismo, mientras no se determine su autenticidad, no tendrá fuerza obligatoria, ni eficacia probatoria como documento, debido a que no existe certeza de quien emana el documento no auténtico.

Los documentos privados no auténticos, pueden ser reconocidos por su autor en forma expresa o tácita.

⁹ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241.

a) El reconocimiento expreso. Es la manifestación que hace una persona al contenido de un documento, ya sea en original o en copia, ante la presencia de autoridad investida de fe pública.

El Dr. Ovalle Favela, señala que: "el reconocimiento expreso del documento privado lo hace su autor, a requerimiento del juez, y a petición de la parte interesada, debiendo mostrarle, para este objeto todo el documento original."¹⁰

La definición que se propone de reconocimiento expreso de un documento privado se pensó en su aplicación en sentido amplio, ya que el reconocimiento de un documento, lo mismo puede hacer ante autoridad judicial diversa de la que conoce de la controversia, como de autoridad en funciones de administración pública, reconocimiento, que si en un primer momento se hace sin existir controversia de por medio, se puede invocar, ya en la vía jurisdiccional planteada, perfeccionándola con otros medios de prueba, como lo son, los informes que rindan las autoridades administrativas ante las que se hubieren hechos trámites, o las copias fotostáticas certificadas de los expedientes que se hubieren tramitado ante órganos jurisdiccionales diversos de los que conocen de la controversia planteada.

b) El reconocimiento tácito de un documento privado. Tiene lugar cuando éste no es objetado en la vía jurisdiccional, aun y cuando en un primer momento, no se hubiere ofrecido como medio de prueba.

Siguiendo el pensamiento del citado jurista Ovalle Favela, éste manifiesta al respecto, que: "el reconocimiento tácito se produce cuando en el juicio se presentan documentos privados por vía de prueba y no son objetados por la parte contraria"¹¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al referirse al reconocimiento tácito de los documentos privados, ha establecido el siguiente criterio jurisprudencial:

"DOCUMENTOS PRIVADOS EN MATERIA CIVIL. En materia civil, basta que durante el término de prueba el litigante pida que se tengan como tales los documentos privados que ha presentado en

¹⁰ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 18, p. 158.

¹¹ Idem.

*juicio, para que surtan efectos legales, como si su colitigante los hubiese reconocido, se subentende siempre que éste no los haya objetado."*¹²

Los documentos privados no auténticos, una vez que han sido reconocidos de manera expresa o tácita, por su autor ante autoridad judicial, adquiere fuerza obligatoria, valor y eficacia probatoria entre las partes y sus causahabientes, tal y como si se tratara de documentos privados auténticos, es decir, para ser medio de prueba, primero deben ser objeto de prueba o medios de prueba perfectibles con otras probanzas, ya que por sí solos carecen de valor probatorio.

Los documentos privados no auténticos, se han considerado que carecen de fuerza obligatoria, valor y eficacia probatoria, debido a la falta de un requisito esencial en toda prueba, y es saber de dónde emanan, de quién surgen, a quién se le atribuyen determinados hechos o actos; en el caso de los documentos privados, se considera como no auténtico, a aquél que carece de firma, pero, cómo debemos considerar aquellos documentos que conteniendo una firma, no es autógrafa, sino impresión digital, puesta al pie de un documento privado, con fecha y contenido.

Con un criterio amplio, podemos considerar que la "impresión digital" puesta al pie de un documento escrito, resulta vinculativa, por ser ésta admitida como substitutiva de la firma autógrafa, es decir, previo a la impresión de la firma digital, hay un acuerdo de voluntades cuando se hace en un contrato o convenio, y cuando se hace de manera unilateral, implica una declaración de voluntad, ratificada mediante el uso de tecnología avanzada, lo que a los ojos de la modernidad, implica "el documento electrónico, con firma electrónica avanzada."

¹² Cfr. Tesis de jurisprudencia 180, página 540, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

B) VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS AUTÉNTICOS

"Por Exclusión, estos documentos se definen como aquellos que no han sido expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones o por profesionales dotados de fe pública."¹³

De la definición anterior, podemos deducir que el documento privado adquiere ese carácter, por ser elaborado entre particulares, sin la intervención de un fedatario público, por lo que los acuerdos de voluntades que ahí se consignan, tienen fuerza obligatoria y valor probatorio sólo entre las partes que aparecen como autores del mismo, por haber expresado su voluntad de manera libre y reconocen los derechos y obligaciones que emanan del documento privado, mediante su suscripción.

En opinión de Devis Echandía, una vez que ha sido: "establecida la autenticidad del documento privado o si existe desde un comienzo, tiene el mismo valor que una escritura pública respecto de los que aparecen como autores o se reputan haberlos suscrito, y de las personas a quienes se han referido las obligaciones y derechos de éstos, lo último siempre que el documento tenga la fecha cierta anterior a la transcripción de esos derechos."¹⁴

Para que el instrumento privado adquiera autenticidad, "es necesario demostrar que emana de la persona a quien se le atribuye, demostración que puede realizarse mediante el reconocimiento de la firma por su autor, o a través de la comprobación judicial para el caso de que aquella fuera negada."¹⁵

Como ya vimos, el documento privado puede ser reconocido por su autor, en forma expresa o tácita, sin lugar a dudas, dicho reconocimiento se hace necesario o tienen lugar, cuando surge la necesidad de demostrar la autenticidad del documento privado, por lo que, quien debe probar, debe poner a los ojos del juzgador, elementos de convicción que lo conduzcan a conocer las circunstancias en la que se celebró el documento privado; los comparecientes, ya sean partes o testigos; el contenido del documento sea dispositivo o enunciativo y sobre todo, el elemento esencial por el que se manifiesta la expresión de la voluntad y el

¹³ Idem, p. 157

¹⁴ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 562.

¹⁵ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 132.

reconocimiento de los derechos y obligaciones que se consignaron en el cuerpo del documento, como lo es la firma, que se constituye en el elemento esencial, para suponer la autoría o atribución de determinados actos.

En este orden de ideas, el documento privado, ya sea auténtico o no (auténtico), se convierte en un medio de prueba imperfecto, para lograr eficacia probatoria, primero debe ser objeto de prueba, o bien debe adminicularse con otros medios de prueba, que robustezcan los elementos de convicción presentados a la consideración del juzgador.

Así la valoración de los documentos privados auténticos, puede analizarse desde diversas perspectivas, en la primera de ellas, podemos situar al documento privado auténtico, que no es objetado ni impugnado, como aquél que tiene valor probatorio entre las partes que lo suscribieron y sus causahabientes, tanto en cuanto a su contenido dispositivo como enunciativo, mientras no se pruebe lo contrario, tanto del hecho de haberse celebrado, como de los derechos y obligaciones que de él emanan, así como de las circunstancias que en el mismo se consignan, como puede ser, la fecha, lugar de su celebración, y testigos o personas que en él intervinieron.

En esta misma perspectiva, podemos colocar los documentos privados auténticos unilaterales, es decir, aquéllos que son formulados por una sola persona; en este sentido, su contenido sería considerado como una "confesión extrajudicial", y su valor probatorio sería pleno, mientras no se aporte prueba en contrario.

Devis Echandía, al referirse a los documentos, señala que: "cuando el documento es unilateral y se opone a la parte que lo firma, tiene el valor de plena prueba, como confesión extrajudicial documentada, mientras no se pruebe en contrario."¹⁶

Podemos situarnos en una segunda perspectiva, y es aquella, en donde el documento privado, para ser considerado auténtico, requiere de demostrarse la autoría o atribución del contenido del documento privado, es decir, para que el documento adquiera autenticidad, antes es necesario demostrar ante autoridad jurisdiccional, de quién emana la voluntad expresada a través del documento

¹⁶ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 562.

privado. Por lo que, en caso de probarse el elemento vinculativo del documento, como lo es la firma de las partes, el alcance y valor probatorio del documento privado, daría fuerza obligatoria al contenido del documento.

Se ha considerado por algunos tratadistas, que la fuerza obligatoria de los documentos privados auténticos, tiene igual valor que el documento público, mientras la ley no disponga lo contrario. Como ejemplo tenemos la transmisión de la posesión de los bienes inmuebles.

Habiendo analizado el valor probatorio de los documentos privados auténticos entre las partes es necesario pronunciarnos en cuanto al valor probatorio que dichos documentos tienen, frente a tercero, y debemos decir, que los documentos privados: "hacen plena prueba del hecho de haberse otorgado y acerca de su contenido, pero no de su veracidad,"¹⁷ por lo que el contenido de un documento privado auténtico no tiene valor probatorio alguno, frente a terceros, ni fuerza obligatoria; sin embargo: "los terceros pueden atenerse al contenido del documento privado, cuando les favorezca."¹⁸

C) VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS SIN FIRMA

El autor Devis Echandía, nos proporciona una clasificación de los documentos privados sin firma enumerando los significativos:

- a) Fotografías, radiografías, electrocardiogramas, películas, grabaciones, discos, etcétera.
- b) Manuscritos sin firma.
- c) Libros de comercio.
- d) Papeles y registros domésticos.
- e) Anotaciones en documentos privados.

De las anotaciones anteriores, cabe destacar los siguientes comentarios:

Respecto de las fotografías, radiografías, electrocardiogramas, películas, grabaciones y discos, ya que "tales documentos pueden ser representativos, como en el caso de las fotografías, radiografías, electrocardiogramas o bien declarativos, como en

¹⁷ Ibidem, p. 563.

¹⁸ Idem, p. 564.

el de las películas, grabaciones y discos,"¹⁹ "pueden aducirse como pruebas en cualquier proceso, aunque no exista una norma legal que las autorice."²⁰

Como especies del género de las documentales privadas imperfectas, deben relacionarse con otros medios de prueba para acreditar su autenticidad y proporcionar elementos de convicción al juzgador, respecto de los hechos controvertidos.

Resulta lógica tal adminiculación, toda vez que se evita que el juez, caiga en el diáfano terreno de la duda, ya que es éste quien debe valorarlas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga: "es indispensable establecer su autenticidad mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada o intervenido en el desarrollo posterior del negativo o por el examen del negativo por peritos o por un conjunto fehaciente de indicios; cumplido este requisito, como documentos privados auténticos, pueden llegar a constituir plena prueba de hechos, que no requieran por ley un medio diferente; ni falta, tendría un valor relativo libremente valorable por el juez según la credibilidad que le merezcan y de acuerdo con su contenido, las circunstancias en que pudieron ser obtenidos y sus relaciones con las demás pruebas."²¹

"Las grabaciones pueden ser realizadas en discos, cintas fonográficas, pudiendo aducirse como prueba de declaraciones, y confesiones extrajudiciales, si se establece fehacientemente su autenticidad.

No obstante, esta prueba debe apreciarse con sumo rigor por la dificultad que ofrece para determinar su autenticidad, ya que la comprobación de las voces no brinda ninguna garantía."²²

El análisis de las fotografías, radiografías, electrocardiogramas, películas, grabaciones, discos, entre otros, que haga el juez, debe hacerse acompañado de peritaje que de ellas se haya realizado, si el concepto de los peritos no tiene firmeza y seguridad, si apenas manifiesta que es probable su autenticidad, el juez no debe darles mérito probatorio alguno, ni siquiera para estructurar un indicio, porque éste debe aparecer plenamente probado.

¹⁹ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 139.

²⁰ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 565.

²¹ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 140.

²² Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, y Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 140.

"Cuando sean admisibles y no corresponda conferirles valor de plena prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, podrán conformar una prueba incompleta, constituyéndose en auxiliares de otros medios probatorios."²³

En tanto de los manuscritos sin firma, es necesario señalar, que "los manuscritos sin firma no solamente son un documento, desde el punto de vista probatorio, sino que puede llegar a tener una eficacia probatoria normal, si logra establecerse que su autor jurídico es precisamente la persona que lo escribió de su puño y letra, para dejar constancia de que el acto jurídico documentado se realizó y perfeccionó.

Una vez cumplidos esos requisitos, el documento adquiere autenticidad y certeza en cuanto a la finalidad con que fue elaborado, por lo que resultaría absurdo negarle el mérito que podría corresponderle de haber llevado la firma de su autor jurídico."²⁴

D) VALORACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

La dificultad que enfrenta el juez para valorar los documentos electrónicos, radica principalmente en la originalidad, seguridad e identificación del documento, además de la falta de firma de éstos, o trayéndola no se tiene la identidad de su autor.

No obstante que los documentos electrónicos, poseen los mismos requisitos de existencia jurídica que los documentos en soporte papel, como son:

- "a) Que se trate de una cosa u objeto, con aptitud representativa y formado.
- b) Derivado de un acto humano.
- c) Que represente un hecho cualquiera.
- d) Que tenga significado probatorio."²⁵

Además, de que "los documentos electrónicos poseen los mismos elementos que un documento escrito en soporte papel:

- a) Constan en un soporte material (cintas, discos compactos y flexibles, chips de memoria) sobre el cual se firma el documento electrónico.
- b) Contienen un mensaje que está escrito en el lenguaje convencional de los dígitos binarios o bits, entidades magnéticas que los sentidos humanos no pueden percibir. c) Están escritos en un idioma o código determinado.

²³ Idem, p.141.

²⁴ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 567.

²⁵ Téllez Valdés, Julio, op. cit., nota 277, p.p. 245-246.

d) Pueden ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante firma digital, clave o llave electrónica." ²⁶

Como puede apreciarse una de las principales dificultades que enfrenta el derecho probatorio (y a su vez el juez), se encuentra en poder determinar la eficacia probatoria de los medios informáticos, bajo el funcionamiento de las reglas procesales actuales, ya que bajo el esquema, todo medio de prueba cuyo origen sea informático, es fácilmente redarguido por carecer de una regulación jurídica adecuada, en cuanto a la manera como deben presentarse en juicio los medios informáticos, y más aún establecer criterios claros de valoración de dichos elementos de convicción, en nuestra opinión dichos medios de prueba de origen electrónico no pueden ser valorados bajo el esquema de la sana crítica o libre valoración de la prueba, por la simple razón, de que los jueces no cuentan con la experiencia para valorar las pruebas que son producto del desarrollo informático, amén, de que en la mayoría de los casos (como sucede en México), no se da el principio de inmediatez, que en mucho ayudaría a valorar adecuadamente este tipo de pruebas, sino que, son consideradas como pruebas imperfectas y deben administrarse con otros medios de prueba bajo las reglas tradicionales del procedimiento, que en todo caso son adecuadas únicamente para los medios de prueba que formalmente son reconocidos y por su manejo habitual, se ha formado un criterio y ganado una experiencia en cuanto a los elementos de convicción que el juzgador busca, al momento de valorarlos.

Los jueces ante la falta de regulación expresa de los medios electrónicos (como sucede en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), deben resolver aplicando los principios generales del derecho, la analogía y la mayoría de razón, bajo un criterio personal, causando inseguridad jurídica al justiciable, ya que en el ánimo del juzgador pesan "principalmente las desventajas del documento electrónico como son:

- a) Está escrito en un lenguaje sólo comprensible por la computadora.
- b) Es descifrable y utilizable sólo con el auxilio de la computadora.
- c) No se distingue de una eventual copia suya.
- d) Es fácilmente alterable.

²⁶ Idem, p. 254.

- e) Está desprovisto de toda certeza en orden a su autoría y datación.
- f) Se archiva en formatos soportes concretos que no son siempre compatibles con otras computadoras." ²⁷

Asimismo, en el litigante, se presenta la problemática, de cómo demostrar un hecho cierto, un acuerdo de voluntades, que se encuentra inserto en la memoria de un procesador, del cual no es fácil modificar los antecedentes que ahí se contienen para la mayoría de las personas; por lo que mucho ayudaría que el legislador actualizara el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en cuanto al tratamiento que se le debe dar a los medios electrónicos, tanto para el juzgador, como para quien hace uso de la tecnología, para celebrar acuerdos de voluntades, dentro de un marco jurídico adecuado que garantice seguridad jurídica y evite la desconfianza e inseguridad que la legislación actual contiene.

Podríamos agregar, la dificultad que representa el adjudicar la autoría del documento electrónico a quien se aduce autor del mismo; debido a la falta de firma del documento, este requisito, que puede ser considerado como el "talón de Aquiles" del documento electrónico: "que al tratarse generalmente de operaciones a distancia y no poderse dar la seguridad que en la antigua escritura imprimía personalidad capaz de proyectar sobre la firma sus rasgos psicológicos y musculares, se hacía necesario encontrar un sustituto tanto o más seguro" ²⁸, por lo que: "al ser la firma el único requisito esencial para la generalidad de los casos en principio el sistema del Código Civil permitiría amplia libertad de registro que incluiría a los medios electrónicos, siempre que los mismos pudieran ser reproducidos.

El mismo principio aplicado al idioma que se utilice, conforme la total libertad de elección permitida, autoriza el empleo de los idiomas informáticos, "²⁹ tal es el caso de la firma electrónica, elemento de identificación que permite a las personas: "adjuntar a un documento electrónico a fin de cumplir las funciones de la firma"³⁰ manuscrita.

Como ya hemos visto la valoración de los documentos electrónicos, puede ser sin lugar a dudas, la que enfrente mayores dificultades para ser apreciada por

²⁷ Ibidem., p. 252.

²⁸ Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 326.

²⁹ Téllez Valdés, Julio, op. cit., nota 277, p. 255.

³⁰ Cárpoli Gabriel Andrés, La Firma Electrónica en el Régimen Comercial Mexicano, Editorial Porrúa, México, 2004.

los jueces, debido a la naturaleza misma de los documentos electrónicos, no obstante, que dichos documentos, como ya ha quedado precisado, poseen los mismos requisitos "para la existencia jurídica" que un documento escrito en soporte papel.

Mucho se puede decir y argumentar en favor del documento electrónico, pero la realidad es aplastante (debido a este "talón de Aquiles" que ya hemos comentado), los acuerdos de voluntades celebrados entre particulares, bajo la regulación del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, son tan endebles, usando medios electrónicos, tiene como sanción la desconfianza, la inseguridad; los acuerdos de voluntades que se celebran en el Distrito Federal, haciendo uso de técnicas modernas o de los avances de la ciencia y la tecnología, para facilitar y cortar distancias, son en el caso de controversia, medios de prueba que operan en contrario, aquí no predomina la autonomía de la voluntad de las partes, ya que los medios de prueba que se pudieran obtener de los medios electrónicos, se constituyen en indicios, sobre la existencia del acuerdo de voluntades, debiendo robustecerse con otros medios de prueba, para alcanzar el medio de prueba plena; menudo problema tiene el que quiere probar "el acuerdo de voluntades que se celebra en la red" entre particulares, no obstante que haya de por medio, un servidor, un correo electrónico personal, con número de cuenta público y clave confidencial privada, donde en nuestra opinión debe caer el peso de la prueba, ya que esa "clave" al ser "privada", limita de manera tajante y excluyente al resto de los usuarios de la red, por lo que debe operar perfectamente la teoría de la autonomía de la voluntad de las partes, para aquellos casos, en que no se requiera la formalidad que la ley exige.

En nuestra opinión, la valoración del documento electrónico, se hace desde dos puntos de vista o bajo dos circunstancias:

1ª La valoración que se hace bajo la tutela del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en las relaciones entre los particulares, que carecen de una firma electrónica avanzada o privada, en caso de controversia, el medio de prueba, se constituye en un indicio, por ser considerado un elemento aportado por

la ciencia, en cuya transmisión del documento interviene la electrónica, y ser susceptible de alteración, por lo que se constituye en un valor indiciario.

2° La valoración que se hace de los medios electrónicos regulados expresamente, como es el caso del Código Federal de Procedimientos Civiles o el Código de Comercio, en el primero, el artículo 210-A y en el segundo en el artículo 89, la fuerza probatoria deriva de la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y por exigida para su ulterior consulta y no de la aplicación dogmática de una regla general de que las copias simples carecen, por sí mismas y de valor probatorio.

CONCLUSIÓN. Los documentos electrónicos, por carecer de reconocimiento expreso en la ley, no se constituyen como medios de prueba plenos o eficaces, excepto en los casos en los que la ley los reconoce, gozan de eficacia probatoria, como en el caso del Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Civil Federal, etcétera, sino que son objeto de prueba y deben administrarse con otros medios de prueba para alcanzar el grado de prueba plena.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

"El tema de valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿Qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo?

Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida.

Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión que el magistrado debe expedir."³¹

En opinión de Couture, para determinar la eficacia probatoria de los diversos medios de prueba, es necesario considerar tanto "la naturaleza jurídica de las normas que regulan la apreciación de la prueba: la disponibilidad de los medios de prueba; la ordenación lógica de los medios de prueba y los diversos sistemas de valoración."³²

³¹ Couture Juan Eduardo, op. cit., nota 115, p. 211

³² Ibidem, p. 211

Aún y cuando tomemos en cuenta la señalado por Couture, el juez indudablemente debe realizar un proceso mental para apreciar los medios de prueba aportados por las partes, antes de considerar las circunstancias a las que se refiere Couture: previo a la valoración (lo que en muchas ocasiones señalaba en clase el Dr. Fernando Castellanos Tena) la interpretación de la prueba, que junto a la valoración provocan la apreciación de los hechos por el juzgador.

"Obviamente la apreciación de la prueba, ya sea en un sistema de libre valoración, ya sea incluso en un sistema de prueba, implica un proceso pensante como cualquier otro acto decisorio del juez, inscrito además dentro de un proceso mental más amplio representado por el llamado proceso de sentencia en su integridad."³³

Tales consideraciones realizadas por el juzgador, es lo que constituyen propiamente, la etapa decisoria, aquí el juez lleva a cabo el razonamiento lógico (juicio) de los elementos aportados por las partes del proceso, para formarse un criterio de la existencia de un hecho determinado; en esta etapa concurren tanto el criterio del juzgador, respecto de la interpretación de la norma jurídica aplicable al caso concreto como la forma en que las partes hayan allegado al juez los elementos de convicción que éste requiere para formar en su fuero interno, el convencimiento de la existencia histórica del hecho planteado, ya sea en la demanda o en la contestación de ésta.

Couture precisa que en la doctrina europea, se llama "libre convicción" a la libertad de apreciación del juzgador, respecto de la prueba, y se encuentra limitado "por ciertas normas lógicas y empíricas que deben también exponerse en los fundamentos de la sentencia."³⁴

Cabe advertir, que la actividad psicológica que lleva a cabo el juzgador, para alcanzar el conocimiento y posteriormente su convencimiento de la existencia de los hechos planteados por las partes pueden verse afectados por los requisitos de forma, que deben observar los medios de prueba al incorporarse al proceso, por lo que, es más fuerte la forma en que la prueba debe aportarse al juicio, que la actividad de convencimiento interno que el juzgador lleva a cabo para formarse un juicio, respecto de la controversia planteada.

³³ Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 423.

³⁴ Couture, Eduardo Juan, op. cit., nota 115, p. 225.

Por el contrario el jurista español Muñoz Sabaté, considera que "en principio de libre convencimiento, o a lo sumo un sistema mixto en el que la prueba legal tiene peso, pero no tanto,"³⁵ tal consideración resulta lógica, si en el proceso el juez hiciera uso del principio de inmediatez que la ley le permite y debiera exigirle, pero la realidad en el desarrollo del proceso en cualquier materia es aplastante, la posibilidad de resolver con equidad un conflicto, no depende en su totalidad del juzgador, la forma, en un sistema legal como el mexicano, en muchas ocasiones, impide llegar al fondo, y las normas procesales impiden que el juzgador llegue a imponerse de los elementos de convicción que las partes consignaron en la etapa probatoria.

En efecto, las formas procesales han alcanzado tal grado de fatalidad, que impiden que el juez realice el proceso pensante que conduce a la apreciación del valor probatorio de los elementos de convicción que las partes pretendieron aportar al proceso.

Respecto de la valoración de la prueba, y en especial al proceso de convencimiento interno, que lleva a cabo el juzgador, Muñoz Sabaté, nos proporciona la definición de apreciación de la prueba (valoración de la prueba) diciendo: "que es el proceso mental externalizable (motivación) dirigido a obtener la evidencia sobre determinado/s hecho/s operativo/s (pertinencia), partiendo de otros hechos percibidos críticamente, valiéndose de conocimientos ya aprendidos (máximas de la experiencia) y estableciendo juicios sobre sus relaciones (inferencias)."³⁶

Aclara el mismo autor que: "esta definición no margina, sino que da por supuesta la concurrencia de otras destilaciones del psiquismo pertenecientes al área de la percepción (v. gr. distorsiones), la efectividad (v. gr. sentimientos) y la motivación (v. gr. tuitismo). Se trata de variables muy importantes dignas de ser tomadas en cuenta, sobre todo por los abogados, y que a no dudar merecen un apartado en cualquier tratado de estrategia probatoria.

³⁵ Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 425.

³⁶ Idem, p. 425.

La apreciación de la prueba, tal como se acaba de definir supone además un régimen de libre comunicación, sólo dentro del cual puede hablarse, como hace Guasp de convencimiento psicológico."³⁷

De lo anteriormente señalado, es de destacar el concepto que señala Muñoz Sabaté de "libre convicción", término que debe entenderse como "aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez ni en medios de información que puedan ser fiscalizados por las partes."³⁸

4.1 SISTEMAS DE APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS

Se refieren a la operación mental que es practicado por el juez y que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de un medio de prueba.

Por regla general, el juez evalúa o valora las pruebas, al momento de formular su hipótesis de resolución, respecto de la controversia planteada, pero, debe ajustar su razonamiento de resolución al sistema de apreciación de las pruebas que se haya adoptado, el cual puede ser:

- a) Un sistema de apreciación legal o tasado.
- b) Un sistema de libre apreciación razonada o sana crítica.
- c) Un sistema mixto.
- d) Sistema de íntima convicción.

Conviene aclarar que para efecto del presente punto de estudio, únicamente definiremos los diferentes sistemas de apreciación de las pruebas a que nos hemos referido, para entrar a detalle en cada uno de ellos en el punto de estudio respectivo (4.1.1).

a) SISTEMA DE APRECIACIÓN LEGAL O TASADO

Es aquél: "en el cual la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio."³⁹

³⁷ Idem, p. 425.

³⁸ Couture, Eduardo Juan, op. cit., nota 115, p. 223.

³⁹ Couture, Eduardo Juan, op. cit., nota 115, p. 219.

"en este sistema el juzgador se limita a revisar si las pruebas se practicaron respetando las exigencias legales y a reconocerles el valor que, en cada caso, la ley señale."⁴⁰

b) SISTEMA DE LIBRE APRECIACIÓN RAZONADA O SANA CRÍTICA

En este sistema, el juzgador se encuentra en libertad para apreciar los medios de prueba que lleguen al proceso por cualquier conducto, aplicando su criterio: "pero ajustándose en todo caso a reglas de coherencia lógica y expresando, en forma razonada los motivos de su valoración."⁴¹

c) SISTEMA MIXTO

Es aquél que establece un sistema tasado en la ley para apreciar algunos medios de prueba pero a la vez faculta al juzgador para apreciar otros, de acuerdo a su libre apreciación razonada.

d) SISTEMA DE ÍNTIMA CONVICCIÓN

"Valora de manera libre las pruebas sin que estén obligados a expresar los medios de su apreciación, la cual no puede, por tanto ser objeto de impugnación por las partes ni de revisión por otro tribunal."⁴²

Habiendo señalado la diferencia entre los distintos sistemas de apreciación de las pruebas, es necesario ampliar nuestros comentarios acerca de los dos sistemas de apreciación que den cauce al sistema mixto que estructura el sistema de valoración probatorio adoptado por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Comercio, que son los ordenamientos que atiende el presente trabajo.

4.1.1 SISTEMAS FUNDAMENTALES PARA LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

En el presente punto de estudio analizaremos primeramente el sistema de apreciación legal o tasado para continuar con el sistema de libre apreciación razonada o sana crítica, y de ahí nos referimos brevemente al sistema mixto, a manera de conclusión; en este punto omitiremos el sistema de íntima convicción por considerarlo fuera de los objetivos del presente tema, ya que pretendemos apreciar el criterio jurisdiccional de la valoración probatoria, y no el del jurado

⁴⁰ Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p. 177.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

popular, del cual es propio el sistema referido, además, de que como es sabido, el derecho procesal civil mexicano no reconoce mérito alguno a las apreciaciones emanadas de los jurados populares.

a) SISTEMA DE APRECIACIÓN LEGAL O TASADO

Hemos dicho que el sistema de apreciación legal o tasado, es aquel: "en el cual la ley señala por anticipado al juez, el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio."⁴³

Este sistema de valoración de la prueba, ha recibido variadas denominaciones por parte de las diversas corrientes doctrinarias, se le ha llamado como "prueba legal", "prueba formal", "de valoración tasada", "tarifa legal," entre otros, nosotros nos referiremos a él como "el sistema de apreciación legal o tasado", de los medios de prueba, término que encontramos fundado, pero que aún y cuando ya ha quedado superado, debemos referirlo como el antecedente inmediato del sistema de apreciación probatoria en México.

En este sistema de apreciación probatoria, el juzgador tenía poca libertad para apreciar los diferentes medios de prueba, aportados por las partes, ya que a través de la legislación o la jurisprudencia se regulaba la política judicial para analizar las pruebas.

Couture señala que: "el legislador aspiraba a regular de antemano, con la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de la prueba."⁴⁴

Las legislaciones antiguas reconocen la existencia de diversos criterios de tarifa legal, basados en métodos bárbaros como la ordalías (prueba judicial de carácter mágico o religioso) los duelos, las pruebas de fuego, del agua hirviendo, etcétera.

"La legislación española anterior a la codificación ofrece el más variado panorama de pruebas legales. Un rápido repaso de estos textos permite advertir de qué manera el legislador aplicaba ciertos principios críticos, dando o quitando valor a los medios de prueba. Por acto de autoridad se aspiraba a señalar de antemano el resultado de los procesos intelectuales del juez."⁴⁵

⁴³ Couture, Juan Eduardo, op. cit., nota 115, p. 219.

⁴⁴ Idem, p. 221.

⁴⁵ Idem, p.p. 219-220.

De lo expresado hasta el momento, podemos apreciar que los procedimientos probatorios basados en una "tarifa legal", obligaban al juzgador a tener por probadas determinadas circunstancias de hecho, que ya había previsto el legislador, dándoles eficacia y valor probatorio pleno, cuando se reunían las circunstancias previamente establecidas, o bien, el grado de eficacia y valor probatorio disminuía dependiendo de la posición económica y sexo de los absolventes y testigos, así como de la fama pública de éstos; por ejemplo, señala Couture: "en el Fuero Viejo de Castilla variaba el número de testigos según que el litigio versara sobre mueble o inmueble y según discutieran hombres de la misma o distinta ciudad. Si la demanda entre hombres del mismo pueblo era sobre bien inmueble, se requerían cinco testigos. De ellos, tres debían ser fijosdalgos y labradores los otros dos. Los fijosdalgos debían ser desde el abuelo hasta el nieto, que se hayan de leal matrimonio, según manda la iglesia. En el Fuero Real de España estaba excluido por regla, el testimonio de la mujer. Sin embargo, eran admitidos sus dichos para atestiguar cosas que fueran oídas o hechos en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa.

El espectáculo graduaba el valor de los testigos imponiendo al juez sobrios criterios de estimación, los ancianos deben ser más creídos que los mancebos porque vieron más y pasaron más las cosas. El hidalgo debe ser creído más que el villano, pues parece que guardará más de creer en vergüenza por sí, y por su linaje. El rico debe ser más creído que el pobre pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa y más creído debe ser el varón que la mujer porque tiene el seso más cierto y más firme. La partida tercera está dominada por el criterio de la prueba aritmética. Dos testigos idóneos hacen plena prueba que obliga al juez. Si las dos partes presentan testigos de ambas partes son de igual fama, predomina el mayor número. Si se trata de probar la falsedad de un instrumento privado se requieren dos testigos. Si la falsedad se encuentra en instrumento público no alcanzan dos, sino que se requieren cuatro. Para probar el pago cuando la deuda consta en instrumento público, son indispensables cinco testigos. En los pleitos sobre testamento se requieren siete testigos y ocho si el testador fue ciego, etcétera."⁴⁶

Como puede inferirse, los anteriores criterios históricos de la "tarifa legal" hoy en día resultan difíciles de asimilar bajo criterios de apreciación, basados en el

⁴⁶ Couture, Eduardo Juan, op. cit., p. 220-221.

razonamiento lógico, que las normas procesales actuales pregonan, más sin embargo, este sistema de apreciación probatorio no ha terminado de extinguirse, ya que en nuestra legislación mexicana se sigue conservando como piedra angular de algunos códigos, como lo son el Código Federal de Procedimientos Civiles (Capítulo IX, artículos 197 a 218) y el Código Civil (Libro Quinto, Capítulo XX, artículos 1287 a 1306), y en el caso del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sólo se mantiene en su artículo 403, el criterio de prueba plena de los documentos públicos. Luego entonces, si bien es cierto que la ley señala anticipadamente el grado de eficacia que el juzgador debe otorgar a determinados medios de prueba, esto no significa que el juez deba pasar por alto el razonamiento lógico, apoyado en las máximas de la experiencia, en la fundamentación de su decisión.

b) SISTEMA DE LIBRE APRECIACIÓN RAZONADA O SANA CRÍTICA

Este sistema de apreciación de los medios de prueba, descansa en el principio de dejar en libertad al juez, para apreciar los elementos de convicción que las partes han allegado al proceso, tal valoración, el juzgador debe realizarla: "conforme a los principios de la sana crítica, la lógica y la psicología judicial, es decir, con un criterio científico y sobre la ineludible presunción de su honestidad."⁴⁷

Como puede inferirse, este sistema de valoración de los medios de prueba, no encuentra sus bases, en lineamientos previamente establecidos por el legislador, por el contrario, le da al juez la libertad para formar su convicción y certeza sobre los hechos controvertidos; conviene precisar, que este sistema de valoración: "no excluye la obligación de motivar las sentencias, ni (observar) las formalidades procesales para la validez de la prueba, ni exige la libertad de medios, ni se opone el principio fundamental de la carga de la prueba, ni desaparece porque existen normas sustanciales, sobre formalidades para la validez de ciertos actos o contratos."⁴⁸

Al igual que en el sistema de apreciación legal o tasada, este sistema de libre apreciación razonada o sana crítica, ha recibido diversas denominaciones y ha sido objeto de entredichos, se ha llegado a decir, que este sistema debe entenderse como "aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la

⁴⁷ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 31, p. 275.

⁴⁸ Idem, p. 274.

prueba que el proceso se exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos;⁴⁹ tal crítica resulta lejos de la realidad, ya que si tomamos en cuenta las consideraciones vertidas, lo que se está criticando, no es al sistema de libre apreciación razonada, sino al "sistema de íntima convicción" que opera en el caso de los jurados populares.

La libertad de apreciación de las pruebas, es un rechazo al sistema de las pruebas legales, pero sólo en cuanto a la forma en que se constata un hecho, ya que al dejar en libertad de apreciación de los medios probatorios al juzgador busca su convicción personal y no la pre-apreciación abstracta del legislador, que le indicaba a través del sistema de valoración tasado el resultado de la controversia.

Así pues, los tratadistas en el devenir del tiempo, consideraron que existían tres sistemas de valoración de la prueba, el de las pruebas legas, el de las reglas de la sana crítica y el de al libre convicción; algunos otros como: Goldschmidt, Chiovenda, Devis Echandía, Sentis Melendo, en contraposición a otras corrientes doctrinales señalaban que en realidad, se trataba de sólo dos sistemas de valoración de la prueba, en los que el juez las examina y contempla conforme a: "principio de libre convicción en oposición al sistema de la prueba legal."⁵⁰

Nosotros nos adherimos a esta segunda opinión, reconociendo por separado al: "sistema de íntima convicción" que llevan a cabo los jurados populares, pero que no afectan las decisiones jurisdiccionales, por no ser reconocidos por la ley mexicana; coincidimos con lo expresado por Sentis Melendo, en cuanto dice que "la sana crítica y libre convicción como conceptos equivalentes o afines, opuestos a la prueba legal,"⁵¹ reconocemos, como lo señala Couture, que la libre convicción, se refiere a un método especial de análisis de la prueba que no coincide con las críticas que señalan que la prueba existe en la causa, fuera de autos y aun en contra de la

⁴⁹ Couture, Eduardo Juan, op. cit., nota 115, p. 223.

⁵⁰ Sentis Melendo, Santiago, El Proceso Civil, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1957, p. 298.

⁵¹ Idem.

prueba de autos, y que dichas críticas se dan, por la polisemia del vocablo, o como dice Couture por la: "cuestión de exactitud en el léxico."⁵²

En realidad, nos parece desafortunado de nuestra parte, haber llegado tarde a dichas discusiones, pero hoy en día, los referidos cuestionamientos han quedado superados, ya ni siquiera cabe la discusión de que la "libre apreciación de la prueba" no es tema exclusivo del derecho procesal civil, sino que se extiende a todo razonamiento que tenga como premisa el ingrediente probatorio.

Para aclarar, nuestra primera opinión al respecto hemos de decir que en legislaciones europeas mas concretamente en el derecho alemán, en el artículo 286 de la ZPO (Ordenanza de Procedimiento Civil), se define de manera casi textual "el principio de la libre apreciación de la prueba" diciendo: "El Tribunal tiene que decidir según su libre convencimiento teniendo en consideración el contenido completo de los debates y el resultado de una eventual recepción de prueba, si una afirmación de un hecho responde o no a la verdad. En la sentencia habrá que indicar las razones que sirvieron de guía a la convicción judicial.

El Tribunal sólo estará sujeto a reglas de pruebas legales en los casos designados por esta ley."

De la transcripción del artículo 286 de la ZPO, podemos desprender ciertos elementos de coincidencia con el artículo 402 de nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, tales como:

a) La base de libertad que tiene el juzgador para apreciar los medios de prueba.

b) El deber de considerar los medios de prueba en su conjunto.

c) Las pruebas tiene como presupuesto fáctico un hecho.

d) La exposición de razones y fundamentos de la decisión jurisdiccional.

La diferencia, es que el referido artículo, alude sin miedo y con la ideología propia de los europeos al término "verdad" como el objetivo propio del procedimiento probatorio; sin lugar a dudas el legislador mexicano eludió el "término" como objeto de la definición del artículo 402 del Código de

⁵² Couture, Eduardo Juan, op. cit., nota 115, p. 224.

Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por las razones mismas que se han expresado en el presente trabajo.

El resultado de dichas coincidencias, nos conducen a dos términos:

1. Libre apreciación de la prueba.
2. Sana crítica, y a un sólo resultado, tal como dice Sentis Melendo, la sana crítica y libre convicción, son conceptos equivalentes o afines, opuestos a la prueba legal.

Así pues, en la formulación de inicio del presente punto de estudio, seguiremos los pasos del jurista Devis Echandía, y tomaremos como nuestros los conceptos que señalan que no existe diferencia entre libre apreciación y libre convicción, ya que son ideas análogas que comparten principios semejantes, en donde el juez goza de libertad para apreciar los medios de prueba, para formar su convicción: "Sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significan lo mismo, libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso."⁵³

Pasando por alto, las críticas y ataques a este sistema, cabe mencionar que la tendencia hoy en día, es adoptar el sistema probatorio de libertad de apreciación; por lo que es necesario referirnos a él, desde el origen de la denominación de la "sana crítica."

SANA CRÍTICA

Encuentra sus antecedentes en el Reglamento del Consejo Real y: "tiene mención en la ley española de enjuiciamiento civil de 1855, y de ahí pasa a las legislaciones adoptadas en América manteniéndose hasta nuestros días, tanto en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Español, como en los códigos más recientes en México."⁵⁴ Según Caravantes, reconoce antecedente en el Reglamento en el Consejo Real (artículo 147 y 148) que preceptuaba que el Consejo apreciase: "según las reglas de la sana crítica las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones"⁵⁵

⁵³ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 99.

⁵⁴ Sentis Melendo, Santiago, op. cit., nota 397, p. 298.

⁵⁵ Varela Casimiro, A., op. cit., nota 241, p. 100.

Caravantes utiliza las expresiones "sana crítica", "sana filosofía" y "crítica racional" como sinónimos.⁵⁶

"Las reglas pues, de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y deriva de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas variables en el tiempo y en el espacio."⁵⁷

CONCEPTO DE SANA CRÍTICA

Mucho se ha dicho en la doctrina, respecto de la "sana crítica", se le identifica: "con la lógica, con el buen sentido, con la crítica o el criterio racional, la rectitud y sabiduría de los jueces."⁵⁸

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas."⁵⁹

Couture define a la sana crítica como: "la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento."⁶⁰

Varela, señala que: "la sana crítica implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento en una secuencia razonada y normas de correspondencia entre éstas y los hechos motivos de análisis."⁶¹

Nos parece adecuado el pensamiento de Varela, ya que es a través de la apreciación de las pruebas que el juez haciendo uso de la lógica de lo razonable, llegue al convencimiento de los hechos sometidos a su consideración, aplicando su experiencia personal como juzgador para resolver situaciones fácticas.

⁵⁶ Sentis Melendo, Santiago, op. cit., nota 397, p. 299.

⁵⁷ Idem, p. 302.

⁵⁸ Varela Casimiro, A., op. cit., nota 241, p. 100.

⁵⁹ Couture, Eduardo Juan, op. cit., nota 115, p.p. 211-222.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Varela Casimiro, A., op. cit., nota 241, p. 101.

Ahora bien, si como dice Couture, la sana crítica "es la unión de la lógica y de la experiencia", cabría preguntarnos ¿Cuál es la lógica y cuál es la experiencia a la que se refiere la sana crítica?.

A estas interrogantes daremos respuesta cuando nos refiramos al tema de la apreciación de la prueba.

Toda vez que se han identificado los elementos que integran la "sana crítica," podemos determinar que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 402 señala que "los medios de prueba practicados serán valorados en su conjunto por el juzgador atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia..." se refiere a que el juzgador debe apegarse a los lineamientos del sistema de la libre apreciación razonada de las pruebas o sana crítica.

De lo aquí expresado, podemos determinar que el sistema de la libre apreciación razonada de las pruebas o sana crítica, permite al juez apoyar su razonamiento en elementos materiales aportados por las partes al proceso, con un criterio propio, de manera libre, que le posibilita la apreciación y formación de su convicción.

Dado que la convicción, es un elemento propio de la decisión del juzgador, y encuentra fundamento en materias como la psicología, lógica y ontología,⁶² creemos necesario, referirnos a las bases que forman la libre apreciación para llegar a la decisión jurisdiccional.

"La cuestión acerca del significado y alcance del principio de la libre apreciación es evidentemente de fundamental importancia para el derecho procesal y conviene por igual a todas las especies de procedimiento. No puede ser estudiada separadamente por procesalistas civiles y administrativos, por un lado, y por procesalistas penales, por otro."⁶³

c) BASES PARA LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: LA LIBRE CONVICCIÓN

"Debido a lo limitado de los medios humanos de cognición, nadie puede saber con certeza absoluta que algún hecho haya ocurrido efectivamente (ni siquiera habiéndolo presenciado directamente). Siempre cabe imaginar posibilidades abstractas, de que las

⁶² Ibidem, p. 102.

⁶³ Gerhard, Walter, Freie Bewiswürdigung, Libre Apreciación de la Prueba, versión castellana de Tomás Banzhaf, editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1985, p. 98.

cosas hayan sucedido de otro modo."⁶⁴ "En la vida práctica vale, pues, como verdad el alto grado de verosimilitud que se obtiene aplicando los medios de cognición disponibles de una manera en lo posible exhaustiva y concienzuda, y si el que conoce tiene conciencia de que existe esa alta verosimilitud así determinada, ello equivale a estar convencido de la verdad."⁶⁵

La transcripción del pensamiento de Walter Gerhard, nos lleva a los albores de la verdad por haber reestructurado con los medios de prueba la "verdad histórica", sólo con la intervención de las partes en el proceso se puede llegar a desentrañar el significado de "verdad" que se encuentra oculto en la "litis" planteada por las partes, para lo cual la certeza (o verosimilitud, como le llama Gerhard), se ha ido estructurando con los elementos de convicción que el juez ha apreciado de todos y cada uno de los medios de prueba, para concluir en una resolución que exprese las razones de su decisión luego entonces: "la convicción queda así definida para el proceso civil, de un modo general, como la conciencia de determinado alto grado de verosimilitud,"⁶⁶ ya que es imposible para el ser humano, llegar a alcanzar el grado de la certeza para estimar producida la prueba.

En efecto, la verosimilitud o certeza es producto del razonamiento del juzgador, apoyado en las reglas de la lógica y máximas de la experiencia (que reconoce como pilares de la sana crítica) que la conducen a la obtención de certeza o convencimiento de los hechos objeto de prueba.

El legislador mexicano, reconociendo las limitaciones del ser humano, para alcanzar la "verdad absoluta", evitó a toda costa incluir en la redacción de los distintos artículos que sustentan el sistema de valoración probatorio civil (artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículo 197 Código Federal de Procedimientos Civiles) el término "verdad" para sustituirlo por una descripción abstracta de la facultad del juzgador de valorar las pruebas aportadas por las partes; por lo que, en principio, determinar los alcances de dicha facultad corresponde señalarla a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶⁴ Ibidem, p. 100.

⁶⁵ Idem, p. 101.

⁶⁶ Idem.

Es pues la "verdad", un valor deseable, pero ante la dificultad de su consecución, la doctrina, la jurisprudencia, los legisladores y jueces en funciones, se conforman con alcanzar un grado menor a la verdad, que bien pudiéramos llamar: "verosimilitud,"⁶⁷ convicción o certeza⁶⁸

Piero Calamandrei consciente de ese "valor límite" expresó: "Aunque estemos convencidos de que la naturaleza humana no es capaz de alcanzar verdades absolutas, es un deber de honestidad extremar el esfuerzo para acercarse lo más posible a esa meta inalcanzable. Aún cuando estemos convencidos de que la sentencia final no podrá ser sino una sentencia de verosimilitud, y el error judicial nunca puede excluirse del todo, ello no impide que consistir en darle a la búsqueda de la verdad una forma en lo posible profundizada y controlada, para que la distancia entre la verdad y la verosimilitud quede reducida a un mínimo."⁶⁹

Pero cómo se construye la convicción en el juzgador, respecto de los hechos objeto de prueba, cuál es el camino que debe seguir para alcanzar la certeza necesaria en su resolución.

"En el camino de la verdad, que Furno recomienda reemplazar por certeza histórica, la credibilidad es la puerta de entrada, pues según Gorphe todo elemento de prueba tiende a producir una creencia o una duda y sólo despejando esta última llegamos a la certeza que nos permite formar una conclusión luego de haber considerado todos los elementos probatorios y de haber pesado el valor de cada uno, a fin de que dicha conclusión resulte digna de fe y la convicción conforme a los hechos,"⁷⁰ como se ha dicho la credibilidad es la puerta de entrada a la "certeza histórica", por lo que debe entenderse la credibilidad, como el: "parámetro de medición de cada medio probatorio y su eficacia objetiva, ya que en el reverso de la probabilidad se encuentra lo improbable y en el reverso de la certeza lo increíble."⁷¹

d) SISTEMA MIXTO DE APRECIACIÓN PROBATORIA

Es aquel sistema tasado en la ley, para apreciar algunos medios de prueba, pero a la vez, faculta al juzgador para apreciar otros, de acuerdo a su libre apreciación razonada.

⁶⁷ Ibidem, p. 100 y ss.

⁶⁸ Younes Jerez, Simón, op. cit., nota 104, p. 34 y ss.

⁶⁹ Cita de Gerhard, Walter, op. cit., nota 410, p. 195.

⁷⁰ Cita de Younes Jerez, Simón, op. cit., nota 104, p. p. 19 y 20.

⁷¹ Idem, p. 20.

En México opera el sistema mixto, ya que el artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece anticipadamente a cualquier litigio, por disposición del legislador, que el valor de los documentos públicos tiene eficacia jurídica y valor probatorio pleno, por lo que, ya le fue dado al juzgador el primer elemento de valoración, dejándolo en completa libertad para valorar el resto de los medios de prueba aportados por las partes.

Por dichas circunstancias, se ha considerado que el sistema probatorio mexicano es mixto.

4.1.2. ASPECTOS BÁSICOS DE LA VALORACIÓN JURISDICCIONAL DE LA PRUEBA

"Todo razonamiento tiene una forma y un contenido; una estructura y un asunto del que se ocupa. En el caso de apreciación de la prueba podríamos decir que la forma la pone el juez (con apego a lo establecido en la ley) y el contenido las partes de modo que ni éstas pueden suplir obviamente la actividad pensante de aquél (a lo sumo la pueden influir a través de sus escritos o alegatos de conclusiones), ni aquél puede generalmente trabajar con más premisas fácticas que aquéllas que necesariamente le proporcionen las partes. Por tanto cuando hablamos de libre convencimiento del juez nada más lejos de suponer que éste puede valorar los hechos secundarios consientan, su libertad queda constreñida, y tampoco de un modo absoluto, a sólo poder elegir los materiales aportados y al modo de combinarlos pero siempre, o casi siempre, bajo la férula del principio de aportación de parte."⁷²

Para abordar el presente punto de estudio, partamos desde la perspectiva de la apreciación de la prueba que debe realizar el juez, ya que " lo primero que hay que advertir es que a pesar de lo que pudiera parecer, las palabras apreciar y valorar con relación a la prueba, no son sinónimas, pues la primera tiene un significado más amplio que la segunda, de modo que aquéllas se comprende en realidad de dos operaciones: interpretación y valoración" para allegarse de los elementos de convicción, respecto de una controversia planteada, dichos elementos de convicción pueden aportarse al proceso, como actividad del juez o de las partes, y se constituyen en un acto jurídico procesal, con la finalidad de

⁷² Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 429.

determinar la existencia o inexistencia de los hechos sobre los cuales el juzgador debe pronunciar su decisión, esto implica como dice Muñoz Sabaté, el desarrollo de un: "proceso mental externalizable (motivación) dirigido a obtener la evidencia sobre determinado/s hecho/s operativo/s (pertinencia), partiendo de otros hechos percibidos críticamente, valiéndose de conocimientos ya aprendidos (máximas de la experiencia) y estableciendo juicios sobre sus relaciones (inferencias)."⁷³

Antes de continuar con el desarrollo del presente tema, es necesario precisar que el término "apreciación" fue elaborado por Calamandrei en el cual sitúa antes de la valoración, la interpretación de la prueba, y juntos forman la "apreciación".

En este orden de ideas la apreciación de la prueba lleva implícita "dos actividades intelectuales que deben ser claramente diferenciadas antes de referirnos al sistema de valoración de la prueba"⁷⁴ dichas apreciaciones son la interpretación y valoración, entendiendo por ellas lo siguiente:

a) Interpretación: "Después de practicada la prueba lo primero que debe hacer el juzgador, y con relación a cada una de las fuentes-medios, es determinar cuál es el resultado que se desprende de ella, lo que tiene que hacerse ineludiblemente de modo aislado, esto es, con referencia una por una a las fuentes-medio. Se trata, por tanto, sin atender el valor probatorio, de establecer qué es lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a la que llega el dictamen pericial, qué es lo que realmente se dice en el documento, etcétera. A esta operación puede llamarse interpretación de los hechos, fijar los que el testigo afirma, del documento se deducen, el perito concluye."⁷⁵

b) Valoración: "Establecido el resultado de cada fuente-medio, el paso siguiente ha de consistir en determinar el valor concreto que debe atribuirse al mismo en la producción de la certeza, lo que comporta una decisión sobre su credibilidad. Se trata ahora de decidir si el testigo"⁷⁶ merece crédito y puede concluirse que ha dicho la verdad, "si el documento es auténtico y representa fielmente los hechos tal y como se

⁷³ Ibidem, p. 425.

⁷⁴ Montero Aroca, Juan, op. cit., nota 216, p. 49.

⁷⁵ Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 425.

⁷⁶ Ibidem, p. 423.

produjeron, si el perito es creíble y sus razonamientos están apoyados en la lógica, etcétera."⁷⁷

Habiendo abundado en la consideración anterior, podemos agregar que la apreciación que realiza el juzgador, versa como ya se ha mencionado, sobre los medios de prueba que son aportados por las partes, con la finalidad de allegarse elementos de convicción acerca de los hechos planteados en sus respectivas actuaciones; por tanto el juez realiza apreciaciones mentales, basado en las pruebas: "reconstruyendo el pasado, para conocer quién tiene la razón en el presente"⁷⁸, y poder emitir su decisión con certeza a través de la sentencia; tal decisión del emitente de sentencia, es producto de un complejo proceso psicológico, en el que intervienen, los conocimientos jurídicos propios del juzgador y sus experiencias en el manejo de la problemática jurídica que se plantea en cada controversia (haciendo uso, en su fuero interno, de procesos mentales para reconstruir los hechos a través de: "procedimientos psicológicos, lógicos y técnicos de que disponga")⁷⁹; en tal reconstrucción de hechos, el juez se apoya en la interpretación de "rastros, huellas, vestigios, efectos dejados por los hombres, debe entenderse por efecto, el: "resultado de la acción de una causa o fin para que se hace una cosa,"⁸⁰ en cuyo caso, podemos considerar el fin con el que se hace un documento o el resultado de una peritaje, para reconstruir el pasado.

En la apreciación que de las pruebas haga el juez, debe diferenciar:

1. "Entre fuentes de prueba que consisten en el hecho mismo a probar y fuentes de prueba representativa de un hecho que no es el que se pretende probar."⁸¹
2. Que el error de interpretación de los medios de prueba afecta la valoración que de éstos se haga en tanto que el error en la valoración de las pruebas no tiene porqué afectar a la interpretación.
3. "Por último, y como establecía Calamandrei, mientras no puedan existir reglas legales sobre la interpretación de la prueba, sí puede haberlas respecto de la valoración. La ley no puede decirle al juez cómo tiene que proceder para llegar a determinar el contenido de

⁷⁷ Montero Aroca, Juan, op. cit., nota 216, p. 49.

⁷⁸ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 31, p. 10.

⁷⁹ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 20.

⁸⁰ Diccionario Enciclopédico Larousse, editorial Ultra, S.A. de C.V., México, 2004, p. 250.

⁸¹ Montero Aroca, Juan, op. cit., nota 216, p. 50.

la declaración de un testigo, siendo ello algo que el juez tiene que realizar aplicando su experiencia y su conocimiento práctico de la vida. Por el contrario respecto de la valoración de la prueba sí cabe que la ley le diga al juez que a cierto resultado probatorio externo le atribuya valor o se le niegue, de modo que no es el juez el que acaba realizando la valoración."⁸²

Tal y como se ha venido señalando el juez apriorísticamente, debe basar sus apreciaciones (interpretaciones y valoración), en los medios de prueba que lo conduzcan a determinar pertinencia, para esclarecer los hechos alegados por las partes (litis), no obstante lo anterior, el juzgador debe mantener un sentido crítico, respecto de los mismos medios de prueba, ya que éstos pueden encontrarse manipulados o inducidos para alcanzar determinado efecto probatorio; además el juzgador debe integrar su sentido crítico (parte de la lógica que estudia los criterios de verdad), con los conocimientos adquiridos a través de sus experiencias (máximas de la experiencia), los cuales al hacer la interpretación y valoración de los medios de prueba, lo conducirán con mayor certeza al conocimiento sobre los hechos narrados por las partes y que sirven de presupuesto al derecho aplicable al caso concreto.

Del párrafo anterior, podemos inferir que la labor del juzgador no puede basarse únicamente en respetar las formas procesales, para emitir un juicio respecto de la controversia planteada, es necesario que el juez haga uso de la labor pensante, de la aplicación de su criterio jurídico en busca de la verdad histórica, basándose en los medios de prueba que le aportan las partes o de los que él proponga, en uso de sus atribuciones en un sistema de libre convicción, para aplicar el derecho al hecho planteado por las partes (de aquí la máxima de "dame el hecho y te daré el derecho") tal actividad, se debe realizar con apego a conceptos como: verdad, probabilidad, convicción, apreciación, evaluación, mismos que es conveniente incluir en el presente trabajo para alegarnos del criterio mínimo que el juzgador incluye en cada una de sus resoluciones.

⁸² Ibidem., p. 52.

LA VERDAD EN EL DERECHO

Hablar del término "verdad", es referirnos a un término polisémico rodeado de tesis, que intentan explicarlo desde diversas perspectivas filosóficas, pero para efectos del presente tema de estudio, ésta encuentra su límite en el campo de la realidad jurídica, misma que se exterioriza a través de hechos y actos jurídicos que poseen relevancia (a la luz del derecho), en cuanto a las consecuencias jurídicas que de ellos se desprenden, y que para el caso de controversia, es necesario apoyar la "verdad" en elementos de convicción que: "recaen sobre hechos ordinarios, sobre los fenómenos que ocurren en la vida, sobre las mismas cosas,"⁸³ así pues el medio de prueba se constituye como el hilo conductor que lleva al juez al convencimiento sobre los hechos que alegan las partes, para poder resolver en cuanto a la aplicación del derecho.

El autor argentino Casimiro A. Varela, citando a Mittermaier, señala que: "la prueba no es en el fondo otra cosa que querer demostrar la verdad y el conocimiento del juez quien para sentenciar necesita adquirir plena certeza."⁸⁴

Diversos autores al hacer referencia al fin de la prueba distinguen entre "verdad real o material" y "verdad formal o jurídica", dependiendo del sistema de valoración de que se trate; así, para el sistema de libre apreciación el fin de la prueba era la "verdad real o material", en tanto que para el sistema de la tarifa legal o tasada, su fin era la "verdad formal o jurídica."

Es en palabras de Devis Echandía, que citando a Carnelutti, señala que: "en sustancia es fácil observar que la verdad no puede ser más que una; si la segunda discrepa de la primera será sólo una no verdad."⁸⁵

Por tanto la verdad siendo una, no admite distinguir tal distorsión, se produce en la apreciación que de los medios de prueba haga el juez, en virtud del convencimiento que adquiera sobre los hechos planteados por las partes; además no hay que olvidar "que el proceso civil moderno tiende firmemente hacia la verdad, gracias a la libertad de apreciación y a las facultades inquisitivas del juez; mas de esto no se deduce que el fin de la prueba judicial sea obtener esa verdad, porque basta, que con

⁸³ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 31, p. 11.

⁸⁴ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 39.

⁸⁵ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 224, p. 240.

ella se consiga el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos, para que aquella tendencia del proceso quede satisfecha."⁸⁶

Si la tendencia del proceso es la verdad y el fin de la prueba es el convencimiento o certeza sobre los hechos, nada impide concluir que la sentencia emitida por el juzgador, desentraña la verdad oculta en la normativa de hechos, a través del conocimiento seguro, claro y evidente que los medios de prueba aportaron a su conocimiento.

LA PROBABILIDAD

Surge del estudio crítico que hace el juez de los medios de prueba aportados por las partes, ya que el convencimiento o certeza de los hechos planteados, no se llega de manera intuitiva, sino que es a través del razonamiento analítico de los elementos de convicción, que de cada una de las partes del proceso aportó para sustentar sus pretensiones y fundar sus excepciones y defensas, respectivamente. El concepto de probabilidad no es en realidad un concepto incluyente (cuantitativo) de la prueba, pero ayuda a valorarla, es por ello que el juzgador debe incluirla en el examen que hace de la prueba, para poder llegar a la certeza o a su convencimiento.

Varela, considera: "que por regla general la certeza desde el punto de vista objetivo se corresponde con la verdad, no se logra por regla general de una manera intuitiva e inmediata, sino que se precisa para alcanzar tal resultado del examen crítico y razonado de distintas situaciones, hechos y relaciones que permitan descartar los elementos negativos por imperio de la fortaleza que exhiben los positivos.

La probabilidad, considera Framarino, ve los motivos convergentes y divergentes y los juzga todos dignos de ser tomados en cuenta, si bien con predominio de unos sobre otros."⁸⁷

CONVICCIÓN

La convicción surge del análisis que el juez hace del medio de prueba, de ella obtiene su convencimiento sobre los hechos que se plantean en el proceso, es

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 34.

la conclusión del criterio crítico aplicado al elemento probatorio, obteniendo "motivos, fundamentos o argumentos" para establecer su decisión respecto de las pruebas aportadas por las partes en el proceso.

Por tanto, un acuerdo del análisis de los medios de prueba traerá consigo el convencimiento o certeza del juez, respecto a la existencia de un hecho; pero para el caso, de que del medio de prueba no se obtengan elementos de convicción sobre los hechos, el juzgador tendrá que: "recurrir a la institución de la carga de la prueba, que le permitirá resolver en forma desfavorable para quien la soportaba, y por tanto, favorablemente para quien no estaba gravado por ella, sea de fondo o inhibitoriamente, según la naturaleza del hecho que dejó de establecerse, y en ocasiones la falta de la prueba puede acarrear la nulidad, si se trata de un presupuesto procesal."⁸⁸ Varela señala que para arribar a tal resultado (de convicción): "se requiere un conjunto de medios acreditados por la razón y la experiencia, siendo preciso un razonamiento que se traduzca en un esfuerzo grave, imparcial y profundo, para descartar los medios que tienda a hacer admitir la solución contraria."⁸⁹

Para obtener el convencimiento o certeza de los hechos planteados por las partes, el juez realiza diversas operaciones mentales, para apreciar el alcance y valor probatorio que debe darle a cada medio de prueba en particular, para posteriormente valorarlos en su conjunto y lo cual trae aparejado un razonamiento profundo, tanto de la autenticidad como de la credibilidad, todos y cada uno de los medios probatorios aportados por las partes o por el propio juzgador, y obtener la conclusión que le permita tener certeza sobre los hechos negados o afirmados por las partes en el proceso, y así poder aplicar las normas jurídicas al caso concreto, apegado de principios de seguridad jurídica, esencial para el pronunciamiento de una sentencia justa, objetiva y equitativa.

APRECIACIÓN

La apreciación de los medios de prueba, es una actividad exclusiva del juzgador, la cual realiza a través de operaciones mentales con el fin de obtener elementos de convicción sobre el alcance y valor probatorio de los medios de

⁸⁸ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 31, p.p. 242-243.

⁸⁹ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 35.

prueba que fueron aportados por las partes, para acreditar los hechos controvertidos.

"La apreciación de la prueba constituye una actividad intelectual del juez que comprende ingredientes fundamentalmente de orden lógico y psicológico destinados a la investigación de las causas y del desarrollo de la actividad humana objeto de examen,"⁹⁰ todo ello bajo la premisa, de la búsqueda del convencimiento acerca de la existencia histórica de hechos o actos alegados por las partes, en cuya consecución tiene un papel fundamental las máximas de la experiencia.

"Esta finalidad, sin embargo, fracasaría si los diversos ingredientes que han penetrado y discurren por la corriente no establecieran relaciones o combinaciones susceptibles de convertir el pensamiento en un pensamiento racional, perfectamente integrado y capaz de ofrecer finalmente una determinada solución. La actividad pensante en cuanto que maneja percepciones empíricas o ideacionales depositadas en la psique del juez, es una actividad psicológica, pero en cuanto que a su vez establece relaciones o combinaciones, pudiera pensarse que deja de ser ya psicológica para pasar a asentarse en los dominios de la lógica."⁹¹

Al apreciar los hechos y las pruebas, el juez debe hacer un análisis crítico de ellos, debe aplicar su lógica y conocimientos psicológicos adquiridos por su experiencia: "para no dejarse llevar por las primeras impresiones o por ideas preconcebidas"⁹², elementos de convicción de los medios de prueba aportados, mismos que deduce, por las operaciones mentales que práctica de los medios probatorios en torno a los hechos que se pretende probar, y no de la aplicación de fórmulas preestablecidas.

Asimismo, el juzgador al apreciar la prueba, debe considerar en el análisis crítico que de ellas haga, a las pruebas en su conjunto; debe confrontarlas: "para tratar de desvirtuar el valor de convicción"⁹³ que de algunas de ellas haya obtenido, así tendremos pruebas concurrentes y pruebas en contrario.

Varela, citando a Sentís Melendo, señala: "que el concepto de conjunto es el que aquí domina por su trascendencia: el examen concienzudo debe ser de cada prueba

⁹⁰ Ibidem, p. 50.

⁹¹ Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 424.

⁹² Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 51.

⁹³ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 31, p. 243.

separadamente y de todas las pruebas juntas, así como del resultado del procedimiento en su totalidad.

En la apreciación de pruebas el juzgador ha de apegarse a las leyes que regulan la prueba, a la fijación de los hechos y a la lógica."⁹⁴

Como ha quedado establecido el proceso de apreciación de los medios de prueba, corresponde exclusivamente al juez a través de operaciones mentales, mismas que no son simples ni sencillas, éstas requieren de diversas acciones sensoriales e intelectuales tales como: "la percepción, representación o reconstrucción y razonamiento deductivo o inductivo."⁹⁵

La percepción que tiene el juez de los hechos, es la experiencia sensible que de ellos ha observado, a través de los medios de prueba que han aportado las partes, o que él se ha allegado en uso de sus facultades, es una operación sensorial que: "pone en marcha una actividad psicofisiológica en la que se combinan distintas sensaciones entre sí y con otras funciones psíquicas."⁹⁶

"Se trata siempre de percibir u observar un medio de prueba de ese hecho: cosas, personas, documentos, huellas y de una fase de actividad probatoria de valoración, porque es imposible apreciar el contenido y la fuerza de convicción de una prueba, si antes no se ha percibido u observado."⁹⁷

Por tanto la percepción que el juzgador adquiere de los hechos, se inicia con la: "experiencia sensible a la que se incorporan datos adquiridos anteriormente (experiencias) que se seleccionan, organizan, estructuran y así el objeto o situación percibida tiene un significado, cobra un sentido."⁹⁸

"Debe ponerse el máximo cuidado en esta operación perceptiva, para precisar con exactitud, en cuanto sea posible, el hecho o la relación o la cosa, o el documento, o la persona objeto de ella, pues sólo así se podrá apreciar luego su sinceridad y su verdad o falsedad."⁹⁹

⁹⁴ Cfr. Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis no. 140, p.243, apéndice 1985, Pleno y Salas, tesis 225, p. 373.

⁹⁵ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 276.

⁹⁶ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 65.

⁹⁷ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 276.

⁹⁸ Varela, Casimiro A., op. cit., nota 241, p. 66.

⁹⁹ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 276.

"Para esto debe hacerse su valoración objetiva y subjetiva, separando lo que en ellas puede haber de alteración o falsificación por obra del hombre, y ello sólo es posible examinando cuidadosamente si las condiciones en que se presentan permiten esa posibilidad, para en caso afirmativo verificarla.

Una vez percibidos aisladamente los hechos mediante sus medios de prueba, es indispensable proceder a la representación o reconstrucción histórica de ellos, no separadamente sino en su conjunto, poniendo el mayor cuidado para que no queden lagunas y omisiones, que trastruequen la realidad o la hagan cambiar de significado."¹⁰⁰

En la acción de representación de los hechos, que haga el juez, debe procurar no omitir ninguno, por mínimo que parezca, cuidando circunstancias de tiempo, modo y lugar, con apego a los principios de lógica y las máximas de la experiencia, para tratar de reconstruir la realidad histórica por lo que el juzgador no debe agotar su apreciación inmediatamente, es necesario hacer uso de una actividad reiterada de análisis de los hechos y de los medios de prueba.

Tanto en la percepción como en la representación de los hechos, el juez realiza una actividad mental, llamada de razonamiento o raciocinio, mediante la cual se obtienen los argumentos que tienden a justificar o a probar un hecho.

Devis Echandía, al respecto señala: "En la observación directa opera siempre una actividad analítica o razonadora, por elemental y rápida que sea, mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos, hay entonces una actividad inductiva que consiste, precisamente, en sacar de tales datos una conclusión."¹⁰¹

"Por la inducción se conocen las reglas de experiencia que le sirven de guía al criterio del juzgador y le enseñan que es lo que ordinariamente ocurre en el mundo físico o moral, gracias a la observación de los hechos y de las conductas humanas, y de tales reglas se deducen consecuencias probatorias."¹⁰²

Un razonamiento es un discurso (logos lóyos) en el que sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido algo distinto de lo establecido.

Hay demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales o de cosas, cuyo conocimiento se origina a través de cosas

¹⁰⁰ Ibidem, p. 277.

¹⁰¹ Idem, p.p. 277-278

¹⁰² Idem, p. 277.

primordiales y verdaderas; en cambio, es dialéctico el razonamiento constituido a partir de cosas plausibles (justificadas), ahora bien, son verdaderas y primordiales las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas (en efecto, en los principios cognoscitivos no hay que inquirir el por qué, sino que cada principio ha de ser digno de crédito en sí mismo); en cambio son cosas plausibles las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos o a la mayoría o a los más conocidos o reputados.

Respecto a la naturaleza del razonamiento jurídico se ha dicho que: "El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente, es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular. Esta inferencia muestra que la decisión de aplicar esas consecuencias a este caso particular están jurídicamente justificadas."¹⁰³

La decisión es un acto de voluntad y como tal no está determinado por la lógica, como dice Mac Cornick: "Decidir no es deducir", lo que está lógicamente implicado por las premisas de un argumento correcto es el contenido de un posible acto de decisión y de esta manera se dirá que este acto de decidir una vez realizado está justificado por las premisas del argumento."¹⁰⁴

Además de la inteligencia y voluntad del juzgador en la apreciación de la prueba intervienen factores psicológicos (filosofía–fisiología), psíquicos (factores) y sensoriales (sensaciones cromáticas, auditivas, cutáneas, olfativas) que le permiten desarrollar una correcta evaluación de los elementos probatorios aportados al proceso por lo que en su conjunto le permiten tener un mejor conocimiento de los hechos de la controversia planteada; pero es importante destacar que en la apreciación de los medios probatorios, que le permiten tener convencimiento o certeza al juez, respecto de los hechos, alegados reviste una función especial la lógica y la experiencia, mismas, que con toda intención he dejado al final, para poder establecer comentarios por separado y posteriormente

¹⁰³ Dehesa Dávila, Gerardo, op. cit., nota 57, p.p. 121-122.

¹⁰⁴ Idem.

situarnos en la visión de la evaluación de la prueba, así pues, analicemos primeramente la función de la lógica en la apreciación de la prueba.

a) LÓGICA: "La apreciación de las pruebas que haga el juzgador, en uso de la facultad discrecional que expresamente le conceda la ley, no constituye por sí sola, una violación de garantías, a menos que exista una infracción manifiesta en la aplicación de las leyes que regula la prueba o la fijación de los hechos, o la apreciación sea contraria a la lógica."¹⁰⁵ Por tanto, en la apreciación de las pruebas el juez, debe apegarse a las leyes que regulan la prueba (requisitos de forma), a la fijación de los hechos y a las reglas de la lógica (además de las máximas de la experiencia) detengámonos en el análisis de la lógica, que es lo que limita el presente punto de estudio; para señalar que: "la formación lógica es uno de los aspectos básicos de la educación científica, su conocimiento es útil y formativo, pues favorece el buen sentido y la madurez de la inteligencia, indispensable en todo profesional pero máxime en el juzgador."¹⁰⁶

La palabra "lógica" se utiliza de manera natural, por la mayoría de las personas; pero cuál es el significado para el campo del derecho, que es lo que a nosotros nos interesa, ya que la "lógica" ha adoptado múltiples y variados significados a lo largo de la historia, para dar respuesta, partamos de la definición etimológica.

"El vocablo "lógica", procede del latín *logica-ae*, que es, prácticamente, una transliteración del vocablo, griego *lógos lóyos*. El problema se inicia con la definición misma del término *lóyos* (lógos) que es un sustantivo polisémico que admite las más variadas traducciones, algunas de sus acepciones son: palabra, verbo, dios, razón, idea, conocimiento, discurso, estudio, razonamiento, proposición, en griego jurídico, acusación. Para los fines que nos ocupan, el concepto que cabría recoger de toda esta miscelánea, sería el del razonamiento, siendo en consecuencia la lógica, la ciencia del razonamiento correcto, etimológicamente hablando."¹⁰⁷

De la sola definición etimológica, podemos decir, que sin la lógica no puede haber apreciación de los medios de prueba, ya que no basta percibir y representar un hecho, es necesario el razonamiento (correcto) lógico para inferir elementos de convicción. De aquí surge la justificación consagrada en criterios jurisprudenciales

¹⁰⁵ Tesis No. 140, p. 243, Apéndice 1985, Pleno y Salas, tesis 225, p. 373.

¹⁰⁶ Dehesa Dávila, Gerardo, op. cit., nota 57, p. 137.

¹⁰⁷ Idem, p. p. 143-144.

y doctrinarios, de que la valoración de la prueba, debe hacerse apegándose a las reglas de la lógica, es decir, a la ciencia del razonamiento correcto.

Dehesa Dávila, haciendo uso de las palabras de Jerzy Wróblesky señala que: "en el medio judicial, puede entenderse por lógica, acotando lo más posible el concepto las inferencias basadas en reglas de razonamiento que no impliquen valoraciones."¹⁰⁸

No obstante lo anterior cabe preguntarnos, si la lógica admite diversos significados, y éstos a su vez, descansan en diversos métodos, cuál es el tipo de lógica que predomina en el derecho; hay quien señala que es la lógica deductiva.

"Gény demolió el deductivismo, la manía silogística y la concepción mecánica de la función judicial; y además mostró que la ley no es tanto la expresión de un principio lógico, sino más bien, una manifestación de voluntad y que, por lo tanto, en la aplicación del derecho, se debe tratar de esclarecer cuál fue el propósito de la ley, además, Gény evidenció que la experiencia demuestra cumplidamente que la ley escrita es incapaz de resolver todos los problemas suscitados por las relaciones y conflictos sociales, ni siquiera aquellos casos que parecen caer de lleno dentro del ámbito de lo previsto por la ley; porque incluso en estos casos es necesario investigar y ponderar las relaciones sociales concretas para que la aplicación de la ley a ellas produzca los resultados intentados por la ley.

Sucede, advierte Gény, que incluso en los casos en que el juez se encuentra con normas legislativas o consuetudinarias, o con precedentes jurisprudenciales, o con criterios doctrinales queda siempre un amplio campo de problemas, frente a los cuales el juez tiene que elegir entre varias soluciones posibles, elección en la que la lógica tradicional no tiene nada que hacer, no puede hacer nada.

El juez se rige, en todo caso debe regirse, por el manejo simultáneo de unos criterios valorativos, para promover el justo equilibrio o armonización de los intereses privados opuestos, considerando el peso respectivo de esos intereses, ponderándolos en la balanza de la justicia de modo que averigüe a cuál de ellos debe otorgar preponderancia. Para eso habrá de tomar en cuenta también las convicciones sociales vigentes."¹⁰⁹

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Idem, p.p. 143-146.

Por su parte, Devis Echandía señala: "no se trata de una lógica especial, diferente de la común o general, porque las leyes de la lógica son unas mismas, cualquiera que sea la materia a que se apliquen; sin embargo, esa actividad lógica tiene la peculiaridad de que siempre debe basarse en la experiencia y de que se aplica a casos particulares y prácticos, por lo cual nunca se trataría de lucubraciones meramente teóricas o de razonamientos a priori, precisamente, la guía indispensable del juez en su tarea de valoración probatoria, la constituyen las reglas de experiencias físicas, morales, sociales, psicológicas, científicas."¹¹⁰

De lo citado por los autores referidos, no se termina de deducir a qué tipo de lógica debe ajustarse el juzgador en la resolución de los conflictos planteados, ya que la lógica recoge los más variados calificativos, tales como: lógica deductiva; lógica inductiva, lógica tradicional, lógica formal, lógica aristotélica, lógica matemática, lógica jurídica, etcétera; por lo que es necesario recurrir a la metodología empleada en el campo del derecho, para dilucidar el enturbiamiento de ideas que surgen a este respecto.

Partiendo del texto de Gény, la lógica deductiva, tiene en el campo del derecho un empleo reducido, ya que no se puede generalizar diciendo que la apreciación de los medios de prueba, se limitan a un silogismo, ni opera el criterio inductivo–deductivo, ya que como se ha dicho anteriormente, en la apreciación de la prueba intervienen factores perceptivos propios de cada individuo, por lo que, cambian de persona en persona, lo que no quiere decir, que la justicia cambie de igual forma, de persona a persona, sino que éste debe resolver con apego a la razón; por consiguiente el método que se debe utilizar para analizar los medios de prueba, debe sustentarse en la lógica dialéctica, que tiene como fundamento el razonamiento, mismo que incluimos como elementos de la percepción.

Habiendo establecido a que tipo de "lógica" se refieren tanto los criterios jurisdiccionales como doctrinarios, ésta nos conduce a su fundamento que es "el razonamiento," este tipo de lógica, llamada lógica "de lo razonable" ha sido estudiada con amplitud partiendo de las premisas aristotélicas y del pensamiento mismo de Viehweg y de Perelman¹¹¹

¹¹⁰ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 278.

¹¹¹ Idem, p. 153.

b) LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA. Constituyen la base de las operaciones mentales que realiza el juzgador para formarse credibilidad y certeza respecto de los medios de prueba que han aportado las partes del proceso, para demostrar la existencia de los hechos discutidos.

"Son instrumentos fundamentales para esclarecer el fenómeno de la credibilidad y la certeza. Sin ella no hay fundamento para construir el concepto de credibilidad, ya que está enraizada en la experiencia que el individuo y la sociedad sufren a diario y son generalizados en regla."¹¹² "Las reglas de la experiencia pueden considerarse una herramienta característica de toda actividad judicial en cualquier época tal cual lo afirma el tratadista alemán Gerhard Walter."¹¹³

La máxima de la experiencia se constituye en la premisa mayor en la operación mental que realiza el juez, lo cual lo conducirá a una valoración razonada, motivada y responsable.

"Formando parte del proceso pensante y con una entidad que es posible aislar jurídicamente hasta convertirla en categoría específica se hallan las máximas de experiencia (Erfahrungssatze), definidas por Gaupp–Stein como aquellas "reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, mediante la observación de los medios de la práctica y las reglas especiales de la técnica en las artes, en las ciencias y en la vida social, en el comercio y en la industria, que implícitamente, sin relación directa con el caso concreto debatido se aplican siempre en el proceso como premisas de los hechos litigiosos."¹¹⁴

Las máximas de la experiencia en la apreciación de los medios probatorios establece Devis Echandía, son: "juicios fundados en la observación de lo que comúnmente ocurre y que pueden ser generalmente conocidos y formulados por cualquier persona de un nivel mental medio, en un determinado círculo social y que no se requiere enunciarlos y menos declararlos probados en la sentencia"¹¹⁵

Para Muñoz Sabaté: "las máximas de la experiencia, psicológicamente consideradas no son más que una evocación espontánea o provocada de conocimientos

¹¹² Younes Jerez Simón, op. cit., nota 104, p. 184.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 437.

¹¹⁵ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 31, p. 281.

anteriores que se produce en el proceso del pensamiento como nutrientes de consecutivas inferencias lógicas."¹¹⁶

Asimismo, Muñoz Sábate, resalta que: "las máximas de la experiencia pueden ser espontáneas o provocadas, lo cual en términos jurídicos significa que las mismas no necesitan ser forzosamente alegadas por las partes para que el juez las tenga en cuenta."¹¹⁷

Habiendo precisado tales consideraciones, de los autores anteriormente citados, hemos de señalar que el juez hace uso de las máximas de la experiencia, no sólo en la etapa resolutoria del proceso, sino desde el momento mismo del inicio de éste, es decir, desde la etapa expositiva; ya que el juzgador debe acordar de acuerdo a su leal saber y entender las demandas de los promoventes, aun y cuando éstas incluyan las prestaciones más novedosas que la vida moderna ofrezca, como en el caso de los medios electrónicos, ya que como es sabido, la tecnología avanza a pasos agigantados y en forma acelerada, mientras que la regulación jurídica de los efectos que emanan de la aplicación de la tecnología al desarrollo de la vida, lo hace a pequeña escala y sin proporción alguna, por lo que, para el caso de que no exista "norma legal aplicable" que regule el tratamiento jurídico, el juez antes de exteriorizar su pensamiento a través del acuerdo que vaya a dictar, va a hacer uso de los conocimientos adquiridos en la praxis, no sólo de los juicios, sino también de aquellos que ha adquirido a lo largo del desarrollo de su vida privada, y si estas experiencias fueran inusuales o bastante tecnificadas, ante los ojos de los demás, el juez puede traer al juicio, en uso de sus facultades inquisitivas, la prueba técnica que estime conveniente, ya que no puede asumirla por sí mismo, es necesario que apoye su criterio, en peritos en la materia, para poder solventar incluso su razonamiento apoyado en las máximas de la experiencia.

Al respecto Muñoz Sabaté considera que: "las máximas de la experiencia no actúan solamente en el proceso de valoración de la prueba, sino en todo el proceso de la sentencia, siquiera a nosotros nos interesa destacar aquí la aplicación probática que se aparece por cinco importantes frentes: 1. Interviene en la construcción de las

¹¹⁶ Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 437.

¹¹⁷ Idem.

presunciones, en las que opera como premisa mayor el silogismo que se produce al adoptar el indicio como premisa menor.

Por eso Stein decía que la máxima de experiencia "anudaba" el indicio con el hecho a demostrar.

2. Sirve para complementar en sentido positivo (corroborante) o negativo (infirmante) el resultado de otra prueba, supuestos en los que actúa como argumentación.

3. Interviene en la citología del propio medio probante (prueba de la prueba).

4. Opera en la exégesis e integración de los estándares jurídicos.

5. Llega a actuar igualmente en los criterios de admisibilidad de la prueba"¹¹⁸

"Las máximas de la experiencia según Gaupp-Stein, pueden tener una cuádruple función:

a) En la actividad de apreciación de los medios probatorios, incluso como basamento para la preceptuación de reglas de valoración de los mismos.

b) En la construcción de las presunciones judiciales (como requisito para la admisión de la prueba crítica).

c) En la formación de la sentencia: aplicación de las normas sustantivas a los hechos probados.

d) En la exégesis e integración de aquellas definiciones legales, o conceptos jurídicos abiertos que requieren ser completados en atención a la noción de lo consuetudinario, a la naturaleza de la relación jurídica y de las cosas, o ciertas conductas humanas exigibles (buena fe, equidad, etcétera)."¹¹⁹

De las consideraciones aquí vertidas, podemos precisar que ante la falta de certeza del juzgador respecto de la controversia planteada debe recurrir primeramente a lo que le mandan las reglas o máximas de la experiencia, es decir, ante la falta de elementos de convicción, puede acudir a principios jurídicos, como la equidad y justicia, o bien a la carga de la prueba, aplicando el criterio al que ya nos hemos referido en puntos anteriores.

Porque así lo manda la experiencia adquirida, el juzgador debe seguir las directrices que lo encaminen a la consecución de un juicio, en defecto de pruebas.

"En toda formulación de un juicio está presente una regla de experiencia. No fijando la ley normas particulares para la coordinación del hecho conocido con el hecho a

¹¹⁸ Ibidem, p.p. 438-439-440.

¹¹⁹ Idem.

probar el juez deberá seguir las reglas más idóneas para conseguir el descubrimiento de la verdad."

Para reforzar el presente criterio, hemos de transcribir las palabras de Gian Antonio Michelli, diciendo que "el juez puede usar las reglas de la experiencia en la valoración de los elementos probatorios y en la distribución de su falta de certeza entre las partes, en forma que se realice la que el juez considera la conciencia social del momento. En tales casos el juez puede aplicar la regla más oportuna siempre y cuando exista una norma jurídica preconstituida, a fin de poder aplicar el derecho objetivo en el caso concreto. Esto es un juicio de equidad, pues en esta materia, se impone que en la elección de las reglas de la experiencia para la aplicación de la norma individualizada, no se está vinculado por regla legal alguna. El juez puede evitar el "*non liquet*" siendo aun libre para determinar las reglas de la experiencia, a base de las cuales forma la propia decisión cuando falten pruebas aptas para determinar directamente su convicción.

Los principios que denominan la distribución de la carga de la prueba confirma que las reglas de la experiencia, adoptadas por los sistemas de manera romanística, responden en general a verdaderas exigencias prácticas que satisfacen la necesidad de certeza a que las reglas de juicio tienden."¹²⁰

De la cita referida, podemos apreciar la coincidencia de criterio, que señalan tanto Michelli, como Gény, cuando este último habla de los criterios valorativos: "que debe adoptar el juez, para resolver conflictos planteados (lógica), mismos a los cuales nos remitimos en obviedad de repeticiones, pero podemos concluir que el uso de la lógica en el razonamiento que hace el juzgador parte de las experiencias adquiridas, se convierten en accionantes para formular un criterio fundado, ante la falta de providad plena para demostrar los hechos controvertidos; pero más aún también gracias a los principios fundados en la experiencia, el juzgador puede considerar probado un hecho a primera vista, tal consideración encuentra sustento en el expresado por Leo Rosenberg, cuando dice que la prueba "prima facie" o a primera vista estriba en principios fundados en la experiencia, aplicables cuando se trata de los sucesos llamados típicos, esto es, en los casos en los que se ha comprobado un estado de cosas, según la experiencia de una causa determinada o de una culpa."¹²¹

¹²⁰ Younes Jerez Simón, op. cit., nota 104, p.p. 200-201.

¹²¹ Idem, p. 203.

Por su parte Vishinski, señala que: “la experiencia de la vida enmienda los errores de la razón, que opera solamente con concepciones lógicas y Framarino opina que la base del raciocinio es la experiencia externa o interna, del mundo físico y del moral.

Por su parte Couture: “afirma que no se trata de una actividad meramente inductiva, ni que se agote en un silogismo, sino que comprende múltiples operaciones de experiencia jurídica y responde a un serie de advertencias que forman parte del conocimiento de la vida y que se denominan máximas de la experiencia.”¹²²

“Las máximas de la experiencia ayudan a corregir el rumbo de la prueba para que no derive y se escape a la pura abstracción, olvidando las exigencias de lo concreto y adoptando por este hecho una especie de difusión reguladora del raciocinio.”¹²³

Younes Jerez, señala que: “las máximas de la experiencia pueden oponerse a la lógica cuando mediante ésta hubiera de llegarse a un resultado perfecto desde el punto de vista del raciocinio, pero absurdo en sus consecuencias.”¹²⁴

En el manejo de las máximas de la experiencia, para resolver controversias, el juez debe tener mucho cuidado, no debe confundir una regla de experiencia con una creencia inductiva, es decir, su razonamiento no debe basarse en: “sentimientos intuitivos, que se experimentan como ideas o verdades, sin el concurso del razonamiento.”¹²⁵

“La confianza inductiva consiste en el sentimiento intuitivo que experimentamos al aceptar creencias basadas en inducciones, influye en gran medida en las máximas de la experiencia, pues éstas se afianzan la mayoría de las veces gracias a ese sentimiento intuitivo.”¹²⁶

“Recordemos como Gorphe nos dirige atemperando que no vayamos a desbocar la intuición para que no termine en fantasías, sobre todo cuando la intuición no se encuentra constantemente dirigida y fiscalizada por la razón. Esto sólo es posible con una sólida formación jurídica y cultural.”¹²⁷

Mittermaier señala que: “la teoría de la prueba no es otra cosa en el fondo que la expresión que de las reglas de la experiencia, que desarrollan y fecundizan en nosotros el

¹²² Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. p. 281-282.

¹²³ Younes Jerez Simón, op. cit., nota 104, p. 210.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Diccionario Enciclopédico Larousse, editorial Ultra, S.A de C.V., México, 2004, p. 388.

¹²⁶ Younes Jerez Simón, op. cit., nota 104, p. 211.

¹²⁷ Idem.

germen de la fuerza instintiva que nos conduce a la averiguación de la verdad a la valoración posterior como instrumento modelado por la razón y la misma experiencia.

La mayor parte de las reglas de la prueba no son otra cosa que preceptos suministrados por la experiencia cristalizada en máximas o principios. Es la experiencia anterior la que demuestra cuáles deben ser las formas del interrogatorio de los testigos, cómo deben saberse evitar las sugerencias peligrosas, cómo comprender aquellos al dar razones plausibles del conocimiento que pretenden tener de los hechos: de estas formas emana únicamente el mérito o credibilidad debida a los testigos, las reglas de la experiencia son las que pueden dar a conocer las medidas prudentes de que debe estar revestida por la concepción para ser digna de credibilidad."¹²⁸

"Las verdaderas bases de la certeza son la credibilidad a la vez en la fidelidad de nuestros sentidos y en la fuerza del razonamiento, que, tomando por punto de comparación las experiencias anteriores, somete a ella, como una medida cierta, los hechos cuya realidad aprecia."¹²⁹

Una peculiaridad que muestran las máximas de la experiencia que son usadas por el juez para determinar el valor probatorio de cada uno de los medios de prueba, es que éstas no se encuentran expresamente señaladas o establecidas en la ley, no han sido previamente definidas por el legislador, sino que integran la experiencia de la vida del juzgador y es éste, quien ha de hacerlas constar en la motivación (considerandos) de la resolución respectiva, para despejar toda duda de discrecionalidad y brindar seguridad jurídica a las partes, pudiendo, en caso de desacuerdo con el razonamiento del juzgador, interponer el recurso procedente por los agravios que les causa el razonamiento de resolución de hechos probados.

De las consideraciones realizadas, respecto de "las máximas de la experiencia" aun y cuando pareciera ocioso, me parece necesario señalar que el término "máximas de la experiencia" resulta vago o poco preciso, debiera el legislador establecer que se trata de "máximas de la experiencia judicial" y no de ninguna otra, ya que es el juez quien tiene que precisar las máximas de la experiencia utilizadas para llegar a sus conclusiones, respecto de las pruebas,

¹²⁸ Ibidem, p. 220.

¹²⁹ Idem.

debido, además de que integran la experiencia propia del juzgador y de nadie más.

EVALUACIÓN DE LA PRUEBA

La evaluación de la prueba la realiza el juez, a través de las facultades de comprobación que éste posee, la evaluación de la prueba se constituye en el acto más importante de la etapa probatoria, en ella se precisa el significado de las pruebas y se determina su eficacia mediante las reglas lógicas del razonamiento que le permitan determinar con certeza la existencia de los hechos controvertidos; indudablemente la evaluación de la prueba, que realice el juez, se verá afectada por el sistema de valoración que se haya adoptado; ya sea aquél en el que se sujete al juzgador a fórmulas abstractas preestablecidas de valoración, en el que se le impongan conclusiones respecto de determinado medio de prueba; o éste en el que se otorguen facultades para que realice la valoración de los medios, bajo el principio de libre convencimiento o bien, un sistema mixto.

Del sistema de valoración de la prueba que se adopte, dependerá el rumbo que el juez debe darle a su razonamiento; es innegable que el tema reviste gran importancia, ya que la posibilidad de resolver con justicia un conflicto no está enteramente en manos del juzgador, antes el legislador debió atemperar la ley aplicable a la realidad social, para que esa ley general y abstracta, al ser aplicada a un conflicto real, se convierta en una resolución adecuada, que provea de justicia y equidad las pretensiones planteadas por las partes.

Para Eduardo Juan Couture, en la valoración de la prueba: "ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir."¹³⁰

La correcta evaluación de los medios probatorios aportados por las partes y por el juzgador en su caso, debe descansar en los fines más altos que el sistema de justicia tiene para sí, a través de una sentencia justa, equitativa y objetiva.

¹³⁰ Couture, Juan Eduardo, op. cit., nota 115, p. 257.

En cambio debemos recordar que esta actividad última del juez está limitada por las formas establecidas por el legislador y los elementos probatorios que las partes hicieron llegar al juicio.

Ahora bien, para alcanzar tan alto objetivo, se ha dicho con anterioridad que entran en juego diversos factores, propios del juzgador tales como: la inteligencia, voluntad, factores psíquicos, entre otros, pero también, hay factores propios del objeto de prueba, que intervienen para la consecución del fin aludido, por lo que es necesario tener conocimiento de ellos, lo más apegado a la realidad posible por parte del juzgador.

Como puede apreciarse, la evaluación o valoración de la prueba, se da en una órbita en la que intervienen el juzgador en su esencia misma, en contacto con los medios de prueba aportados por las partes, a través de las formas procesales promulgadas por el legislador.

Tal pensamiento, encierra actividades objetivas y subjetivas, que conviene analizar a detalle, para visualizar de manera conjunta el razonamiento integrado que el juzgador debe realizar en el mundo del "deber ser," y que en ocasiones golpea de manera inmisericorde al mundo del "ser", viéndose rebasado aquél, por las prácticas de éste.

EVALUACIÓN JURÍDICA OBJETIVA

La evaluación objetiva que realiza el juzgador encuentra sus cimientos en la evidencia material que aportan las partes al proceso o se allega el juez en uso de sus atribuciones, misma que pasa por el proceso mental de análisis que realiza el juzgador para alcanzar el grado de convencimiento o certeza interior, que debe exteriorizarse a través de la certeza objetiva ya fundada en la sentencia.

Millán Puelles, señala que: "la plena actualización de nuestra mente por la verdad se da sólo en el caso de la certeza y puede decirse que ésta consiste en la situación en que se encuentra, pues, fundándose en la evidencia objetiva, presta su asentimiento a una verdad, sin vacilación de ninguna clase."¹³¹

¹³¹ Millán Puelles, Antonio, Fundamentos de Filosofía, Editorial Rialp (Biblioteca del Cincuentenario), 13ª edición, Madrid, 1999, p. 459.

El juez al emitir su sentencia, realiza un proceso intelectual que lo lleva a analizar y evaluar de manera objetiva los elementos de prueba que aportaron las partes en el proceso, y los considera a la luz del derecho positivo vigente.

La evaluación jurídica objetiva, se limita a la referencia fenomenológica (lo que de las cosas puede percibirse por los sentidos)¹³² que obra en autos, y que circunscribe las situaciones fácticas alegadas por las partes y los medios de prueba que son motivo de evaluación por parte del juzgador, el cual debe ser objetivo e imparcial, pero aplicando sus conocimientos jurídicos sobre la materia y haciendo uso de las reglas de la lógica y máximas de la experiencia para llegar a la verdad legal.

Así pues, el juzgador al evaluar objetivamente los medios de prueba, no puede trabajar con más premisas fácticas que aquellas que le proporcionaron las partes, por lo que, debe ajustarse a aquellos hechos que han sido alegados por las partes en el proceso (*juxta allegata*) para aplicar el razonamiento objetivo obtenido de los medios de prueba allí consignados; si el juzgador en su resolución fija un hecho que no ha sido alegado por las partes, incurriría en una falta al requisito de congruencia que deben reunir las sentencias.

Por "congruencia" en las sentencias, debe entenderse como: "aquel principio normativo dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por el cual debe haber identidad entre lo resuelto y lo controvertido, oportunamente por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico."¹³³

Al respecto, la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió la siguiente consideración: "El principio de congruencia de las sentencias estriba en que éstas deben dictarse en concordancia con la demanda y con la contestación formuladas por las partes, y en que no contengan resoluciones ni afirmaciones que se contradigan entre sí. El primer aspecto constituye la congruencia externa y el segundo la interna."¹³⁴

¹³² Diccionario Enciclopédico Larousse, Editorial Ultra, S.A. de C.V., México, 2004, p. 301.

¹³³ Aragoneses, Pedro, op. cit., nota 172, p. 87.

¹³⁴ Cfr. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, 4a. Parte, p. 772, "SENTENCIAS, CONGRUENCIA DE LAS."

Asimismo, el juzgador está obligado a no incluir en la resolución que emita aquellos hechos que aún siendo alegados y discutidos, no hayan sido probados por alguno de los medios admitidos en el proceso.

Ya lo señala Sentís Melendo:, "para construir la sentencia es indispensable fijar los hechos ya que ellos, fijados, constituyen la premisa menor del silogismo,"¹³⁵ los medios de prueba, pues, producen en el juzgador la convicción interna necesaria, para decretar probados los hechos alegados por alguna de las partes (*juxta probata*), una vez que se han analizado y confrontado con los medios de prueba aportados.

Es evidente, que el juez antes de que proceda a armar el silogismo a que se refiere Sentís Melendo, debe tomar una decisión preliminar que le sirva de hipótesis para estructurar dicho silogismo que lo lleve a justificar la aplicación del derecho positivo vigente.

Al respecto, el Magistrado mexicano, Marroquín Zaleta, señala: "el juzgador suele tomar primero su decisión y luego estructurar lógicamente su fallo," "una vez que el secretario ha examinado debidamente el expediente, lo conveniente es que tome una decisión preliminar sobre el sentido del fallo, que le sirva de hipótesis de trabajo."¹³⁶

Habiendo precisado que el juzgador sólo puede resolver de acuerdo con los hechos afirmados y probados por las partes, es necesario remarcar que los elementos sobre los cuales debe versar la decisión del juez (hechos afirmados y probados), deben incorporarse al proceso mediante el cumplimiento y observancia de reglas y/o formas procesales ya que debemos recordar que la actividad del juzgador está limitada por las formas establecidas por el legislador; para el caso de que en las actuaciones de las partes no se observen las formalidades procesales establecidas en la ley, éstas no se tendrán en cuenta, al momento de dictar la resolución respectiva; "se origina la ficción de que no existen: *quod non est in actis non est in mundo*."¹³⁷

"Este principio cuyo origen histórico respondió al deseo de preservar el sistema escriturario, sirve hoy día, entre otras cosas para acentuar el principio dispositivo y para

¹³⁵ Sentís Melendo, Santiago, *La Prueba*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 719.

¹³⁶ Marroquín Zaleta, Jaime M., op. cit., nota 173, p. 60.

¹³⁷ Muñoz Sabaté, Luis, op. cit., nota 201, p. 433.

poner límites a la libertad del convencimiento judicial. Pero la expresión metafórica con que se halla concebido impide a veces darse cuenta que la incidencia no siempre tan pacífica, que sobre el mismo ejercen otros principios y reglas procesales: concretamente el principio de preclusión y las reglas sobre la admisibilidad de las pruebas."¹³⁸

Diversos pensamientos se han exteriorizado al respecto, lo cierto es, que el juez en uso de su facultad de decisión, debe emitir su resolución en apego a lo que le manda la ley, más no debe hacer uso excesivo de preceptos procesales que regulan la forma y tiempo, en que deben incorporarse los medios de prueba al proceso, para justificar la falta de estudio del fondo de la problemática planteada.

Si bien es cierto, que las "afirmaciones y pruebas" deben aportarse al proceso observando las reglas de forma y tiempo procesales, también lo es, que las formas procesales impiden llegar al fondo, ya que no le es dado al juez desconocer la aplicación de la legislación positiva vigente, por lo que en muchas de las veces, el juzgador emite resoluciones sobre evaluaciones o valoraciones procesales, más no sobre evaluaciones o valoraciones jurídicas objetivas, que incluirán los actos procesales ineficaces, arrojando consideraciones que conducen a una "verdad procesal", que poco o nada tiene que ver con la "verdad real", pero que se constituye a partir de los antecedentes acumulados en autos, y valorados objetivamente.

Quizá desde un punto de vista filosófico y con apoyo de preceptos legales (como los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) que dan sentido al sistema de libre valoración de la prueba, el juez en uso de los principios de inmediatez, dispositivo e inquisitivo, puede lograr que de manera imparcial y objetiva la justicia descansa sobre uno de sus pilares más desgastados, como lo es la verdad, apartando por consiguiente la verdad real, la verdad histórica de la mal llamada "verdad procesal".

Decía Carnelutti que "la voz proceso, sirve, pues, para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz, y por tanto, sea justa y cierta: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la

¹³⁸ Ibidem.

certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados no saben, y sino es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer."¹³⁹

El Dr. Ovalle Favela, partiendo de las ideas del autor italiano Piero Calamandrei, señala que "la teoría del silogismo judicial no es, pues suficiente para explicar el procedimiento de formación de la decisión judicial; la idea del silogismo, a lo sumo, podrá ser útil como una forma convencional de expresar con cierta coherencia la decisión misma, pero no su proceso de formación". Tal y como se expresó anteriormente, coincidimos con el Dr. Ovalle Favela: la hipótesis previa al silogismo se va formando durante el desarrollo del proceso, si bien, puede ir cambiando durante las diligencias de desahogo de pruebas, tal hipótesis queda conformada con el desahogo total de los elementos probatorios y los alegatos (o conclusiones) que hagan las partes; por lo que, en la emisión de sentencia se exterioriza el acto de voluntad del juzgador, aplicando su razonamiento a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, para justificar la aplicación de las normas de derecho positivo vigente.

4.1.3 FUERZA O VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

En el campo del litigio, suelen usarse como sinónimos los términos "fuerza" y "valor" probatorio, sin embargo, como se verá más adelante la primera deviene de las operaciones mentales que realiza el juzgador al realizar la valoración de los medios de prueba aportados por las partes, ya que como se ha dicho, la fuerza de un medio de prueba bien pudiera compararse con la eficacia probatoria que se produce en el juzgador al interpretar en un primer momento de manera aislada cada uno de los medios probatorios, para posteriormente valorarlos en su conjunto, unos frente a otros y desprender argumentos de convicción que son plasmados en los considerandos de la resolución, por consiguiente se puede decir que el juzgador ha desprendido elementos de convicción y les ha otorgado cierto grado de valor, eficacia y fuerza probatoria para demostrar los extremos que se pretendían alcanzar con los elementos de convicción aportados.

¹³⁹ La Prueba Judicial y la Conducta Humana, p.p. 83-84.

Por consiguiente, la fuerza probatoria deviene de la valoración que realiza el juzgador de los medios de prueba aportados por las partes.

4.2 VALORACIÓN DE LOS DOCUMENTOS CON SOPORTE PAPEL PARA EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

La apreciación o valoración de la prueba documental con soporte papel, como se señaló al inicio del presente capítulo, no se puede practicar de manera generalizada en todos los documentos como género, es necesario atender a los distintos tipos de documentales aportadas por las partes al proceso, para otorgarles el mérito o fiabilidad probatoria que les corresponda; ya que como ha quedado establecido, "el documento no es un acto, sino una cosa" y es por disposición legal, que se le otorga determinado grado de valor probatorio, dependiendo de la garantía de fidelidad del documento.

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

Como ya ha quedado precisado, el valor probatorio de las distintas clases de documentos se los puede dar la ley, como es el caso de los documentos públicos, o bien atender a la fiabilidad que presenten los llamados documentos privados, por lo que, en el primer caso, el valor probatorio de los documentos públicos, se lo da la ley, convirtiéndose en una prueba tasada, en cuanto a su valor probatorio, ya sean éstas, escrituras públicas o instrumentos provenientes de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, dichas probanzas harán prueba plena, tanto del acto, hecho, o circunstancias que documenten, las cuales pueden ser por ejemplo: la fecha, lugar y nombres de los intervinientes, ya sean partes de los actos o hechos que en dichos documentos se consiguen, o funcionarios que en ellos intervienen, lo que hace, que las declaraciones, disposiciones y enunciaciones que contenga el documento público, hacen prueba plena entre las partes, los vincula y obliga en el cumplimiento de las manifestaciones vertidas en el cuerpo del referido documento, en cuanto a la verdad de las declaraciones que ahí se formulan y a la veracidad de las obligaciones y derechos que constituyen o de sus extinciones y modificaciones

que estipulen, por lo que, el hecho de haberse otorgado y la existencia de derechos y obligaciones que en él se contengan, hacen fe plena, no sólo entre las partes sino contra terceros, pero únicamente en cuanto al medio de haberse ejecutado el acto, de los acuerdos y disposiciones, pagos, entre otros, que dichos documentos contienen.

El valor probatorio pleno de los documentos públicos, se lo da la ley, en virtud de la fe pública que inviste a los funcionarios que en su elaboración intervienen.

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

Como quedó precisado en párrafos anteriores, el valor probatorio de los documentos privados, cambia de acuerdo al grado de autenticidad que éste contenga, ya que no hay que olvidar que los documentos privados pueden ser auténticos, y no auténticos, ante los cuales varían el grado de valor probatorio, ya sea frente a terceros o entre las mismas partes.

Por consiguiente, hay que distinguir, si el documento privado carece de autenticidad, éste carece de valor probatorio contra terceros y entre las partes, ya que le falta el requisito esencial de todo medio de prueba, por lo que antes de aducirlo como medio de prueba, es necesario perfeccionarlo con otros elementos probatorios que permitan determinar su autenticidad.

Por otra parte, cuando el documento privado es auténtico, éste si bien tiene un efecto limitativo, adquiere la fuerza de un documento público entre las partes, haciendo prueba plena entre las mismas y sus causahabientes a título universal o singular, claro está, salvo prueba en contrario, obligándolos como si se tratara de un documento público; pero no sucede así contra terceros, los cuales si bien no pueden sentirse obligados por los acuerdos de las partes, pueden servirse del documento auténtico en lo que les beneficie, y aportar elementos de prueba para objetar el contenido del mismo.

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS SIN FIRMA

Como lo señala el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, son admisibles como medios de prueba todos los elementos que ayuden a lograr convicción en el juzgador a cerca de los hechos controvertidos o dudosos, con lo cual cabe pensar que se pueden aportar al proceso, todo tipo de pruebas, y no sólo las reguladas de manera expresa en la ley, por lo que, elementos de convicción tales como las fotografías, radiografías, electrocardiogramas, películas, grabaciones, discos compactos, discos flexibles, y en general todo los elementos de prueba producto de los avances de la ciencia.

Para que surtan sus efectos probatorios, es indispensable establecer su autenticidad adminiculándolos con otros medios de prueba reconocidos y regulados de manera expresa en la ley, que tengan relación con las pruebas técnicas que se pretende acreditar, por lo que, primero, las pruebas técnicas son objeto de prueba, para posteriormente darles el valor y fuerza probatoria que ayude a probar los hechos controvertidos. Cumpliendo este requisito, como documentos privados auténticos, pueden llegar a constituirse en prueba plena de hechos que no requieran por disposición de la ley un medio de prueba específico; por el contrario, si falta este requisito, quedará al prudente arbitrio del juzgador, aplicando su criterio, sustentándolo en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia judicial.

4.3 VALORACIÓN DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, consagra en su artículo 289, la libertad probatoria de las partes, permitiendo a su vez, en el artículo 402 la libre valoración de los medios de prueba, por lo que no hay impedimento legal para que las partes aporten elementos de origen electrónico, y para que el juzgador admita dichos elementos de convicción.

La posibilidad de producir o de admitir los documentos electrónicos como medio de prueba, significa que no hay norma alguna que limite al juzgador para utilizar los documentos electrónicos como medios de prueba, o que limite su

admisibilidad sólo en el caso de falta de otros medios de prueba o que imponga una determinada eficacia probatoria de ellos.

Lo cual, no significa que al documento electrónico el juzgador deba, en todos los casos, atribuirle plena atendibilidad, sino sólo después de una adecuada valoración de la autenticidad y de la seguridad del documento electrónico, por lo que, debe reconocerse al documento electrónico en sentido estricto, valor de documento escrito, hasta en tanto se pueda probar la autoría del mismo, en cuyo caso se debe dar un valor de documento privado con todos los alcances jurídicos que éste tiene.

Por consiguiente, se exige un adecuado reconocimiento del valor jurídico del documento electrónico, en los términos planteados en el presente capítulo. Ante la falta de disposición que regule de manera expresa los llamados documentos de origen electrónico, se seguirá creando inseguridad jurídica al justiciable (como se le dice en España), por lo que, en la actualidad, este tipo de disposiciones resultan tanto cuanto más necesarias en virtud de que se les sigue introduciendo en la vida social, trayendo consigo la crisis de los criterios tradicionalmente adoptados por el legislador como garantía de originalidad y de autenticidad de los documentos clásicos sobre soporte papel.

Ante tal situación, y tomando en cuenta que los documentos de origen electrónico que se pueden hacer llegar al proceso, se tienen que aportar en copias, ya sean magnéticas, ópticas, memorias USB e incluso en soporte papel, si no son autenticadas o adminiculadas con otros medios de prueba, serán valoradas como copias simples, es decir como un simple indicio, por lo que, es necesario perfeccionarlas, a través de su reconocimiento expreso o tácito, con lo que llegarían a surtir los efectos probatorios de los documentos privados.

4.4 CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

En realidad hay muy poca jurisprudencia sobre pruebas de origen electrónico, ya sea por lo novedoso de la materia, o por el desconocimiento de cómo plantear la problemática derivada de dichas documentales, lo cierto es que los planteamientos que se hacen a nuestro máximo tribunales de alzada, siempre

devienen elementos electrónicos que de alguna u otra manera se encuentran regulados, como es caso del Código Civil Federal, su Código Adjetivo, el Código de Comercio, entre otros, pero muy poco derivado del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que es el ordenamiento que regula la “libertad de los medios de prueba” en su artículo 289.

As í pues, demos paso a las tesis emanadas del Poder Judicial Federal, las cuales en algunos casos son eso, sólo tesis, sin constituirse aún en jurisprudencia, pero es importante empezar a conocerlas.

“PRUEBA DOCUMENTAL PRIVADA. RECONOCIMIENTO DE FIRMA. CONSECUENCIAS. *Al reconocer como auténtica la firma puesta en un documento privado implícitamente se está reconociendo el texto del mismo, a menos que se demuestre su alteración o las causas que se aduzcan para impugnar como auténtico el texto.*”¹⁴⁰

“DOCUMENTOS PRIVADOS. PUEDEN PERFECCIONARSE, ENTRE OTROS MEDIOS, A TRAVÉS DE SU RECONOCIMIENTO EXPRESO O TÁCITO, TENIENDO EN AMBOS CASOS LA MISMA EFICACIA PROBATORIA PARA DEMOSTRAR LOS EXTREMOS PLANTEADOS. *Del contenido de los artículos 334, 335 y 338 al 344 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se desprende el carácter de pruebas imperfectas de los documentos privados, que pueden ser perfeccionados, entre otros medios, a través del reconocimiento expreso del autor del documento, o por medio de su reconocimiento tácito derivado de su no objeción, teniendo en ambos casos la misma eficacia probatoria para demostrar los extremos planteados...*”¹⁴¹

¹⁴⁰ Cfr. Octava Época, instancia: Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T VIII, octubre de 1991, p. 243.

¹⁴¹ Cfr. Novena Época, instancia: Primera Sala, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T XIV, noviembre d 2001, tesis: 1ª./J. 86/2001, p. 11.

“GRABACIONES MAGNETOFÓNICAS. SU VALOR PROBATORIO. *La doctrina ha sido uniforme desde antaño, al considerar medios de prueba imperfectos a los documentos privados, ante la relativa facilidad con que se pueden confeccionar y la cierta dificultad para demostrar de modo absoluto e indudable las falsificaciones, entre otros argumentos, por mayoría de razón es aplicable ese criterio respecto a las grabaciones de la voz de las personas, mediante los distintos medios electrónicos existentes, pues es hecho notorio e indubitable, que actualmente hay, al alcance del común de la gente, un sinnúmero de aparatos, instrumentos y recursos tecnológicos y científicos, para la obtención de la grabación, de acuerdo al deseo, gusto o necesidad de quien las realiza, ya sea mediante la imitación total o parcial de las voces; de la mutilación o alteración del discurso verdadero de alguien, suprimiendo lo inconveniente al interesado, uniendo expresiones parciales para conformar una falsa unidad, enlazando, por ejemplo, la admisión o afirmación dirigida a un determinado hecho, con otro hecho que en realidad fue negado, etcétera. Por tanto, para que tales medios probatorios hagan plena, deben ser perfeccionados con otros elementos, fundamentalmente con el reconocimiento expreso o tácito de la persona contra quien se utilizan, por un exhaustivo dictamen de peritos, mediante la testimonial de personas que también hayan intervenido en el momento en que se dice expresado el contenido de la grabación, etcétera, pues sólo de esa manera podría existir un fundamento lógico para formar en el juzgador cabal convicción, conforme a lo determinado por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”¹⁴²*

“DECLARACIONES FISCALES PRESENTADAS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS (VÍA INTERNET). EL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN SE ACREDITA CON ACUSE DE RECEPCIÓN QUE CONTENGA LOS DATOS REFERENTES A LA HORA, FECHA, FOLIO Y TIPO DE OPERACIÓN, TRANSMITIDO POR AUTORIDAD CORRESPONDIENTE. *Para acreditar el primer acto de aplicación y, por ende, el interés jurídico del gobernado para acudir al juicio de amparo a*

¹⁴² Cfr. Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación, T XI, febrero de 1993, tesis I. 4º. C. 183 C. p. 259

reclamar una ley, basta con la exhibición de la constancia de recepción de la declaración y pago correspondiente, presentada a través de los medios electrónicos, específicamente en la página del Servicio de Administración Tributaria de la red respectiva que contenga los datos relativos a la hora, fecha, folio y tipo de operación, para considerarse acreditado el acto de aplicación de las normas reclamadas en el juicio de garantía, toda vez que las constancias de referencia son el único documento que se puede obtener para demostrar el cumplimiento de las obligaciones fiscales por esa vía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, párrafo segundo, del Código Fiscal de la Federación y la regla número 2.10.7 de la miscelánea fiscal vigente para el año dos mil uno.”¹⁴³

“CLAVE DIGITAL, SU UTILIZACIÓN PRUEBA EL RECONOCIMIENTO DEL MEDIO DIGITAL PARA CELEBRAR OPERACIONES Y UTILIZAR SERVICIOS PROPORCIONADOS POR LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO. El artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone que las instituciones de crédito pueden celebrar sus operaciones y prestar servicios con el público por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, sujetando tales actividades a lo que se pacte en el contrato respectivo; conforme a ello el empleo de la clave digital acredita el consentimiento del usuario para celebrar la operación previamente solicitada con la institución de crédito, pues constituye un acceso personalizado a esos medios expresados a través de cifras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permiten asegurar la procedencia y veracidad de su autoría, que constituye un medio de identificación del usuario y es la base para determinar la responsabilidad correspondiente a su uso.”¹⁴⁴

¹⁴³ Cfr. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T XVI, septiembre de 2002, tesis I.7º.A.183 A, p. 1351.

¹⁴⁴ Cfr. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T XVIII, julio de 2003, tesis I. 3º.C.429 C, p. 1045.

“INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO. *El artículo 188 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, en términos de lo previsto en el diverso artículo 2º de este ordenamiento legal, dispone: “Para acreditar hechos o circunstancias en relación con el negocio que se ventila, pueden las partes presentar fotografías, escritos o notas taquigráficas, y, en general, toda clase de elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia”; asimismo, el diverso artículo 210-A, párrafo primero, de la legislación que se comenta, en lo conducente, reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquiera otra tecnología; ahora bien, entre los medios de comunicación electrónicos se encuentra “internet”, que constituye un sistema mundial de diseminación y obtención de información en diversos ámbitos y, dependiendo de esto último, puede determinarse el carácter oficial o extraoficial de la noticia que al efecto se recabe, y como constituye un adelanto de la ciencia, procede, en el aspecto normativo, otorgarle valor probatorio idóneo.*”¹⁴⁵

“DOCUMENTOS TRANSMITIDOS VÍA FAX. AL SER SUSCEPTIBLES DE ALTERACIÓN, MERECE EL VALOR PROBATORIO DE UN INDICIO. *Los documentos que se aportan como prueba en un juicio, cuando constan en una impresión de fax, deben considerarse como aquellos elementos aportados por la ciencia, y en esas circunstancias merecen el valor de un indicio sobre la existencia de tales documentos, debe robustecerse con otros elementos de convicción para hacer prueba plena, pues no debe perderse de vista que el fax es una transmisión electrónica de un documento, al que al ser semejante a una reproducción fotográfica, es susceptible de ser alterado, de ahí su valor indiciario.*”¹⁴⁶

¹⁴⁵ Cfr. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, T XVI, agosto de 2002, tesis V.3º.10 C, p. 1306.

¹⁴⁶ Cfr. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, T XVIII, octubre de 2003, tesis VI.2º.C.360 C, p. 1002.

“CONTRIBUCIONES. LA COPIA SIMPLE DEL COMPROBANTE DE PAGO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS OBTENIDA MEDIANTE IMPRESORA, FAX O CUALQUIER OTRO MEDIO ANÁLOGO ES APTA PARA ACREDITAR EL ACTO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA VIGENTE EN EL AÑO DOS MIL TRES. “...el pago de contribuciones por medios electrónicos constituye un instrumento para facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los gobernados y la pronta y eficaz recaudación, cuya forma de operar implica que los causantes tengan una clave de acceso al sistema tributario cuando realicen pagos por transferencia electrónica, en tanto que la institución financiera proporcionará el sello digital. El concepto del “equivalente funcional” entre los documentos consignados en papel y aquellos consignados por la vía electrónica tiene por objeto establecer una serie de características numéricas y criptográficas que identifican a la persona y aprobar la información que aparece en el mensaje, de ahí que la reproducción de la información mediante impresora, fax o cualquier otro medio análogo, que naturalmente se reduce a copia simple, no significa, en modo alguno, que carezcan de valor probatorio para demostrar el acto de aplicación del artículo tercero transitorio de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en el año dos mil tres, reclamado, por el simple hecho de que consten en copia simple, antes bien, son confiables partiendo de la base de los fines del artículo 31 del ordenamiento citado, que sirvió de fundamento para generar la información electrónica, en virtud de que la seguridad de la operación se encuentra en la clave digital que es original, adminiculada con los demás datos como son el registro federal de contribuyentes, la fecha de pago, el número de cuenta, el número de operación, el periodo, el impuesto y la cantidad que se paga y, en todo caso, el fisco federal, de no estar de acuerdo con su contenido, está en posibilidad de impugnarlo, y si no lo hizo, tal omisión se traduce en su aceptación tácita para todos los efectos legales...”¹⁴⁷

¹⁴⁷ Cfr. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T XIX, enero de 2004, tesis I.1º.A.120 A, p. 1492.

CAPÍTULO V MARCO TEÓRICO

5.1 ESTUDIO DE LA CIBERNÉTICA, INFORMÁTICA Y LAS COMPUTADORAS

Para poder entender de manera clara la relación que existe entre la cibernética, la informática y las computadoras, es necesario estudiarlas por separado y delimitar el grado de aportación que han tenido en el Derecho Informático.

5.1.1 CIBERNÉTICA

El término cibernética, fue creado en el año de 1948, por el matemático NORBERT WIENER y el fisiólogo mexicano ARTURO ROSENBLUETH¹, siendo el primero autor de la obra: “Cybernetic and the machine”, por lo cual es considerado el padre de esta disciplina, la cibernética busca imitar los sistemas de comunicación nerviosa de los seres humanos para generar máquinas y medios capaces de comunicarse internamente de forma similar a la del ser humano. De aquí que los inventos del hombre, que utilizan como fundamento la cibernética, se les considere “inteligentes”.

El desarrollo de la cibernética tiene como base varias ciencias, tales como las matemáticas, física, biología, filosofía, lógica y electrónica, mismas que en conjunto encuentran fundamento de aplicación y desarrollo. Con la aplicación de la cibernética se ha dado cause al surgimiento de diversos campos de la ciencia y la tecnología que hoy en día contribuyen al desarrollo industrial mundial, como lo son por ejemplo, la AUTOMÁTICA que funciona por medios mecánicos, y la INTELIGENCIA ARTIFICIAL que contribuye al: “adecuado almacenamiento y recuperación de la información”² a través: “de técnicas dentro de las cuales se incluyen los sistemas expertos, el

¹ Lara y Parra, Jesús, Elementos de Lógica y Metodología, Editorial Cajica, Puebla, México, 1973, p. 262 y ss.

² Barragán, Julia, Informática y Decisión Jurídica, Distribuciones Fontamara, 2a edición, México, 2000, p.72.

manejo y control de robots (robótica) y los procesadores de lenguaje natural.”³ Por todo ello, la cibernética es considerada como una superciencia.

Federico Engels en su “Dialéctica de la Naturaleza”, había escrito que en los puntos de unión o de control entre las distintas ciencias, es donde se pueden esperar los mejores resultados.⁴

Ejemplos de máquinas y medios cibernéticos son las computadoras, los sistemas de control automático y, en general, todo lo que se conoce como tecnología computacional, cuyo desarrollo durante las últimas décadas ha partido de los avances en el conocimiento de la física cuántica, logrando durante este siglo el desarrollo de la electrónica y las telecomunicaciones.

Gracias a los avances de la ciencia y la tecnología, se han eficientado las labores del ser humano, se ha acortado la inversión de tiempo en el perfeccionamiento y desarrollo de nuevos inventos, por ejemplo, la invención de la rueda le tomó a la humanidad dos millones de años, aunque sólo cinco mil años el poder utilizarla en una máquina de vapor. Asimismo, la primera computadora ocupaba el espacio de un cuarto entero, la computadora de escritorio se logró en 35 años y el paso de la computadora personal a la portátil, se dio en solamente diez años.

La sociedad actual se ve inmersa en el uso de ciencia y tecnología de manera cotidiana, la mayoría de las veces ni cuenta se da, de los esfuerzos tan grandes que se han realizado para poder tener las comodidades de que gozamos, la mayoría de ellas, han sido años de investigación, acumulación y aplicación del conocimiento logrado fundamentalmente en el siglo XX, uno de estos logros, sin lugar a dudas es la cibernética.

³ Falcón, Enrique M., ¿Qué es la informática jurídica?, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992, p.120.

⁴ Téllez Valdés, Julio, op. cit., nota 277, p.3.

ETIMOLOGÍA

Si atendemos a la etimología de la palabra, el vocablo cibernética tiene su origen en la voz griega kybernetes, “piloto” y “kybernes”, concepto referido al arte de gobernar. Esta palabra alude a la función del cerebro con respecto a las máquinas.⁵

CONCEPTO

La Cibernética: “es la ciencia que estudia los sistemas de control y comunicación de los animales y de las máquinas.”⁶

5.1.2 INFORMÁTICA

CONCEPTO Y ANTECEDENTES

El vocablo “informática”, es un compuesto contrato o contracción, está formado por las palabras “información” y “automática.” El término fue creado en Francia aproximadamente en 1965 (INFORMATIQUE, de INFORmation autoMATIQUE), con el objeto de designar las ciencias y técnicas de la comunicación que intervienen en la recopilación y utilización de datos a fin de elaborar decisiones.⁷

Sin lugar a dudas, el utilizar conceptos tales como “cibernética” e “informática”, hoy en día resulta muy común, se usan de una manera indiscriminada y hasta como sinónimos, se les da un significado automático, pero al analizar tales conceptos, nos encontramos que la “informática” es producto de la “cibernética”, y es que la primera es resultado de la aplicación de la “cibernética” a los medios de información, ya que de los avances cibernéticos hoy en día surgen nuevas disciplinas que dominan el desarrollo industrial, así pues, la importancia de la “cibernética” adquiere un mayor valor, y

⁵ Ibidem, p.3.

⁶ Falcón, Enrique M., op. cit., nota 429, p.12.

⁷ Idem, p.11.

debe ser considerada como la base fundamental del desarrollo de las ciencias.

Como puede apreciarse, tanto la cibernética como la informática, en sus significados encierran las palabras “comunicación” e “información”, vocablos que por sí solos no nos dicen nada, hoy en día son tan comunes, que no cuestionamos su significado, ni sus alcances, pero, desde el punto de vista etimológico tenemos que la palabra “comunicación” proviene del latín “communicare” que significa “hacer común algo”; así como la palabra “información” tiene su origen en las palabras “in” y “formare”, que quiere decir “instruir hacia adentro”.

Ambas palabras y significados, cobran una gran importancia hoy en día, ya que dichas palabras se encuentran inmersas en lo que los autores del Derecho Informático, han considerado como pilares de esa disciplina, es decir, la sustentan, tanto en la cibernética como en la informática; pero, desde mi punto de vista, estas materias, merecen un análisis más profundo, ya que como se ha dicho, primero surge la cibernética, y posteriormente la informática, pero qué es lo que motiva a que surja esta última disciplina, se ha dicho, que “es la inquietud racional del hombre,”⁸ la creciente necesidad de información; dicho de esa manera, me parece como llegar al resultado sin haber realizado previamente la ecuación, me parece que falta un eslabón, ya que para pensar que la informática “es el conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información,”⁹ es necesario, apoyarnos en un referente obligado, casi pragmático como lo es la “teoría de la información”, misma que fue formulada por el ingeniero Claude E. Shannon y publicada en el Bell System Technical Journal en octubre de 1948, perteneciente a la Bell Telephone

⁸ Téllez Valdés, Julio, op. cit., nota 277, p. 3.

⁹ Idem, p.4.

Laboratories, esta teoría se refiere a las condiciones técnicas que permiten la transmisión de mensajes.

El trabajo del ingeniero en electrónica Claude E. Shannon, se titula "The Mathematical Theory of Communication", paralelamente el sociólogo Warren Weaver escribió un artículo en el que resaltaba las cualidades de esta teoría, mismo que fue publicado junto al texto de Shannon en julio de 1949, y lo tituló "Recent Contributions to the Mathematical Theory of Communication". Ambos artículos dieron forma a lo que hoy conocemos como: "The Mathematical Theory of Communication"¹⁰. Esta teoría da origen al estudio de transmisión de información entre máquinas; se sujeta al análisis casi exclusivo del medio conductor de la información, esta teoría es de gran importancia, ya que nos permite concebir la información de una forma independiente del contenido; es Claude E. Shannon quien se preocupó por la transmisión de la información a través de un sistema de comunicación como el teléfono, por lo que era necesario codificar la información.

Es aquí donde nace un nuevo término "binary digit" (dígito binario), o como hoy en día se conoce "bit", cuyo significado es la unidad de medida de información equivalente a la elección entre dos posibilidades igualmente probables (1 y 0).¹¹

Además. Claude E. Shannon, estableció que un sistema de comunicación consiste de cinco elementos:

1. Una fuente de información.
2. Un transmisor de información cuya función consiste en depositar la información proveniente de la fuente en un canal de comunicaciones.
3. Un canal de comunicaciones, a través del cual se hace llegar la información de la fuente al destino.

¹⁰ Leach, Edmund, Cultura y Comunicación, Editorial Siglo XXI, México, 1988, p. 27.

¹¹ Diccionario electrónico: <http://www.etsimo.uniovi.es/links/idiomas.html>. 10.abril.2006.

4. Un receptor que realiza las funciones inversas del transmisor, es decir, extrae la información del canal y la entrega al destinatario.
5. Un destinatario.

De lo aquí señalado, es importante destacar que en la misma época en que el ingeniero Shannon formuló su teoría de la información, apareció la “cibernética”, que como se ha dicho, sus precursores son los investigadores NORBERT WIENER y ARTURO ROSENBLUETH; con el conocimiento de ambas materias, nos damos cuenta que la cibernética estudia los sistemas hombre-máquina, imita los sistemas de comunicación nerviosa humana en la construcción de máquinas y medios; se busca con la cibernética, la creación de máquinas inteligentes, es decir, se buscan elementos comunes al funcionamiento de las máquinas y el sistema nervioso, desarrollándose una teoría que incluye el campo del control y la comunicación en las máquinas y los seres vivos. Como puede apreciarse la cibernética, es una ciencia que utiliza conceptos de la teoría de la información; gracias a los avances de la cibernética, hoy en día podemos contar con máquinas y medios cibernéticos, que emplean un sistema de control automático, es decir, hacen uso de “impulsos nerviosos” que responden a una orden o acción, un ejemplo claro de ello, son las computadoras.

5.1.3 LAS COMPUTADORAS

Las ayudas para calcular son tan antiguas como los números mismos, pues el hombre siempre ha tenido necesidad de extender sus capacidades intelectuales con el auxilio de diversas herramientas de trabajo. En este capítulo se intenta proporcionar un rápido recorrido histórico de los famosos dispositivos para calcular o registrar acontecimientos en la antigüedad .

HISTORIA DE LA COMPUTACIÓN¹²

Los números no han sido parte de nuestra cultura durante toda nuestra historia, pero su aparición indudablemente cambió la vida de nuestra especie para siempre. Si bien en un principio no importaba si había fuera de una caverna uno o diez tigres dientes de sable, poco tardó el hombre en descubrir la importancia de los números para determinar los ciclos de las cosechas y para llevar registros de acontecimientos importantes.

En 1960 se encontró a orillas del Lago Eduardo (en Zaire, África) un artefacto que luego se bautizó como hueso Ishango, y que ha sido considerado por muchos como el primer documento matemático de que se tiene noticia (De Heinzelin, 1962). Este hueso data de alrededor del año 6500 a.C. y contiene tres columnas de marcas que fueron hechas con 39 herramientas diferentes, lo que ha hecho pensar a los arqueólogos que se usó para llevar el registro de alguna actividad (Williams, 1985). Las marcas en dos de esas columnas suman 60, mientras que una de ellas contiene los números primos 11, 13, 17, 19, lo cual representa un ejercicio matemático sumamente avanzado para la época. Otra de las columnas parece ilustrar el método de duplicación que usarían los egipcios para multiplicar muchos años después.

Estudios recientes efectuados con microscopios han revelado la existencia de más marcas que parecen indicar que este hueso servía para llevar la cuenta de las fases de la luna a través de los meses, y con base en esa hipótesis se ha especulado que lo pudo haber tallado una mujer que quería llevar un registro de sus ciclos menstruales.

¹² Cfr. Coello Coello, Carlos A., Breve Historia de la Computación y sus Pioneros, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

Si el hueso Ishango realmente se usó para llevar el conteo de los ciclos lunares, entonces parecería ser que este tipo de sistema de registro de acontecimientos se originó desde el Paleolítico Superior, unos 30 000 años antes de Cristo.

Una tabla de arcilla proveniente de Senkereh, en Babilonia (hoy Irak), que data de alrededor del año 2000 a.C., contiene los cuadrados de los enteros del 1 al 24 y al parecer se usaba como una especie de tabla para multiplicar. Se cree que quien elaboró esta tabla pudo haber usado la primera computadora digital de la historia: el ábaco, que al parecer fue inventado en Babilonia unos 3000 años a.C. (Shurkin, 1996), aunque su uso más antiguo claramente documentado fue en China unos 500 años a.C. Los chinos, además, fueron los que le dieron al ábaco su forma moderna en el año 1200 de nuestra era, y luego lo distribuyeron a Corea (en 1400) y a Japón (en 1600). El ábaco no sólo fue un instrumento muy popular en la mayoría de las sociedades antiguas, incluyendo a los griegos (en el año 300 a.C.) y los aztecas (en el año 1000 de nuestra era), sino que ha sido la única computadora en resistir los embates del tiempo, pues todavía sigue en uso común entre los chinos y los japoneses.

Independientemente de la tradición, la popularidad del ábaco se debe a que quien logra manejarlo bien puede realizar sumas y restas con asombrosa rapidez. La demostración más célebre de este hecho fue la competencia que se efectuó el 12 de noviembre de 1946 en Tokio, en la que Kigoshi Matsuzaki (de la oficina de Correos de Japón) logró vencer con su soroban (el ábaco japonés), en cuatro de las cinco pruebas efectuadas, a la sumadora eléctrica más rápida de la época, operada por el experimentado soldado norteamericano Thomas Nathan Word (Shurkin, 1996; Hollingdale y Tootill, 1975).

Pero el hombre no sólo ha necesitado instrumentos para ayudarse a contar, sino también formas de registrar información (el segundo propósito primordial de las computadoras modernas).

Mientras que en Egipto se usaron papiros desde el año 600 a.C. (Williams, 1985), otras culturas no tenían a su alcance materiales adecuados para escribir y tuvieron que inventar ingeniosas formas de registrar sucesos. Tal vez la técnica más popular en lugares tan diversos como la India, Alemania y Canadá, aunque, a diferencia del ábaco, ha caído en desuso en la actualidad, excepto por algunas aplicaciones muy específicas ligadas sobre todo con asuntos religiosos (Williams, 1985). Indudablemente, el sistema de nudos más complejo y famoso de la historia fue el de los quipus, usado por los incas en los siglos XV y XVI (Kidwell y Ceruzzi, 1994). Los quipus (o nudos) de los incas se formaban alrededor de una cuerda principal, que era más larga que las demás que se le colgaban. En ese esquema, cada nudo representaba una unidad decimal, del 10 al 100. Algunos quipus tenían cuerdas de diferentes colores que representaban diversos conceptos y objetos; por ejemplo, el negro se refería a la guerra, el blanco a las alpacas y el amarillo al oro (Williams, 1985).

Los quipus podían registrar datos numéricos tales como la fecha en la que se efectuó algún suceso. Cada nudo representaba un número, y la cuerda se refería a algún objeto o acontecimiento. La aplicación principal de los quipus era llevar inventarios de las cosechas, las tropas, los impuestos, etc. Aunque algunos españoles como Garcilazo de la Vega llegaron a afirmar que los quipus se usaban también como instrumento de cálculo, hay evidencia que indica que los incas usaban el ábaco para calcular y que los quipus servían realmente sólo para registrar sucesos y cantidades importantes (Williams, 1985).

Hacia el año 1614, el matemático escocés John Napier publicó la obra *Rabdología*, donde refería su invento de un dispositivo – conocido con el mismo nombre que la obra- para auxiliarse en sus

multiplicaciones, e indudablemente lo usó para calcular la primera tabla de logaritmos, concepto que él mismo inventó (Williams, 1985). Inspirado por el trabajo de Napier, el clérigo inglés William Oughtred inventó en 1622 la que ha sido una de las computadoras analógicas más famosas de la historia: la regla de cálculo, la cual, luego de múltiples mejoras, se mantuvo en uso hasta hace unos cuantos años en prácticamente todo el mundo (Williams, 1985).

Al respecto, es importante hacer notar las diferencias entre una computadora digital y una analógica. Toda máquina que maneje números mediante el conteo de unidades discretas es considerada digital, y toda aquella que represente números mediante la medición de cantidades continuas se considera analógica.

Debe mencionarse, sin embargo, que un instrumento digital o analógico no tiene que ser necesariamente una computadora. Por ejemplo, un termómetro que representa la temperatura mediante la altura de una columna de mercurio es un dispositivo analógico, mientras que un reloj de cuarzo en el que el tiempo se cuenta en unidades discretas es un dispositivo digital.

EL MECANISMO DE ANTICÍTERA

Las computadoras analógicas tienen una historia larga y hasta un tanto misteriosa. Se sabe, por ejemplo, que se construyeron diferentes dispositivos analógicos en la antigüedad, sobre todo con fines astronómicos, y esto no debe resultar muy sorprendente pues es mucho más fácil construir un modelo analógico que simule el movimiento de los astros que derivar las ecuaciones que lo rigen.

Uno de los dispositivos analógicos más antiguos que se conocen es el astrolabio, cuyos orígenes parecen ubicarse en el siglo I a.C. en la famosa escuela de Alejandría, en Grecia. El astrolabio era un instrumento de múltiples usos que, entre otras cosas, permitía determinar la posición del Sol y las estrellas a cualquier hora del día,

permitía determinar la latitud de un lugar, el número de horas de luz entre el amanecer y el anochecer, y la duración del crepúsculo en cualquier época del año. Su uso fue muy popular entre los marinos de diversas épocas y algunas de sus variantes sobrevivieron hasta el siglo XX.

Por muchos años se pensó que los sistemas de engranes de cierta complejidad no se inventaron hasta mediados del siglo XVI, pero un peculiar incidente ocurrido a principios del siglo XX hizo que los historiadores cambiaran radicalmente su forma de pensar con respecto a la tecnología de que se disponía en los tiempos antes de Cristo (Price, 1959).¹³

LAS CALCULADORAS MECÁNICAS

Indudablemente, el despegue de la computación se dio con las primitivas calculadoras mecánicas desarrolladas desde el siglo XVI con la finalidad de automatizar las cuatro operaciones aritméticas básicas (suma, resta, multiplicación y división).

Aunque estas máquinas nos pueden parecer muy primitivas en nuestros días, requirieron grandes esfuerzos por parte de sus inventores en la época en que fueron creadas, sobre todo por las limitaciones en cuanto a materiales, técnicas constructivas y técnicas de cálculo que permitieran manejar acarreo y automatizar operaciones más complejas, como la multiplicación y la división.

Pero con todas sus limitaciones, estas calculadoras mecánicas fueron el primer paso importante hacia el desarrollo de las computadoras modernas, por lo que vale la pena hablar brevemente de las más importantes de que se tiene registro:

Aunque por varios años se creyó que Blaise Pascal fue el inventor de la primera sumadora mecánica que contaba con un mecanismo de acarreo, esa noción cambió cuando en 1957 el doctor

¹³ Ibidem. p. p. 21-25.

Franz Hammer, quien era entonces asistente del encargado de los documentos de Johannes Kepler, descubrió algunas cartas de Wilhelm Schickard dirigidas a Kepler que contenían descripciones de una máquina que Schickard había diseñado y construido en 1623 para automatizar completamente las sumas y las restas y parcialmente la multiplicación y la división.

En una carta fechada el 20 de septiembre de 1623, y en otra del 25 de febrero de 1624, Schickard le describe a Kepler una máquina mecánica, a la que él llama reloj de cálculo, que se basa en los huesos de Napier y en un mecanismo de sumas parciales (Augarten, 1984). Este dispositivo podía efectuar las cuatro operaciones aritméticas fundamentales con acarreo manejando números de hasta seis dígitos cada uno.¹⁴

Este artefacto se basa en el movimiento de seis ruedas dentadas que se engranaban en una rueda “mutilada”, la cual permitía, por cada vuelta completa, que la rueda a su derecha diera un décimo de vuelta. El dispositivo contaba con una campana que se activaba cuando se producían errores de desbordamiento (es decir, cuando el resultado era un número de más de seis dígitos).¹⁵

BLAISE PASCAL

En 1640 el gran matemático y filósofo francés Blaise Pascal produjo la segunda máquina de cálculo mecánica de que se tiene noticia, cuando contaba apenas con 19 años de edad.

Su motivación fue ayudar a su padre Etienne en sus labores como recaudador de impuestos, que le requerían efectuar un gran número de cálculos, Pascal contrató a un grupo de obreros locales para que la construyeran, pero como éstos estaban más acostumbrados a construir casas y equipo agrícola, no lograron

¹⁴ Ibidem, ps.28, 29.

¹⁵ Idem, p.29.

producir una máquina de muy buen acabado, lo que molesto sobremanera a Pascal.

Decidido a construir adecuadamente su máquina, Pascal se puso a estudiar mecánica, para lo cual experimentó con diferentes materiales y herramientas hasta que construyó una máquina que seguía fielmente su diseño. Esta máquina se terminó en 1642, y se le conoce como Pascalina.¹⁶

SAMUEL MORLAND

Morland inventó tres tipos diferentes de aparatos para calcular: una máquina para cálculos trigonométricos, una versión mecánica de los huesos de Napier y una sumadora mecánica.

GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ

Treinta años después de Pascal (en 1670), el genio alemán Gottfried Wilhelm Leibniz desarrolló un dispositivo conocido como la rueda de Leibniz, que consistía en un cilindro con nueve hendiduras cuyas longitudes se incrementaban paralelamente al eje del cilindro. Este dispositivo, que permaneció en uso durante más de 250 años después de su muerte, le permitió a Leibniz desarrollar una calculadora mecánica que podía efectuar las cuatro operaciones aritméticas fundamentales de forma totalmente automática.

RENÉ GRILLET

Construyó una máquina de cálculo, que “tenía 24 ruedas en la parte superior, cada una de las cuales constaba de varios círculos concéntricos, y la parte inferior contenía una serie de huesos de Napier grabados en cilindros. Aparentemente, la máquina era extremadamente sencilla y estaba pensada como un simple sustituto de la pluma y el papel para efectuar sumas y restas, y se duda

¹⁶ Ibidem, p.30.

incluso de que contara con un mecanismo de acarreo (Williams, 1985). Su única ventaja respecto a otros modelos contemporáneos era su capacidad de manejar números de hasta ocho dígitos en las sumas.

LAS TARJETAS PERFORADAS

Fue un invento adoptado originalmente para controlar procesos de producción en la industria de los telares, trayendo posteriormente importantes repercusiones en el desarrollo de la computación moderna.

Tras los cambios introducidos en la industria de la seda francesa por Basile Bouchon en 1725, se hizo posible automatizar parcialmente el hilado de patrones complejos. Su idea fue usar agujas pegadas a la punta de los hilos y luego pasar éstos a través de una cinta perforada, la cual podía entonces moverse para producir la siguiente línea del patrón de bordado. Poco después, otro maestro hilador, llamado Falcón, reemplazó la cinta por tarjetas perforadas, pero con ello surgió el inconveniente de que se requería una persona (normalmente un niño) para que pasara las tarjetas al telar de manera ordenada y en la posición correcta para evitar problemas (Ashurst, 1983).

Una vez comenzada la automatización de los telares, los industriales quisieron dejar de emplear a los niños que acomodaban las tarjetas. Jacques de Vaucanson, por ejemplo, propuso el uso de un cilindro con agujeros para controlar el movimiento del hilo en el telar, pero su invento fue ignorado hasta que Joseph Marie Jacquard lo descubrió en 1803 y decidió perfeccionarlo.

Jacquard diseñó un aditamento mediante el cual una tarjeta perforada controlaba el hilo correspondiente a un solo patrón de la seda. Las tarjetas se colgaban sobre un tambor rotatorio de cuatro lados que permitía que se procesaran automáticamente, sin

necesidad de intervención humana (Kidwell y Ceruzzi, 1994). Este invento hizo posible que un solo hilador pudiera producir telas con patrones muy complejos sin necesidad de un asistente.

Irónicamente, en un principio el invento fue visto con malos ojos, pues muchos de los artesanos de la época empezaron a ver sus empleos amenazados al darse cuenta de que con el telar de Jacquard cualquiera podría producir telas vistosas. Los ciudadanos de Lyon destruyeron los telares de Jacquard y hasta amenazaron de muerte al inventor, pero con el tiempo la nueva tecnología fue aceptada paulatinamente, y su inventor recibió una serie de honores.

Las tarjetas perforadas de Jacquard serían después utilizadas para procesar información en los diseños de Charles Babbage y en las máquinas de Herman Hollerith para contar la población.

Aunque ahora están en desuso en la computación, las tarjetas perforadas se seguían usando al menos hasta 1990 en la industria del tejido. Por ejemplo, la Pennsylvania Woven Carpet Hills contaba con 30 de los telares de Jacquard. Su uso principal era producir las alfombras para uso pesado que requieren en lugares públicos, como aeropuertos y casinos (Kidwell y Ceruzzi, 1994).¹⁷

CHARLES BABBAGE, PADRE DE LA COMPUTACIÓN MODERNA

La primera máquina que intentaba construir se le llamó “máquina diferencial” (difference engine) y en realidad, sólo era capaz de tabular polinomios, y necesitaba auxiliarse de papel y lápiz. Después de enfrentar problemas y cambios constantes en su proyecto original, Babbage empezó a trabajar en su siguiente proyecto, llamado “máquina analítica” (analytical engine), misma que tampoco se construyó, pero de haberse realizado, estaríamos hablando de la primera computadora de uso general.

¹⁷ Ibidem, p. p. 31-35

Su modelo fue refinado muchas veces, y a lo largo de este proceso Babbage tuvo muchas ideas visionarias sobre las computadoras. Tal vez la más importante haya sido la de usar una memoria (a la que llamó store o “almacen”), en donde se podrían acumular resultados parciales que se utilizarían posteriormente en el proceso de cálculo efectuado por la máquina. Además sugirió el uso de las tarjetas perforadas de Jacquard para introducir datos, y de una impresora para la salida de resultados.

Babbage también visualizó su máquina con un componente principal encargado de efectuar las operaciones aritméticas, al cual llamó “molino” (mill en inglés) en sus planos. El molino no es más que lo que hoy conocemos como la unidad central de proceso de una computadora. Pero a pesar de ser un gran visionario, Babbage no predijo correctamente varias cosas. Por ejemplo, no anticipó el uso del sistema binario, y su máquina operaba con números decimales (Wilkes, 1992).

Aunque anticipó el uso de microprogramación, también dejó huecos importantes en su trabajo y falló en inferir cuestiones que ahora nos parecen tan obvias como el uso de variables o incluso el concepto mismo de programa en el sentido en que lo entendemos hoy en día. De cualquier forma su trabajo tiene muchos detalles importantes y significativos para el desarrollo de la computación.¹⁸

PIONEROS DE LA INDUSTRIA DE LA COMPUTACIÓN

Como verdaderos pioneros de la industria de la computación, podemos nombrar a William Seward Burroughs, Herman Hollerith, quien es considerado el iniciador del procesamiento automatizado de información, John Von Neumann, Alan Mathison Turing, autor de la teoría de la computación, Konrad Zuse, John William Mauchly, John Presper Eckert, por nombrar a algunos de los más importantes, en

¹⁸ Ibidem, p.52.

realidad, considerar que el invento de la computadora se debe a una sola persona, sin lugar a dudas, es caer en un error, ya que ésta, es producto del esfuerzo de muchas personas. Se tiene conocimiento, que la primera computadora digital electrónica de operación automática del mundo, fue construida en la Universidad de Iowa, en el año de 1939, por el matemático y físico JOHN VINCENT ATANASOFF y por el estudiante graduado de física CLIFFOR EDWARD BERRY. Dicha computadora se desarrolló entre los años de 1937 a 1942, se le denominó “la computadora de Atanasoff-Berry”, o simplemente ABC (Atanasoff-Berry Computer).

En 1946, el Dr. John W. Mauchly y John Presper Eckert, desarrollaron una computadora electrónica completamente operacional a gran escala y se le llamó ENIAC (Electronic Numerical Integrator And Computer), fue construida para aplicaciones de la Segunda Guerra Mundial, se terminó de construir en 30 meses, pesaba 30 toneladas y ocupaba un espacio de 450 metros cuadrados, llenaba un cuarto de 6 metros por doce metros y contenía 18 000 bulbos, se programaba manualmente y se conectaba a 3 tableros que contenían más de 6000 interruptores.

La primera computadora en usar el concepto de programa almacenado, que permitía la lectura de un programa dentro de la memoria de la computadora y la ejecución de las instrucciones del mismo sin tener que volverlas a escribir, se llamó EDVAC (Electronic Discrete-Variable Automatic Computer), fue desarrollada por John Von Neuman, Eckert y Mauchly.

GENERACIONES DE LA COMPUTADORA

PRIMERA GENERACIÓN: (DE 1951-1958)

BULBOS. Las computadoras de la primera generación emplearon bulbos para procesar información, los operadores ingresaban los datos y programas en códigos por medio de tarjetas perforadas, el

almacenamiento interno se lograba con un tambor que giraba rápidamente, sobre el cual un dispositivo de lectura-escritura colocaba marcas magnéticas.

Esas computadoras de bulbos eran mucho más grandes y generaban más calor que los modelos contemporáneos. J. William Mauchly y John Presper Eckert, contribuyeron al desarrollo de la primera generación de computadoras, construyendo la UNIVAC I (Universal Automatic Computer).

SEGUNDA GENERACIÓN: (DE 1959-1964)

TRANSISTOR. El invento del transistor hizo posible una nueva generación de computadoras, más rápidas, más pequeñas y con menos necesidades de ventilación, sin embargo, el costo seguía siendo alto. Las computadoras de la segunda generación también utilizaban redes de núcleos magnéticos en lugar de tambores giratorios para el almacenamiento primario. Estos núcleos contenían pequeños anillos de material magnético, enlazados entre sí, con los cuales podrían almacenarse datos e instrucciones. Mejoraron los programas de computadora, en esta generación podían transferirse los programas escritos de una computadora a otra con un mínimo esfuerzo, se empezaban a usar para actividades generales, como en sistemas de reservación de boletos y control de tráfico aéreo, las empresas empezaron a hacer uso de la computadora, para almacenamiento de información, inventarios, nominas.

TERCERA GENERACIÓN: (DE 1964-1971)

CIRCUITOS INTEGRADOS. Las computadoras de la tercera generación surgieron con el desarrollo de los circuitos integrados (pastillas de silicio) en las cuales se colocan miles de componentes electrónicos, en una integración en miniatura. Las computadoras nuevamente se redujeron y se hicieron más rápidas, desprendían

mucho menos calor y eran mucho más efectivas. Los circuitos integrados permitieron a los fabricantes de computadoras incrementar la flexibilidad de los programas y estandarizar los modelos.

CUARTA GENERACIÓN:(1971 A LA FECHA)

MICROPROCESADOR CHIP DE MEMORIA. Dos mejoras en la tecnología de las computadoras marcan el inicio de la cuarta generación, el reemplazo de las memorias con núcleos magnéticos, por las de chips de silicio y la colocación de muchos componentes en un chip (producto de la microminiaturización de los circuitos electrónicos). El tamaño reducido del procesador de chips hizo posible la creación de las computadoras personales (PC).

PANORAMA GENERAL DEL SISTEMA DE LA COMPUTADORA

Las computadoras hoy en día, vienen en todas las formas y tamaños, desde la computadora personal, pasando por aquellas que trabajan integradas a otros aparatos, hasta las enormes máquinas usadas en la industria.

Un sistema de cómputo consta de cuatro partes:

1. HARDWARE, también conocido simplemente como la computadora.
2. SOFTWARE, también conocido como los programas.
3. DATOS, los cuales son convertidos en información por el sistema.
4. PERSONAS, también conocidas como usuarios.

El término hardware se refiere a cualquier parte de la computadora que se pueda tocar. El hardware consiste en dispositivos electrónicos interconectados que se pueden usar para controlar la operación, así como la entrada y salida de la computadora.

El término software se refiere al conjunto de instrucciones electrónicas que dicen al hardware qué debe hacer. Estos conjuntos de instrucciones también se conocen como programas y cada uno tiene un propósito específico.

Los datos se refieren a los elementos crudos que la computadora puede manipular. Los datos pueden consistir en letras, números, sonidos o imágenes. Pero no importa qué clase de datos sean introducidos en una computadora, ésta los convierte a números. En consecuencia, los datos computarizados son digitales, lo que significa que han sido reducidos a dígitos o números. Dentro de la computadora, los datos son organizados en archivos.

Un archivo de computadora tan sólo es un conjunto de datos o instrucciones de programa al que se le da un nombre. Un archivo que contiene datos que el usuario puede abrir y usar a menudo se llama documento. Aunque muchas personas piensan que los documentos sólo son un texto, un documento de computadora puede ser un archivo de texto (como una carta), un grupo de números (como un presupuesto) o un fragmento de video (que incluye imágenes y sonido). Los programas también se organizan en archivos, pero debido a que los programas no se consideran datos, no son archivos de documentos.

La última parte del sistema de una computadora es la persona que la utiliza.

COMPONENTES DEL HARDWARE

La computadora en sí, el hardware, tiene muchas partes, pero cada pieza cae en una de las siguientes cuatro categorías:

1. PROCESADOR.
2. MEMORIA.
3. DISPOSITIVOS DE ENTRADA Y SALIDA.
4. DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO.

EL PROCESADOR

El procedimiento que transforma los datos crudos en información útil se llama procesamiento. Para realizar esta transformación, la computadora usa dos componentes: el procesador y la memoria.

El procesador es como el cerebro de la computadora; es la parte que organiza y lleva a cabo las instrucciones que vienen ya sea del usuario o del software. En una computadora personal, el procesador por lo general consiste de uno o más microprocesadores, los cuales son piezas pequeñas de silicio y otro material grabadas con muchos circuitos electrónicos diminutos. El microprocesador está conectado a una tarjeta de circuitos, tablero rectangular rígido que contiene los circuitos que conectan al procesador con el resto del hardware. La tarjeta de circuitos a la que está conectada el microprocesador se llama tarjeta madre.

En algunas computadoras potentes, el procesador consiste de muchos chips y de las tarjetas de circuitos a las que están conectados. El término unidad central de procesamiento (central processing unit:CPU) se refiere al hardware de procesamiento de la computadora, ya sea que conste de un solo chip o de varias tarjetas de circuitos. Este "órgano vital" ocupa un espacio sorprendentemente pequeño en una PC.

MEMORIA

La memoria es la libreta electrónica de apuntes de la computadora. Los programas se cargan y se corren desde la memoria. Los datos usados por el programa también se cargan en la memoria para un acceso rápido. Del mismo modo, conforme se introducen datos nuevos en la computadora, éstos se almacenan en

la memoria, pero sólo en forma temporal. El tipo más común de memoria se le llama memoria de acceso aleatorio, o RAM (Random Access Memory). Como resultado, el término “memoria” se usa por lo común para referirse a la RAM.

Quizá lo más importante que se debe recordar con respecto a la RAM es que es volátil, así que necesita un suministro constante de energía. Cuando se apaga una computadora, todo lo que está en la RAM desaparece, es por ello que debe grabar con frecuencia en un dispositivo de almacenamiento todo aquello en lo que está trabajando.

Uno de los factores más importantes que afectan la velocidad y la potencia de una computadora es la cantidad de RAM que tiene. En general, entre más RAM tiene una computadora es más lo que puede hacer. La unidad de medición más común para describir la memoria de una computadora es el byte: la cantidad de memoria que se requiere para almacenar un solo carácter. Cuando las personas hablan de memoria, los números a menudo son tan grandes que es útil usar un término abreviado para describir los valores:

Kilobyte (KB): aproximadamente 1000 bytes.

Megabyte (MB): aproximadamente 1 000 000 bytes.

Gigabyte (GB): aproximadamente 1 000 000 000 bytes.

Las computadoras personales de la actualidad tienen por lo común de 16 a 128 millones de bytes de memoria (o 16 a 128 MB), aunque sistemas más actuales rara vez tienen menos de 32 MB. Cada vez más, las generaciones más recientes de sistemas operativos y software requieren cantidades cada vez mayores de RAM para operar con eficiencia. Por consiguiente, como regla empírica, entre más RAM tiene una computadora, es mejor: Nótese, también, que por regla general es posible aumentar la cantidad de RAM a una computadora estándar; así, algunos sistemas de los más actuales pueden ser aumentados hasta casi 1GB de RAM.

DISPOSITIVOS DE ENTRADA Y SALIDA

Las computadoras serían inútiles si no proporcionaran un medio para interactuar con los usuarios. No podrían recibir instrucciones ni entregar los resultados de su trabajo. Los dispositivos de entrada aceptan datos e instrucciones del usuario; los dispositivos de salida devuelven los datos procesados al usuario. El término genérico dispositivo se refiere a cualquier pieza de hardware.

El dispositivo de entrada más común es el teclado, el cual acepta letras, números y comandos del usuario. Además, las personas a menudo usan un ratón, el cual les permite dibujar en la pantalla y dar comandos moviendo el ratón sobre una superficie plana y oprimiendo sus botones. Algunos otros dispositivos de entrada son los trackballs, la palanca de juegos (o joystick), los escáners, las cámaras digitales y los micrófonos.

El ratón y la trackball permiten dibujar o señalar en la pantalla. La palanca de juegos es adecuada en especial para jugar juegos de video de movimientos rápidos. Un escáner puede copiar una página impresa en la memoria de la computadora. Del mismo modo, conectar un micrófono o un reproductor de discos compactos a la computadora le permite agregar a ésta el sonido de una voz o una pieza musical.

La función de un dispositivo de salida es presentar datos procesados al usuario. Los dispositivos de salida más comunes son la pantalla de visualización, conocida como monitor, y la impresora. La computadora envía salida al monitor cuando el usuario sólo necesita ver la salida. Envía salida a la impresora cuando el usuario necesita una copia en papel, también llamada "copia impresa". Además, de igual manera que las computadoras pueden aceptar sonido como entrada, pueden incluir altavoces estereofónicas como dispositivos de salida para producir sonido.

Algunos tipos de hardware pueden actuar tanto como dispositivos de entrada como de salida. Un ejemplo es la pantalla sensible al tacto, un tipo de monitor que muestra texto o iconos que pueden tocarse.

Las pantallas sensibles al tacto son populares en bibliotecas, librerías y tiendas de música debido a que permiten a los usuarios localizar con rapidez un artículo sin vagar entre los pasillos o buscar en catálogos, cuando se toca la pantalla, sensores especiales detectan el contacto, entonces la computadora calcula el punto en la pantalla donde el usuario colocó su dedo. Dependiendo de la ubicación del contacto, la computadora responde mostrando nuevos datos.

Sin embargo, los tipos más comunes de dispositivos que pueden ser de entrada y salida son los dispositivos de comunicación, los cuales conectan una computadora con otra, procesos conocidos como conectividad en redes. Entre las muchas clases de dispositivos de comunicación, los más comunes son los módems, los cuales permiten a las computadoras comunicarse a través de líneas telefónicas, y las tarjetas de interfaz de red (network interface cards; NIC), las cuales permiten a los usuarios conectar un grupo de computadoras para compartir datos y dispositivos.

ALMACENAMIENTO

Es posible que una computadora funcione sólo con dispositivos de procesamiento, memoria, entrada y salida. Para ser realmente útil, sin embargo, también necesita un lugar para almacenar archivos de programas y datos relacionados cuando no se están usando. El propósito del almacenamiento es guardar datos.

Piense en el almacenamiento como un archivero electrónico y en la RAM como una mesa de trabajo electrónica. Cuando necesite trabajar con un programa o con un conjunto de datos, la computadora

los localiza en el archivero y pone una copia en la mesa. Después de que se ha terminado de trabajar con el programa o los datos, pone la nueva versión en el archivero. Existen tres diferencias importantes en el almacenamiento y memoria:

1. Hay más lugar en el almacenamiento que en la memoria, como hay más lugar en un archivero que en una mesa.
2. Los contenidos son conservados en el almacenamiento cuando la computadora se apaga, mientras que los programas o los datos que se ponen en la memoria desaparecen cuando se apaga la computadora.
3. El almacenamiento es mucho más barato que la memoria.

DISPOSITIVOS COMUNES DE ALMACENAMIENTO

El medio del almacenamiento más común es el disco magnético. Un disco es un objeto plano redondo que gira alrededor de su centro. Las cabezas de lectura/escritura, parecidas a las cabezas de una grabadora de cintas o de una videograbadora, flotan arriba y abajo del disco cerca de su superficie.

El dispositivo que contiene a un disco se llama unidad de disco. Algunos discos están contruidos dentro de la unidad y no están hechos para ser removidos; en otras clases de unidades los discos se pueden remover y reemplazar. La mayor parte de las computadoras personales tienen un disco duro no removible. Además, por lo general hay una o dos unidades de disco, las cuales permiten al usuario utilizar disquetes removibles. Generalmente, un disco duro puede almacenar mucho más datos que los que puede almacenar un disquete, así que el disco duro sirve como el archivero principal de la computadora.

Los discos se usan para cargar programas o datos nuevos en el disco duro, intercambiar datos con otros usuarios y hacer copias de respaldo de los datos en el disco duro.

Como medida de precaución los discos flexibles se guardan dentro de una cubierta de plástico o vinilo para protegerlos de las huellas digitales y del polvo.

Los primeros discos usados por lo común a fines de la década de los setenta, eran discos de 8 pulgadas (tenían 8 pulgadas de diámetro).

La cubierta de vinilo de los primeros discos, presentaba la desventaja de ser demasiado delgada, convirtiéndolo en un elemento frágil, o muy flexible, como resultado, se dio en llamarlos discos flexibles.

Después aparecieron los discos de 5 $\frac{1}{4}$ pulgadas de uso extendido en las primeras PC. Por último, apareció el disco de 3 $\frac{1}{2}$ pulgadas con su cubierta de plástico duro.

OTROS DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO

Otros tipos de dispositivos de almacenamiento incluyen unidades de CD ROM, unidades de cinta, unidades ópticas, unidades de disco duro removible y muchos otros.

La unidad de CD-ROM es el tipo más común después de las unidades de disco duro y de disco flexible, los discos compactos (compact disk;CD) son un tipo de dispositivo de almacenamiento óptico, idéntico a los CD de audio, que pueden almacenar alrededor de 650 MB, más o menos 450 veces más información que un disco flexible.

El tipo usado en las computadoras se llama disco compacto de memoria de sólo lectura (Compact Disk Read-Only Memory: CD.ROM). El nombre implica que no se puede cambiar la información en el disco, del mismo modo que no se puede grabar sobre un CD de audio.

Una tecnología de almacenamiento de datos que están surgiendo es el disco digital versátil (Digital Versatile Disk; DVD), el

cual promete revolucionar el entretenimiento en el hogar. Usando nuevas tecnologías de compresión, un solo DVD (que es del mismo tamaño que un disco compacto estándar) puede almacenar una película entera de largometraje.

Los discos DVD requieren un reproductor especial; sin embargo, los reproductores nuevos por lo general pueden reproducir discos de sonido, de datos y DVD, por lo que el usuario ya no debe comprar reproductores diferentes para cada tipo de disco.

EL SOFTWARE

El ingrediente que permite a una computadora realizar una tarea determinada es el software, el cual consiste en instrucciones electrónicas. Se llama programa al conjunto específico de instrucciones que dirigen a una computadora para realizar una tarea específica. Cuando una computadora usa un programa particular, se dice que está corriendo o ejecutando ese programa. Debido a que los programas le dicen a los componentes físicos de la máquina qué hacer, sin ellos una computadora no podría hacer nada; sólo sería una caja de metal y plástico.

Aunque la serie de programas disponibles es vasta y variada, la mayor parte del software cae en dos categorías principales: software de sistema y software de aplicación. Un tipo importante de software de sistema, llamado software de sistema operativo, le dice a la computadora cómo realizar tareas específicas para el usuario, como procesamiento de palabras o dibujo, en tanto que el software de aplicación, sirve para hacer cualquier tarea imaginable, auxilia desde la búsqueda de una palabra, hasta solucionar problemas de tipo técnico.

SISTEMAS OPERATIVOS

Cuando se enciende una computadora, ésta pasa por varios pasos antes de poder ser usada. El primer paso es la autocomprobación. La computadora identifica los dispositivos conectados a ella, identifica la cantidad de memoria disponible y también comprueba rápidamente si la memoria está funcionando en forma apropiada. Esta rutina es iniciada por una parte del software de sistema localizado en la memoria de sólo lectura (read-only memory: ROM), un chip que contiene breves instrucciones permanentes para lograr que la computadora comience a operar.

A continuación, la computadora busca un sistema operativo en la unidad de disquete y luego en la unidad de disco duro. El sistema operativo le dice a la computadora cómo interactuar con el usuario y cómo usar dispositivos como las unidades de disco, el teclado y el monitor. Cuando encuentra el sistema operativo, la computadora lo carga en la memoria. Debido a que el sistema operativo es necesario para controlar las funciones básicas de la computadora, éste continúa corriendo mientras la computadora esté encendida.

Después de que la computadora encuentra y corre el sistema operativo, está lista para aceptar comandos de un dispositivo de entrada, por lo general el teclado o un ratón. En este punto el usuario puede emitir comandos a la computadora. Un comando podría, por ejemplo, enlistar los programas almacenados en el disco de la computadora o hacer que la computadora corra uno de esos programas.

SOFTWARE DE APLICACIÓN

El sistema operativo existe de manera predominante para beneficio de la computadora. Se requieren otros programas para hacer que la computadora sea útil para las personas. Los programas que ayudan a la gente a realizar tareas específicas se denominan

software de aplicación. Se ha desarrollado software de aplicación para hacer casi cualquier tarea imaginable, desde procesamiento de palabras hasta seleccionar una universidad para inscribirse a ella.¹⁹

APLICACIONES DE LA COMPUTADORA

El desarrollo de la computación y la telecomunicación han transformado a casi toda la sociedad humana, pues de ser el principio sólo útil para la comunidad científica y para la gestión económica y administrativa, se ha convertido en una herramienta esencial para el desarrollo de diversas áreas de nuestra vida.

Como se ha podido ver, existe una gran diferencia entre las computadoras de hace 50 años y las actuales, hoy se están volviendo más pequeñas y más rápidas, además de tener aplicación tanto en el hogar como en la industria, en el diagnóstico de enfermedades, asistentes quirúrgicos robotizados, en áreas de la educación, comunicación, diseño industrial, automotriz, localización vía satélite, industria cinematográfica, etc., y de acuerdo al desarrollo y tendencia de la tecnología, las nuevas computadoras y software, son de tal uso y eficacia que difícilmente se puede imaginar a una sociedad moderna sin el uso de estas herramientas en el desarrollo de una sociedad de la información.

5.2 INTERNET Y COMERCIO ELECTRÓNICO

El internet y el comercio electrónico, son una realidad social, son el producto de la interacción que realizan los miembros de la sociedad, a través de los medios de comunicación con que hoy en día se cuenta; son el producto de la evolución de los sistemas electrónicos, ya que éstos contribuyen a aumentar la competitividad y eficacia del trabajo de los entes públicos, empresas y personas físicas que hacen uso de ellos, son en consecuencia un fenómeno

¹⁹ Norton, Peter, Introducción a la computación, 3ª edición, Mc Graw Hill, México, 2004, ps.13-23.

social, científico y económico, que plantea, no sólo avances y eficiencia, sino también problemas legales, que hoy en día resultan difíciles de solucionar, sin una legislación adecuada a los problemas que éstos modernos medios de comunicación nos plantean.

Para su estudio y análisis, existe la necesidad de hacerlo por separado, no obstante que el comercio electrónico subsiste en la llamada red de redes como lo es el internet.

5.2.1 INTERNET

ANTECEDENTES E HISTORIA

La “Revolución Electrónica” que hoy en día vivimos, ha transformado de manera acelerada el mundo moderno que hoy conocemos, ha provocado cambios, tanto en la vida del hombre, como de sus entornos sociales, culturales, científicos y económicos, esto debido a lo que hoy se conoce como el “internet”, si en efecto, desde su computadora se puede enlazar con otra computadora, sin importar la distancia a la que ésta se encuentre, siempre y cuando, ésta cuente con acceso a internet, el cual nos ayudará a intercambiar ideas, datos, textos, archivos, programas, etc., o simplemente nos pondrá en contacto con otras personas, con las cuales podremos mantener un diálogo a través de la computadora.

Pero, ¿qué es internet?, el INTERNET: “es un conjunto de servidores de archivos distribuidos en todo el mundo e interconectados mediante un sistema maestro de redes de cómputo.”²⁰

Al respecto, se ha dicho que el internet, es un conjunto de redes de información enlazadas entre sí, que permite el intercambio de datos de cualquier tipo, por casi todos los países del mundo; razón por la que se le conoce también como la “telaraña mundial de comunicación.” (red de alcance mundial)

²⁰ Rojas Amendi, Víctor M., El uso de internet en el derecho, 2ª Edición, Oxford, México, 2001, p.1.

Como puede apreciarse, el internet hoy en día tiene múltiples y variados usos, más sin embargo, no siempre fue así, por lo que, para apreciar de manera más clara el significado y evolución del internet, es necesario remontarnos a su origen:

En el año de 1969, el Departamento de Defensa Norteamericano, desarrolló la tecnología en la cual basa su funcionamiento el internet, esta tecnología fue ideada con fines militares, a través de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (Advanced Research Projects Agency: ARPA), su objetivo fue crear una gran red de computadoras con múltiples rutas que pudieran sobrevivir a un ataque nuclear o a otro desastre, sin embargo, también era usada por ingenieros y científicos, para intercambiar mensajes y datos que no estaban contemplados originalmente por el Departamento de Defensa Norteamericano.

ARPANET inició su proyecto, con pocas computadoras. En 1973, la red saltó el Océano Atlántico hasta Noruega e Inglaterra, y no ha dejado de crecer. A mediados de los 80, otra agencia federal, la Fundación Nacional para la Ciencia (National Science Foundation: NSF), tomó parte después que el Departamento de Defensa abandonó el financiamiento de internet, La NSF estableció cinco centros de “supercómputo” disponibles a cualquier persona que deseara utilizarlos para propósitos de investigación académica. La NSF esperaba que la gente que utilizaba sus supercomputadoras accediera a través de ARPANET, pero rápidamente descubrió que la red existente no podría manejar la carga. En respuesta, creó una nueva red de mayor capacidad llamada NSFnet con el fin de complementar a la vieja, y para entonces sobrecargada, ARPANET.

El enlace entre ARPANET, NSFnet y otras redes se llamó INTERNET. (El proceso de conectar redes separadas se conoce en inglés como internetworking, y a un grupo de “redes interconectadas”

se le conoce en inglés como internetworked. De aquí obtuvo su nombre Internet, una red de redes mundial.)

NSFnet hizo que las conexiones Internet estuvieran ampliamente disponibles para investigación académica, pero no permitió a los usuarios conducir negocios privados a través del sistema. Por consiguiente, varias compañías privadas de telecomunicaciones construyeron sus propias columnas vertebrales de red, con el mismo conjunto de protocolos de red que NSFnet. Al igual que el tronco de un árbol o la columna vertebral de un ser humano, una columna vertebral de red es la estructura central que conecta otros elementos de red. Estas porciones privadas de Internet no se vieron limitadas por las restricciones de “uso apropiado” de NSFnet, así que fue posible utilizar Internet para distribuir información personal y de negocios.

Las interconexiones, conocidas como compuertas (gateways), entre NSFnet y las columnas vertebrales privadas permitieron que un usuario en cualquiera de ellas intercambiara datos con todas las demás. Otras compuertas se crearon entre Internet y otras redes, grandes y pequeñas, incluyendo algunas que utilizaron protocolos de red completamente diferentes.

La red ARPANET original se desconectó en 1990, y el financiamiento del gobierno para NSFnet se discontinuó en 1995, pero los servicios comerciales de columna vertebral de Internet rápidamente los reemplazaron.

A principios de los 90, el interés en Internet comenzó a expandirse considerablemente. El sistema que había sido creado como una herramienta para sobrevivir a una guerra nuclear encontró sus caminos hacia los negocios y los hogares. Ahora, los anuncios en línea para nuevas películas son tan comunes como las colaboraciones sobre la investigación en física de partículas.

Hoy día, Internet conecta miles de redes y millones de usuarios alrededor del mundo, es una comunidad cooperativa enorme sin una propiedad central.

5.2.2 TCP/IP: EL LENGUAJE UNIVERSAL DEL INTERNET

Internet funciona debido a que cada computadora conectada a ella utiliza el mismo conjunto de reglas y procedimientos (conocidos como protocolos) para controlar la sincronización y el formato de los datos. Al conjunto de comandos y a las especificaciones de sincronización utilizados por Internet se le llama Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo Internet, abreviado universalmente como TCP/IP.

Los protocolos TCP/IP incluyen las especificaciones que identifican a las computadoras individuales e intercambian datos entre computadoras. También incluyen reglas para varias categorías de programas de aplicación, de tal manera que los programas que se ejecutan en diferentes tipos de computadoras pueden comunicarse unos con otros.

El software TCP/IP parece distinto en los diferentes tipos de computadoras, pero siempre presenta la misma apariencia a la red. Por tanto, no importa si el sistema en el otro extremo de una conexión es una supercomputadora que ocupa una habitación, un dispositivo personal de comunicaciones de bolsillo o cualquier cosa entre ambos; mientras reconozca los protocolos TCP/IP, puede enviar y recibir datos a través de Internet.

UNA RED DE REDES: COLUMNAS VERTEBRALES Y COMPUERTAS

La mayoría de las computadoras no están conectadas a Internet directamente, sino que se conectan a redes más pequeñas, las cuales a su vez se conectan a la columna vertebral de Internet a través de

compuertas. Por esta razón, en ocasiones se describe a Internet como “una red de redes”.

El núcleo de Internet es el conjunto de conexiones de columnas vertebrales que conecta a las redes en conjunto y el esquema de enrutamiento que controla la forma en que cada pieza de información encuentra su destino. En la mayor parte de los diagramas de conectividad en red, la columna vertebral de Internet se retrata como una gran nube debido a que los detalles de enrutamiento son menos importantes que el hecho de que los datos pasan a través del Internet entre el origen y el destino.

DIRECCIONES IP Y DNS

La actividad de Internet puede definirse como la de computadoras que se comunican con otras computadoras mediante el uso de TCP/IP. La computadora que origina una transacción debe identificar con una dirección única, el destino al que se dirige.

Cada computadora en Internet tiene una dirección numérica que consta de cuatro partes, llamada dirección de protocolo Internet o dirección IP, la cual contiene información de enrutamiento que identifica su ubicación. Cada una de las cuatro partes es un número entre 0 y 255, de esta manera, una dirección IP es semejante a lo siguiente: 205.46.117.104

Las computadoras no tienen problema al trabajar con grandes cadenas de números, pero los humanos no poseemos esta habilidad, por esta razón, la mayoría de las computadoras en Internet (excepto aquellas que se utilizan únicamente para conmutación y enrutamiento interno) también tienen una dirección llamada dirección de Sistema de Nombres de Dominio (Domain Name Systems: DNS), la cual emplea palabras en vez de números.

Las direcciones DNS constan de dos partes: un nombre individual, seguido por un dominio (un nombre para una computadora conectada a Internet), por ejemplo:

DOMINIO	TIPO DE ORGANIZACIÓN
.com	negocios (comercial)
.edu	educativa
.gov	gubernamental
.mil	militar
.net	compuerta o anfitrión
.org	otras organizaciones

En los Estados Unidos de Norteamérica las últimas tres letras del dominio por lo general indican a qué tipo de institución pertenece la computadora.

Algunas instituciones y corporaciones grandes dividen sus direcciones de dominio en subdominios más pequeños. Por ejemplo, un negocio con muchas sucursales puede tener un subdominio para cada oficina: boston.widgets.com y newyork.widgets.com.

Fuera de Estados Unidos (aunque muchas instituciones y negocios estadounidenses están comenzando a utilizar el mismo esquema de direcciones), los dominios por lo general identifican al país en el cual se localiza el sistema; por ejemplo, “.ca” se refiere a Canadá y “.mx”, a México. En ocasiones, una dirección de dominio geográfico también incluye un subdominio que identifica la región dentro del dominio más grande. Por ejemplo, Mindlink es un proveedor comercial de Internet con sede en la provincia canadiense de Columbia Británica (British Columbia). Su dirección DNS es mindlink.bc.ca. Algunas instituciones estadounidenses como colegios y escuelas primarias utilizan el mismo esquema de direcciones expandido. Por ejemplo, algunos colegios comunitarios incluyen cc en su dirección DNS, mientras que determinadas escuelas incluyen K12 en sus direcciones.

Las direcciones DNS y las direcciones IP numéricas identifican a las computadoras individuales, pero una computadora puede estar al servicio de muchos usuarios independientes, cada uno de los cuales debe tener una cuenta en esa computadora. Un usuario puede dar de alta una cuenta semejante al especificar un nombre de usuario único.

Algunos de los dominios más grandes, como el de American Online (aol.com) pueden tener más de un millón de nombres de usuarios distintos. El formato estándar es el nombre de usuario, separado de la dirección DNS por un símbolo @ (arroba) que significa “en”. Por ejemplo, la dirección de correo electrónico de John Smith puede ser:

jsmith@widgets.com

Esta dirección se leería “John Smith en widgets punto com”.²¹

“La estructura de internet se caracteriza por su organización no jerárquica. Esto se debe a que todas las computadoras y los sistemas de redes enlazadas a Internet poseen exactamente la misma capacidad de acceso a la información y demás servicios que se ofrecen. Aunado a lo anterior, y debido a que la información que se introduce en el sistema no se deposita en una computadora o una red determinada, sino que se transmite de una computadora a otra, tampoco es posible poner el sistema fuera de servicio. En caso de que una parte se “caiga”, siempre resulta posible obtener información pérdida por otro camino.

Otra característica propia del Internet es el sistema de autorregulación. Internet no cuenta con un órgano de control que regule su funcionamiento.”²²

Por el servicio de Internet, se pueden realizar múltiples actividades, tales como:

- a) Enviar y recibir correos electrónicos.

²¹ Norton, Peter, op. cit., nota 445, p. p. 292-295.

²² Rojas Amendi, Víctor M., op. cit., nota 446, p.4.

- b) Consultar boletines electrónicos, con diversos temas de interés, tales como: Los relacionados con la computación, ciencia y tecnología, sociales y culturales, pasatiempo, arte, deportes, etcétera.
- c) Acceso remoto de telnet a computadoras distantes.
- d) Transferir archivos y programas de un lugar a otro, todo tipo de información está disponible a través de internet (gopher).
- e) Comunicación con otros usuarios en tiempo real (Internet Relay Chat).
- f) Adquirir bienes y servicios ofertados en sitios de la red.
- g) Entrega en línea de información digital, transferencia electrónica de fondos, actividad bursátil.

5.2.3 EL INTERNET EN MÉXICO

“Los orígenes de Internet en México se remontan a 1987. En 1992 se crea MEXNET, A.C. una organización de instituciones académicas que buscan en ese momento: promover el desarrollo de Internet Mexicano, establecer un Backbone Nacional, crear y difundir una cultura de redes y aplicaciones en relación al Internet y contar con conexiones a nivel mundial.”²³

Logros: Se diseñó y operó el primer Backbone Nacional de 64 kbps en asociación con RTN, ahora de 2 mbps. Se alcanzó el liderato en experimentación de nuevas tecnologías, y se cuenta con dos salidas internacionales.

WWW en México, orígenes²⁴:

A principios de 1994, se da la iniciativa de Mexnet para desarrollar servicios en la red.

El ITESM inicia un home page experimental.

La UDLA desarrolla su Mosaic.

²³ Téllez Valdés, Julio, op. cit., nota 277, p. 84.

²⁴ Información tomada de: <http://www.isocmex.org.mx/historia.html>. abril, 20 de 2005.

La UDG presenta su Mosaic y desarrolla una sección sobre arte y cultura mexicana.

1994 Situación de la Red Nacional:

Bajo el dominio mx estaban declaradas 44 instituciones académicas, cinco empresas en com.mx y una institución en gob.mx.

Se habían asignado 150 direcciones IP en México de las cuales 50 eran clase B y 100 clase C.

Para ese año existían ya nueve enlaces internacionales: dos del ITESM, dos de RTN, dos de Red UNAM, uno de CEtyS, uno de I.T. y uno de UABC.

En 1995 se tenía la posición 31 en base al número de hosts registrados y todavía se tiene el segundo lugar de Latinoamérica después de Brasil.

Para diciembre de 1996 los dominios .mx eran 2,838 y el 80% de ellos eran dominios comerciales.

El crecimiento acelerado en el número de dominio hace necesario un mantenimiento de Bases de Datos actualizadas y en línea para la operación diaria del Internet en México, por lo que NIC-México evoluciona y en Enero de 1997 empieza a funcionar la base de datos WHOIS para el dominio .mx.

En este mismo año se realiza la primera Reunión de Información y Retroalimentación de NIC-México en la búsqueda de informar a clientes de los últimos acontecimientos en Internet y obtener retroalimentación de ellos respecto a servicios. Se fijan cuotas de cobro por registro y mantenimiento de los dominios. Los dominios de entidades gubernamentales sobrepasan los 100 y el total de dominios registrados hasta 1997 es de 7251.

Para 1998 ya se contaba con 10 000 nombres de dominio registrados y pagados lo que permite adquirir una infraestructura más robusta y confiable: Un enlace de 128 k con UNITEK, uno de 256k con AVANTEL y 10MB con el ITESM, Campus Monterrey, servidores

SUN 450, 250, Ultra 2 y Sparc 20 y equipo de ruteo cisco 7200 y 2500. En Marzo de ese mismo año disminuyeron las tarifas de registro y mantenimiento en 30%. A mediados de año se realizó la primera depuración de nombres que no tenían una resolución correcta o que tuviera pagos pendientes.

Durante 1998 surge la necesidad de asociarse con otros administradores de códigos territoriales (ccTLDs) para compartir información y discutir políticas de nombres de dominio. Es el 21 de agosto de 1998 cuando NIC-México es co-fundador y representante interino de LACTLD, organización que agrupa a los dominio de Latinoamérica. Asimismo, NIC-México organiza en Monterrey la segunda reunión de DNSO, una de las organizaciones de soporte para ICANN, la corporación a cargo de la supervisión de los principales recursos de Internet.

En abril de 1999, con el nombre de dominio nestle.com.mx, se inicia la relación entre NIC-México y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) para resolver disputas de nombre de dominio por cuestiones de propiedad intelectual. Posteriormente se definieron mecanismos formales para resolver estos casos. Para mediados de este año, son más de 20 000 los dominios registrados bajo .mx.

En septiembre de 1999, entran en vigor nuevas políticas generales, las cuales contienen un procedimiento de resolución de disputas.

Este procedimiento tuvo como objetivo resolver los casos más simples de disputas entre marcas registradas y nombres de dominio. De manera exitosa se resolvieron casi 60 casos en 15 meses.

En enero del 2000 había más de 30 000 dominios registrados. Para diciembre de este año hay nuevas políticas y un nuevo procedimiento de resolución de disputas, el cual ahora es administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

(OMPI), ESTE PROCEDIMIENTO ESTA BASADO EN EL “Uniform Dispute Resolution Policy”(UDRP) el cual es el mismo mecanismo de resolución de disputas utilizadas en los dominios genéricos en todo el mundo. OMPI reconoce a NIC-México por la implementación de esta política.

En enero de 2001, con más de 60 000 dominios registrados, se libera un nuevo sistema de operación, el cual además tiene una nueva imagen, con este sistema es posible llevar una mejor administración de los registros, modificaciones y pagos. Además una nueva Base de Datos que cumple con las recomendaciones hechas por la OMPI en relación al registro de dominio.

Durante el verano del 2001, se establece el Comité Consultivo Externo de NIC-México, con el objetivo de ser un órgano de consulta, orientado a discutir temas estratégicos y de política para emitir recomendaciones al NIC que coadyuven a alcanzar sus objetivos, con la intención de apoyar el fortalecimiento de NIC-México, así como de impulsar el desarrollo de Internet en México.

A finales del año 2001 se realiza una fuerte inversión en infraestructura tecnológica como base para los proyectos de NIC-México en puerta, principalmente para migrar los equipos de cómputo a uno de los centros de datos más avanzados en el mundo y el mejor de Latinoamérica.

Para el 2002, ya hay 75 000 dominios registrados en el .mx siendo el com.mx quien contiene casi el 93% de los registros.

A principios del 2003, con la recomendación positiva del Comité Consultivo, se publican nuevas políticas que entre otras cosas permiten que el nombre de dominio se registre inmediatamente sin intervención humana, se promueve la libertad del registrante de elegir el nombre de dominio que considere apropiado sin revisión de NIC-México. Así mismo, se redefine la política de solución de controversias, conocido como LDRP.

En julio del 2003, NIC-México robustece aún más su infraestructura tecnológica y se convierte en el primer ccTLD en desarrollar e implementar el esquema Shared Unicast (Anycast) en sus servidores secundarios, esquema utilizado en los Root Servers.

Para el 25 de octubre del 2004, llegan a 100 000 dominios .mx²⁵

QUÉ ESPERAMOS:

- Un mayor ancho de banda.
- Nuevos servicios telefónicos digitales.
- Tecnología satelital digital.
- Nuevos dispositivos y equipos como PDA's, Palmtops, integración al 100% de celulares con computadoras, la WebTV.

TENDENCIAS:

- Redes más sólidas y estables.
- Crecimiento en negocios.
- Comercio electrónico.
- Más y mejores servicios de red.
- Nuevas oportunidades de estudios.
- Explotación del área de educación, tutoriales, de multimedia, todos en versión Internet.
- Las nuevas tecnologías y medios de transmisión reducirán significativamente los precios y aumentarán la facilidad de uso. • La nueva televisión digital será la última frontera.
- Crecimiento de la industria del entretenimiento.
- Nueva legislación para regular el medio.
- Nuevas aplicaciones de audio y videoconferencia.
- El correo electrónico será una necesidad social.²⁶

²⁵ <http://www.nic.mx/es/NicMexico.Historia-Abril> 22 del 2005

²⁶ <http://www.isocmex.org.mx/historial.html>-Abril 22 del 2005

5.2.4 SERVICIOS DE INTERNET

En la actualidad el servicio de mayor importancia en Internet es el World Wide Web (WWW). Este servicio permite enlazar cientos de miles de servidores con los usuarios.

El WWW se creó en 1989, en el Laboratorio Europeo de Física de Partículas, ubicado en Genová, Suiza, como un método para la incorporación de notas al pie, figuras y referencias cruzadas en documentos de hipertexto en línea. Este tipo de documentos tiene la característica de que un lector puede hacer clic en una palabra o frase y saltar inmediatamente a otra ubicación dentro del mismo documento, o a otro archivo. El segundo archivo puede localizarse en la misma computadora que el documento original o en cualquier otra parte en Internet.

La estructura interna del WWW está construida sobre un conjunto de reglas llamado protocolo de transferencia de hipertexto (Hypertext Transfer Protocol:http) y un lenguaje de descripción de páginas llamado lenguaje para marcación de hipertexto (Hypertext Markup Lenguaje:HTML). http utiliza Internet en un formato especial llamado localizador uniforme de recursos (Uniform Resource Locutor:URL).

Los URL son semejantes a lo siguiente:

Tipo://dirección/ruta

Tipo especifica el tipo del servidor en el cual se localiza el archivo. Dirección es la dirección del servidor y ruta es la ubicación dentro de la estructura de archivos del servidor: Así que el URL para la Universidad de Illinois es:

<http://www.uiuc.edu>

Los archivos en otros formatos también pueden tener un URL. Por ejemplo, el URL para el depósito FTP de software para PC, de SunSite, en la Universidad de Carolina del Norte, es:

<ftp://sunsite.unc.edu-/pub/micro/pc-stuff>

Los documentos que utiliza http se conocen como páginas web. Una página web común contiene información sobre un tema en particular con vínculos hacia páginas web relacionadas y otros recursos. Muchos sitios web contienen una página principal (home page) de jerarquía superior que tiene apuntadores hacia páginas adicionales con información más detallada. Por ejemplo, una universidad puede tener una página principal con vínculos hacia una guía del campus, acceso telnet a la biblioteca y páginas independientes para departamentos individuales y programas.²⁷

Otro servicio es ftp (Protocolo de Transferencia de Archivos), que facilita la transmisión de la información de una computadora a otra.

El uso de ftp se simplificó porque ya se encuentra integrado en la mayor parte de los navegadores, como Netscape Navigator o Internet Explorer. Esto significa que los usuarios que desean transferir un archivo o programa a su computadora mediante ftp sólo deben escribir la dirección ftp y seleccionar el archivo deseado.

Un servicio más, es gopher. Su organización jerárquica facilita la búsqueda de información. La desventaja de gopher es que no facilita una conexión de hipertexto, porque hace falta recorrer un largo camino a través de los menús antes de acceder a la información deseada.²⁸

²⁷ Norton, Peter, op. cit., nota 445, p. p. 301,302.

²⁸ Rojas Amendi, Víctor M., op. cit., nota 446, p.15.

Cabe destacar, que éstos no son todos los servicios que nos proporciona Internet, pero si son los más usados.

5.2.5 LOS RIESGOS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN INTERNET RIESGOS

El uso de Internet como de cualquier medio de información o sistema de comunicación lleva implícitos ciertos riesgos. Por ejemplo, es posible que personas no autorizadas abran las cartas, lea los faxes o intervenga las comunicaciones telefónicas. Para minimizar los riesgos del uso de Internet resulta necesario tomar ciertas medidas de seguridad.

Los problemas en materia de seguridad por el uso de Internet se originan en la esencia misma del sistema. Debido a que Internet se concibió para funcionar bajo UNIX, y cuenta con la misma estructura de seguridad; es decir, se trata de un sistema operativo que tiene por objeto fundamental brindar fácil acceso a la información, más que proporcionar un alto grado de seguridad para los usuarios.

En principio, existe el problema originado por el hecho de que el sistema ofrezca fácil acceso a la información disponible en Internet; debido a esto, una persona que conozca bien el sistema sería capaz de interceptar la información enviada, leerla e incluso alterarla.

Otro grave problema relacionado con el uso de Internet se refiere a los virus. Se trata de programas de cómputo que se introducen de manera clandestina en otros programas y archivos.

Finalmente, nos referimos a los riesgos provocados por el acceso indebido a determinados archivos disponibles en Internet y, en un caso remoto, por el acceso a una computadora enlazada a Internet para causarle daños.

Aunque estos riesgos se consideran muy serios, sólo resultan válidos para las computadoras que se encuentran conectadas de manera permanente a Internet o para los archivos que se almacenan en otra computadora enlazada a dichos sistemas.

MEDIDAS DE SEGURIDAD BÁSICAS EN INTERNET

Si se cuenta con una página de inicio (home page) en Internet, en la que aparece su dirección de correo electrónico, debe incluir una advertencia que establezca que no se emplee para enviar documentación que exija trato confidencial, a no ser que se codifiquen los correos electrónicos y demás información que se envíe a través de Internet. Para que la codificación de datos garantice una seguridad casi total, hace falta que cumpla los siguientes requisitos: en primer lugar, la identidad del remitente (esto quiere decir que un mensaje sólo puede provenir del titular de un código determinado); en segundo lugar, la integridad del mensaje, lo que significa que debe ser imposible alterarlo desde su envío; finalmente, la confidencialidad del mensaje (que después del envío del mensaje sólo puede leerlo el destinatario).

También, es recomendable instalar una computadora especial para el uso de dicho sistema. De esa forma, se evita que los virus que provengan de Internet o las “caídas” del sistema afecten la red o su computadora; de la misma forma, es recomendable realizar de manera periódica respaldos o copias de seguridad (backups) de los archivos de las computadoras enlazadas a Internet.

Mantener en secreto las claves de acceso o contraseñas, y cambiarlas periódicamente, son sugerencias que todo usuario de Internet debe seguir.

En cuanto al riesgo de virus, no existe una forma completamente segura de protegerse de los que se transmiten en la información a la que se accede o en los programas disponibles en

Internet. Sin embargo, en términos generales, es posible adoptar las mismas medidas de seguridad que se toman cuando se usan archivos o programas que se hallan en un disco extraño. En este sentido, hay que examinar con un programa antivirus la información que se descarga antes de usarla.

Por otra parte, los antivirus más modernos son capaces de detectar la posibilidad de virus en Internet y advierten al usuario cuando descubren algo sospechoso; además, ahora ya examinan archivos comprimidos (forma en la que están muchos documentos y archivos disponibles en la red) antes de abrirlos.

“Además de las medidas mencionadas, hay otras que aumentan la seguridad del uso de Internet pero también incrementan los costos de operación. Una primera medida adicional sería la adquisición de una computadora firewall. Ésta se conecta con la computadora que tiene acceso a Internet y se encarga del examen antivirus previo y, en su caso, de la limpieza de los archivos que se consultarán por medio de Internet. Otra función de esta computadora es evitar las “caídas” del sistema provocadas de manera deliberada por terceros. Una firewall resulta necesaria cuando una red tiene acceso a Internet y, por tanto, otra computadora puede disponer de acceso a esa red a través de Internet o la red telefónica. Si no existe tal posibilidad de acceso, una firewall será innecesaria, sobre todo porque su instalación resulta muy complicada y costosa, además de que no garantiza la seguridad absoluta.”²⁹

5.2.6 REGULACIÓN JURÍDICA DE INTERNET

Por lo que se refiere a la comunicación realizada por Internet, en la práctica, cada país regula la utilización de los medios electrónicos en función de su propia cultura y desarrollo jurídico, ya que Internet no tiene fronteras, no hay ordenamiento ni autoridad supranacional que regule lo que pasa en la red, de ahí la necesidad de crear un marco jurídico que garantice seguridad y protección en el

²⁹ Idem, p. p. 13,14.

uso de éste nuevo método de comunicación, mismo que debe seguir la tendencia de legislaciones como las de Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y la Unión Europea, con la finalidad de lograr una mayor unificación en la regulación de esta materia y darle sentido, tanto a una sociedad de información, como a la globalización que hoy en día vivimos.

Así por ejemplo, la Unión Europea y el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, reconocen la necesidad de que todas las partes interesadas a escala internacional participen en la coordinación de Internet, a través de la firma de contratos, en los que se reconoce la necesidad de coordinar el Internet a escala mundial con fines de utilidad pública, creando nuevas estructuras de organización y gestión del sistema de nombres de dominio "DNS", de la asignación de los espacios de direcciones de Protocolo Internet(IP), de la coordinación de los parámetros del nuevo IP y de la gestión del sistema de servidores raíz de Internet.

De igual forma, la Unión Europea, ha desarrollado un Plan de Acción Comunitario destinado a promover una utilización más segura de Internet, promoviendo como objetivo general el desarrollo de la industria del Internet, mediante el fomento de la utilización segura de la red y la lucha contra contenidos ilícitos y nocivos, basando su plan en tres ejes rectores:(Decisión no.276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999).

1. Creación de un entorno más seguro mediante la implantación de una red europea de líneas directas, el fomento de la autorregulación y la elaboración del código de conducta.
2. Desarrollo de sistemas de filtrado.
3. Iniciativas de sensibilización.

La Unión Europea, dentro del plan de acción comunitario destinado a promover una utilización más segura de Internet, distingue entre “contenido ilegal” y “contenido perjudicial”, y define dentro del “contenido ilegal” a los problemas de:

- *Seguridad Nacional.*
- *Protección de Menores.*
- *Protección de Dignidad Humana.*
- *Seguridad Económica.*
- *Protección de la Información*
- *Protección de la Vida Privada.*
- *Protección de la Reputación.*
- *Propiedad Intelectual.*

Aclarando, que el “contenido perjudicial” es un contenido autorizado, pero de distribución limitada (reservada a los adultos, por ejemplo) y de un contenido que puede ofender a algunos usuarios, aunque no se limite su aplicación, debido al principio de libertad de expresión.

Esta distinción entre “contenido ilegal y perjudicial” es importante puesto que reciben un tratamiento diferente:

Del contenido ilegal deben ocuparse desde su origen las autoridades policiales y judiciales, cuyas actividades quedan cubiertas por las normas legales nacionales y por los acuerdos de cooperación judicial.

La industria puede sin embargo aportar una ayuda importante para limitar la circulación del contenido ilegal (en particular en los casos de pornografía infantil, racismo y antisemitismo) mediante mecanismos de autorreglamentación eficaces (como códigos de conducta y establecimiento de líneas directas) regulados y apoyados por disposiciones jurídicas y que se beneficien del apoyo de los consumidores;

Para tratar el contenido perjudicial, las acciones deben dar a los usuarios la posibilidad de rechazarlo preferentemente mediante el

desarrollo de soluciones tecnológicas (sistemas de filtrado y de clasificación), reforzar la sensibilización de los padres y desarrollar una autorreglamentación que pueda proporcionar un marco adecuado, en particular para la protección de los menores.

Por su parte los Estados Unidos de Norteamérica, llevan a cabo una regulación constante del uso de Internet, basando su actuar, en el principio de seguridad nacional; así tenemos leyes que regulan temas como la privacidad, seguridad, protección de datos, nombres de dominio, spam y comercio electrónico, por nombrar algunos.

Como puede apreciarse, existe unificación de criterios, en cuanto a la regulación de los contenidos que fluyen por Internet, es por ello, que los Estados Unidos de Norteamérica han promulgado leyes que permiten regular el uso de Internet.

Dichas leyes, son las siguientes:

“ELECTRONIC COMMUNICATIONS PRIVACY ACT (ECPA). (Ley de Privacidad en las Comunicaciones Electrónicas)

En esta ley, define a la Comunicación Electrónica, como cualquier transferencia de muestras, de señales, de la escritura, de imágenes, de sonidos, de datos, o de la inteligencia de cualquier naturaleza transmitida en entero o en parte por un alambre, una radio, foto electrónica o el sistema óptico de la foto que afecta comercio de un estado a otro o extranjero.

Asimismo, prohíbe el acceso ilegal y ciertos accesos del contenido de la comunicación, además evita que las entidades del gobierno requieran el acceso de comunicaciones electrónicas sin procedimiento apropiado.

CHILDREN'S ONLINE PRIVACY PROTECTION ACT (COPPA)

Establece que el operador de un servicio en línea con información dirigida a los niños menores de 13 años, tiene responsabilidad de lo que publica.

Si el operador recoge información del menor, deberá indicar el uso de la información, establecer mecanismos para que los padres conozcan lo que el menor ha ingresado.

ANTI-CYBERSQUATTING CONSUMER PROTECTION ACT (ACCPA).
(Ley de Protección al Consumidor)

Esta ley se aplica a todos los nombres de dominio, permite a los dueños legítimos de marcas registradas tomar acción contra cualquier persona que, con mala fe y con intención de beneficiarse, registre o utilice un nombre de dominio idéntico o similar a la marca registrada.

GRAMM LEACH BLILEY

Esta ley establece la garantía de privacidad de los usuarios del sistema financiero, para que no se venda a terceros su historial crediticio.

ELECTRONIC SIGNATURAS IN GLOBAL AND NACIONAL
COMMERCE (ESGNC) (Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global
y Nacional)

Es una ley que reconoce el E-Commerce como transacciones legales y el uso de las firmas electrónicas al igual que las firmas manuscritas. Define a la FIRMA DIGITAL, como "cualquier tipo de señal electrónica".

USA PATRIOT ACT (UPA).(Ley Patriótica de los Estados Unidos)

Es una ley antiterrorista, la cual fue promovida por el Presidente George W. Bush, facilita a las autoridades federales a la intervención del correo electrónico, las llamadas telefónicas, los mensajes de voz y hasta el espionaje de las rutas de navegación seguidas por Internet.

Condena el acceso no autorizado a computadoras con penas de hasta cinco años de prisión.

CYBER SECURITY ENHANCEMENT ACT. (CSEA) (Ley del
Perfeccionamiento de la Cyber Seguridad)

Es una ley de seguridad la cual tratará de clasificar los puntos de la Patriot Act, en donde se otorga al gobierno la potestad de incrementar las

penas para los crímenes relacionados con hacking, fraudes informáticos y la publicidad de dispositivos ilegales.

Proporciona directrices para determinar las sentencias, diferenciando los delitos cometidos para lucro personal, de aquellos que puedan afectar a la defensa y la seguridad nacional.

Amplía el poder de la policía para intervenir telecomunicaciones sin necesidad de contar con una orden judicial y obliga a los ISPs a facilitar información sobre la navegación o el contenido de los correos electrónicos en caso de investigación policial.

CYBER SECURITY RESEARCH AND DEVELOPMENT ACT (CSRDA)(Ley sobre Investigación y Desarrollo de la Seguridad Cibernética)

Destina recursos para que empresas privadas y universidades se dediquen a la investigación de la seguridad informática.

CONTROLLING ASSAULT OF NON-SOLICITED PORNOGRAPHY AND MARKETING (Can-Spam Act)

Esta ley establece estándares para controlar los envíos masivos, define al Spam como el e-mail que no incluye la dirección del remitente y no ofrece la posibilidad de darse de baja.

La ley obliga a que los mensajes no solicitados estén etiquetados e incluyan instrucciones para darse de baja fácilmente, y permite a los ISPs emprender acciones legales contra los infractores.”³⁰

Del desarrollo de este punto específico, nos damos cuenta que tanto en la Unión Europea como los Estados Unidos de Norteamérica, han unificado criterios para regular el uso de Internet, y por consiguiente, han encontrado en el Derecho Informático, el fundamento teórico para regular la actuación del individuo en el mundo virtual, conectado a la realidad por los medios electrónicos.

³⁰ <http://www.alllaw.com/law>. 28 de abril del 2005.

5.2.7 COMERCIO ELECTRÓNICO

Históricamente hemos visto que las resoluciones económicas, también llamadas “revoluciones industriales”, les ha costado siglos evolucionar, han basado su evolución tanto en la rueda, la máquina de vapor, la energía eléctrica, etcétera, en la actualidad, vivimos la llamada “Revolución Informática”, misma que ha afectado en forma importante, la forma de hacer negocios, la tecnología ha eficientado y abaratado costos de producción, administración, y venta; dicha “revolución informática”, tiene su fundamento principalmente en el Internet (aunque no podemos negar que el flujo de información también se da por otros medios como la tecnología celular, palm’s, entre otros), el cual se ha vuelto el medio de comunicación más popular, por encima de la radio y la televisión, ha logrado una rápida expansión a nivel mundial; su uso se expande a casi toda actividad realizada por el ser humano, se emplea tanto en áreas sociales, culturales, educativas, deportivas, de esparcimiento, salud, investigación, economía, etcétera, basa su popularidad, en la facilidad que posee para acceder a ese servicio, ya que Internet, es una red pública y descentralizada, sus redes están formadas por conexiones entre grupos de computadoras y dispositivos asociados que permiten a los usuarios la transferencia electrónica de información. (Tal y como ya lo hemos visto)

El Internet se ha vuelto una herramienta de uso, tanto de dependencias públicas, empresas, instituciones educativas y particulares en general; se usa para comunicarse, como medio de consulta y de investigación, se hace uso de él para entregar en línea tanto información digital, transferencia electrónica de fondos y realizar actividades bursátiles; así como para adquirir derechos y obligaciones de carácter mercantil; en efecto, un gran sector del mundo económico, hace uso del Internet, debido a la apertura que éste ha tenido, dejando de ser una herramienta exclusiva de

investigación y educativa, logrando alcanzar un interés como medio de intercambio de información de toda índole, y por la aparición de herramientas fáciles de manejo como el www.

El Internet constituye la forma primaria de comercio electrónico y permite a las empresas establecer contactos con los consumidores potenciales o con otras empresas por medio del correo electrónico, proporcionando grandes ventajas, tales como:

1. Tiene un alcance mundial (globalización).
2. Permite anunciarse mundialmente las 24 horas del día.
3. Se pueden publicar fotografías y sonidos al mismo tiempo.
4. Permite un contacto directo con los posibles clientes, evitando intermediarios.
5. Permite alcanzar diferentes tipos de mercado.
6. Facilita el pago en línea de bienes o servicios ofrecidos, etc.

En realidad, son muchas las ventajas que ofrece el Internet, pero una de ellas, que es la que para este punto de estudio interesa, es el uso que tiene en el Comercio Electrónico, pero antes de continuar, es conveniente preguntarnos: ¿Qué es el comercio electrónico?

El término “comercio electrónico”, tiene sus inicios en 1994 y es gracias a la apertura que tuvo el Internet, ya que dejó de ser una herramienta exclusiva de investigación y educación, dando paso a empresas de carácter mercantil, así el primer sitio “comercial” en la world wide web, fue la empresa denominada FLOWER SHOP, en la actualidad, existen miles de sitios “web comerciales”, que anuncian todo tipo de artículos, y utilizan imágenes y sonidos como estrategias de publicidad, así tenemos, que la mayoría de los sectores de la economía, están empezando a hacer uso del “comercio en web”, dicha actividad, se realiza en redes electrónicas del Internet, ya sean de carácter público o privado.

Al respecto, cabe precisar, que las redes electrónicas del Internet, de carácter público, son aquellas que ofrecen un acceso libre al total de la información que fluye por esa vía, en tanto, que en las redes electrónicas de carácter privado, la información que ahí circula, sólo puede ser conocida por el acceso autenticado de los usuarios.

Por electrónico, cabe entender: “la infraestructura mundial de tecnologías, y redes de la información y las telecomunicaciones que permiten el procesamiento y la transmisión de datos digitales.”³¹

La palabra “Comercio”: “proviene del latín “comercium”, que significa acción y efecto de comerciar (comerciar-comprar, vender o permutar géneros, con fin de lucro).”³²

Queda claro, que al hacerse uso de los medios electrónicos, como el Internet (básicamente), y tener un ánimo de lucro, al momento de colocar en la web, los productos y servicios que las empresas ofrecen, adquiere éste, el carácter de mercantil, y dados los elementos que lo componen se le ha llamado en español “comercio electrónico”, lo que no significa que sea la única expresión dada, en su evolución, se le ha designado como: “comercio en la web”, “e-commerce”, “e-business”, “m-business”, “commerce.net”, “comercio-on line”, entre otros.

Así pues, con la intención de ir definiendo, los avances alcanzados, podemos atrevernos a decir, que se entiende por COMERCIO ELECTRÓNICO, “la acción y efecto de comprar, vender o permutar, bienes y servicios, con un fin de lucro, en redes electrónicas de carácter público o privado como el Internet”.

Autores como Julio Téllez Valdés, señalan: “El comercio electrónico, se puede conceptuar, en un sentido amplio, como cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet”.³³

³¹ Téllez Valdés, Julio, op. cit., nota 277, p.185.

³² Diccionario Enciclopédico Larousse, editorial Ultra, S.A. de C.V., México, 2004, p. 170.

³³ Téllez Valdés, Julio, op. cit., nota 277, p.188.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), propone regular el Comercio Electrónico a través de la Ley Modelo de 1996, y en su artículo 1º, define al comercio electrónico como: “todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales.”

El término “comercial” deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitar a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de factoraje (“factoring”); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudiera ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Con el desarrollo del Internet, van apareciendo nuevos conceptos, la concepción de empresa, se modifica cuando se hace uso de los “cambios tecnológicos”, o de las “nuevas tecnologías”, así mismo, el comercio tradicional, también se ve afectado por el uso del Internet, se modifican conceptos tradicionales , tales como la apreciación directa de las cosas u objetos susceptibles de venta, la forma de

pago, la entrega de las cosas u objetos comprados, la ubicación del establecimiento del proveedor, etc., todos los conceptos aquí señalados cambian, sin lugar a dudas, pero hay uno que en especial provoca una gran desconfianza y se ha convertido en el gran obstáculo para lograr el desarrollo del “Comercio Electrónico”, en efecto, se trata de la forma de pago, ya que la forma de realizarlo, se basa en la transferencia de dinero a través de la red, ya que como se ha dicho, Internet, es una red pública y descentralizada, y por lo mismo, de fácil acceso pudiendo interceptarse el flujo de información que se refiere a ese respecto.

“A principios de 1996, VISA y MASTERCARD, hicieron historia financiera al anunciar su intención de fusionar sus protocolos de seguridad rivales y crear una sola tecnología estándar, llamado Protocolo de Pago Electrónico Seguro (Secure Electronic Payment Protocol: SEPP). (Se espera que los principales desarrolladores de examinadores Web, Microsoft y Netscape, así como otras compañías, soporten el nuevo protocolo Transacciones Electrónicas Seguras (Secure Electronic Transactions)).”³⁴

Dentro de la iniciativa europea sobre comercio electrónico, de fecha 18 de abril de 1997, se define al “Comercio Electrónico, basado en el tratamiento electrónico y la transmisión de datos, abarca actividades muy diversas que van desde el intercambio de bienes y servicios a la entrega en línea de información digital, pasando por la transferencia electrónica de fondos, la actividad bursátil, la contratación pública.

5.2.8 ELEMENTOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Por Comercio Electrónico, hemos dicho, que es la acción y efecto de comprar, vender o permutar, bienes y servicios, con un fin de lucro, en redes electrónicas de carácter público o privado como el Internet.

³⁴ Norton, Peter, op. cit., nota 445, p.315.

La transacción típica de Comercio Electrónico, incluye tres fases:

1. El usuario de Internet, accede a una página web para obtener información de un bien o servicio que le interesa adquirir.
2. El usuario de Internet, manifiesta su voluntad de adquirir el bien o servicio localizado en la página web, y procesa vía electrónica la orden de pago (o hace depósito en el banco) al vendedor.
3. El vendedor, habiendo verificado el depósito que se le realizó, hace entrega del producto o presta el servicio al cliente.

“El Comercio Electrónico puede practicarse mediante dos canales: De empresa a empresa o de empresa a consumidor; el primero se emplea con el fin de que las empresas vendan y paguen productos entre sí; el segundo se utiliza para que el contacto entre la empresa y el consumidor sea directo.”³⁵

El Dr. Julio Téllez Valdés, considera un tercer canal por el que pudiera darse el Comercio Electrónico, y es el se realizaría entre “empresas y administración (pública)” (Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios al Sector Público, Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con las mismas.).

Para ambos canales de negocios en Internet se han ideado diversos modelos de negocios virtuales; es decir, formas virtuales de organización para ofrecer productos y servicios, junto con las herramientas para efectuar el pago de los mismos.

Existe un modelo de negocios más complejo, al que se le conoce como Centro Comercial (mall). Se trata de un modelo que integra una selecta oferta de tiendas virtuales, como tiendas de discos, ropa, computadoras, libros, joyas, alimentos y ocio interactivo. El sistema garantiza la calidad y los estándares de seguridad de las tiendas.

³⁵ Rojas Amendi, Víctor M., op. cit., nota 446, p.23.

“Por último, encontramos el modelo de portal comercial. Se trata de un sitio web que integra diversos servicios que buscan satisfacer múltiples necesidades de compra, recreo e información. Entre los servicios disponibles en los portales comerciales encontramos. buscadores, tiendas virtuales, correo electrónico, juegos interactivos, descargas de software, ofertas, boletines de noticias, entre otros. El sitio T1MSN es el prototipo de un portal comercial.”³⁶

Por los conceptos hasta aquí vertidos, nos damos cuenta, que esta nueva forma de contratar a través de medios electrónicos, afecta básicamente a la compraventa, presentando problemas propios de la naturaleza del Internet, es decir, se presenta el problema de la extraterritorialidad, ya que recordemos que el Internet tiene una extensión mundial, además, de la problemática de definir la ley aplicable para el caso de controversia, o bien, la cuestión del pago de impuestos; en cambio, podemos decir, primeramente, que el contratar por vía electrónica, también ha afectado a contratos tales como: “operaciones bursátiles, subastas, prestación de servicios, concesión de uso o goce de bienes intangibles, concesión o cesión de licencias, acceso a información en todo el mundo, reservaciones o anuncios de bienes y servicios”.³⁷

5.2.9 ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Como ya ha quedado establecido, el Comercio Electrónico encuentra su fundamento básicamente, en el Internet, por lo que, al tener éste un carácter supranacional, es conveniente analizar en primera instancia los esfuerzos que se han realizado por regular el Comercio Electrónico, tanto por los creadores del Internet como son los Estados Unidos de Norteamérica, como por la Unión Europea, y a este respecto tenemos:

³⁶ Ibidem, p.23.

³⁷ Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Porrúa, 10ª Edición, México, 2004, p.42.

INICIATIVA EUROPEA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

Objetivo: Fomentar un vigoroso crecimiento del comercio electrónico en Europa.

Contenido: El comercio electrónico, basado en el tratamiento electrónico y la tramitación de datos.

Clasifica las actividades del comercio electrónico en dos categorías:

1. El comercio electrónico indirecto, o sea, el pedido electrónico de bienes tangibles cuya entrega debe realizarse físicamente, por lo que depende de factores externos tales como la eficacia del sistema de transporte y de los servicios de correo.
2. El comercio indirecto, es decir, el pedido en línea, el pago y la entrega de bienes y servicios intangibles tales como los programas informáticos o productos de esparcimiento.

El comercio electrónico no se limita a Internet, sino que incluye otras aplicaciones tales como el videotexto, la telecompra, la compra por catálogo o por CD-Rom.

La presente comunicación analiza el comercio electrónico en el contexto internacional, compara los avances europeos frente a los americanos en el sector, y pone el acento en la necesidad de compatibilizar el comercio electrónico con los compromisos contraídos en el marco de la OMC. Por último, plantea el problema de la aparición de la delincuencia cibernética, cuestión a la que debería hacer frente con urgencia a fin de reforzar la confianza en el comercio electrónico transnacional.

CREACIÓN DE UN MARCO REGULADOR FAVORABLE

Para desarrollar de forma adecuada el comercio electrónico, es necesario:

- Crear un clima de confianza, condición indispensable para convertir a los sectores de negocios y a los consumidores a la causa del comercio electrónico.

Garantizar el libre acceso al mercado único, evitando la adopción de medidas legislativas nacionales divergentes y creando un marco normativo europeo coherente.

A fin de lograr dichos objetivos, el marco regulador deberá fundarse en los siguientes principios:

No regular por regular, puesto que la libre circulación de servicios de comercio electrónico puede conseguirse de forma eficaz mediante el reconocimiento mutuo de las normativas nacionales y de los códigos deontológicos adecuados;

Cualquier reglamentación deberá basarse en las libertades inherentes al mercado único;

Tener en cuenta la situación comercial real;

Satisfacer objetivos de interés general (protección de la confidencialidad, protección de los consumidores, suministro de un amplio acceso a la red) de forma eficaz y efectiva.

Por último, el marco regulador previsto deberá:

Garantizar la seguridad de los datos y el respeto de la intimidad recurriendo a sistemas de cifrado;

Proteger adecuadamente los derechos de propiedad intelectual y de los servicios de acceso condicional;

Garantizar una fiscalidad transparente y neutra.

DECLARACIÓN CONJUNTA UE-EEUU SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

Síntesis: Proponemos un diálogo abierto entre los gobiernos y el sector privado mundial para construir un entorno legal y comercial idóneo para la realización de negocios en Internet. Reconocemos que el comercio electrónico requiere una aproximación coherente, coordinada internacionalmente. Cuando los acuerdos gubernamentales sean apropiados, nosotros nos comprometemos a trabajar de forma constructiva con nuestros socios en el seno de las instituciones multilaterales apropiadas y otros foros para alcanzar soluciones coherentes y eficaces preferentemente a nivel global. En este aspecto, estamos de acuerdo en la importancia de involucrar a todos los países, incluyendo los países en vías de desarrollo.

ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO («DIRECTIVA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO»)

La Directiva sobre el comercio electrónico se propone reforzar la seguridad jurídica del comercio electrónico con el fin de aumentar la confianza de los internautas. Para ello, la Directiva establece un marco jurídico estable en el que los servicios de la sociedad de la información se ajustan a los principios del mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento), y se instaura un número limitado de medidas armonizadas.

Síntesis: La presente Directiva se caracteriza también por la voluntad de eliminar disparidades en la jurisprudencia de los Estados miembros, creando una situación de seguridad que favorezca la confianza de consumidores y empresas.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Directiva se aplica especialmente a los prestadores de servicios establecidos en la Unión Europea (UE). Sin embargo, para no obstaculizar el comercio electrónico mundial, se propone también evitar incompatibilidades con la evolución jurídica de otras regiones del mundo.

IVA: RÉGIMEN (FISCAL) ESPECIAL APLICABLE A LOS SERVICIOS PRESTADOS POR VÍA ELECTRÓNICA

Objetivo: Crear condiciones de competencia equitativas en el ámbito de la fiscalidad indirecta aplicada al comercio electrónico, para empresas de la Unión Europea y de terceros países, así como facilitar y simplificar al máximo el cumplimiento de las normas por parte de las empresas establecidas en terceros países. Las modificaciones modernizan las normas actuales sobre el lugar de entrega o suministro de los servicios a efecto del IVA, con el fin de tener en cuenta el sector del comercio electrónico, y proporcionan un marco reglamentario claro y seguro a todos los proveedores, tanto de la Unión Europea como de terceros países.

Síntesis: Las anteriores normas IVA no abordaban adecuadamente la cuestión de los servicios suministrados por vía electrónica, por la simple razón de que este tipo de prestaciones no se habían previsto cuando se creó el sistema fiscal actual. La aplicación de las anteriores normas IVA a este tipo de transacciones tenía resultados discriminatorios y perversos.

Con las normas anteriores, los servicios originarios de la UE prestados por vía electrónica en general quedaban sujetos al IVA, independientemente del lugar de consumo, mientras que no ocurría así con los procedentes de países terceros, pese a ser suministrados en la UE.

La Directiva tiene por objeto principal modificar esta situación. Los principales cambios afectan al lugar de imposición de los servicios prestados bajo forma electrónica, por medio de redes electrónicas, e incluyen los servicios culturales, artísticos, deportivos, científicos, educativos, recreativos e informáticos, u otros análogos, así como, programas informáticos, juegos, videos y servicios informáticos en general. De ello resulta que:

En los servicios por vía electrónica que son prestados por un operador establecido en un tercer país a un cliente que reside en la UE, se considera que el lugar de imposición se encuentra en la UE y, por tanto, los servicios quedan sujetos al IVA;

Cuando esos servicios son prestados por un operador de la UE a un cliente que reside en un tercer país, el lugar de imposición es el lugar donde está ubicado el cliente y estos servicios no están sujetos al IVA comunitario;

Cuando un operador de la UE presta este tipo de servicios a una empresa establecida en otro Estado miembro, el lugar de prestación es el lugar donde está establecida la empresa cliente;

Cuando un operador de la UE presta este tipo de servicios a un particular en la UE o a un sujeto pasivo en el mismo Estado miembro, el lugar de prestación sigue siendo el lugar donde está ubicado el prestador de servicios.

La Directiva incluye también una serie de medidas complementarias o de simplificación destinadas a garantizar que las obligaciones administrativas serán lo más simples posibles, en particular para los operadores establecidos en un tercer país. Solamente están obligados a registrarse a efectos del IVA si su actividad incluye la venta a consumidores finales. Si prestan los servicios a empresas establecidas en la UE (la gran mayoría de las transacciones de este tipo), no están sujetos

a obligación de ninguna clase, ya que las propias empresas clientes están sujetas al IVA sobre la base del principio de repercusión.

Para las empresas establecidas en un tercer país, la solución más simple y más ventajosa consiste en recurrir al régimen simplificado establecido por la Directiva para este tipo de empresas. Tienen la posibilidad de proceder a su identificación fiscal en un único Estado miembro, con el sistema de declaración simplificada y en línea.

Las empresas establecidas en un tercer país, tienen la posibilidad de proceder a su registro en la administración fiscal del Estado miembro de su elección. Están obligadas a aplicar el IVA a sus clientes que no sean empresas, ubicados en la UE, al tipo de imposición normal del Estado miembro donde reside el cliente.

Cada tres meses, las empresas deben abonar el importe de los impuestos percibidos a la administración en la que se han registrado, junto con una declaración en formato electrónico, en la que se detallen las ventas totales para cada Estado miembro. Sobre la base de esta información, el Estado miembro elegido como lugar de registro reasigna los ingresos fiscales al país donde reside el cliente.

Este sistema simplificado destinado a las empresas de terceros países será aplicable durante tres años, con la posibilidad de evolucionar hacia un sistema técnicamente más elaborado (por definir).

REGULACIÓN JURÍDICA GLOBAL

La regulación jurídica del comercio electrónico, bajo una misma premisa o mediante un solo ordenamiento jurídico, resulta muy difícil de conseguir, sin embargo, se han hecho esfuerzos, mediante organismos internacionales, principalmente, como ya se ha dicho, por parte de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), creando una Ley Modelo que permita guiar a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de los países, en la incorporación y tratamiento del fenómeno mundial denominado “comercio electrónico”, proporcionando el criterio de “equivalencia funcional” para los elementos del comercio tradicional que opera sobre documentos con soporte papel,

tales como: derechos y obligaciones por “escrito”, debidamente “firmados” de manera autógrafa y en “original” y “copia” para las partes.

Así pues, esta Ley Modelo de la CNUDMI, tiene por objeto facilitar el uso de medios modernos de comunicación y de almacenamiento de información, por ejemplo el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico y la telecopia, con o sin soporte como sería el Internet.³⁸

Sobre el tema en particular, la Ley Modelo reconoce la dificultad que representa la regulación del comercio electrónico, bajo un solo ordenamiento legal, por la diversidad de culturas y puntos de vista sobre la materia, por lo que, con el ánimo de dar independencia a las naciones en la regulación del tema en comento, únicamente proporciona “criterios” para que sean adoptados por las naciones, pero, bajo una misma “hipótesis”, es decir, se ve la necesidad de adoptar un criterio único, congruente, que enmarque al comercio electrónico, con las mismas características y formas del cual tiene base, como lo es, el Internet (recordemos, que se pugna por la autorregulación y la ética), bajo esta premisa, la solución debe estar planteada por acuerdos internacionales, pero no para resolver el fondo, sino para dar las reglas de cómo debe resolverse primeramente el comercio electrónico que se realiza en el ámbito nacional, es decir, se busca que bajo un mismo criterio, se vayan interconectando las soluciones dadas a los problemas planteados por el comercio electrónico, primero en el interior de un país y posteriormente ese mismo “criterio” darle un carácter internacional, con apoyo de tratados y acuerdos internacionales. Así cada país, a través de sus distintos órganos, debe intervenir en la regulación de la red (entiéndase Internet-Comercio Electrónico) dentro de su respectiva jurisdicción, siguiendo el criterio globalizado, es por ello, que son importantes los acuerdos y tratados internacionales que en

³⁸ <http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ecommercemdex-s.htm>.23 de abril del 2005.

materia de comercio electrónico son adoptados tanto en la UE como en los Estados Unidos de Norteamérica.

5.2.10 EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO

Antes del análisis del punto anterior, se pudo pensar que debido a las características de libertad que predominan en las redes del Internet, el comercio electrónico se realizaba en completa anarquía, sin bases ni regulación legal alguna; el conocimiento del marco regulador del comercio electrónico nos sitúa en la realidad, y nos muestra que los contratos en general se rigen en principio por una regulación jurídica propia, y generan derechos y obligaciones entre las partes.

El comercio, realizado por medios electrónicos, plantea al ordenamiento legal tradicional de cualquier país, en principio, una novedad, la cual se traduce en la problemática de probar la existencia de acuerdos y voluntades de las partes, ya que éstos no constan en documento alguno con soporte papel, ni muestran garantías de autenticidad.

A este respecto, podemos decir, que en México, los contratos en general, se rigen por el Código Civil y por el Código Mercantil. El comercio internacional, se regula por Acuerdos y Tratados entre las Naciones, aplicándose el Derecho Internacional Público y Privado.

Las empresas que han puesto en la web, sus bienes y servicios, se han dado cuenta de las grandes ventajas que ofrece el comercio electrónico, de manera directa con los consumidores, (su potencial de venta es infinito), pueden definir en línea la forma de contratación y la forma de pago, misma que puede ser a través de tarjetas de crédito (en la actualidad en México, es el más utilizado, por rápido y seguro), depósitos en cuenta, giro bancario, tarjetas inteligentes, dinero virtual, etcétera, la transacción que por esta vía se realice, está regulada tanto por el Código Civil Federal, el Código Federal de

Procedimientos Civiles, el Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor.(decreto publicado en el DOF el 29 de mayo del 2000).

No obstante, que el comercio electrónico se encuentra regulado en México, éste se rige por tres leyes: El Código Civil Federal, el Código de Comercio y el Código Civil para cada Estado de la República, es decir, no se encuentra sistematizado en un solo cuerpo de normas, sino que se siguen considerando las reglas propias que definen los derechos y obligaciones de cada contrato, así como sus actos preparatorios (oferta y aceptación); por lo que, se sigue demostrando la necesidad imperante de codificar en un solo ordenamiento legal, las disposiciones que giren en torno al Derecho Informático, como lo es por supuesto, la materia del comercio electrónico, como ejemplo basta señalar, que el Código Civil para el D. F. no distingue de manera alguna, al comercio electrónico con el comercio tradicional, por lo que, para el caso de que se presente una controversia derivada del uso de medios electrónicos, se tendría que resolver con las herramientas que nos proporciona el Derecho tradicional, así, como ejemplo, preguntaría: ¿Qué documento debo de presentar para fundar una acción, derivada de un incumplimiento de contrato, que se pactó en medios electrónicos?.

Para hacer un análisis de esta materia, nos referiremos primero al Código Civil Federal, el cual establece las normas generales sobre contratación por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, que son aplicables a toda clase de actos jurídicos de naturaleza civil o mercantil, por ser de aplicación supletoria.

El Código Civil Federal, se reformó (el 29 de mayo del 2000) en sus artículos 1º, 1803, 1805 y 1811, y se le adiciona el artículo 1834 bis; tomando en cuenta, las disposiciones señaladas, podemos mencionar que el contrato que se celebra por medios electrónicos, implica el acuerdo de voluntades recíprocas y correlativas que

reciben los nombres de propuesta (oferta) y aceptación (arts. 1805, 1811C.C.F.).

El Código de Comercio, agregó un Título especial para regular el “comercio electrónico”, en sus artículos 89 a 94, así como un capítulo que se denomina “De las firmas” y que contiene la regulación de la “firma electrónica” (art.97)(reformas del 29 de agosto del 2003, publicadas en el DOF).

Algunas de las disposiciones contenidas en los ordenamientos legales de referencia, encuentran su origen en la Ley Modelo de la CNUDMI, de la que ya hemos hecho referencia.

Asimismo, la Ley Federal de Protección al Consumidor, también contiene normas que sólo se aplican a los actos de comercio realizados por medios electrónicos, entre proveedores y consumidores. (arts. 76 bis, 128).

Evidentemente, la regulación por parte del legislador, del comercio electrónico, en los distintos cuerpos normativos que se han mencionado, nos conduce a pensar, que el legislador consideró suficiente dicha regulación, ya que lo único que hizo fue agregar las consideraciones que proponía la CNUDMI, respecto del consentimiento, la oferta y aceptación, y la forma del contrato, por lo que, consideró que el uso de las nuevas tecnologías no alteran la naturaleza del contrato, ni el contenido general de los derechos y obligaciones que se derivan del acuerdo de voluntades.

Basta por ahora, la mención de estas reformas a la ley, para los efectos de este punto de análisis, ya que el objetivo del presente trabajo de tesis, no es señalar la forma como se regula, sino la necesidad que existe de regular de manera adecuada “los mensajes de datos” que objetivamente deben ser considerados como “documentos”.

5.3 DERECHO INFORMÁTICO

Como ya se ha dicho, en la actualidad vivimos momentos de transición, momentos de cambio, en los últimos tiempos, se ha tenido una gran transformación de la sociedad en que vivimos, hoy en día, esta sociedad se encuentra inmersa en el uso de la informática, como herramienta de uso cotidiano, basa su desarrollo y control en medios informáticos, programa su futuro y captura su pasado, analiza sus esquemas de producción y “escanea” los modelos económicos de otros países más avanzados, para poder definir las rutas que han de seguirse; asimismo, ha cambiado la forma de interrelacionarnos, podemos intercambiar ideas, con cualquier persona, que haga uso de los medios electrónicos para comunicarse, en efecto, el procesamiento de información y el uso de la informática, han transformado por completo la vida de la sociedad.

Gracias a la evolución de los medios de producción, se ha pasado de las comunidades agrícolas al movimiento de las sociedades urbanas, evolucionando sus estructuras sociales y ordenamientos legales. La sociedad ha experimentado cambios tales, que de basar su economía en agricultura, pasó a una organización urbana, formó ciudades, y centró su desarrollo en las fábricas, puso sus bases sobre la industria.

La Revolución Industrial en el siglo XVIII fue impulsada por el motor de vapor, su desarrollo y perfeccionamiento técnico generó grandes avances a la humanidad.

En los últimos años se ha dado una gran difusión a la llamada “revolución informática”, que basa su desarrollo en la tecnología de la información y la comunicación, dando origen a una nueva época, que se conoce como “Sociedad de la Información”, esto ocurre, gracias a que algunos de los inventos más importantes de la época industrial, como el telégrafo y el cine, alcanzaron un grado de evolución tal, que se diversificaron en el teléfono y en la televisión, se expandieron en

la vida de la sociedad y se convirtieron en medios importantes de comunicación. En 1969 se estableció la primera red global de telefonía y gracias a los avances de la tecnología satelital, se hizo posible que la televisión pasara de un medio de entretenimiento a un medio de comunicación mundial.

Como se ha señalado en puntos anteriores, fue con el microprocesador (1971) que aparecieron las primeras computadoras personales (1975) como máquinas de escritorio, ya que éstas hacían uso de él como su unidad central de procesamiento. Es por esto, que consideramos que a partir de la década de los años setenta, las economías de distintos países se enlazaron entre sí, dando origen a una nueva dinámica del sistema económico mundial, ya que vinculan sus sistemas de producción y servicios; ante esta globalización, es necesario que las personas encargadas de toma de decisiones en el ámbito económico, se den cuenta qué reglas de la competencia han cambiado, es importante adoptar políticas que permitan adoptarse a las variantes que el mercado mundial ofrece, ya sea para lograr acuerdos y alianzas comerciales, estrategias de compra, venta y procesos de producción de materias primas y mercancías.

El elemento central que se requiere, para lograr el éxito, es sin lugar a dudas, la capacidad que se tenga de obtener y procesar la información necesaria, para la toma de decisiones, la información se convierte en un “recurso estratégico”, que puede ser generado y procesado por computadoras y transmitido por los medios de comunicación a cualquier parte del planeta.

La tendencia mundial, es que las empresas centren su productividad en redes de computadoras y sistemas de información que hacen más eficientes sus procesos de producción.

Como se puede ver, la globalización encuentra fundamento en las tecnologías de la información y la comunicación, basa su sistema económico en el factor estratégico del procesamiento y comunicación

de la información, sirviéndose del viejo esquema económico industrial, que giraba en torno del dominio de las fuentes de energía.

Pero, no solo las tecnologías de la información y comunicación, se limitan al campo económico, ni el efecto globalizador afecta únicamente a dicho sector, no, también se ha extendido al resto de las actividades de la sociedad, dichos factores, inciden tanto en áreas de gobierno, política, ciencia, tecnología, salud, espectáculos, deportes, etcétera, es decir, “casi” todo tiene que ver con computadoras y telecomunicaciones, ha sido tal, su influencia que es difícil imaginar el funcionamiento de la sociedad sin la participación de dichos factores.

Las tecnologías de la información han permeado en toda la sociedad debido a cuatro características que presentan:

1. CAPACIDAD DE PENETRACIÓN.- Debido a que su poder de procesamiento, es cada vez mayor al mismo tiempo su precio va constantemente a la baja, y cuenta con aplicaciones para casi cualquier campo de interés.
2. INTERCONEXIÓN.- Su naturaleza de procesadores y transmisores de información hace que sea relativamente fácil interconectarlas. Además de que multiplica sus posibilidades de procesamiento y operatividad.
3. FLEXIBILIDAD.- Su funcionalidad permite emplearlas en una gran diversidad de operaciones.
4. CONVERGENCIA.- Estas tecnologías tienden a integrar elementos antes dispersos en otras áreas, como el video o la posibilidad de enlazar en red un número mayor de artefactos.

El fundamento técnico que hace que las tecnologías de la información se hayan propagado a todas las áreas de la acción

social, se encuentran en la DIGITALIZACIÓN y las REDES INFORMÁTICAS.

Los conceptos aquí señalados, resultan de gran importancia hoy en día, ya que son el eje del progreso y desarrollo de las sociedades actuales, así como garantía de eficacia de la actuación del sector público, en el ámbito de su competencia.

Autores como Pérez Luño, señalan que “en las sociedades interconectadas de nuestro tiempo el flujo internacional de datos, resulta, por tanto, imprescindible para asegurar el desarrollo económico del sector privado y para posibilitar que los poderes públicos alcancen sus metas y cumplan sus obligaciones con eficacia”.³⁹

Las tecnologías de la información y comunicación, si bien es cierto que son el fundamento de la “sociedad de la información”, también lo es, que la transmisión de información ha generado problemas de índole legal, problemas que se vuelven un obstáculo para el adecuado desarrollo de la “sociedad de la información”. A este respecto, se ha dicho que: “el problema del flujo transnacional o intercambio de datos (transborder data flow) ha suscitado un abierto conflicto de intereses entre los países productores y los países consumidores de datos informáticos. Los países tecnológicamente avanzados se hallan en condiciones de recoger informaciones, almacenarlas y distribuirlas con la utilización de la informática. Por el contrario, los países subdesarrollados sólo pueden recibir y consumir informaciones; es más, en determinados casos ni tan siquiera pueden servirse de ellas por carecer de los medios técnicos necesarios para aprovecharlas. Esta circunstancia ha determinado que los países desarrollados mantengan una posición decidida a favor de una libertad ilimitada de intercambio de informaciones entre todos los países; mientras que los países subdesarrollados, carecen de una tecnología informática

³⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, Ensayos de Informática Jurídica. Distribuciones Fontamara, 2ª edición, México, 2001, p.39.

propia, exigen que se reconozca la facultad de ejercer control sobre los datos que puedan recogerse en su territorio.”⁴⁰

Esta problemática, plantea conflictos de orden legal, que hoy en día no se han podido resolver, se presentan como el gran reto para el campo del Derecho, no obstante, se han realizado esfuerzos para regular la materia, tanto por organismos de influencia global como la UNESCO, que se ha pronunciado a través del: “Informe mundial sobre la comunicación”⁴¹, como por la ONU, a través de normas y documentos desarrollados para el “Intercambio Electrónico de Datos (EDI-Electronic Data Interchange) para la Administración, Comercio, Transporte (EDIFACT).

La solución de estos conflictos, se antoja lejos de resolverse, sobre todo por la diversidad de ordenamientos legales aplicables a la materia, la proliferación de piratería de información del ciberespacio, la violación a los derechos de propiedad intelectual; además de la falta de voluntad para llegar a acuerdos, para crear una legislación que regule la transmisión de información a través de medios electrónicos.

En un afán de proporcionar al lector una visión diferente respecto del problema que aquí se plantea, señalaremos que la tesis de Kart-Otto Apel y Jurgen Habermas, establece que: “la clave de la comunicación, reside en la orientación hacia la obtención de un consenso alcanzado racionalmente a partir de argumentos o pretensiones universalizables. La acción comunicativa se halla orientada al entendimiento entre los hombres. Ese entendimiento requiere una argumentación basada en razones, porque si las formas lingüísticas fueran sólo expresiones de intereses egoístas la comunicación sería imposible y la comunicación humana inalcanzable. La comunicación se halla condicionada, en primer término, por la “racionalidad comunicativa”, es decir, por la experiencia de quienes argumentan de que sus eventuales

⁴⁰ Ibidem, p.35.

⁴¹ <http://www.mercosur-news.com.uy/noticias/n99º4252.htm>, 25 de abril del 2005.

discrepancias pueden ser superadas sin el recurso a la autoridad, a la tradición o a la fuerza, sino aportando motivos a favor de una pretensión y apoyándola con evidencias y argumentos frente a su eventual crítica.

Esa versión dialógica de la racionalidad se prolonga en la exigencia de universalización en cuya virtud sólo se consideran argumentos comunicativos pertinentes los que pueden recibir un reconocimiento general en su ámbito de aplicación. Las premisas y normas que regulan la comunicación tienden, en definitiva, a alcanzar el consenso. La comunicación, en cuanto forma de discurso práctico, supone la participación libre e igual que quienes argumentan para alcanzar el entendimiento mutuo.⁴²

Pérez Luño, considera que “esas interpretaciones de los problemas sociales y políticos en los que comunicación y libertad no se excluyen, sino que se coimplican, pueden entrañar una estimulante vía superadora de la tensión entre el flujo internacional de datos y el respeto de las libertades”.⁴³

5.3.1 LA INFORMÁTICA COMO OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO

Como ya se ha dicho, la información, es la noticia o dato de una cosa, necesaria para la toma de decisiones, respecto de un asunto que se encuentra sometido a nuestra consideración. La información para que nos sea útil, debe estar organizada, de manera ágil, para poder hacer uso de ella de manera inmediata, esta organización puede ser manual o a través de una computadora, la diferencia básicamente, es que la información está organizada en una computadora, y se puede recuperar fácilmente en cualquier momento, en cualquier orden, es decir, eficientiza el uso de la información, de manera automática. Así tenemos que la informática, es una disciplina que incluye diversas técnicas y actividades relacionadas con el tratamiento lógico y automático de la información.

⁴² Pérez Luño, Antonio Enrique, op. cit., nota 465, p. p. 40-41.

⁴³ Idem, p.41.

La informática al ser considerada como objeto de estudio del Derecho, se refiere al “Derecho de la Informática”, pero, cuando se enfoca a su estudio como instrumento, se hace referencia a la “Informática Jurídica”. No debemos olvidar lo importante que resulta para estas disciplinas la cibernética, que como se ha dicho es la ciencia de ciencias, ya que estudia y se interrelaciona con las demás ciencias.

Partiendo de este principio, tenemos que la informática y el Derecho considerados como ciencias interrelacionadas, tienen un mayor grado de eficiencia, por lo que, el Derecho en su aplicación, es auxiliado por la informática; debiendo estructurarse bajo reglas y criterios que aseguren su cumplimiento y respeto de las pautas informáticas; así pues, nace el Derecho Informático como una ciencia que surge a raíz de la cibernética, la cual, trata la relación Derecho e Informática.

La informática jurídica tiene por objeto la aplicación de la tecnología de la información al Derecho. Es una disciplina bifronte en la que se entrecruzan una metodología tecnológica con su objeto jurídico que, a su vez, condiciona las propias posibilidades o modificaciones de tal aplicación.

“La Informática Jurídica estudia el tratamiento automatizado de las fuentes del conocimiento jurídico, a través de los sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal (Información jurídica documental); las fuentes de producción jurídica, a través de la elaboración informática de los factores lógico-formales que concurren en el proceso legislativo y en la decisión judicial (Informática jurídica decisional); y los procesos de organización de la infraestructura o medios instrumentales con los que se gestiona el Derecho (Informática jurídica de gestión).”⁴⁴

⁴⁴ Pérez Luño, Antonio E., op. cit., nota 465, p.41.

Señalado lo anterior, es necesario definir:

1. **INFORMÁTICA.** Es el conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información, con el fin de obtener una mejor toma de decisiones.
2. **DERECHO INFORMÁTICO.** Es el conjunto de normas, principios, procesos y relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la informática.
3. **INFORMÁTICA JURÍDICA.** Es una ciencia que estudia el tratamiento automatizado de las fuentes del conocimiento jurídico, a través de los sistemas electrónicos, como la computadora, en el Derecho.

Respecto de la definición, es necesario señalar, que diversos autores han definido y analizado de diferente manera, como es lógico; y para algunos no existe diferencia entre “Derecho Informático” y “Derecho de la Informática”, sino que son tratados como uno solo; además, de que los autores han querido plasmar sus ideas en sus definiciones, y aún hay quienes las han querido llamar de diferente manera con contenidos diversos, tales como: Iuscibernética, Iurismática o Deremática, misma que comprendería tres campos; 1) El Derecho Informático; 2) La Informática Jurídica; 3) La Iuscibernética y las extensiones que cada área plantee.⁴⁵

Hecha la descripción de pensamientos y tendencias, en mi opinión, la definición de Derecho Informático, debe de recoger el “concepto de interdisciplina” que se manifiesta tanto en el desarrollo de las tecnologías que dan cause al propio Derecho Informático, como de las relaciones que tiene el mismo, con otras ramas de la Ciencia del Derecho.

⁴⁵ Falcón, Enrique M., op. cit., nota 429, p128.

Vistos los conceptos anteriores, y analizando cada uno de ellos, nos damos cuenta que cada definición, interrelaciona varias acepciones a la vez, tales como: “información, informática (a su vez cibernética), jurídica y Derecho”; tales conceptos subsisten en las nuevas definiciones que forman, por lo que, haciendo una reflexión general, concluiríamos que la Informática Jurídica, forma parte de la Informática (en cuanto a su objeto) y que el Derecho Informático, a su vez, forma parte de la Ciencia del Derecho, este análisis, resulta lógico, pero en la realidad no es así; el México del siglo XXI aún no considera al Derecho Informático como una rama del Derecho, no le considera autonomía, sino que considera que los problemas legales que se originan con motivo del uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación, deben ser resueltos, estudiados y analizados por las ramas jurídicas existentes, es decir, no se considera que haya un problema jurídico propio del Derecho Informático. Ante esta realidad, antes de iniciar el estudio de las fuentes del conocimiento jurídico de la Informática Jurídica, es necesario, resolver el siguiente cuestionamiento:

5.3.2 ¿ES EL DERECHO INFORMÁTICO UNA RAMA DEL DERECHO?

En la actualidad, hay cierta reticencia para catalogar al Derecho Informático como una rama autónoma del Derecho, se ha dicho, que los problemas que se generan con motivo del uso de las nuevas tecnologías, deben ser objeto de estudio de las ramas jurídicas existentes, se considera, que sería un error tratar de fundar una nueva rama jurídica dedicada a la solución de este tipo de conflictos, se dice, que este tipo de problemas no exigen soluciones novedosas, sino simples adaptaciones de las soluciones existentes a las peculiaridades de dichos problemas, y en otros casos, el uso de nuevas tecnologías crean problemas nuevos para las ramas jurídicas

tradicionales; por ejemplo: El caso de la competencia internacional en materia de derechos de autor.

Para analizar esta situación, es necesario preguntarnos: ¿Qué acaso no se ha dicho que “la revolución informática” ha provocado un fenómeno social, científico, económico y cultural?, qué por su naturaleza requieren de nuevas estructuras, que faciliten su estudio, análisis y entendimiento; razonamientos y teorías nuevas, que unifiquen criterios, nos proporcionen principios y conceptos, que conformen las directrices que ayuden a institucionalizar el Derecho Informático, para que a través de éste, sea posible la solución de conflictos que tengan su origen en medios electrónicos. (Baste por ahora, este sólo enunciado, mismo que se pretende desarrollar en capítulo VI, dentro del punto de análisis crítico).

En efecto, es la masificación o uso generalizado de los medios electrónicos, lo que provoca, que sea considerado como un fenómeno social, que trastoca todos los ámbitos de desarrollo del ser humano, y por consiguiente, se puedan generar derechos y obligaciones, o bien, se pueden afectar derechos, en el desarrollo de sus actividades mediante el uso de los medios electrónicos.

Es precisamente el desarrollo de nuevas tecnologías, lo que obliga a su reconocimiento y regulación en los diferentes ordenamientos legales, no se trata de discutir si el uso de las nuevas tecnologías se hace con base a derechos subjetivos, las teorías sociales se ven rebasadas por la realidad, hoy en día, se debe hacer uso de conceptos tales, como la automatización, interrelación, globalización, electrónica, etcétera, por considerar algunos, mismos que deben ser ejes torales en el desarrollo de su regulación, ya que, son conceptos que tienen un significado universal, y un uso indiscriminado; las nuevas generaciones no hacen conciencia de conquistas, colonizaciones, revoluciones ni de movimientos armados para lograr el reconocimiento de garantías fundamentales, no, las

nuevas generaciones hacen uso de nuevas tecnologías para informarse y comunicarse, para obligarse, para buscar un mejor desarrollo; en la actualidad basta “prender la computadora para echar un vistazo al mundo”, con el uso de las nuevas tecnologías se expande aparentemente el derecho de libertad, se dan por ciertas y válidas las teorías de los derechos subjetivos y del contrato social, y tantas teorías que han contribuido al desarrollo de la humanidad, por tanto, no es menester volver sobre ellas, sino regular de manera eficiente la aparición de esas tecnologías que pueden contribuir al desarrollo individual y colectivo, mediante nuevas estructuras que cumplan con las exigencias de estos tiempos de cambio, dichas estructuras requieren independencia de las materias ya establecidas, esto por exigencias científicas por cuanto al conocimiento específico que debe tener su organización y orden, o simplemente, por razones prácticas se llegaría a la separación de la materia que regula, para poder lograr su organización y sistematización, ya que por su objeto y estudio, tanto las normas legales, doctrina y jurisprudencia, siempre encontrarían un elemento común como lo son “las tecnologías de información y comunicación”; o también como se les ha llamado “medios electrónicos”; además es necesario considerar, que estas nuevas tecnologías van arrojando constantes cambios, nuevos problemas que aún están pendientes de ser contextualizados en un campo que aún no está definido en los países en vías de desarrollo (como en el caso de México), ya que se siguen usando procedimientos tradicionales para analizar conflictos derivados del uso masivo de nuevas tecnologías.

Si nos detenemos un momento y analizamos la labor de los tribunales frente a estos conflictos, nos damos cuenta, que dichos tribunales carecen de los ordenamientos legales específicos para poder valorar adecuadamente una prueba cuyo origen sea la electrónica. Ante esto, el juzgador debe recurrir a los principios

generales del Derecho, ya que no puede dejar de resolver; se pensará que el problema se resolvió y no hubo necesidad de crear nuevas normas legales, ni dar reconocimiento al Derecho Informático, mas sin embargo, el problema se agudiza, cuando los problemas no solo incumben el ámbito nacional, sino que trasciende a nuestras fronteras y nos vemos inmersos en un conflicto con ciudadanos que pertenecen a un país, que sí se ha preocupado por regular y reconocer la autonomía del Derecho Informático, caso concreto de ciudadanos de la Unión Europea o de los Estados Unidos de Norteamérica.

La autonomía de una rama del Derecho no implica que se separe o desentienda de la ciencia a la cual pertenece y de la cual depende, sino que aborde los problemas con método e instituciones propios.

“En el concepto tradicional, la autonomía de una rama jurídica se basa en cuatro pilares:

1. En el campo normativo (legislación específica).
2. En el campo docente (estudio particularizado de la materia).
3. En el campo científico (investigadores y doctrinarios que aborden los problemas específicos de la materia).
4. En el campo institucional (por tener instituciones propias que no se encuentren en otras áreas del Derecho.”⁴⁶

“A veces el grado de profundización que ha logrado una ciencia, trae como consecuencia una cierta independencia en el estudio de los diferentes aspectos que engloba la misma. El más viejo ejemplo es el Derecho Civil: conforme se ha ido ahondando en su estudio, han ido adquiriendo autonomía propia, el derecho de las obligaciones, el derecho de los contratos, el derecho de daños, etc. En el campo de la información

⁴⁶ Ibidem, p.130,131.

más bien ha surgido un proceso inverso: las diferentes ramas han comenzado a estudiarse por separado, y hoy se tiende a unificarlas.”⁴⁷

5.3.3 ESTUDIO DE LAS FUENTES DEL CONOCIMIENTO DE LA INFORMÁTICA JURÍDICA

INFORMÁTICA JURÍDICA DOCUMENTAL

La informática jurídica documental, tiene por objeto la automatización de los sistemas de información relativos a las fuentes del conocimiento jurídico: legislación, jurisprudencia y doctrina. En las circunstancias actuales el acceso de los profesionales del Derecho a sistemas adecuados de documentación jurídica informatizada resulta del todo imprescindible.

La inflación normativa es sin duda uno de los fenómenos característicos de las sociedades tecnológicamente avanzadas del presente. El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos.

La transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente opacidad e inescrutabilidad: el Derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible para los propios especialistas. El valor de la seguridad jurídica se resquebraja por el menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información.

La crisis de información y documentación en el Derecho de las sociedades tecnológicamente avanzadas, producida por la avalancha de legislación, jurisprudencia y doctrina, sólo pueden ser, a su vez, contrarrestada poniendo en juego medios proporcionados, o sea, a

⁴⁷ Altmark, Daniel Ricardo, Informática y Derecho, Vol.I, Depalma, Argentina, 1987, p.18.

través del adecuado empleo de la tecnología informática y los sistemas de teledocumentación. Sólo así el jurista y, en concreto el abogado, se haya en condiciones de restablecer un equilibrio entre el incesante flujo de datos jurídicos y su capacidad para asumirlos y aprovecharlos.

INFORMÁTICA JURÍDICA DE GESTIÓN

“Uno de los actores informáticos que registran un desarrollo más decidido en los últimos años es el que se refiere a informática de gestión, la ofimática, o la burótica, denominaciones con las que tiende a traducir la expresión inglesa “Office automation”. Bajo dicho rótulo se inscriben todos los avances tendentes a la automatización de las tareas rutinarias que se llevan a cabo en cualquier oficina y, por tanto, en las oficinas o despachos jurídicos. Se trata de la realización a través de soportes informáticos o telemáticos de operaciones destinadas a recibir y transmitir comunicaciones de cualquier tipo, de leer y escribir textos; de formar, organizar y actualizar archivos y registros; exigir y recibir pagos; estipular condiciones y controlar su cumplimiento. Los avances de la ofimática permiten, en lo que atañe en la gestión de la justicia y la abogacía, automatizar todas aquellas operaciones estandarizadas y que obedecen a pautas regulares y constantes en la escritura, el registro, la transcripción, la contabilidad, la documentación, la comunicación y la certificación. Gracias a la gestión automatizada de la oficina judicial y del despacho profesional del abogado se tiende a lograr resultados más uniformes, imparciales, transparentes rápidos y económicos. Los empleados de la oficina jurídica, empezando por el Juez y/o el abogado podrán dedicarse así de manera exclusiva a labores que exijan una actividad creadora, o que precisen de la iniciativa personal o deban ser decididos “caso por caso”. Es evidente que para el logro de todo ello se requieren programas aplicativos que respondan a las exigencias específicas de cada despacho y a un software desarrollado.

INFORMÁTICA JURÍDICA DECISIONAL

La informática jurídica metadocumental o decisional, se halla integrada por los procedimientos dirigidos a la sustitución o reproducción de las actividades del jurista; a proporcionarle decisiones y dictámenes, es decir, a ofrecerle soluciones de problemas y no mera documentación sobre problemas. Actualmente uno de los sectores más dinámicos y en constante evolución de la Informática Jurídica metadocumental o decisional es el que se refiere a la aplicación al Derecho de la inteligencia artificial y los sistemas expertos.

La inteligencia artificial alude al conjunto de actividades informáticas que si fueran realizadas por el hombre se considerarían producto de su inteligencia. La propia amplitud de estas operaciones que abarcan desde la comprensión de lenguajes naturales, el reconocimiento de imágenes o sonidos, hasta una amplia y diversa gama de juegos y simulaciones, han determinado una necesidad de acotar y delimitar su ámbito.”⁴⁸

5.3.4 TEMAS DE REGULACIÓN DEL DERECHO INFORMÁTICO

Los temas de regulación del Derecho Informático, se relacionan de manera directa con los problemas que se presentan en el campo de la informática, y que requieren una solución de carácter jurídico; sin duda, esto representa una problemática mayor, ya que recordemos que en el Derecho Positivo Mexicano, no se considera autonomía al Derecho Informático, sino, que las normas que tienen que ver con el campo de la informática, se encuentran inmersas en otras ramas del Derecho, así, tenemos que el Comercio Electrónico, está regulado por el Código Civil Federal, el Código de Comercio, la Ley Federal de Protección al Consumidor y los Códigos Civiles de los Estados, tal y como ya lo hemos visto; la informática en la Administración Pública, también se encuentra dispersa, así tenemos a la Ley de Información y Estadística y Geografía, que reconoce a la informática en su artículo 3º, fracción VIII, como: “la tecnología para el

⁴⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, op. cit., nota 465, ps.41-44.

tratamiento sistemático y racional de la información mediante el procesamiento electrónico de datos”; el Código Financiero del Distrito Federal contiene disposiciones para la autorización de los sistemas de registro electrónico de contabilidad y procesamiento electrónico de datos; de igual manera, los Reglamentos Interiores de distintas Secretarías de Estado y dependencias públicas, previenen de la existencia de sistemas de procesamiento de datos electrónicos, etcétera.

Para determinar los temas de regulación del Derecho Informático, tendríamos que revisar los ordenamientos legales vigentes que recojan disposiciones tendientes al tratamiento de los medios electrónicos, los mensajes de datos y en general todo aquello que tenga que ver con la informática; mientras el Derecho Informático no esté sistematizado en un cuerpo ordenado de leyes, no puede tratarse el tema por separado, sino que tenemos que referirnos a los temas o materias que se ven afectados por la Informática, y para resolver las controversias que no se han planteado en la ley en específico, se tendrá que recurrir a la analogía y a los principios generales del Derecho.

5.4 LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Como ya ha quedado señalado, la “revolución informática” ha influido en todos los campos de la vida cotidiana, ha modificado estructuras y doctrinas, mismas que son la base de la sociedad, y por tanto, la Ciencia del Derecho, no es la excepción y regula dichos cambios, identificándolos como “medios electrónicos y procesamiento de datos”, por lo que, en un primer esfuerzo les da reconocimiento en la legislación mexicana, incluyéndolos en los cuerpos legales ya existentes; así tenemos:

1. Código Civil Federal.
2. Código Federal de Procedimientos Civiles.

3. Código de Comercio.
4. Código Civil, de cada uno de los Estados, incluyendo al D. F.
5. Ley Federal de Protección al Consumidor.
6. Ley del Mercado de Valores.
7. Ley de Adquisición, Arrendamientos y Servicios al Sector Público.
8. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas.
9. Ley de Instituciones de Crédito.
10. Código Penal del Distrito Federal.
11. Código Penal Federal.
- 12 Código Fiscal.
- 13 Ley del Impuesto Sobre la Renta.
- 14 Código Financiero del Distrito Federal.
- 15 Ley del Seguro Social.
- 16 Ley de Información Estadística y Geografía.
- 17 Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.
- 18 Reglamentos Interiores de distintas Secretarías de Estado y Dependencias Públicas (Secretarías de: Economía, Educación Pública, Defensa Nacional, Reforma Agraria, Marina, Trabajo y Previsión Social, Administración Pública del Distrito Federal).

5.5 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEDIO DE PRUEBA

Hablar de los medios de prueba, es referirnos al: “instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción”⁴⁹, el medio de prueba es sólo la vía con la que se pretende demostrar cualquier hecho o circunstancia controvertida en un litigio.

Del análisis de este concepto, se desprenden los cuestionamientos más usuales respecto del documento electrónico, ya que no obstante que se presente un documento en soporte papel y se diga que se obtuvo de un “medio electrónico”, éste no puede ser

⁴⁹ Gómez Lara, Cipriano, op. cit., nota 7, p.301.

considerado como la prueba en sí misma, se consideraría como una “copia simple” sin valor probatorio alguno, ya que la prueba de un “documento electrónico” se basa en el medio de recuperación de éste, es decir: “el documento electrónico en sentido estricto, es el que aparece instrumentado sobre la base de impulsos electrónicos y no sobre un “soporte papel”; es lo que se conserva en forma digital en la memoria central de la computadora, o en las memorias de masa, y que no pueden ser leídos o conocidos por el hombre, sino como consecuencia de un proceso de traducción que haga perceptible el código de señales digitales”.⁵⁰

A este concepto, debemos agregar que los instrumentos de prueba, en su sentido más amplio, son aportados por las partes en la instancia procesal, mediante reglas o disposiciones previamente establecidas en la ley. En efecto, toda pretensión jurídica debe acreditarse tomando en cuenta los medios de prueba que son reconocidos, sus términos para ser ofrecidos, admitidos o desechados, su preparación, desahogo y valoración mediante los sistemas establecidos.

En este orden de ideas, la prueba se constituye en el elemento más importante del procedimiento, cualquiera que éste sea, se convierte en elemento trascendental de la sentencia, de su valoración vendrá un pronunciamiento justo, equitativo y objetivo, la prueba como tal, se constituye en elemento de seguridad jurídica en el procedimiento.

Ahora bien, como puede apreciarse, lo antes descrito, se da en un marco teórico que incluye un elemento de prueba, de los reconocidos expresamente por la ley; pero qué sucede cuando la ley no regula de manera adecuada una prueba, sino que agrega textos como: “Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin

⁵⁰ Téllez Valdés, Julio, op. cit., nota 277, p. 247.

más limitación que la que de las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral” (art.278 CPCDF); “Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos.” (art.289 CPCDF)

Dichos textos (arts.278 y 289 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.), son tan amplios, que en principio no parecen limitar el ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de las “pruebas provenientes de medios electrónicos”, sin en cambio, el problema lo encontramos cuando nos preguntamos: ¿Qué se entiende por documento electrónico?, ¿qué documento debo de acompañar a la demanda para fundar la acción pretendida?, ¿qué documento debo de anexar para acreditar la excepción?, o bien, como lo señala la ley, qué documentos debo acompañar que acrediten o desvirtúen un hecho controvertido; en vía de respuesta (valga la expresión), preguntaría: ¿Acompaño al escrito de demanda, lo que se conoce como “Unidad Central de Procesamiento”?(CPU), o bien, acompaño al escrito de demanda, la representación material de los impulsos electrónicos, sobre soportes magnéticos, como lo son los discos flexibles, CD-ROM, Unidad de Cinta, Unidades Ópticas, Unidades de Disco Duro Removibles, Disco Digital Versátil (DVD), o simplemente acompaño “copias simples” de la información digitalizada en la computadora.

De éstas interrogantes podrían derivarse muchas más, como por ejemplo: ¿qué documentos anexo para correr traslado, al momento de notificar la demanda?, debo de fundar mi demanda en un documento electrónico, buscando que su eficacia probatoria se base en una prueba pericial, testimonial o inspección judicial, quizá resuelto lo anterior, tendríamos un problema mayor, cómo atribuirle a la parte demandada la pretensión que se reclama en la vía legal intentada, sino fue realizada entre “personas presentes”.

A este respecto, también debemos considerar el papel que juega el juzgador frente a los cuestionamientos planteados, ya que el juez es quien debe valorar las pruebas desahogadas por las partes, mismas que buscan que el juzgador al valorar la prueba ofrecida y desahogada determine su eficacia probatoria y sea considerada al momento de dictar sentencia.

Otro elemento que se debe considerar, es el sistema de valoración de la prueba, ya que de la forma como se valore la prueba, se determinará la eficacia de los diversos medios de prueba. “Por regla general hará el juez la valoración de las pruebas, al momento de dictar sentencia y será el fin de la valoración de las pruebas, el mismo fin que se pretende lograr con las pruebas, obtener el conocimiento de la verdad, respecto de los hechos que sean materia de la controversia,”⁵¹ “la apreciación o valoración de las pruebas es la operación que realiza el juzgador con objeto de determinar la fuerza probatoria de cada uno de los medios practicados en el proceso. Se trata de la operación por la cual el juez decide el valor de cada uno de los medios desahogados. Esta operación la exterioriza en la sentencia, en la parte denominada considerandos.”⁵²

Del panorama aquí planteado, sin lugar a dudas, nos damos cuenta que tanto el objeto de la prueba (qué se prueba) como el procedimiento probatoria (como se prueba), e incluso la valoración de la prueba (qué valor tiene la prueba producida) se ven limitados por la falta de regulación expresa del denominado “documento electrónico”, lo que puede llevar al juzgador a una apreciación errónea de la eficacia probatoria de dicho “documento electrónico”, ya que la determinación de los medios de prueba y la forma como debe ser desahogada, y valorada, le corresponde establecerlo a la ley.

⁵¹ Kelley Hernández, Santiago A., Teoría del Derecho Procesal, 4ª edición, Porrúa, México, 2003, p.155.

⁵² Ovalle Favela, José, op. cit., nota 22, p.176.

Mientras tanto, para lograr, que dichos documentos electrónicos sean admitidos en juicio, es necesario presentarlos en el proceso bajo varias circunstancias que no corresponden a la naturaleza misma del “documento electrónico”, es decir, se pueden presentar al juzgador para su valoración, haciendo depender su eficacia probatoria en otras probanzas, tales como las periciales, testimoniales, confesional e inspección judicial, pero, también se cae en el riesgo de que los “documentos electrónicos” sean considerados como “instrumentales”, en cuyo caso, se tendría que sujetar a las disposiciones que la ley establece a este respecto, o bien como meros “indicios”; además, debemos tomar en cuenta el alcance y valor probatorio que se pretende dar al “documento electrónico”, ya que éste quedaría sujeto a la confirmación por otros medios de prueba, y en todo caso, a la apreciación del juez, conforme a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

En atención a este punto en específico, me permito preguntar: ¿Qué experiencia se tiene en el tratamiento y valoración de elementos de prueba que provienen de medios electrónicos?.

Sin duda, son más preguntas, que respuestas; para poder llegar a conclusiones y respuestas apegadas a la realidad, me propongo presentar, a manera de ejercicio práctico, una demanda judicial, que se funde y motive en medios electrónicos, para poder determinar, tanto criterios judiciales actuales, como las dudas que presenta el juzgador en el manejo de este tipo de demandas, ya que como se ha dicho, las dudas se presentan desde el momento mismo de fundar la demanda, siguiendo por los documentos que se deben acompañar a la misma, y la estrategia que se debe seguir, para probar un hecho que paso en el manejo de medios electrónicos.

Por lo que, para el desarrollo del Capítulo VII, anexaré los avances que se tengan en el caso práctico, que se pretende

presentar ante los Tribunales de Primera Instancia del Fuero Común en el Distrito Federal.

5.5.1 DOCUMENTOS

Los documentos, se encuentran entre los principales medios de prueba, para efectos de su análisis únicamente me concretaré en la manera como se regulan en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya que los cuestionamientos que se han realizado en el presente trabajo, van encaminados a resaltar de manera clara la necesidad que existe de que se legisle y regule las pruebas provenientes de los medios electrónicos, como lo es, por supuesto, el “documento electrónico.”

DEFINICIONES:

ETIMOLOGÍA

Se deriva del latín “documentum” y este a su vez del verbo “doceo” (enseñar), cuya raíz nos la da el griego “dekos,” por tanto “documento” se considera que se deriva de “docere” que significa “enseñar o hacer o conocer.”

1. DOCUMENTO: “Se entiende toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser materia o literal.”⁵³

2. DOCUMENTO: “Instrumento o escrito en el que consta la narración y circunstancias de un hecho, o que constituyan, modifiquen o extingan relaciones jurídicas.”⁵⁴

3. DOCUMENTO: “Todo objeto material que porte, registre o fije, en sí, información, es decir, el conjunto formado por el contenedor con su contenido, con el objetivo de conservar y transmitir dicha información en el

⁵³ Ibidem, p. 154.

⁵⁴ Cfr. www.lexjuridica.com/diccionario.php. Abril 24 de 2006.

dominio del espacio y el tiempo a fin de ser utilizada como instrumento jurídico o probativo, testimonio histórico, etcétera.”⁵⁵

4. DOCUMENTO: “Toda fuente de información registrada sobre cualquier soporte.”⁵⁶

5. DOCUMENTO: “Es el testimonio material de un hecho o acto realizado en el ejercicio de sus funciones por instituciones o personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, registrado en una unidad de información en cualquier tipo de soporte (papel, cintas, discos magnéticos, películas, fotografías, etc.) en lenguaje natural o convencional. Es el testimonio de una actividad del hombre.”⁵⁷

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

CAPÍTULO VI. EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA VÍA JURISDICCIONAL

La aplicación de las nuevas tecnologías en casi todos los ámbitos de la vida cotidiana, trajo consigo una evolución impensada de la prueba documental, la cual abandona el concepto clásico, de que sólo puede ser “documento”, aquello que consigna signos gráficos en forma de escritura convencional, ya hoy en día se acepta que la prueba documental puede ser un objeto o una cosa capaz de proporcionar certeza sobre la representación permanente y segura de actos o hechos que tienen relevancia en un proceso judicial.

Recordemos que en nuestra legislación procesal, se consagra la libertad probatoria, sobre un sistema mixto de valoración de las pruebas, en donde el juzgador debe apreciar en su conjunto los diversos medios de prueba aportados por las partes, explicando con toda claridad los fundamentos de su valoración jurídica, y por consiguiente el de su decisión.

El ordenamiento procesal de la materia civil, regula las pruebas instrumentales, entendiendo por éstas, únicamente a los soportes papel que incorporan signos en forma de escritura convencional, regulando su forma, condiciones de validez, carácter, ya sea público o privado, autenticidad y grados de eficacia como medio de prueba, por lo que cabe preguntarnos, si con ese sistema de libertad probatoria o libertad de medios de prueba que establece el artículo 289 del Código Adjetivo, resultan admisibles como elementos de convicción los soportes magnéticos u ópticos cuya característica es almacenar para posteriormente reproducir imágenes, sonidos, cifras o datos relevantes para el proceso judicial, asimismo, es conveniente preguntarnos, si fueran admisibles como elementos de convicción, cual sería su valor o eficacia probatoria en la convicción del juzgador; ante tales interrogantes, es conveniente analizar los conceptos de eficacia y valor probatorio, para ir determinando su significado y alcance en el proceso judicial.

6.1 ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS DE EFICACIA Y VALOR PROBATORIO

Los conceptos de “eficacia probatoria” y “valor probatorio” adquieren relevancia durante la etapa de resolución, ya que es en esta etapa procesal, exclusiva del juzgador, que la valoración o apreciación de los medios de prueba aportados por las partes al proceso logrando un grado superlativo, por lo que, debemos entender que durante la apreciación de los medios de prueba, el juzgador realizará una serie de: “operaciones mentales que tienen por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.”¹

Es a través de la apreciación de los medios de prueba, que se realiza un estudio crítico de todos y cada uno de ellos, valorándolos primero de manera individual, y posteriormente con la aplicación de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia valorarlos en su conjunto, para llegar a la determinación que en Derecho corresponda, tomando en cuenta claro está, por una parte los medios de prueba aportados para tratar de acreditar la acción intentada, y por la otra, los aportados para desvirtuar u oponerse con otros hechos que signifiquen excepciones o defensas.

Si como hemos dicho, los conceptos de “eficacia probatoria” y “valor probatorio” adquieren relevancia durante el proceso mental que realiza el juzgador para apreciar los medios de convicción aportados por las partes, bien vale la pena señalar las diversas fases o etapas de la función valorativa llevada a cabo por el juez, las cuales, en opinión de diversos autores como Devis Echandía, Montero Aroca, Casimiro A. Varela, Gerhard Walter, consisten en la: “percepción, representación o reconstrucción y razonamiento,”² ya que mediante estas etapas, de la función valorativa, el juzgador puede llegar a la convicción personal sobre los hechos controvertidos.

El juzgador que hace uso del principio de inmediatez procesal, percibe y observa de manera directa (y en la mayoría de las veces de manera indirecta) los medios de prueba aportados por las partes, lo cual es fundamental para arribar a conclusiones, en vía de eficacia y grado probatorio de los elementos de convicción

¹ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 273.

² Idem, p. 275.

que se encuentran aportados al proceso, con lo que le permitirá representar o reconstruir históricamente los hechos alegados por las partes, en dicha representación o reconstrucción, el juzgador debe tomar en consideración los medios de prueba en su conjunto, pues de su interpretación y valoración, que se realiza a través de las ya citadas operaciones mentales, se llegará a establecer la certeza respecto de las afirmaciones hechas por los litigantes.

Así pues, establecido el panorama general de la apreciación de los medios de prueba, es conveniente señalar los conceptos de eficacia y valor probatorio, los cuales trataremos de analizar para llegar a conclusiones que nos permitan demostrar la relevancia que dichos conceptos tienen para el documento de origen electrónico.

EFICACIA PROBATORIA

La palabra “eficacia” proviene del latín *efficax*, *efficacia*, que significa tener la: “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.”³

VALOR PROBATORIO

Por sí sola, la palabra “valor” significa: “grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar.”⁴

También es considerada como sinónimo de fuerza, actividad, eficacia o virtud de las cosas para producir sus efectos.

Para efectos procesales, Devis Echandía, lo define como: “la aptitud que tiene un hecho (solo o en concurrencia con otros) para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo hecho quede demostrado.”⁵

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA DE LA EFICACIA PROBATORIA

Uno de los obstáculos que enfrenta el documento de origen electrónico, es precisamente la idea de que carece de seguridad o fiabilidad, por entenderse que

³ Diccionario electrónico: <http://www.rae.es>, enero 25 del 2006.

⁴ Garrone, José Alberto, Diccionario Manual Jurídico-Abeledo Perrot, Editorial Abeledo-Perrot, S.A.E.e.I., 2ª edición, Buenos Aires, 2004, p. 748.

⁵ Idem. p. 297.

es de fácil manipulación o alteración en cuanto a su contenido, apreciación que resulta errónea, ya que al igual que los documentos tradicionales, presenta las mismas características que aquellos, y en algunos casos con un mayor grado de seguridad que los documentos en soporte papel, sin embargo, se ha presentado cierta reticencia para considerarlos como nuevos instrumentos probatorios, razón por la cual se ha dedicado una gran parte de los esfuerzos de los expertos en informática, a dotar de seguridad y certeza a las operaciones llevadas a cabo a través de medios electrónicos.

“De ahí el desarrollo de los diferentes sistemas de seguridad y, especialísimamente, de los procedimientos o técnicas de encriptación o cifrado en que se basa la firma electrónica y singularmente la digital.”⁶

De las consideraciones anteriores, podemos darnos cuenta de la necesidad que existe de conocer el grado de eficacia y valor probatorio, que tienen los documentos de origen electrónico, ya que si bien es cierto, que no existe disposición legal que prohíba su proposición, también lo es, que no existe en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal disposición que regule su ofrecimiento, admisión, desahogo y mucho menos su valor probatorio, por lo que, ante el surgimiento de estos nuevos elementos de convicción, es prioritario regularlos de una manera expresa, para otorgar fiabilidad y seguridad jurídica a los usuarios de estas nuevas tecnologías.

Mientras tanto, procuraremos cubrir la ausencia de disposición legal, con razonamientos procesales que nos ayuden a arribar con cierto grado de fiabilidad a las conclusiones que nos permitan determinar la eficacia y valor probatorio de los documentos de origen electrónico.

En nuestra opinión, la eficacia probatoria es consecuencia de la apreciación de los medios de prueba, considerando en ésta, tanto a la interpretación como a la valoración, ya que mediante la interpretación, el juzgador determina cuál es el resultado que se desprende de cada uno de los medios de prueba, sin atender a la aptitud que tiene el elemento de convicción aportado por las partes, para

⁶ Ormazábal Sánchez, Guillermo, op. cit., nota 221, p. 164.

demostrar jurídicamente otro hecho, tal y como lo señala Devis Echandía,⁷ en tanto, que el juzgador al realizar, ya propiamente la valoración de los medios de prueba en su conjunto, revisará en ellos, tanto los requisitos de forma, como los requisitos de fondo, realizando una serie de operaciones mentales, que le permitan obtener los argumentos de prueba, que lo llevarán a otorgar cierto grado de eficacia probatoria a los medios de prueba agregados al proceso, por lo que, bien pudiéramos considerar que la eficacia probatoria, responde a la pregunta, ¿porqué el Juez le da valor probatorio a tal o cual medio de prueba?.

Así pues, al otorgarse eficacia probatoria a los medios de prueba aportados por las partes, y obtener de ellos argumentos de prueba, se llega a la convicción de los hechos alegados, pudiendo el juzgador plasmarlos en su sentencia.

Por tanto, la eficacia probatoria pudiéramos considerarla, en un sistema de libre valoración, como el “motivo de convicción” que logra el efecto de reconocer valor o fuerza probatoria a un determinado medio de prueba o a varios en su conjunto.

En tanto, que en un sistema de valoración tasada o valoración legal, la eficacia probatoria de los medios de prueba, la señala el legislador, por plasmar en la ley anticipadamente el grado de eficacia o de fuerza probatoria que tienen los medios de prueba.

Así pues, como hemos dicho, la primera operación mental que lleva a cabo el juzgador, o quien le proyecte la sentencia, es la de interpretar de manera individual cada medio de prueba, obteniendo de dicha interpretación, elementos de representación de los hechos alegados, se trata por tanto, de una labor anticipada a la valoración de la prueba, ya que en su interpretación, únicamente se observa qué es lo que el testigo ha dicho, qué confeso el absolvente, cuál es la conclusión a la que se llega con la prueba pericial, qué se deduce de las pruebas documentales, qué observó el propio juzgador cuando realizó la inspección judicial; se trata pues, de representar fielmente los hechos narrados por las partes en cada una de sus pretensiones.

⁷ Devis Echandía, Hernando, op. cit., nota 35, p. 278.

Ya a la luz de la valoración, el juzgador analizará cada medio de prueba aportado por las partes, las circunstancias particulares de cada uno de ellos, determinando el valor concreto que debe otorgarse a cada prueba, para arribar a la convicción de los hechos litigiosos.

Habiendo representado fielmente los hechos y dándole a cada medio de prueba un valor de credibilidad de manera concreta, el juez procederá a apreciar la prueba a través de operaciones mentales, teniendo como punto de partida las fuentes de prueba, para llegar a establecer “motivos de convicción,” que invariablemente lo arribarán a determinarle cierto grado de “eficacia probatoria” a los medios de prueba aportados por las partes.

Como ya se ha mencionado, nuestro código procesal, adopta la “libertad de medios,” pero inexplicablemente no regula la forma como deben aportarse al proceso por las partes o por el propio juzgador, ya que como hemos dicho, el juez mexicano tiene facultades para ordenar el desahogo de medios de prueba que no hayan aportado las partes, tal y como lo previenen los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aquellos medios de prueba que no se encuentran expresamente regulados, situación que provoca confusión e inseguridad jurídica en los litigantes, dejando además, en completa libertad al juzgador para aplicar su criterio, ya por analogía, ya por interpretación o hasta por criterio, debido a que en este sentido, no existe jurisprudencia ni pronunciamiento alguno que haya emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por consiguiente, ante la falta de regulación expresa, surge la necesidad de reglamentar los medios de prueba que rompen con los tradicionalmente conocidos, ya que como ha quedado establecido, el artículo 289 del código adjetivo, establece esa “libertad de medios” a la que nos hemos referido.

En otro orden de ideas, y reconociendo la necesidad que existe de regular los medios de prueba “no expresamente previstos en la ley,” sin duda, al regularlos el legislador, reconocería los avances de la ciencia y la tecnología, en los diversos campos de la vida, lo que traería consigo, una innovación procesal,

colocando a nuestros códigos de procedimientos, a la altura de los más avanzados del planeta.

En lo que respecta, a la materia que ocupa el tema del presente trabajo, si el legislador regulará de manera abierta los medios de prueba de origen electrónico, estaría reconociendo únicamente la evolución de las formas de comunicación de la sociedad en general, ya que no se puede decir, que el internet es un medio de comunicación elitista o sólo para algunos grupos sociales, no, en definitiva, el internet ha invadido todos los ámbitos de la vida cotidiana, tal y como se ha mencionado en capítulos anteriores.

ALCANCE DEL ARTÍCULO 289 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Dicho artículo, como ya se ha dicho, establece la “libertad de medios probatorios,” por lo que nada impide que se puedan aportar al proceso judicial, las pruebas documentales de origen electrónico, la problemática se presenta en lograr la eficacia probatoria en la psique del juzgador, tratándose de un sistema de libre valoración, por lo que, la tarea principal será establecer la estrategia que permita probar de manera indefectible la autenticidad de las documentales referidas, así como su inalterabilidad y método en que fueron generados, guardando medidas de seguridad en su reproducción, ya que no hay que olvidar, que los documentos de origen electrónico son de fácil reproducción, tanto en soportes magnéticos, ópticos o incluso en su sentido más amplio, representados en soporte papel.

La duda se puede presentar en el planteamiento de la estrategia a seguir, ante las preguntas: ¿cómo debemos considerar los elementos de prueba de origen electrónico?, ¿cómo probamos la autenticidad de las pruebas de origen electrónico?, ¿cómo logramos su eficacia probatoria?, ¿cómo las ingresamos al procedimiento judicial?, ¿dónde se encuentra el original de los elementos de prueba de origen electrónico?, ¿cómo damos cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 95 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal?.

Con el panorama planteado y las interrogantes señaladas, podemos establecer una estrategia que nos permita solventar los imponderables que todo

litigio ofrece, por lo que, trataremos de dar respuesta a cada una de ellas, con los diversos elementos que ya se encuentran agregados en capítulos anteriores:

1. ¿Cómo debemos considerar los elementos de prueba de origen electrónico?

En nuestra opinión, la respuesta se encuentra en la etimología misma del documento (*docere* = enseñar o hacer conocer) ya que con el devenir del desarrollo tecnológico y científico de los medios de comunicación utilizados por el ser humano, surge la necesidad de abandonar el concepto de que sólo las ideas expresadas a través de la escritura en soporte papel, eran documentos, dando paso al concepto general de que cualquier cosa o soporte material sirve para representar las ideas del ser humano; abandonando con ello, los conceptos tradicionales de que sólo los elementos tradicionales del papel y la escritura incorporada a éste, constituyen los documentos.

Antes de abordar pareceres doctrinarios de la prueba documental, detengámonos un poco en los antecedentes históricos de la prueba de referencia.

2. ¿Cómo probamos la autenticidad de los elementos de prueba de origen electrónico?

Los elementos de prueba de origen electrónico, son considerados como medios de prueba imperfectos, ante la relativa facilidad con que se pueden confeccionar y la cierta dificultad para demostrar de modo absoluto e indudable las falsificaciones, entre otros argumentos, por tanto, para que tales medios probatorios hagan prueba plena, deben ser perfeccionados con otros elementos, fundamentalmente con el reconocimiento expreso o tácito de la persona contra quien se utilizan, por un exhaustivo dictamen de peritos, mediante la testimonial de personas que también hayan intervenido en el momento en que se dice perfeccionado el documento electrónico, pues sólo de esa manera podría existir un fundamento lógico para formar en el juzgador cabal convicción.

3. ¿Cómo logramos su eficacia probatoria?

Si no se encuentran regulados de manera expresa en el código procesal, deberán perfeccionarse con otros medios de prueba, que permitan arribar al juzgador a la conclusión de la autenticidad, fiabilidad y seguridad con que fueron generados los elementos de prueba de origen electrónico.

4. ¿Cómo los ingresamos al procedimiento judicial?

En nuestra opinión, como documentales, observando las disposiciones que se encuentran en el código procesal de la materia, tales como los artículos 95 a 103 del ordenamiento procesal para el Distrito Federal, y los artículos 323, 324 y 331 del Código Federal de Procedimientos Civiles

5. ¿Dónde se encuentra el original de los elementos de prueba de origen electrónico?

Se encuentra en la Unidad Central de Procesamiento (CPU) de la computadora.

6. ¿Cómo damos cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 95 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal?

En nuestra opinión con copias simples de segundo grado en soporte papel y con dispositivos de almacenamiento, ya sean magnéticos, ópticos o cualquiera otro en el que se haya almacenado la información que se pretende utilizar como medio de prueba.

Las preguntas anteriormente formuladas, desde mi punto de vista, cubren las expectativas iniciales del postulante, para elaborar el escrito inicial de demanda, aunque bien cabe decirlo, pudiéramos ampliar las interrogantes

planteadas, para revestirlas de los más variados matices, que pudieran dirigirse por ejemplo desde lo preceptuado por los artículos 278, 279 y 289 del Código Procesal Civil, en donde sus disposiciones son tan amplias, que en principio no parecen limitar el ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de las “pruebas provenientes de medios electrónicos”, sin en cambio, el problema lo encontramos cuando nos preguntamos: ¿Qué se entiende por documento electrónico?, ¿qué documento debo de acompañar a la demanda para fundar la acción pretendida?, ¿qué documento debo de anexar para acreditar la excepción?, o bien, como lo señala la ley, qué documentos debo acompañar que acrediten o desvirtúen un hecho controvertido; en vía de respuesta (valga la expresión), preguntaría: ¿Acompaño al escrito de demanda, lo que se conoce como “Unidad Central de Procesamiento”?(CPU), o bien, acompaño al escrito de demanda, la representación material de los impulsos electrónicos, sobre soportes magnéticos, como lo son los discos flexibles, CD-ROM, Unidad de Cinta, Unidades Ópticas, Unidades de Disco Duro Removibles, Disco Digital Versátil (DVD), o simplemente acompaño “copias simples” de la información digitalizada en la computadora; de estas interrogantes podrían derivarse muchas más, tales como: ¿qué documentos anexo para correr traslado, al momento de notificar la demanda?, debo fundar mi demanda en un documento electrónico, buscando que su eficacia probatoria se base en una prueba pericial, testimonial o inspección judicial; quizá resuelto lo anterior, tendríamos un problema mayor, cómo atribuirle a la parte demandada la pretensión que se reclama en la vía legal intentada, sino fue realizada entre “personas presentes”.

A este respecto, también debemos considerar el papel que juega el juzgador frente a los cuestionamientos planteados, ya que el juez es quien debe valorar las pruebas desahogadas por las partes, mismas que buscan que el juzgador al valorar la prueba ofrecida y

desahogada determine su eficacia probatoria y sea considerada al momento de dictar sentencia.

Otro elemento que se debe considerar, es el sistema de valoración de la prueba, ya que de la forma como se valore la prueba, se determinará la eficacia de los diversos medios de prueba. “Por regla general hará el juez la valoración de las pruebas, al momento de dictar sentencia y será el fin de la valoración de las pruebas, el mismo fin que se pretende lograr con las pruebas, obtener el conocimiento de la verdad, respecto de los hechos que sean materia de la controversia,”⁸ “la apreciación o valoración de las pruebas es la operación que realiza el juzgador con objeto de determinar la fuerza probatoria de cada uno de los medios practicados en el proceso. Se trata de la operación por la cual el juez decide el valor de cada uno de los medios desahogados. Esta operación la exterioriza en la sentencia, en la parte denominada considerandos.”⁹

Del panorama aquí planteado, sin duda, nos damos cuenta que tanto el objeto de la prueba (qué se prueba) como el procedimiento probatorio (cómo se prueba), e incluso la valoración de la prueba (qué valor tiene la prueba producida) se ven limitados por la falta de regulación expresa del denominado “documento electrónico”, lo que puede llevar al juzgador a una apreciación errónea de la eficacia probatoria de dicho “documento electrónico”, ya que la regulación de los medios de prueba, la forma como debe ser desahogada, y valorada, deberíamos encontrarlo en la ley procesal.

Mientras tanto, para lograr, que dichos documentos electrónicos sean admitidos en juicio, es necesario presentarlos en el proceso bajo varias circunstancias que no corresponden a la naturaleza misma del “documento electrónico”, es decir, se pueden presentar al juzgador para su apreciación, haciendo depender su eficacia probatoria en medios de prueba expresamente reconocidos en la ley

⁸ Kelley Hernández, Santiago A., Teoría del Derecho Procesal, 4ª Edición, Porrúa, México, 2003, p.155.

⁹ Ovalle Favela, José, Derecho Procesal Civil, 9a Edición, Oxford, México, 2004, p.176.

procesal, tales como las periciales, testimoniales, confesional e inspección judicial, dejando un vacío en cuanto a la forma como deben incorporarse al proceso, o incluso, en cuanto a la regulación de la tramitación de peticiones de exhibición de documentos de origen electrónico que se encuentren en poder de la colitigante, ya que la sola exhibición del documento de una de las partes, crearía sólo un mero “indicio.”

Además, debemos tomar en cuenta el alcance y valor probatorio que se pretende dar al “documento electrónico”, ya que éste quedaría sujeto a la confirmación por otros medios de prueba, y en todo caso, a la apreciación del juez, conforme a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Luego entonces, como se desprende de las interrogantes planteadas, éstas suponen situaciones y cuestionamientos muy arduos, que incluso sobrepasan el alcance de nuestro código procesal, de nuestra doctrina y jurisprudencia, por lo que, considero que ante la falta de respuestas satisfactorias a dichas preguntas, se debe asumir el reto por las instancias respectivas y contribuir a dar respuesta a los cuestionamientos que plantea la realidad jurisdiccional.

Volviendo al tema que merece nuestra atención y estudio, bien cabe hacer la última reflexión: ¿Qué experiencia tienen nuestros juzgadores, en el tratamiento y valoración de elementos de prueba que provienen de medios electrónicos?.

Ante tal cuestionamiento, no debemos perder de vista el concepto vertido del valor jurídico del documento electrónico, mismo que ya quedó precisado en el punto 4.3 del capítulo IV, denominado “Valor de los Documentos Electrónicos,” al cual nos remitimos para señalar, que el valor jurídico del documento electrónico, será determinado por el juzgador atendiendo a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, como lo manda el artículo 402 del código procesal, ya que no hay disposición que le dé cierta eficacia probatoria, por lo contrario, en la

actualidad se pone en duda su seguridad y autenticidad, por lo que, es necesario adminicularlos con otros medios de prueba, como ya se ha dicho.

Ante tal situación, cabe hacer la reflexión, que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al permitir en su artículo 289, la libertad probatoria de las partes, permite a su vez, en el artículo 402 la libre valoración de los medios de prueba, por lo que no hay impedimento legal para que las partes aporten elementos de origen electrónico, y para que el juzgador admita dichos elementos de convicción.

La posibilidad de producir o de admitir los documentos electrónicos como medio de prueba, significa que no hay norma alguna que inhiba al juez para utilizar los documentos electrónicos como medios de prueba, que prevea la admisibilidad sólo en el caso de falta de otros medios de prueba o que imponga una determinada eficacia probatoria de ellos.

Esto, por lo demás, no significa que al documento electrónico el juzgador deba, en todos los casos, atribuirle plena atendibilidad, sino después de una adecuada valoración de la autenticidad y de la seguridad del documento electrónico, por lo que, debe reconocerse al documento electrónico en sentido estricto, valor de documento escrito, hasta en tanto se pueda probar la autoría del mismo, en cuyo caso se debe dar un valor de documento privado con todos los alcances jurídicos que este tiene.

Ante tal razonamiento, los elementos de prueba de origen electrónico exigen un adecuado reconocimiento de su valor jurídico por parte del legislador, tal y como se ha hecho en otras legislaciones procesales.

En la actualidad, este tipo de disposiciones resultan tanto más necesarias en cuanto se considere que la introducción de los medios informáticos en la vida social ha puesto en crisis los criterios tradicionalmente adoptados por el legislador como garantía de originalidad y de autenticidad del documento.

6.2 FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Ya en el capítulo anterior mencionamos que la “revolución informática” ha influido en todos los campos de la vida cotidiana, ha modificado estructuras y doctrinas, mismas que son la base de la sociedad, y por tanto, la Ciencia del Derecho no es la excepción y regula dichos cambios, identificándolos como “medios electrónicos y procesamiento de datos”, por lo que, habiendo ya precisado los ordenamientos en los que consta el tratamiento de esos “medios electrónicos y procesamiento de datos,” bien vale la pena, limitarnos a lo preceptuado por los ordenamientos del orden civil, que son los que vamos a requerir en el litigio que pretendemos instaurar, a efecto de demostrar que la falta de regulación de dichos medios electrónicos, por parte del legislador en el Distrito Federal, crea inseguridad jurídica en el gobernado, cuando hace uso de los medios electrónicos, para convenir o contratar; así como que la falta de una adecuada regulación en materia procesal de los elementos referidos, en el Código Federal de Procedimientos Civiles, crea confusión e inseguridad jurídica, tanto en el juzgador, como en los postulantes.

Por consiguiente, es conveniente señalar, a manera de recordatorio los ordenamientos legales que incluyen disposiciones tendientes a regular las comunicaciones y generación de datos y documentos de origen electrónico:

1. Código Civil Federal, en sus artículos:
1803, 1805, 1811, 1834 bis.
2. Código Federal de Procedimientos Civiles, en sus artículos:
210-A.
3. Código de Comercio.
4. Código Civil para el Distrito Federal.
5. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
6. Ley Federal de Protección al Consumidor.

7. Ley del Mercado de Valores.
8. Ley de Adquisición, Arrendamientos y Servicios al Sector Público.
9. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas.
10. Ley de Instituciones de Crédito.
11. Código Penal del Distrito Federal.
12. Código Penal Federal.
13. Código Fiscal.
14. Ley del Impuesto Sobre la Renta.
15. Código Financiero del Distrito Federal.
16. Ley del Seguro Social.
17. Ley de Información Estadística y Geografía.
18. Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.
19. Reglamentos Interiores de distintas Secretarías de Estado y Dependencias Públicas (Secretarías de: Economía, Educación Pública, Defensa Nacional, Reforma Agraria, Marina, Trabajo y Previsión Social y Administración Pública del Distrito Federal).

6.3 REQUISITOS LEGALES QUE DEBE REUNIR EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO PARA QUE SEA CONSIDERADO CON EFICACIA PROBATORIA

Para que surta eficacia probatoria no sólo el documento electrónico, sino cualquier medio de prueba, se requiere que se haya preconstituido en la forma y términos que establece la ley, o bien si se trata de medios de prueba reconocidos de manera expresa, éstos deben observar las disposiciones relativas a su ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo; pero tratándose de legislaciones que incluyan la regulación de los elementos de prueba de origen electrónico, es necesario como presupuesto procesal, que se hayan elaborado conforme la ley respectiva lo establezca.

Ahora bien, tratándose de legislaciones sin una regulación expresa como sería el caso del Código Civil para el Distrito Federal, dichos elementos de prueba

de origen electrónico, se ubicarían en el campo de los medios de prueba considerados como imperfectos, por lo que, para lograr su eficacia probatoria se requeriría relacionarlos o adminicularlos con otros medios de prueba, que ayuden al juzgador a lograr la convicción de la que ya hemos hablado, con lo cual habría la necesidad de ofrecer medios de prueba de los reconocidos en la ley procesal, para probar la voluntad de las partes, ya a través de su reconocimiento expreso o tácito, tratando de fijar la certeza de su procedencia, fecha y contenido, además de que será necesario ofrecer medios de prueba que tiendan a demostrar palmariamente, la fiabilidad de la fuente de prueba y si es posible la seguridad de su reproducción a través de documentos en soporte magnético y copias simple en soporte papel.

Por tanto, en nuestra opinión, ante la falta de regulación expresa, y tomando en cuenta el avance que han tenido los medios de comunicación, y por consiguiente los medios de prueba, deben tratarse los elementos de convicción de origen electrónico con las mismas disposiciones con las que se regulan las pruebas documentales, siendo aplicable las disposiciones contenidas en los artículos 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102 y 103 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y los numerales 323, 324 y 331 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

6.4 PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE REPRESENTA EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA VÍA JURISDICCIONAL (CASO PRÁCTICO)

Para verificar el alcance de las respuestas señaladas en el punto 6.1, del presente capítulo, nos permitimos incluir en el actual trabajo, los resultados del planteamiento de estrategia a implementar en un litigio, que en un primer momento se pretendió llevar ante los tribunales del fuero común, argumentando situaciones de hecho que fueran encaminadas a entablar un litigio, derivado de un acuerdo de voluntades que se perfeccionó a través de correos electrónicos, por lo cual, al escrito inicial de demanda, acompañamos copia simple en soporte papel, del acuerdo de voluntades obtenido a través del internet, así como una copia en primer grado, en soporte magnético, misma que en la Oficialía de Partes común,

no se nos quiso recibir, indicándonos que la presentara directamente en el juzgado, una vez que fuera admitida la demanda.

Ante tal razonamiento, no nos quedó más, que acatar la indicación, ya que bien es sabido que no existe disposición legal que prohíba agregar las documentales que en nuestro concepto debíamos agregar para dar a conocer al juez nuestros argumentos alegados en los hechos de mi demanda, tal y como lo indican los artículos 95 y 255, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ante la falta de acuerdo al escrito inicial de demanda, acudimos al juzgado para saber qué pasaba, encontrándonos con la respuesta del Secretario de Acuerdos que no tenía claro cómo pretendía probar la comunicación electrónica, en la cual señalaba que se había obtenido el acuerdo de voluntades, por lo que nos sugería que replanteáramos la demanda con medios de prueba “más reales” y que no nos pusiéramos “tareas imposibles;” ante tales señalamientos decidimos estudiar más los conceptos, para poder adminicularlos con los medios de prueba regulados de manera expresa en la ley.

Frente a estas dificultades, nos propusimos realizar un planteamiento diferente de la problemática a considerar en el litigio, pero, el destino nos tenía preparada una prueba mayor, para que juntos verificáramos el alcance de las respuestas formuladas en el presente trabajo, ya que en el mes de octubre del año próximo pasado, fuimos invitados a apoyar en el litigio de un asunto que tiene como elementos de prueba “documentos de origen electrónico,” con lo que ya no era sólo aplicar la teoría que hemos venido manejando, sino que se trataba de defender de manera real intereses de un Organismo Público, con trascendencia económica muy fuerte y con consecuencias que pueden impactar en el presupuesto federal.

Claro está, que inmediatamente aceptamos la invitación propuesta y nos dispusimos a elaborar la estrategia de defensa, que bien cabe decir, ya estaba planteada por los abogados que nos antecedieron, por lo que, al darnos cuenta de las deficiencias que está presentaba, tratamos de desvirtuar los medios de prueba ofrecidos por la contraria, con razonamientos que iban encaminados a poner en

duda la autenticidad de los documentos en soporte papel que había acompañado la colitante, ya que éstos devenían de medios electrónicos, como lo son los llamados “correos electrónicos;” sin aportar elementos de prueba que fueran tendientes a darles fiabilidad ni autenticidad a los mismos, por lo cual los objetamos, haciendo hincapié en dichos requisitos.

Ante la posibilidad de poder demostrar lo que hasta hoy era sólo teoría, nos tocó hacer el planteamiento del ofrecimiento de pruebas a nuestros superiores jerárquicos, en especial a uno, nuestro superior inmediato, cuando le propusimos la manera como debíamos ofrecer las pruebas y el fin que buscábamos, se sonrió con cierto dejo de burla (como pensando que eramos unos ignorantes de la materia procesal), hoy después de haber solicitado al juzgador aclaré sus proveídos, y de haberlo enfrentado con razonamientos que tienden a robustecer nuestra posición de que los documentos de origen electrónico, llámense éstos discos compactos, discos flexibles, cintas de cualquier tipo, memorias USB, o simplemente “copias simples” de segundo grado en soporte papel, deben acompañarse al escrito inicial de demanda y correrle traslado con los mismos a la contraria, para que ésta tenga oportunidad de conocerlos y poder controvertirlos, ya sea a través de objeción o la impugnación si fuera el caso, nos damos cuenta que el juzgador empieza a manejar nuestros conceptos, y le llama a los discos compactos “pruebas documentales” y no “diskettes” como en un principio la hacía. Así pues, una vez contados de manera sucinta los incidentes que nos ha tocado enfrentar para llevar a la práctica la teoría aquí señalada, nos disponemos a poner a su consideración de manera cronológica pequeños extractos de la actuación tenida, con sus respectivos comentarios, ya que una de las condiciones que nos impusieron para participar en dicho litigio, fue una cláusula de “confidencialidad,” aparte de la prohibición legal que impera, por tratarse de un asunto que todavía no está totalmente concluido.

ESCRITO INICIAL DE DEMANDA

PROBLEMÁTICA: La actora solicita el pago de los trabajos contratados por el demandado, mediante licitación pública, ya que éste le rescindió administrativamente el contrato, por no entregar los trabajos en los tiempos contratados, ni con las características de funcionalidad que fueron contratadas; además, el actor solicita se deje sin efecto la rescisión impuesta por el demandado.

ANTECEDENTES: Se notificó al demandado para que compareciera al juicio citado al rubro, con fecha 17 de marzo de 2005.

Substanciación:

La empresa “Magia Computacional, S.A. de C.V.”, presentó demanda en vía ordinaria civil, reclamando del demandado, las siguientes prestaciones:

1. La declaración judicial de incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios celebrado el 30 de mayo de 2003, entre el demandado, a través de la Dirección de Recursos Materiales y Servicios de la Dirección Ejecutiva de Administración y Magia Computacional, S.A. de C.V.
2. Como consecuencia de lo anterior, el pago de la cantidad que resulte por concepto de servicios prestados y no pagados, misma que se liquidará en ejecución de sentencia.
3. El pago de actualizaciones y recargos derivados del retraso en el pago de los servicios prestados, mismos que se cuantificarán en ejecución de sentencia.
4. Como consecuencia de la prestación marcada con el número 1, la declaración judicial de la inexistencia de todos los actos que la enjuiciada hubiera llevado a cabo en vías de un supuesto incumplimiento de contrato.

5. La orden judicial de suspender cualquier reclamación que derivase del Contrato de Prestación de Servicios, en lo relativo a las penalidades que en el mismo se estipularon.
6. El pago de gastos y costas que este procedimiento origine, mismos que serán liquidados en ejecución de sentencia.

La parte actora funda su demanda en las siguientes consideraciones de hecho y preceptos de derecho:

HECHOS:

1. El 24 de abril del 2003, el demandado publicó en el Diario Oficial de la Federación, convocatoria nacional para llevar a cabo la licitación pública nacional número 00100001-018/2003.
2. Del 24 de abril al 6 de mayo del propio año, se llevó a cabo la venta de las bases de licitación.
3. El 6 de mayo siguiente se celebró la junta aclaratoria correspondiente. Cabe señalar que en esta junta, se entregó a los licitantes un disco compacto que contenía datos complementarios a las bases de licitación para que los participantes formularan sus propuestas técnicas y económicas.
4. El 13 de mayo se realizó el acto de presentación de proposiciones y apertura de propuestas técnicas.
5. El 16 de mayo, en acto público, se emitió el dictamen técnico de la licitación.
6. En esta misma fecha, se llevó a cabo el acto de apertura de proposiciones económicas.

7. El 20 de mayo se emitió el fallo económico, dándose a conocer inmediatamente y en acto público, el fallo de la licitación, el cual fue adjudicado a nuestra representada.

8. El 30 de mayo, en apariencia, se suscribió el contrato correspondiente bajo el número 469/2003. En la inteligencia que tal documento sólo fue suscrito en la fecha precitada por la prestadora de servicios, no así por parte del demandado, por conducto de los órganos competentes, ya que éste lo suscribió hasta el 20 de agosto de 2003, como lo acreditamos con el original de la "Atenta Nota número 1171" de la misma fecha, suscrita por el lic. Armando Marín Gómez, del Área de Contratos del demandado que adjuntamos al presente como ANEXO CERO. Lo anterior es así dado que de haberse firmado en la misma fecha por todos sus suscriptores, no había razón para que más de dos meses después se enviara formalizado tal documento.

9. Por oficio número DRM/01001/2004 de fecha 3 de febrero de 2004, la Dirección Ejecutiva de Administración, Dirección de Recursos Materiales y Servicios, ambas del demandado, notificó a la hoy actora que era voluntad de su representada iniciar el procedimiento de rescisión del contrato número 469/2003, otorgándole a la prestadora de servicios un término de 10 días hábiles para exponer lo que a derecho conviniera y aportara las pruebas que estimara pertinentes.

10. Por ocurso presentado el 19 de febrero siguiente ante el Instituto, nuestra representada manifestó su inconformidad con el inicio del procedimiento de rescisión aludido por razones jurídicas que estimó pertinentes, aportando las pruebas que consideró idóneas para sustentar sus afirmaciones.

11. Al margen de lo anterior, mediante oficio número DRM/0001/2004, la Dirección Ejecutiva de Administración y la Dirección de Recursos Materiales y Servicios, ambas del demandado, notificaron a nuestra representada que derivado del atraso respecto de las fechas de entrega establecidas en el contrato, le imponían una

sanción por la cantidad de \$411,000.00 que debía ser cubierta en un plazo de 5 días hábiles.

12. Huelga decir que nuestra poderdante externo su total rechazo a tal requerimiento, por las razones legales expresadas en el libelo presentado ante el demandado el 10 de marzo del 2004, que se adjunta al presente como parte de las pruebas de nuestra representada.

13. El 11 de marzo del año próximo pasado, la Dirección de Recursos Materiales y Servicios de la Dirección Ejecutiva de Administración del demandado, dictó la resolución relativa al procedimiento de Resolución Administrativa del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales número 469/2003, celebrado entre el demandado y la empresa Magia Computacional, S.A de C.V., en su carácter de prestador de servicios, en la que esencialmente decretó que era procedente la rescisión del contrato precitado, dejando a salvo los derechos del prestador de servicios para que los haga valer en la forma y términos que corresponda.

14. Al margen de la legalidad del procedimiento de rescisión y de la resolución antes citada, es oportuno mencionar que nuestra representada prestó los servicios en estricto apego al clausulado del contrato base de la acción y sus anexos técnicos, así como a las instrucciones escritas que personal del instituto daba a la enjuiciante a través de los correos electrónicos que se acompañan a este escrito como pruebas de la actora.

En el hecho 3 se indicó que en la etapa de licitación el demandado entregó un disco compacto que contenía datos complementarios a las bases de licitación, para que los participantes pudieran realizar la presentación de sus propuestas técnicas. Cabe señalar que apegándose a lo ahí requerido, nuestra representada presentó su propuesta que fue calificada favorablemente a la actora. De ahí que al cumplir con estos requisitos se le haya adjudicado el contrato.

Pues bien, tanto las bases como el disco compacto permitieron la elaboración de las propuestas técnicas y económica, más no resultaron suficientes al momento en que se empezaron a realizar los trabajos contratados, habida cuenta que conforme se iban construyendo las diversas etapas del sistema, la hoy demandada pedía se hicieran cambios que no estaban contemplados en el contrato base de la acción.

Así, por lo que hace a la ETAPA DE CONSTRUCCIÓN, 1ª ENTREGA, los trabajos debieron entregarse el 28 de julio de 2003, conforme a la cláusula tercera del precitado contrato, sin embargo, desde el 16 de junio y hasta el 5 de noviembre, el Instituto envió diversa información y documentación a nuestra representada que sugería una serie de cambios y modificaciones a lo que se había entregado conforme a lo pactado. Tan consciente estaba la demandada que la demora no se debía a causas imputables a la prestadora de servicios, que el 19 de septiembre y 2 de octubre, ambas de 2003, acusó recibo de la primera entrega a plena satisfacción. Si los servicios se hubieran prestado fuera del plazo o en forma distinta a lo estipulado, ¿cómo es que no se rescindió administrativamente el contrato antes?. La respuesta es sencilla: Porque el retraso en las entregas fue por causas imputables al Instituto, no a nuestra representada.

Por lo que hace a la ETAPA DE CONSTRUCCIÓN, 2ª ENTREGA, al encontrarse desfasadas las fechas de entrega –por causas imputables a la demandada-, amén de la falta de información para su construcción, por parte del Instituto, motivó que se presentarán una serie de irregularidades que impidieron a nuestra representada cumplir en los términos pactados.

Así, previendo las complicaciones que se presentaron en la 1ª entrega, desde el mes de agosto se empezaron a generar una serie de correos electrónicos con personal del Instituto para recabar la información que, no obstante debió ser proporcionada desde el inicio por parte de éste último, no lo fue. De manera ejemplificativa, más no limitativa, se describen algunos de los correos generados:

Además de esto, también se generaron una serie de documentos de trabajo que describen los cambios que se fueron ejecutando sobre la marcha para adecuar la construcción del sistema a las necesidades del Instituto, mismas que no estaban contempladas inicialmente.

El retraso en la ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DE LA 2ª ENTREGA no se debió a causas imputables a nuestra representada, quien necesariamente tenía que modificar planes de trabajo y estrategias cada vez que surgía una situación no contemplada o incluida en la información que el Instituto entregó tanto en las bases de licitación como en el disco compacto. Y desde luego que esos cambios tampoco se ajustan a las responsabilidades u obligaciones que la actora asumió en el contrato fundatorio de la demanda y sus anexos técnicos. Lo anterior lo acreditó con 30 correos electrónicos, una minuta de trabajo fechada el 31 de octubre de 2003, que acompaño al presente como prueba de la enjuiciante.

Con todo, en la primera quincena de diciembre de 2003, la actora estaba lista para terminar la ETAPA DE CONSTRUCCIÓN, 2ª ENTREGA, sin embargo, por órdenes del C. Jaime López Rodríguez, encargado del proyecto por parte de la demandada, se impidió a los empleados de nuestra representada el acceso al Instituto, informando al encargado de la empresa que ya no existía ningún interés, por parte del Instituto, par la terminación de la construcción del sistema, que había acordado con el Lic. Francisco Javier Ramírez García, Director de Recursos Materiales y Servicios, que se iba a notificar a la prestadora de servicios la rescisión del contrato, cosa que ciertamente hicieron más adelante.

PRUEBAS QUE SE OFRECEN

1. DOCUMENTAL PRIVADA. Consistente en una carpeta que contiene: carta original fechada el 20 de agosto de 2003, identificada como anexo 0; carta original de fecha 15 de junio de 2003, identificada como anexo 1; carta original fechada el 18 de junio de 2003; carta en original fechada el 19 de septiembre de 2003, por conducto de la cual se entrega un CD que contiene lista de productos anexa

(ETAPA DE CONSTRUCCIÓN, 1ª entrega) se identifica como anexo 58; carta en original fechada el 2 de octubre de 2003, por la cual se entrega un CD que contiene la lista de productos anexa (ETAPA DE CONSTRUCCIÓN, 1ª entrega) y se identifica como anexo 58-1; 29 correos electrónicos identificados como anexos 3 a 31 E-1; 17 minutas de reunión en original identificadas como anexos 33 al 49 E-1; 7 submodulos numerados como anexos 50 al 56 E-1.

2. DOCUMENTAL PRIVADA. Consistente en una carpeta que contiene 30 correos electrónicos, identificados como anexos 1 al 30 E-2.

3. DOCUMENTAL. Consistente en 8 correos electrónicos, identificados como anexos 1 a 8 3-E.

Con las anteriores pruebas se pretende acreditar que nunca hubo incumplimiento de parte de mi representada y se relaciona con todos y cada uno de los hechos de la demanda.

SE NOTIFICÓ LA DEMANDA, EL DÍA 17 DE MARZO DE 2005.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA AD CAUTELAM: EL DÍA 6 DE ABRIL DE 2005.

CONTESTACIÓN AL CAPÍTULO DE PRESTACIONES:

Se niega la procedencia de las prestaciones reclamadas en los incisos "A" a "F", ya que carece de acción y derecho para reclamarlas.

CONTESTACIÓN AL CAPÍTULO DE HECHOS DE LA DEMANDA.

1. El hecho uno de la demanda es cierto.
2. El hecho dos de la demanda es cierto.
3. El hecho correlativo que se contesta es cierto.

4. El hecho correlativo que se contesta es incierto y por lo tanto se niega, atendiendo a las siguientes consideraciones:

De la simple lectura se desprende que la narración del mismo es oscura e irregular, toda vez que la parte actora omite dolosamente señalar el año en que ocurrió el acto a que se refiere, por lo tanto, opongo desde este momento la excepción de oscuridad de la demanda.

5. El hecho correlativo que se contesta es incierto, por lo tanto se niega, atendiendo a las condiciones siguientes:

De la simple lectura se desprende que la narración del mismo es oscura e irregular, toda vez que la parte actora omite dolosamente señalar el año en que ocurrió el acto a que se refiere, por lo tanto, opongo desde este momento la excepción de oscuridad de la demanda.

6. El hecho correlativo que se contesta es incierto y por lo tanto se niega, atendiendo a las siguientes consideraciones:

De la simple lectura se desprende que la narración del mismo es oscura e irregular, toda vez que la parte actora omite dolosamente señalar el año en que ocurrió el acto a que se refiere, por lo tanto, opongo desde este momento la excepción de oscuridad de la demanda.

7. El hecho correlativo que se contesta es incierto y por lo tanto se niega, atendiendo a las siguientes consideraciones:

De la simple lectura se desprende que la narración del mismo es oscura e irregular, toda vez que la parte actora omite dolosamente señalar el año en que ocurrió el acto a que se refiere, por lo tanto, opongo desde este momento la excepción de oscuridad de la demanda.

8. El hecho correlativo que se contesta es falso y por lo tanto se niega, atendiendo a las consideraciones siguientes:

Al igual que los hechos 4, 5, 6 y 7, del escrito inicial de demanda, la parte actora dolosamente omite señalar el año en que ocurrió el hecho que se contesta.

En segundo lugar, es falso que se haya formalizado el contrato de prestación de servicios profesionales el día 20 de agosto de 2003, lo anterior se acredita mediante el testimonio de los señores Rutilo Miranda López y Jaime Pérez Piña.

9. El hecho correlativo que se contesta es parcialmente cierto y por lo tanto se niega, atendiendo a las consideraciones siguientes:

Es cierto que el funcionario citado, hizo del conocimiento de la actora el documento referido, pero es falso que haya sido por voluntad de mi representado, lo cierto es que el actor omite señalar a su Señoría que incumplió a lo expresamente acordado en el contrato de prestación de servicios número 469/2003, tal y como se acredita con el contenido del oficio número UNICO/0006/03, mediante el cual se hace constar el incumplimiento de la empresa demandante.

10. El hecho correlativo que se contesta es cierto.

11. El hecho correlativo que se contesta es cierto.

12. El hecho correlativo que se contesta es parcialmente cierto y por lo tanto se niega, atendiendo a las consideraciones siguientes:

La oposición de la actora al cobro de la sanción es intrascendente, toda vez que se encuentra apegada a la cláusula sexta del contrato de prestación de servicios, documento base de la acción, al igual que a lo preceptuado por el artículo 53 de la

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en relación con el numeral 64 de su Reglamento.

13. El hecho correlativo que se contesta es cierto.

14. El hecho correlativo que se contesta es falso y por lo tanto se niega, atendiendo a las consideraciones siguientes:

Es falsa la afirmación realizada por la actora, ya que para considerar que la empresa actora cumplió con lo pactado en el contrato de prestación de servicios, era necesario que hubiera entregado los trabajos contratados en los tiempos y en la forma precisados en el contrato de prestación de servicios número 469/2003.

Asimismo, por acta circunstanciada de fecha 14 de enero de 2004, se hace constar el incumplimiento de la empresa actora, lo anterior le consta a los señores: Licenciado Jaime Gómez Parra e Ingeniero Carlos Macías Pérez.

Por otra parte, es falso que la información proporcionada en los “Discos Compactos” por mi representado haya sido insuficiente, lo cierto es, que la actora tenía conocimiento pleno de la información contenida en los discos compactos, en las bases de licitación y en el contrato de prestación de servicios número 469/2003.

Lo anterior será acreditado por mi representado en el momento procesal oportuno, a través de la prueba pericial en sistemas informáticos que al efecto se ofrezca y desahogue.

No obstante lo anterior, no se omite señalar que las supuestas comunicaciones que la parte actora exhibe para acreditar su dicho, bajo ninguna circunstancia pueden ser consideradas como modificaciones a los términos y condiciones contenidas en el contrato o bien en el “Anexo Técnico” que forma parte integral de

éste, toda vez que no reúnen los requisitos que exige el quinto párrafo, del artículo 52, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Públicos.

De igual manera es preciso señalar a su Señoría, que las necesidades de mi representado se encontraban contenidas en las bases de licitación, su anexo técnico y CD complementario.

Dichas manifestaciones, se acreditarán con la prueba pericial que al efecto se rinda.

EXCEPCIONES Y DEFENSAS:

1. EXCEPTIONE SINE ACTIONE AGIS, consiste en la falta de acción de la actora.
2. EXCEPTIONE SINE IURE AGIS, se invoca esta excepción como consecuencia de la excepción hecha valer anteriormente.
3. EXCEPTIONE INDEFINITA ACTIO, la cual se configura toda vez que la actora omite señalar circunstancias de tiempo, modo y lugar.

OFRECIMIENTO DE PRUEBAS:

POR LA ACTORA: "MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V."

1. DOCUMENTAL. Consistente en una carpeta que contiene: carta original fechada el 20 de agosto de 2003, identificada como anexo 0; carta original de fecha 15 de junio de 2003, identificada como anexo 1; carta original fechada el 18 de junio de 2003; carta en original fechada el 19 de septiembre de 2003, por conducto de la cual se entrega un CD que contiene lista de productos anexa (ETAPA DE CONSTRUCCIÓN, 1ª entrega) se identifica como anexo 58; carta en original fechada el 2 de octubre de 2003, por la cual se entrega un CD que contiene la lista de productos anexa (ETAPA DE CONSTRUCCIÓN, 1ª entrega) y se identifica como anexo 58-1; 29 correos electrónicos identificados como anexos

3 a 31 E-1; 17 minutas de reunión en original identificadas como anexos 33 al 49 E-1; 7 submódulos numerados como anexos 50 al 56 E-1.

2. **DOCUMENTAL.** Consistente en una carpeta que contiene 30 correos electrónicos, identificados como anexos 1 al 30 E-2.

3. **DOCUMENTAL.** Consistente en 8 correos electrónicos, identificados como anexos 1 a 8 3-E.

ACUERDO DE ADMISIÓN DE PRUEBAS DE LA PARTE ACTORA.

“Visto el escrito del apoderado de la empresa “MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.”, con fundamento en los artículos 79, 81, 87, 93, 95, 96, 99, 101, 102, 103, 109, 111, 114, 116, 127, 128, 129, 133, 190 y demás aplicables del Código Federal de Procedimientos Civiles, se ADMITEN los siguientes medios de convicción ofrecidos por la parte actora: CONFESIONAL, a cargo de la parte DEMANDADA, por conducto de su representante legal, y toda vez que la demandada es un establecimiento que forma parte de la administración pública absolverá posiciones por medio de oficio; y a efecto de desahogar la misma, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del ordenamiento legal en cita, se ordena girar oficio a dicha dependencia, con las posiciones que se califiquen de legales, mismas que se remiten en un sobre cerrado, para que por vía de informe remita la contestación correspondiente. DOCUMENTALES, consistentes en las señaladas con los números 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7. PERICIAL EN INFORMÁTICA, que versará sobre el cuestionario que proporciona el oferente de la prueba; designado perito de su parte, por lo que, deberá presentarlo ante la presencia judicial para la aceptación y protesta del cargo conferido; asimismo, se le tiene proponiendo perito tercero en discordia; mediante notificación personal, requiérase a la demandada para que dentro del término de cinco días adicione el cuestionario con lo que le interese y

manifieste si está conforme o no con que se tenga como perito tercero al propuesto por la actora, asimismo, deberá designar perito de su parte, de conformidad con el artículo 145 del Código Federal de Procedimientos Civiles, con el apercibimiento de ley.

Finalmente a efecto de desahogar la prueba pericial en comento, requiérase a las partes para que en el término de tres días exhiban el disquete que será materia de la prueba pericial, apercibidas que de no hacerlo se acordará conforme a derecho. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE A LAS PARTES.”

POR LA PARTE DEMANDADA:

ESCRITO DE OFRECIMIENTO DE PRUEBA PERICIAL EN SISTEMAS INFORMÁTICOS:

OFRECIMIENTO DE PRUEBA PERICIAL EN SISTEMAS INFORMÁTICOS.

“Que atento a lo dispuesto por auto de fecha catorce de noviembre del presente año, y estando dentro del término de ley, vengo a señalar los puntos que deben incluirse en el cuestionario que deben desarrollar los peritos **EN SISTEMAS INFORMÁTICOS**, mismos que versarán sobre lo siguiente:

1. Del análisis de las bases de licitación, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 24 de abril de 2003, disco compacto y “anexo técnico”, a que se refiere la licitación pública nacional número LPN-00100001-018/2003, DETERMINAR MINUCIOSAMENTE lo siguiente:

- a) Los documentos anteriormente precisados, son técnicamente suficientes para elaborar una propuesta técnica.

b) Los documentos anteriormente precisados, son técnicamente suficientes para realizar las actividades contempladas en el alcance del proyecto.

2. De la documentación agregada y precisada por la parte actora en su escrito inicial de demanda, en la que exhibe las documentales enunciadas en los numerales uno (1) al siete (7), DETERMINAR MINUCIOSAMENTE si la empresa “Magia Computacional, S.A. de C.V.” (el proveedor) presentó alguna propuesta de modificación a la etapa de análisis y diseño, que implique cambios sensibles en el tiempo de desarrollo y/o costos del proyecto y que hayan sido autorizados por personas facultadas para ello, de acuerdo a lo establecido en el contrato de prestación de servicios número 469/2003.

3. De la documentación agregada y precisada por la parte actora en su escrito inicial de demanda, en la que exhibe las documentales referidas en los numerales uno (1) al siete (7), DETERMINAR MINUCIOSAMENTE, si el Instituto Federal Electoral presentó alguna propuesta de modificación a la etapa de análisis y diseño, que implique cambios considerables en el tiempo de desarrollo y/o costos del proyecto y que hayan sido autorizados por personas facultadas para ello, de acuerdo a lo establecido en el contrato de prestación de servicios número 469/2003.

4. De la documentación agregada y precisada por la parte actora en su escrito inicial de demanda, en la que exhibe las documentales precisadas en los numerales uno (1) al siete (7), DETERMINAR MINUCIOSAMENTE, si el proveedor presentó una nueva propuesta de entregas que modifique lo establecido en el apéndice K “Esquemas de entrega incremental”.

5. De las documentales que obran en autos, agregadas por ambas partes, DETERMINAR MINUCIOSAMENTE si el demandado, apegado al contrato de prestación de servicios número 469/2003, oficialmente introdujo cambios sustanciales al proyecto licitado originalmente en las bases de licitación.

6. De las documentales que obran en autos, agregadas por ambas partes, DETERMINAR MINUCIOSAMENTE si para el caso de que el demandado, hubiera solicitado cambios al proyecto contratado (contrato de prestación de servicios número 469/2003), éstos modifican considerablemente en el tiempo de entrega las etapas acordadas por la empresa “Magia Computacional, S.A. de C.V.” (el proveedor) y el demandado.

7. DETERMINE MINUCIOSAMENTE, si de acuerdo con el punto 2.1 del “Anexo Técnico” del contrato 469/2003, forman parte del diseño de un sistema:

- a) Actualización de la documentación de análisis y diseño;
- b) Definición de un estándar de formato de reportes;
- c) Definición de un estándar de formato de las pantallas;
- d) Funcionalidad general de sus componentes, y
- e) Adaptación del diseño de pantallas de Clientes-Servidor (ventanas) a Web.

Asimismo, y a efecto de dar cabal cumplimiento al requerimiento señalado en el auto referido, designo como **PERITO DE MI PARTE AL INGENIERO JUAN MÁRQUEZ MÁRQUEZ**, con cédula profesional número 4616963 (cuatro millones seiscientos dieciséis mil novecientos sesenta y tres), con domicilio ubicado en Edificio MAS, Planta Baja, en Ciudad Universitaria, Código Postal 04510, en la Ciudad de México, Distrito Federal.

Desde luego y como lo dispone el artículo 146 del Código Federal de Procedimientos Civiles, manifiesto mi inconformidad con la designación del Tercer Perito en Sistemas Informáticos que propone la actora, por lo que, desde este momento y como lo señala el artículo en cita, propongo como **PERITO TERCERO**, al **ING. AGUSTÍN VELASCO VELASCO**, con cédula profesional número 3419286 (tres millones cuatrocientos diecinueve mil doscientos ochenta y seis), expedida por la Dirección General de Profesiones, dependiente de la Secretaria de

Educación Pública, con domicilio ubicado en calle Flores, número 73, departamento 202, Colonia San José Insurgentes, Delegación Benito Juárez, Código Postal 03900, en México, Distrito Federal.

Relaciono este medio de prueba con el punto número catorce (14) de mi escrito de contestación de demanda, ya que con el mismo se pretende probar lo siguiente:

- I. Que el demandado indicó en su momento, por así considerarlo, que los elementos proporcionados eran técnicamente suficientes para la realización de las actividades contempladas en el alcance del proyecto de acuerdo con el contrato en cuestión.
- II. Que los insumos contenidos en el Disco Compacto que está en poder de la actora, junto con las Bases de Licitación y “Anexo Técnicos” del contrato, apartado 2.1, “Revisión y actualización del análisis y diseño”, debían ser revisados y actualizados por el prestador del servicio como parte de esta etapa, previa a la construcción del sistema.
- III. Que la rescisión del contrato de prestación de servicios, se debió al incumplimiento de la actora y a su incapacidad para desarrollar funcionalmente el proyecto que públicamente se licito y que ya es del conocimiento de su Señoría.

Por lo expuesto,

OFRECIMIENTO DE PRUEBAS DE LA DEMANDADA:

Que tal y como lo establece el artículo 337 del Código Federal de Procedimientos Civiles y dentro del plazo concedido a las partes mediante acuerdo de fecha veinticuatro de octubre del año en curso, vengo a ofrecer de parte de mi representado, las siguientes:

PRUEBAS

1. **LA CONFESIONAL**, por conducto del representante legal o de quien acredite tener facultades suficientes para absolver posiciones a nombre de la empresa “**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.**”, quien deberá ser citada personalmente en el domicilio señalado para tal efecto, para que comparezca ante su Señoría a absolver las posiciones contenidas en el pliego que en sobre cerrado se exhibirá en el momento procesal oportuno, solicitando se le aperciba en término de los artículos 124 y 125 del Ordenamiento Adjetivo en cita.

Esta prueba se relaciona directamente, con todos y cada uno de los hechos expresados en el escrito de contestación de demanda de mi representado, y tiene por objeto demostrar la veracidad de lo señalado en los mismos, así como la procedencia de las excepciones invocadas en el escrito de referencia.

2. **LA DOCUMENTAL**, consistente en el original del fallo pronunciado el día veinte de mayo de dos mil tres, derivado de la Licitación Pública Nacional LPN-00100001-018/2003 “Construcción, Pruebas e Implantación del Modulo de Recursos Humanos del Sistema Integrador para la Administración de Recursos (SIAR) de la Dirección Ejecutiva de Administración”, es necesario señalar que esta documental fue presentada por mi poderdante en su escrito de contestación de demanda, y fue señalada como anexo cinco (5).

Esta documental se relaciona directamente, con el hecho marcado con el número ocho (8) del capítulo de Contestación de Demanda presentado por mi representado, misma que tiene por objeto probar de manera clara y contundente que el día veinte de mayo del dos mil tres se adjudicó a la actora “**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. de C.V.**” el contrato de prestación de servicios número 469/2003, comprometiéndonos a suscribirlo en términos del punto siete (7) **FIRMA DEL CONTRATO** y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 31, fracción XVII de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y 60 de su Reglamento; asimismo, se prueba la procedencia de las excepciones planteadas por mi representado en su escrito de referencia.

3. **LA DOCUMENTAL PRIVADA**, consistente en el ejemplar con firmas autógrafas del contrato de prestación de servicios número 162/2003, celebrado el treinta de mayo de dos mil tres, por el DEMANDADO y la empresa “**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.**”, derivado de la licitación pública nacional número **LPN-00100001-018/2003**. Cabe precisar que dicha documental, fue exhibida por nuestro representado en su escrito de contestación de demanda, como anexo número seis (6).

Esta documental se relaciona directamente, con los hechos número ocho (8), doce (12), catorce (14) y quince (15) del escrito de contestación de demanda de mi representado, y se pretende probar de manera inobjetable que las partes del presente juicio firmamos el día treinta de mayo del dos mil tres, todos y cada uno de los compromisos derivados de la licitación pública nacional número LPN-00100001-018/2003, tal y como se desprende del contenido del mismo, cuando señala de manera puntual:

“Leído que fue el presente contrato y enteradas las partes del alcance contenido y fuerza legal, lo **FIRMAN Y RATIFICAN POR CUADRUPLICADO EN EL DISTRITO FEDERAL EL TREINTA DE MAYO DE DOS MIL TRES.**”

4. **LA DOCUMENTAL PRIVADA**, consistente en el oficio número **UNICO/1000/03**, de fecha dieciséis de diciembre de dos mil tres. Esta documental fue exhibida por nuestro representado en su escrito de contestación de demanda, como anexo número siete (7).

Esta documental se encuentra relacionada con los hechos marcados con los números nueve (9), catorce (14) y quince (15) de la contestación de demanda presentada por mi poderdante, y se pretende probar de manera absoluta las razones y causas que motivaron la rescisión administrativa del contrato de prestación de servicios número 469/2003, ya que como del contenido del mismo se desprende, ...”se revisaron los productos recibidos los días 19 de septiembre y

2 de octubre del presente año, como parte de los entregables de la 1ª. Etapa de entrega incremental de la construcción del sistema, especificados en el apartado 4.2.4 “Memoria Técnica” y Apéndice K, del Anexo Técnico del Contrato, encontrándose que **NO ES POSIBLE ACEPTAR LOS PRODUCTOS ENTREGADOS POR NO CUMPLIR CON LO ESTABLECIDO EN EL CITADO CONTRATO**, según consta en el documento de “Resultado de la evaluación técnica aplicada al módulo de Recursos Humanos del SIAR” anexo.

5. LA DOCUMENTAL PRIVADA, consistente en el Acta Circunstanciada de fecha catorce de enero de dos mil cuatro. Es menester precisar que esta documental fue exhibida por mi representado en su escrito de contestación de demanda, como anexo ocho (8).

Esta documental se encuentra relacionada con el hecho número nueve (9), catorce (14), quince (15) del capítulo de contestación de demanda, y se pretende probar de manera clara el incumplimiento de la empresa “MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. de C.V.” al contrato de prestación de servicios número 469/2003.

6. LA DOCUMENTAL PRIVADA, consistente en el **oficio número DRMS/0152/2004**, de fecha tres (3) de febrero de dos mil cuatro; misma que fue exhibida por la actora y que señaló como anexo sesenta y cinco (65) en su escrito de demanda, por lo que en este acto la ofrezco como prueba de mi representada, para que relacionada con el **Acta Circunstanciada que ofrezco con el número 5** de este escrito, el **oficio número UNICO/0000/03, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil tres, que señalo como el número cuatro (4) y el contrato de prestación de servicios número 469/2003, marcado con el número tres (3) de este escrito**, demuestren en conjunto las razones y causas reales del incumplimiento del contrato, por parte de la actora en el presente juicio.

Esta documental se relaciona con los hechos nueve (9), catorce (14) y quince (15) del escrito de contestación de demanda de mi representado, y prueba de manera

adminiculada las causas y razones que motivaron la rescisión administrativa del contrato de prestación de servicios número 469/2003.

7. LA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, consistente en todo aquello que beneficie a los intereses de mi representado y que se desprendan de las actuaciones realizadas en el presente juicio.

Esta prueba se relaciona directamente, con todos y cada uno de los hechos expresados en la contestación de demanda, por parte de mi representado.

8. LA PRESUNCIONAL EN SU DOBLE ASPECTO, LEGAL Y HUMANO, consistente en todo aquello que beneficie a los intereses de mi representado y que se desprenda de las actuaciones realizadas por mi poderdante.

Esta prueba se relaciona directamente, con todos y cada uno de los hechos expresados en la contestación de demanda y tiene por objeto demostrar la veracidad de los mismos, así como la procedencia de las excepciones hechas valer en el momento procesal oportuno.

Por lo expuesto y fundado,

AUTO DE ADMISIÓN DE PRUEBAS:

“Visto el escrito del demandado, personalidad que tiene reconocida en autos, el cual se provee de la siguiente manera:

Respecto del escrito registrado con el número 0005, por medio del cual ofrece pruebas. Con fundamento en los artículos 79, 81, 87, 93, 96, 99, 101, 102, 103, 109, 111, 114, 116, 127, 128, 129, 133, 190 y demás aplicables del Código Federal de Procedimientos Civiles, se ADMITEN los siguientes medios de convicción ofrecidos por la demandada: CONFESIONAL, a cargo de la parte actora, por conducto de su representante legal o de quien

acredite tener facultades suficientes para absolver posiciones, sin haber lugar a señalar día y hora para el desahogo de la prueba, toda vez que el oferente no exhibe el pliego de posiciones respectivo. DOCUMENTALES, consistentes en las señaladas con los números 2, 3, 4, 5 y 6. LA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, consistentes en todo lo actuado en el presente juicio y favorezca al gestionante; mismas que se dan por desahogadas dada su propia y especial naturaleza. LA PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA. Consistente en todo lo actuado en el juicio en cuanto favorezca a los intereses de su representada. TESTIMONIAL, a cargo de las personas precisadas, quienes estarán sujetos al tenor del interrogatorio que se les formulará en el momento del desahogo de la prueba; por lo que en su preparación se señalan las DIEZ HORAS CON QUINCE MINUTOS DEL DIA CUATRO DE ENERO DE DOS MIL SEIS; y se autoriza al actuario adscrito a este juzgado a fin de que se constituya en legal y debida forma en el domicilio que indica el oferente de la prueba en el escrito de cuenta; para que les haga saber a los atestes, que deberán presentarse ante este juzgado ubicado en el domicilio conocido en el Distrito Federal; el día y hora antes indicado a dar respuesta al interrogatorio que se le formulará, con apercibimiento que de no presentarse, se harán acreedores a una medida de apremio consistente en una multa de \$500.00 (QUINIENTOS PESOS, 00/100 MONEDA NACIONAL), lo anterior con fundamento en el artículo 59 fracción I del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Respecto de las pruebas testimoniales que ofrece a cargo de los atestes precisados. Dígase a la gestionante que no ha lugar a admitirse la misma, toda vez que los hechos que pretende demostrar con el desahogo de las mismas, como son la existencia y validez del contrato de prestación de servicios número 469/2003, no tiene relación inmediata con los hechos, es decir dichas cuestiones no se encuentran controvertidas, tan es así que la parte actora reclama como prestación principal la declaración judicial del incumplimiento de dicho contrato, y la parte demandada al contestar la

demanda no controvertió la existencia y validez de dicho contrato; lo anterior de conformidad con lo dispuesto por los artículos 79 y 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles.”

ESCRITO DE ACLARACIÓN DE ACUERDO, POR PARTE DEL DEMANDADO:

Que por medio del presente escrito, vengo a solicitar a nombre de mi representado, la aclaración por parte de su Señoría del acuerdo dictado con fecha **CATORCE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL CINCO**, en atención a las siguientes consideraciones:

1. Del acuerdo de referencia, se desprende que su Señoría haciendo uso de la facultad discrecional que le confiere el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, admite la **PRUEBA PERICIAL EN INFORMÁTICA** ofrecida por la parte actora en el presente juicio, más sin embargo, es claro que del escrito inicial de demanda en ninguna de sus partes se desprende la prueba técnica de mérito; por lo que no resulta explicable de manera lógica que se admita un medio de prueba que no fue anunciado, rompiendo con doctrinas, jurisprudencia y lo más grave, contraviniendo el **PRINCIPIO TUTELAR DE IGUALDAD PROCESAL ENTRE LAS PARTES**; pero, más grave aún, es el análisis de los puntos que pretende la actora que se incluyan en el cuestionario a desarrollar por los peritos, ya que de los incisos marcados con las letras g), h), i), m), s), t), l), se desprende que éstos llevan la intención velada, de causar ánimo en el criterio del Juzgador; situación que pareciera correcta, más sin embargo, jurídicamente no es posible tal situación ya que al relacionarse con documentos de origen electrónico, éstos carecen de fuerza, valor y eficacia jurídica, por no ser medios de prueba, sino objeto de prueba, situación que no pueden pasarse por alto, y por lo que es necesario resaltar a su Señoría, que se ponga especial atención en el tratamiento de pruebas con carácter técnico, ya que de autos se desprende, el manifiesto desconocimiento del tratamiento de pruebas con carácter técnico de medios electrónicos.

Ahora bien, tal y como se ha dicho, el acuerdo dictado por su Señoría rompe el principio de “equilibrio procesal” entre las partes, ya que si bien es cierto, que se está haciendo uso de una facultad discrecional derivada de la ley, también lo es, que haciéndolo de la forma como se determina en el auto de fecha catorce de noviembre del año en curso, se favorece a la parte actora, ya que es claro y evidente que las preguntas y puntos a desarrollar por los peritos, no encuentran sustento en hechos que pretenda probar la actora, sino que haciendo uso de los razonamientos señalados por mi representado en su escrito de fecha de presentación tres de noviembre del dos mil cinco, mediante el cual se objetan las documentales agregadas en autos por la actora, pretende darles cierto valor probatorio, más en la especie, es de explorado derecho que los documentos derivados de medios electrónicos a que hace referencia la actora en los incisos g), h), i), m), s), t), l), del cuestionario anexo a su escrito de ofrecimiento de pruebas; para que éstos surtan sus efectos de ley, primero deben ser perfeccionados con otros medios de prueba, que permitan determinar a su Señoría la fuerza y valor probatorio que por sí mismos no tienen, por carecer de las exigencias de idoneidad y pertinencia (REQUISITOS INTRÍNSECOS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA) que determina el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por otra parte, como puede apreciarse de autos, las pruebas ofrecidas por la accionante tienden a falsear los hechos ocurridos en la realidad, lo cierto es, que debe darse valor probatorio a lo plasmado, acordado y firmado por las partes, mediante el contrato de prestación de servicios número 469/2003; es por ello, que en refuerzo del criterio aquí sustentado, su Señoría debe reconsiderar el uso de su facultad discrecional, ya que está pasando por alto el contenido de las preguntas y puntos a desarrollar por los peritos en sistemas informáticos, ya que algunos de ellos no es posible desarrollarlos, por faltar los discos compactos que contienen los trabajos infuncionales entregados por la actora; y más aún está violando

flagrantemente lo señalado por los artículos 323 y 324 del Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que bien es sabido que hoy en día, las pruebas documentales son las que mayor grado de avance han tenido en materia procesal, por lo que, no es ocioso precisar a su Señoría, que el Disco Compacto (y no disquete-art.271 CFPC-) que contiene la “información complementaria” y los Discos Compactos que contienen los trabajos infuncionales de la accionante, son pruebas documentales que debieron haberse acompañado al escrito inicial de demanda por parte de la actora, con fundamento en lo dispuesto por los numerales en cita.

De igual manera, cabe precisar los conceptos de “documento” y “documento electrónico”, mismos que son a todas luces los que provocan confusión en el tratamiento de la prueba técnica en comento.

Por “documento” debe entenderse “cualquier cosa idónea para la representación de un hecho”, es decir, todo aquello que permita la representación de un acto humano exteriorizado y que facilite su prueba.

El “documento electrónico” es el conjunto de impulsos electrónicos que se contienen en un campo magnético y que sometidos a un adecuado proceso a través de la computadora, permiten su traducción al lenguaje natural del ser humano”.

De los conceptos antes vertidos, podemos concluir que los “Discos Compactos” tienen su concepto, estructura y naturaleza en el concepto clásico de “documento”, con la diferencia de que los hechos representados en los “Discos Compactos” se encuentran en soportes magnéticos, por lo que, en el proceso judicial, los “Discos Compactos” resultan admisibles como “elementos de prueba”, debiendo tener igual tratamiento que las pruebas con soporte papel en todas y cada una de sus fases: presentación, ofrecimiento, sustanciación, impugnación, producción y valoración. En consecuencia, resultan aplicables los artículos 323 y 324 del Código

Federal de Procedimientos Civiles y demás relativos del Ordenamiento en cita.

Así pues, los Discos Compactos (tres más Software: Uno que contiene “Información Complementaria” y dos que contienen los trabajos infuncionales de la actora), debieron haberse exhibido y agregado en autos, y más aún debió haberse corrido traslado con los mismos, tal y como lo disponen los artículos 323, 324 del Código Federal de Procedimientos Civiles; por lo que no es posible que se admita un medio de prueba que no tiene sustento para desarrollarse, como es el caso de los incisos g), h), i), m), s), t), l), o bien, cabe preguntarnos ¿cómo van a desarrollar los peritos concretamente el punto contenido en el inciso l), sino cuentan con los documentos técnicos derivados de medios electrónicos?.

Por tanto, si su Señoría pretende ilustrarse con el desarrollo de la pericial de referencia, debe hacer uso de su facultad discrecional señalando de manera directa el Perito en Sistemas Informáticos que considere conveniente, apegado a los lineamientos que Usted mismo determine para lograr la convicción que pretenda, y no violando flagrantemente el principio procesal de igualdad y equilibrio entre las partes.

2. Otro aspecto, motivo de INCONFORMIDAD por parte de mi representado, y que le causa agravio de manera directa con la violación procesal a que he hecho mención en el punto anterior, es que no obstante que del escrito de contestación de demanda, se desprende de manera clara y categórica el anuncio de la PRUEBA PERICIAL EN SISTEMAS INFORMÁTICOS, su Señoría determinó no admitirla, argumentando “que resultaría ocioso admitir doblemente la misma probanza”, desestimando los puntos a desarrollar por el perito propuesto, y pasando por alto que el ofrecimiento de dicha probanza está realizado en tiempo y forma, rompiendo con este auto, nuevamente el principio procesal de igualdad y equilibrio procesal,

violaciones éstas, que atentan de manera directa contra el proceso, ya que no hace referencia ni mención del por qué no se agregó el cuestionario propuesto ni se tuvo por admitido al Perito en Sistemas que se propone.

Por lo expuesto,

APELACIÓN CONTRA AUTO.

Que por medio del presente escrito y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 244 del Código Federal de Procedimientos Civiles, vengo a continuar el recurso de apelación que hice valer con fecha veintitrés de noviembre del año en curso, contra el auto dictado por el A quo con fecha catorce de noviembre de dos mil cinco, y al efecto le expreso el siguiente:

AGRAVIO

AGRAVIO ÚNICO.

FUENTE DEL AGRAVIO. Es el auto de fecha catorce de noviembre de dos mil cinco, en la parte conducente que señala:

“Por otra parte, visto el escrito del demandado, carácter que tiene reconocido en autos, por medio del cual ofrece la prueba pericial en sistemas informáticos, dígase al gestionante que NO ha lugar a admitirla, en virtud de que de líneas que anteceden se advierte que fue admitida la prueba pericial en MATERIA DE INFORMÁTICA ofrecida por la parte actora, otorgándose a la demandada un término para nombrar perito de su parte, y proponer el cuestionario que considere pertinente, por lo que resultaría ocioso admitir doblemente la misma probanza, cuando los puntos y consideraciones que propone el ocurso al ofrecer la prueba pericial, los puede hacer valer en la prueba pericial ofrecida por su contraria, todo ello en virtud de que la prueba pericial tiene carácter colegiado.”

PRECEPTOS VIOLADOS. Los artículos 3º, 81, 87, 93, 146 y 147 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

CONCEPTO DE AGRAVIO. Del acuerdo de referencia, se desprende que el A quo haciendo uso de su facultad discrecional que le confiere el artículo 78 del Código Adjetivo en la materia, admite la **PRUEBA PERICIAL EN INFORMÁTICA** ofrecida por la parte actora en el juicio de origen, mediante escrito de fecha de presentación once de noviembre del presente año, más sin embargo, es claro que mediante escrito de fecha de presentación once de noviembre del dos mil cinco, también mi poderdante ofreció la PRUEBA PERICIAL en la misma materia, ajustándola a lo preceptuado por el artículo 146 del Código Federal de Procedimientos Civiles, designando perito en sistemas informáticos y adjuntando los puntos a desarrollar por los peritos en sistemas, por lo que, no es comprensible que teniendo el A quo ambos ofrecimientos de prueba, y designando las partes el perito en informática que considera conveniente y adjuntando los puntos a desarrollar por éstos, sea el Juzgador quien retrase el procedimiento diciendo que **NO ha lugar a admitir un medio de prueba que tiene el carácter de colegiado**, no obstante que obra en el expediente de origen la promoción que designa perito por parte del demandado, agregando los puntos que se pretende desarrollar para ilustrar al A quo.

Así mismo, con el auto dictado por el A quo, se rompe el equilibrio procesal que manda el artículo 3º. del Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que al no guardarse la norma tutelar de igualdad entre las partes, el A quo causa un agravio de manera directa, ya que no obstante que del escrito de contestación de demanda se desprende que mi poderdante, de manera clara y categórica anunció la PRUEBA PERICIAL EN SISTEMAS INFORMÁTICOS, el A quo determinó NO ADMITIRLA, argumentando “que resultaría ocioso admitir doblemente la misma probanza”, desestimando los puntos a desarrollar por el perito designado, y pasando por alto que el ofrecimiento de dicha probanza se realizó en tiempo y forma, rompiendo con ello, con los principios de igualdad y equilibrio procesal, ya

que como del auto recurrido se desprende, el A quo no señaló de manera categórica las razones por las que no agregó el cuestionario propuesto ni se tuvo por admitido al Perito en Sistemas Informáticos designado.

Por lo expuesto,

OPINIÓN TÉCNICA INFORMÁTICA SOBRE EL DICTAMEN PERICIAL RENDIDO POR EL PERITO DE LA EMPRESA “MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.”

Sobre el cuestionario pericial ofrecido por la parte actora

Pregunta 1.

Respecto a la pregunta número uno, página 2, el perito manifiesta:

“Respecto del inciso a) de esta pregunta, la documentación citada es técnicamente suficiente para elaborar una propuesta técnica, excepto con relación a la apariencia de las pantallas, de las que no se menciona alguna instrucción especial por parte del demandado; por lo que pareciera que el aspecto visual se deja a criterio del desarrollador del producto.”

El disco compacto mencionado denominado “Información complementaria” a las bases de licitación, contenía en su apéndice “G”, *Descripción de pantallas*, la representación de la interfaz gráfica a través de la cual el usuario interactuaría con el sistema, definía los componentes (paneles, botones, listas, etc.) que integraban las pantallas de captura, consulta y actualización que utilizaría el sistema. Así mismo, en el punto número 2.2 del citado anexo técnico, “Construcción”, se menciona que “dada la dependencia que existe entre el módulo de recursos humanos y los de recursos financieros y recursos materiales que están en construcción actualmente, es indispensable que toda decisión de diseño y construcción sea resultado de un consenso con el demandado, quien verificará la compatibilidad de la solución propuesta para todos los módulos que componen el

sistema”, por lo tanto, la afirmación del perito en ese sentido es falsa, pues al establecer los elementos anteriores, no cabe la afirmación de que ese elemento “quedará a criterio del desarrollador”.

Respecto a la manifestación del perito de que *“Con relación al inciso b) del presente cuestionamiento, de la revisión de los anexos que obran en autos, se detectaron una serie de omisiones y modificaciones en el diseño original del proyecto, mismas que tuvieron que ser subsanadas antes de proceder a la construcción (programación) del sistema”*, se aclara que una de las fases contempladas en el alcance del proyecto, de acuerdo con el contrato, era la revisión del análisis y diseño realizado por el demandado y los trabajos inherentes a su actualización y puesta a punto para el inicio de la construcción, por lo cual, las modificaciones técnicas con que se pretende negar la suficiencia de los elementos para realizar todas las actividades contempladas en el alcance del proyecto, son parte de los trabajos que el proveedor debía realizar y por lo tanto no pueden ser considerados como faltantes. Por lo anterior, el proveedor contaba con los elementos técnicos suficientes para realizar las actividades contempladas en el alcance del proyecto.

Con relación al párrafo que indica que *“también se definieron modificaciones a las funcionalidades del sistema con relación a las “Reglas del negocio”, en las que se realizaron cambios o simplemente se introdujeron porque no existían”*, estas modificaciones y cambios forman parte de los trabajos de revisión del análisis y diseño realizado por el demandado y los inherentes a su actualización y puesta a punto para el inicio de la construcción, establecidos en el contrato.

Pregunta 9.

Respecto a la pregunta número nueve, página 9, el perito manifiesta:

“Con base en lo anterior, el suscrito estima que la actualización de la documentación de análisis y diseño, la definición de un estándar de formato de reportes, la definición de un estándar de formato de las pantallas y la funcionalidad general de sus componentes, son parte del diseño de un sistema”.

En este sentido, siendo estas actividades parte del diseño del sistema y al incluir el alcance del proyecto una etapa de “Revisión y actualización del análisis y diseño”, es claro que dichas actividades no deben ser consideradas como modificaciones a las condiciones originales del contrato.

Así mismo, el perito señala que *“Por otra parte, la adaptación del diseño de pantallas de Cliente-Servidor (ventanas) a web, es parte de la arquitectura sobre la que trabaja el sistema”*. Cabe destacar que dicha arquitectura es también sujeta a una fase de diseño, que también se encuentra dentro del alcance original del contrato.

Respecto a la minuta ofrecida como prueba (anexo 34), que pretende demostrar que existieron modificaciones o negar la suficiencia de los elementos para realizar todas las actividades contempladas en el alcance del proyecto, es preciso aclarar que son parte de los trabajos que el proveedor debía realizar como parte de la citada etapa de “Revisión y actualización del análisis y diseño” establecida en el anexo técnico del contrato.

Finalmente, las actividades citadas forman parte del diseño de un sistema de información como conceptos generalmente aceptados en la industria del software.

Sobre el cuestionario pericial ofrecido por la parte actora

Pregunta i.

Atendiendo a la definición presentada por el perito, es preciso aclarar que la “apariencia” formaba parte de los trabajos de la etapa de “Revisión y actualización del análisis y diseño” y no es un aspecto no contemplado en el diseño original.

Respecto a la minuta ofrecida como prueba (anexo 34), que pretende demostrar que existieron modificaciones o negar la suficiencia de los elementos para realizar todas las actividades contempladas en el alcance del proyecto, es preciso aclarar que son parte de los trabajos que el proveedor debía realizar como parte de la citada etapa de “Revisión y actualización del análisis y diseño” establecida en el anexo técnico del contrato.

Pregunta j.

Atendiendo a la definición presentada por el perito, la “apariencia” se encontraba contemplada en el contrato en el apéndice G, denominado “Descripción de pantallas”. De igual forma, el contrato definía, en el punto número 2.2 de su anexo técnico, “Construcción”, que “dada la dependencia que existe entre el módulo de recursos humanos y los de recursos financieros y recursos materiales que están en construcción actualmente, es indispensable que toda decisión de diseño y construcción sea resultado de un consenso con el demandado, quien verificará la compatibilidad de la solución propuesta para todos los módulos que componen el sistema”, por lo que es claro que el aspecto del sistema en lo relativo a colores, fuentes, logotipos o si un dato se requería a la derecha, a la izquierda, arriba, abajo, etc. debía sujetarse a lo desarrollado al momento en los módulos de Recursos Financieros y Recursos Materiales.

Pregunta k.

Reiterando que no existieron las omisiones señaladas por el perito, el objeto del contrato no fue modificado ya que atendiendo a la definición presentada por el perito, la “apariencia” formaba parte de los trabajos de la etapa de “Revisión y

actualización del análisis y diseño” y es efectivamente un aspecto contemplado en el alcance original del proyecto.

Pregunta I.

Para que el perito pudiera constatar que los productos que conforman la primer entrega, en caso de que se refiera a la Primera Entrega de Construcción, cumplieran con los requerimientos técnicos plasmados en las bases de licitación, disco compacto, contrato base de la acción y anexos técnicos, era necesario que contara con los productos instalados en la infraestructura informática definida para este proyecto (equipo de cómputo y telecomunicaciones, base de datos, servidores de aplicación, etcétera), los cuales no forman parte del expediente.

Pregunta s.

De la información contenida en las carpetas exhibidas sólo se advierte que los productos de la primera etapa del proyecto, identificada como “Planeación”, fue aceptada a entera satisfacción del Instituto, según consta en el oficio UNICO/3002/03 que obra en autos.

Respecto a entregas posteriores a la primera etapa, ninguna entrega posterior fue aceptada por el demandado, no habiéndose liberado la carta de aceptación que de común acuerdo se estableció en los documentos que conforman la entrega de Planeación.

ALEGATOS:

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 344, fracción VII del Código Federal de Procedimientos Civiles, vengo a formular en nombre de mi representado los siguientes:

ALEGATOS

ANTECEDENTES:

I. Con fecha diecisiete (17) de marzo del año próximo pasado, mi poderdante fue notificado de la demanda interpuesta en su contra por la empresa "Magia Computacional, S.A. de C.V.", en la que se le reclaman las siguientes prestaciones:

- A. La declaración judicial de incumplimiento del contrato de prestación de servicios celebrado el 30 de mayo de 2003, entre mi representado y la accionante.
- B. Como consecuencia de lo anterior, el pago de la cantidad que resulte por concepto de servicios prestados y no pagados, misma que se liquidará en ejecución de sentencia.
- C. El pago de actualizaciones y recargos derivados del retraso en el pago de los servicios prestados, mismos que se cuantificarán en ejecución de sentencia;
- D. Como consecuencia de la prestación marcada con la letra A), la declaración judicial de inexistencia de todos los actos que la enjuiciada hubiera llevado a cabo en vías de un supuesto incumplimiento de contrato;
- E. La orden judicial de suspender cualquier reclamación que derivase del Contrato de Prestación de Servicios, en lo relativo a las penalidades que en el mismo se estipularon;
- F. El pago de gastos y costas que este procedimiento origine, mismos que serán liquidados en ejecución de sentencia."

II. La parte actora acude al órgano jurisdiccional a reclamar las prestaciones anteriormente referidas, basándose fundamentalmente en una serie de argumentos cuya tesis principal estriba en un supuesto cambio de instrucciones por parte de mi representado, para la elaboración del proyecto denominado **"CONSTRUCCIÓN, PRUEBAS E IMPLANTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE RECURSOS DEL SISTEMA INTEGRADOR PARA LA ADMINISTRACIÓN"** el cual tiene como consecuencia, según la actora, el retraso e incumplimiento de su parte, en relación a las obligaciones contraídas en el contrato de prestación de servicios número 469/2003, de fecha treinta (30) de mayo de dos mil tres.

Asimismo, precisa la enjuiciante, que debido a su incumplimiento en los tiempos y formas convenidos en el contrato de referencia, mi poderdante inició procedimiento administrativo de rescisión del documento base de la acción, notificándole tal determinación por medio del oficio **DgMS/0152/2004**, de fecha

tres (3) de febrero de dos mil cuatro, respetándole su garantía de audiencia y concediéndole un plazo de diez (10) días hábiles para que aportará las pruebas que justificaran su incumplimiento.

III. Para acreditar los extremos antes planteados, la empresa “Magia Computacional, S.A. de C.V.” ofreció de su parte los siguientes medios de prueba, mismos que a esta fecha ya fueron desahogados:

*“1. **LA DOCUMENTAL PRIVADA**, consistente en una carpeta que contiene: carta en original fechada el 20 de agosto de 2003 por el demandado, donde nos informa que ya se formalizó el contrato No 469/2003, identificada como anexo 0; carta en original de entrega de planeación fechada el 15 de junio de 2003, identificada como anexo 1; carta en original fechada el 18 de junio de 2003 por el demandado, donde acusan recibo de los documentos de planeación, identificada como anexo 2; carta en original fechada el 19 de septiembre de 2003, donde Praxis hace entrega un (sic) CD que contiene lista productos anexa (ETAPA DE CONSTRUCCIÓN, 1ª ENTREGA), y el demandado recibe de conformidad, identificada como anexo 58; carta en original fechada el 02 de octubre de 2003, donde Praxis hace entrega del CD que contiene la lista productos anexa (ETAPA DE CONSTRUCCIÓN, 1ª ENTREGA), y el Instituto recibe de conformidad, identificada como anexo 58-1; 29 correos electrónicos identificados como anexos 3 al 31 E-1 inclusive; documento en original denominado “Funcionalidad General Sistema Integrador para la Administración de Recursos” revisado y autorizado por el Instituto el 18 de noviembre de 2003 identificado como anexo 32 E-1; 17 minutas de reunión en original, identificadas como anexos 33 al 49 E-1, inclusive; 7 submódulos numerados del anexo 50 al 56 E-1, inclusive, y un recibo de entregas parciales fechados el 13 de noviembre de 2003 identificado como anexo 59 E-1.*

*2. **LA DOCUMENTAL PRIVADA**, consistente en una carpeta que contiene: 30 correos electrónicos identificados como anexos 1 al 30 E-2, inclusive; una minuta de trabajo en original, fechada el 31 de octubre de 2003, identificada como anexo 31 E-2; documentos originales que contienen submódulos, identificados como anexos 32 a 61 E-2, inclusive.*

*3. **LA DOCUMENTAL PRIVADA**, consistente: 8 correos electrónicos, identificados como anexos 1 a 8 3-E, inclusive; un documento original denominado “Estándares para la Impresión de Reportes, versión 1.0”, revisado y autorizado por el Instituto el 18 de noviembre, identificado como anexo 9 E-3; 4 documentos originales que contienen “Descripción de Formato de Casos de Uso-Pagos a Terceros Reporte”, revisados y autorizados por el Instituto el 22 de octubre (dos documentos) y el 25 de noviembre (dos documentos), identificados como anexos 10 a 13 E-3, inclusive.*

4. LA DOCUMENTAL PRIVADA, consistente en tabla que contiene las operaciones aritméticas realizadas para el calculo del tiempo/costo que ha generado la construcción del sistema, identificada como anexo 61 E-3.

*5. **LA DOCUMENTAL PRIVADA**, consistente en una Tabla de Información Consolidada relativo al “Análisis de Rentabilidad del Proyecto RECURSOS”, con la*

cual se acreditan las horas empleadas por nuestra representada para la construcción del sistema. Documento que se identifica como anexo 62 E-3.

6. LA DOCUMENTAL PRIVADA, consistente en Reportes Individuales Mensuales de Actividades, relativos a las actividades realizadas por personal de mi poderdante, que se identifica como anexo 63 E-3.

7. LA DOCUMENTAL PRIVADA, consistente en copia simple de la impresión del “Desarrollo de los Submódulos Prioritarios” en donde se describe, prolijamente, en qué consistía cada una de las etapas de construcción del sistema. Cabe señalar que las fases A y B, se refieren a la 1ª Entrega; las fases C y D se refieren a la 2ª entrega, y la fase E se refiere a la 3ª entrega. Documento que se acompaña como anexo 64 E-3.

8. En la etapa de ofrecimiento de pruebas, la actora propuso la prueba **CONFESIONAL** a cargo del representante legal del demandado y la **PERICIAL EN INFORMÁTICA.**”

III. Con fecha seis (6) de abril del dos mil cinco, mi representado dio contestación, **AD CAUTELAM**, a la demanda interpuesta por la empresa “Magia Computacional, S.A. de C.V.” en los siguientes términos:

A) Se niega la procedencia de todas y cada una de las prestaciones reclamadas por la empresa “Magia Computacional, S.A. de C.V.”, ya que no le asiste acción y derecho.

B) Se contesta la demanda interpuesta oponiendo las siguientes excepciones y defensas:

1. EXCEPCIÓN SINE ACTIONE AGIS, consistente en la falta de acción de la demandada.

2. EXCEPCIÓN DE SINE IURE AGIS.

3. EXCEPCIÓN DE INDEFINITA ACTIO.

En relación con los hechos narrados en la demanda, se contestaron estableciendo que la actora incumplió con las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios número 469/2003, ya que no entregó los trabajos contratados en las fechas convenidas, ni con las características de funcionalidad requeridas por mi representado, mismas que fueron precisadas en las especificaciones contenidas en el “Anexo Técnico” que forma parte del contrato de referencia; en consecuencia, se le negaron las cartas de aceptación de los trabajos contratados y por ende la liberación de los pagos respectivos.

De igual manera, se precisó en la contestación de demanda, que la rescisión administrativa llevada a cabo por mi poderdante se encontraba totalmente apegada a Derecho, ya que la misma deviene del incumplimiento de la actora y ésta encuentra sustento en lo pactado entre las partes en el contrato de prestación

de servicios número 469/2003, cláusula **DÉCIMO SEGUNDA**, y en lo dispuesto en los artículos 54 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y 64 de su Reglamento.

Respecto de las supuestas modificaciones al contrato base de la acción, que argumenta la actora en el escrito de demanda, mi poderdante precisó al contestar la demanda que nunca y en ningún tiempo varió ninguna de las obligaciones contenidas en el documento fundatorio, ni en su “anexo técnico”, toda vez que los supuestos cambios que argumenta la actora no cumplen con lo dispuesto por las partes en el contrato base de la acción ni en lo señalado por el artículo 52 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Públicos.

Es importante resaltar que el “Anexo Técnico” del contrato, apartado 2.1, “Revisión y actualización del análisis y diseño”, debía ser revisado y actualizado por el prestador del servicio como parte de esta etapa, previa a la construcción del sistema.

De igual manera, se convino con la empresa “Magia Computacional, S.A. de C.V.”, en el apartado 4.1.3, “Plan de Trabajo y Planes Colaterales”, del multicitado contrato que:

“Los planes deberán mantenerse actualizados y serán corregidos durante el proyecto para facilitar el seguimiento del mismo por personal de “EL OFERTANTE”, sin que por eso se permita realizar modificaciones a las fechas en que se requieren las diversas entregas o se puedan modificar los requisitos de este contrato.”

La disposición anterior adquiere relevancia a la luz de la **CLÁUSULA QUINTA** del contrato de prestación de servicios que regulaba la relación contractual de las partes en el presente litigio, ya que en la misma se establece lo siguiente.

“QUINTA.- VIGENCIA. Las actividades propias de los servicios objeto del presente contrato serán a partir del treinta (30) de mayo de dos mil tres y hasta el treinta y uno (31) de octubre de dos mil tres.”

IV. Con fecha tres (3) de noviembre del año próximo pasado, **SE OBJETARON LAS PRUEBAS DOCUMENTALES** señaladas por la actora en los hechos 8, 9, 12 y 14 del escrito de demanda, por las razones y argumentos precisados en el escrito de referencia, así como con las pruebas aportadas por mi representado para controvertir el alcance probatorio de los documentos referidos.

V. Para acreditar los argumentos vertidos por mi representado, se ofrecieron los siguientes medios de prueba, mismos que fueron totalmente desahogados:

A) El día veintiuno (21) de noviembre del dos mil cinco, se señalaron **SIETE** puntos que debían agregarse al cuestionario propuesto por la

actora para el desahogo de la **PRUEBA PERICIAL EN INFORMÁTICA.**

C. El mismo dieciocho (18) de noviembre del dos mil cinco, se ofrecieron como medios de prueba para acreditar los hechos controvertidos por mi poderdante los siguientes:

- a) **LA CONFESIONAL**, a cargo del representante legal de la actora.
- b) **DOCUMENTAL**, consistente en el fallo pronunciado del día veinte (20) de mayo del dos mil tres, derivado de la Licitación Pública Nacional LPN-00100001-018/2003 “Construcción, Pruebas e Implantación del Módulo de Recursos Humanos del Sistema Integrador para la Administración de Recursos”.
- c) **DOCUMENTAL**, consistente en el ejemplar con firmas autógrafas del contrato de prestación de servicios número 162/2003, celebrado el treinta (30) de mayo de dos mil tres, por el **INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL** y la empresa “**ESTRATEGIA INTEGRAL EN SOLUCIONES, S.A. DE C.V.**”, derivado de la licitación pública nacional número LPN-00100001-018/2003.
- d) **DOCUMENTAL**, consistente en el oficio número **UNICO/0006/03**, de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil tres.
- e) **DOCUMENTAL**, consistente en el Acta Circunstanciada de fecha catorce (14) de enero de dos mil cuatro.
- f) **DOCUMENTAL**, consistente en el oficio número **DGMS/015/2004**, de fecha tres (3) de febrero de dos mil cuatro.
- g) **LA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES.**
- h) **LA PRESUNCIONAL EN SU DOBLE ASPECTO, LEGAL Y HUMANO.**

VI. Habiéndose desahogado las pruebas ofrecidas por las partes, unas por su propia y especial naturaleza y otras por que ya se han rendido ante la presencia de su Señoría, es procedente analizar los medios de prueba aportados por las partes del presente litigio, de acuerdo a lo siguiente:

ANÁLISIS DE PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES:

PRIMERO. Los elementos de convicción ofrecidos por la actora, “**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.**”, merecen las siguientes precisiones:

1) Las pruebas documentales presentadas por la actora podemos analizarlas de manera genérica estableciendo los rangos de **DOCUMENTAL PÚBLICA, DOCUMENTAL PRIVADA, DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y COPIAS SIMPLES**, para poder otorgarles la valoración que en la especie merecen, por consiguiente, al analizar las pruebas ofrecidas por la actora en su escrito de demanda en el capítulo respectivo, precisados con los numerales del uno (1) al (7), respectivamente, se acredita que la actora no ofreció ninguna **PRUEBA DOCUMENTAL DE CARÁCTER PÚBLICO**, razón por la cual en términos de lo dispuesto en los artículos 197 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles, no hay documental ofrecida por la actora que haga **PRUEBA PLENA**.

2) Como **DOCUMENTALES PRIVADAS**, la actora ofreció los siguientes:

- a) Carta original de fecha veinte (20) de agosto de dos mil tres.
- b) Carta original de fecha quince (15) de junio de dos mil tres.
- c) Carta original de fecha dieciocho (18) de junio de dos mil tres.
- d) Carta original fechada el diecinueve (19) de septiembre de dos mil tres.
- e) Carta original de fecha dos (2) de octubre de dos mil tres.
- f) Documento denominado "Funcionalidad General Sistema Integrador para la Administración de Recursos."
- g) Diecisiete (17) minutas originales de reunión.
- h) Recibo de entregas parciales, fechado el trece (13) de noviembre de dos mil tres.
- i) Una minuta de trabajo original de fecha treinta y uno (31) de octubre de dos mil tres.
- j) Documento original denominado "Estándares para la Impresión de Reportes, versión 1.0".
- k) Cuatro documentos originales que contienen la "Descripción de Formato de Casos de Uso-Pagos a Terceros".
- l) Tabla de operaciones aritméticas realizadas para el cálculo del tiempo/costo de la construcción del sistema contratado.
- m) Tabla de información consolidada relativa al "Análisis de Rentabilidad del Proyecto".
- n) Reportes individuales mensuales de actividades.

Del análisis conjunto y sistemático de las pruebas documentales ofrecidas por la empresa "**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.**", debe establecerse que su interpretación y grado de valor debe verificarse conforme a lo dispuesto en los artículos 197, 203, 204 y 205 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

No obstante lo anterior, es de hacer notar a su Señoría que las pruebas **DOCUMENTALES OFRECIDAS** por la actora fueron **OBJETADAS CON FECHA TRES (3) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL CINCO, EN CUANTO A SU ALCANCE**

Y VALOR PROBATORIO, atendiendo a los razonamientos y pruebas aportadas para acreditar la objeción de referencia, manifestaciones que solicito sean reproducidas por su Señoría, como si literalmente se insertaran a la letra en la presente manifestación, a efecto de evitar repeticiones de argumentos que ya fueron señalados y aceptados por auto de fecha siete (7) de noviembre del año próximo pasado.

3. Como **DOCUMENTOS DE ORIGEN ELECTRÓNICO**, la actora ofreció de su parte los siguientes:

- a) Veintinueve (29) correos electrónicos identificados como anexos 3 a 31 E-1.
- b) Treinta (30) correos electrónicos identificados como anexos 1 al 30 E-2.
- c) Ocho (8) correos electrónicos identificados como anexos 1 a 8 E-3.

Dichos documentos electrónicos se encuentran regulados en el Código Federal de Procedimientos Civiles en los numerales 93, 188 y 189 y su valoración deberá verificarse en términos de lo establecido en los preceptos 207 y 210-A del mismo ordenamiento legal.

Por consiguiente, los **CORREOS ELECTRÓNICOS**, en la forma que fueron ofrecidos, admitidos y desahogados, merecen el tratamiento de una copia simple, otorgándoles el grado de valor que éstos merecen, es decir, el de un **INDICIO**, el cual, al provenir de una comunicación verificada vía electrónica, debe probarse anticipadamente que la comunicación e información exhibida se ha conservado en su versión íntegra y original, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles y en el numeral 1834 BIS del Código Civil Federal.

Sirve de sustento a lo anterior, el criterio sostenido por el **PODER JUDICIAL FEDERAL** en las tesis que a continuación se transcriben, las cuales pueden ser aplicables por analogía y criterio de jurisprudencia:

4. **COPIAS SIMPLES**. La actora ofrece como pruebas de su parte las copias simples de la impresión del “Desarrollo de los Submódulos Prioritarios” en donde describe prolijamente, en qué consistía cada una de las etapas de construcción del sistema contratado.

En atención a lo anteriormente señalado, cabe precisar que es de explorado derecho que las copias simples se valoran de acuerdo a lo establecido en el numeral 207 del Código Adjetivo de la materia, aunque, cabe precisar, que al ser impresión de un documento de origen electrónico, ésta adquiere el carácter de copia de segundo grado, por el hecho de haberse reproducido en un soporte papel diverso al soporte magnético del cual se origina, en cuyo caso debe probarse anticipadamente la existencia del documento electrónico del cual se obtiene la

copia en soporte papel, en términos de lo dispuesto en el artículo 210-A del ordenamiento legal en cita.

No omito precisar a su Señoría que, al respecto, son aplicables las tesis precisadas en el punto que antecede, razón por la que solicito se tengan por reproducidas en este párrafo en todas sus partes, como si literalmente se insertarán a la letra, en obvio de repeticiones.

5. La prueba **CONFESIONAL** desahogada por conducto de su apoderado legal del demandado con fecha veinticuatro (24) de noviembre de dos mil cinco, será valorada por su Señoría en términos de lo dispuesto en el numeral 197 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

6. **PERICIAL EN INFORMÁTICA**, esta prueba ofrecida y desahogada por la empresa “**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.**”, fue objetada por mi mandante por escrito de fecha treinta (30) de enero del año en curso, toda vez que se expusieron las consideraciones de hecho, preceptos de Derecho y razones técnicas que deben ser tomadas en cuenta al momento de dictar la resolución de fondo, de acuerdo lo siguiente:

a) El perito en informática de la actora manifestó de manera expresa en su dictamen pericial, rendido con fecha doce (12) de enero del presente año, que desarrolló el dictamen pericial de mérito, con los elementos que le fueron proporcionados por la empresa “**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.**”, desacatando lo dispuesto por su Señoría en auto de fecha **VEINTISÉIS (26) DE DICIEMBRE DE DOS MIL CINCO**, en el que se tenía por perdido el derecho de la actora a exhibir los discos compactos sobre los cuales versaría la prueba pericial, situación que **OBLIGABA A LA ACTORA A DESARROLLAR LA PERICIAL DE MÉRITO ÚNICAMENTE CON LOS DISCOS COMPACTOS Y DOCUMENTOS QUE OBRAN AGREGADOS EN AUTOS.**

b) La actora no exhibió medio de prueba de origen electrónico, que sirviera de soporte de la prueba pericial en informática ofrecida por la accionante, situación que imposibilita material y legalmente a los puntos designados, dar respuesta al cuestionario formulado por las partes en el presente litigio.

c) El dictamen pericial presentado por el perito de la actora, se desarrolló con base en un puntuario que no fue autorizado por su Señoría, sino que tratando de sorprenderlo introdujo al procedimiento respuestas a un puntuario ajeno al autorizado, faltando con ello, incluso, al Código de Ética promulgado por el Consejo de la Judicatura Federal.

d) De los correos electrónicos exhibidos por la empresa “**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.**”, no obstante haber sido objetados y controvertidos con los medios de prueba aportados por mi poderdante, la actora en ningún momento probó la fiabilidad de su fuente, tal y como se dispone en el artículo 210-A del Código Adjetivo de la materia, situación que no permite tomarlos en cuenta para dar respuesta a algunas de las preguntas contenidas en el puntuario a desarrollar por los peritos designados por las partes.

e) El perito en informática de la accionante, no precisa consideraciones técnicas en su dictamen, sino que expresa razones jurídicas e interpretaciones de la voluntad de las partes.

Atento a las consideraciones anteriores, es procedente aplicar el contenido del precepto 198 del Código Federal de Procedimientos Civiles, mismo que señala lo siguiente:

*“**Artículo 198.** No tendrán valor alguno legal las pruebas rendidas con infracción de lo dispuesto en los artículos precedentes de este título.”*

SEGUNDO. Los elementos de convicción ofrecidos por mi representado merecen las siguientes precisiones:

a) Las documentales ofrecidas por mi representado fueron admitidas y desahogadas en términos de ley, sin ser objetadas por la accionante en cuanto a su alcance y valor probatorio, razón por la cual en su conjunto adquieren fiabilidad y prueban de pleno derecho, por reconocerlo de manera tácita la colitigante al precluir su derecho a objetar las pruebas documentales, por lo tanto, el contrato de prestación de servicios número 469/2003, y su “anexo técnico” de fecha treinta (30) de mayo de dos mil tres, derivado de la adjudicación de la licitación pública nacional número LPN-00100001-018/2003, rige de manera integra los derechos y obligaciones de las partes.

En tal razón, el documento fundatorio de la relación contractual precisa en la cláusula **QUINTA** que “**LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS SERVICIOS OBJETO DEL PRESENTE CONTRATO SERÁN A PARTIR DEL TREINTA (30) DE MAYO DE DOS MIL TRES Y HASTA EL TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRES,**” situación que se corrobora con lo acordado por las partes en el presente litigio en el apartado 4.1.3 del “Anexo Técnico” denominado “Plan de trabajo y planes colaterales” en el que se precisa que la actora se obligó a que:

“LOS PLANES DEBERÁN MANTENERSE ACTUALIZADOS Y SERÁN CORREGIDOS DURANTE EL PROYECTO PARA FACILITAR EL SEGUIMIENTO DEL MISMO POR PERSONAL DE “OFERTANTE”, SIN QUE POR ESO SE PERMITA REALIZAR MODIFICACIONES A LAS FECHAS EN QUE SE REQUIEREN LAS DIVERSAS ENTREGAS O SE PUEDAN MODIFICAR LOS REQUISITOS DE ESTE CONTRATO.”

Con base en lo anterior y al haberse dado fiabilidad y eficacia probatoria al contrato de prestación de servicios número 469/2003, de fecha treinta (30) de mayo de dos mil tres, es aplicable lo acordado en la cláusula **DÉCIMO QUINTA** por las partes, misma que precisa la **LEGISLACIÓN APLICABLE**, señalando lo siguiente:

CLÁUSULA QUINTA. LEGISLACIÓN APLICABLE. Las partes se obligan a sujetarse estrictamente para el cumplimiento del presente contrato a todas y cada una de las cláusulas del mismo, así como a los términos, lineamientos, procedimientos y requisitos que establecen la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y su Reglamento y supletoriamente el Código Civil Federal y demás legislación federal aplicable.”

Por consiguiente, es aplicable lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Públicos, que a la letra señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 52. (...)

CUALQUIER MODIFICACIÓN A LOS CONTRATOS DEBERÁ FORMALIZARSE POR ESCRITO POR PARTE DE LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES, LOS INSTRUMENTOS LEGALES RESPECTIVOS SERÁN SUSCRITOS POR EL SERVIDOR PÚBLICO QUE LO HAYA HECHO EN EL CONTRATO O QUIEN LO SUSTITUYA O ESTÉ FACULTADO PARA ELLO.

(...)”

b) En relación directa con los medios de prueba ofrecidos por mi poderdante, se puede colegir que la empresa **“MAGIA CPMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.”**, se abstuvo de solicitar cambio de fecha para entregar los trabajos contratados, tal y como se desprende de las documentales ofrecidas por la misma actora.

c) Del **“Anexo Técnico”** que forma parte integrante del contrato de prestación de servicios número 469/2003, de las bases de licitación y de los discos compactos exhibidos por mi poderdante, se acredita que la empresa **“MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.”**, tenía conocimiento de las necesidades de mi representado, por así haber quedado debidamente precisadas en los documentos de referencia.

d) De las manifestaciones anteriores, se acredita que el incumplimiento de la actora trajo como consecuencia la **RESCISIÓN ADMINISTRATIVA** del contrato referido, debido al incumplimiento en tiempo y forma de la empresa **“MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.”**, además de la ineficiencia de los trabajos

contratados. Por ser éstos totalmente infuncionales, situación que queda acreditada por la falta de **DISCOS COMPACTOS**, ya que no fueron aportados por la accionante como medios de prueba.

e) Ante la **RESCISIÓN ADMINISTRATIVA** del contrato de prestación de servicios profesionales 469/2003, es procedente el cobro de la **PENA CONVENCIONAL** pactada entre las partes en el contrato referido, **CLÁUSULA SEXTA**, dicha disposición encuentra fundamento en lo preceptuado en el artículo 53 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en relación con el numeral 64 de su Reglamento.

CONCLUSIONES:

I. Con los elementos de prueba aportados por mi representado, queda probada la **EXCEPCIÓN SINE ACTIONE AGIS**, toda vez que la actora no acreditó la procedencia de la acción ejercitada en el escrito de demanda, debido a la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas a través del contrato de prestación de servicios número 469/2003 y su "**Anexo Técnico**".

No hay que perder de vista que la actora no aportó los medios de prueba idóneos para acreditar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo establecidas precisadas en el contrato de referencia, ni aportó elemento de prueba viable que acredite las supuestas **INSTRUCCIONES DE MI PODERDANTE PARA VARIAR LOS TRABAJOS CONTRATADOS, A TRAVÉS DEL INSTRUMENTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS NÚMERO 469/2003**.

II. Ante la falta de objeción de los documentos aportados por la parte demandada, éstos cuentan con valor probatorio, quedando acreditada la fecha de formalización del contrato de prestación de servicios número 469/2003, de treinta (30) de mayo de dos mil tres, por así haberlo reconocido la actora de manera tácita y por no haber aportado medio de prueba que controvirtiera el contenido y firma del contrato base de la acción.

III. Del "**Anexo Técnico**" que forma parte del contrato de prestación de servicios número 469/2003, de las bases de licitación y de los discos compactos exhibidos por mi poderdante, acreditó que la empresa "**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.**", tenía conocimiento de las necesidades de mi representado, por así haber quedado debidamente precisados en los documentos de referencia.

IV. De las manifestaciones anteriores, se acredita la **RESCISIÓN ADMINISTRATIVA** del contrato referido, la cual fue una consecuencia directa del incumplimiento de obligaciones por parte de la actora empresa "**MAGIA COMPUTACIONAL, S.A. DE C.V.**", además de la ineficiencia de los trabajos contratados. Por ser éstos totalmente infuncionales, situación que queda

acreditada por la falta de **DISCOS COMPACTOS**, ya que no fueron aportados por la accionante como medios de prueba.

V. Ante la **RESCISIÓN ADMINISTRATIVA** del contrato de prestación de servicios profesionales 162/2003, es procedente el cobro de la **PENA CONVENCIONAL** pactada entre las partes en el contrato referido, en su **CLÁUSULA SEXTA**, dicha disposición encuentra fundamento en lo preceptuado en el artículo 53 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en relación con el numeral 64 de su Reglamento.

Por lo expuesto,

Baste lo aquí citado del litigio que ocurre en este momento, en el ámbito federal, para poder dar respuesta a las interrogantes planteadas en párrafos anteriores.

Cabe aclarar, que aún y cuando no se muestra de manera íntegra los escritos y acuerdos de las partes del litigio de referencia, estos fueron tomados de la manera más completa posible, por las razones expresadas al inicio del punto en comento, más sin embargo, desde nuestro punto de vista, se reúne el material suficiente para dar respuesta al objetivo del presente trabajo, lo que no quiere decir que se esté presentando un trabajo incompleto, ya que lo único que falta del juicio en cita, es formular las alegaciones de ley, y que el juzgador dicte la sentencia respectiva.

Por otra parte, para dar respuesta a las preguntas formuladas en el planteamiento de estrategia de todo litigio que incluye medios de prueba de origen electrónico, es suficiente lo aquí agregado, ya que sólo hay que observar las dificultades que tuvieron las partes para plantear sus hechos, ya que si bien es cierto, que tenían ante sí, todos los datos que se desprendían de los correos electrónicos y discos compactos, más sin embargo, nunca desprendieron una narrativa de hechos, que incluya abiertamente el acuerdo de voluntades que modificara lo expresamente contratado, asimismo, cabe precisar que las partes del litigio referido, sólo agregaron a sus escritos iniciales documentos en soporte papel, pasando por alto que era el momento procesal oportuno, para exhibir los “discos compactos”, para darles fuerza probatoria y desprender momentáneamente “indicios de prueba”, los

cuales se irían robusteciendo con la adminiculación de otros medios de prueba, que en particular tenía la actora a su servicio y desde la óptica personal de quien escribe, dejó pasar a su entero perjuicio.

Con las apreciaciones antes vertidas, pasaremos a hacer ciertas consideraciones en relación a cada uno de los frentes del litigio.

6.4.1 PARA EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Como ha podido observarse, el Órgano Jurisdiccional acuerda los escritos de las partes del proceso, atendiendo a lo expresamente dispuesto en la ley procesal, ya que no puede acordar de una forma distinta, lo grave se presenta, cuando dispone en el caso práctico que nos ocupa, que las partes exhiban los “discos compactos,” sobre los cuales se va a desarrollar la prueba pericial de mérito, más sin en cambio, es de destacar que las partes del proceso tenían a su alcance desde el escrito inicial de demanda, los discos referidos, y por consiguiente desde su ofrecimiento de pruebas, por lo que no es lógico, que ninguna de las dos partes haya exhibido dichas documentales, no obstante que obraban en su poder.

Por lo que, podemos deducir que ninguna de las partes del proceso, ni aún el juzgador, sabía cómo debían incorporarse al proceso, las pruebas documentales antes precisadas, violando con toda claridad los preceptos procesales consagrados en los numerales 323, 324 y 331 del Código Federal de Procedimientos Civiles, con lo cual, obtenemos nuestra primera conclusión, ante la falta de precepto legal que indique la forma cómo deben incorporarse al procedimiento judicial las pruebas de origen electrónico, éstas pueden incorporarse en cualquier momento (hasta antes de sentencia), a solicitud de alguna de las partes o a petición del juzgador atendiendo a la facultad inquisitiva con que cuenta, tal y como lo disponen los artículos 79 y 80 del ordenamiento legal en cita.

Ahora bien, ya fenecida la etapa conclusiva, no queda más que esperar la valoración de las pruebas aportadas por las partes, pero es claro, que el actor en

ningún momento, buscó adminicular los “elementos de prueba de origen electrónico” con los medios de prueba tradicionales, ya que si hubiera sabido que para darle fuerza y valor probatorio a los medios de prueba que aportó como meros “indicios,” era necesario, primero, tratarlos como objeto de prueba, para que posteriormente surtieran sus efectos de ley, como documentales privadas, obligando con toda su fuerza a las partes contratantes.

Luego entonces, si lo que consideramos en el inicio del presente capítulo, como eficacia probatoria, resulta cierto, los elementos de prueba aportados por el actor en el caso práctico, a la luz de la primera operación mental que realizará el Juez, para dictar su sentencia, llamada “interpretación” de la prueba, arrojarán ciertos “indicios,” que para que surtan “eficacia probatoria” deben adminicularse con otros medios de prueba, que tiendan a robustecer los argumentos de convicción del juzgador, y en la especie, el actor nunca dirigió sus esfuerzos a lograr el convencimiento del juez, en cuanto a la certeza de que los elementos de prueba de origen electrónico, se habían elaborado de manera conjunta por las partes, y que los acuerdos que los mismos consignaban, eran conocidos y queridos por los mismos.

De igual manera, el actor tampoco dirigió sus esfuerzos probatorios, a convencer al juez, de que quien acordaba a través de la vía electrónica, era la persona autorizada legalmente para modificar los acuerdos previamente contraídos, por lo que no es posible atribuir de manera cierta, a persona alguna los acuerdos de voluntades que pudieron modificar lo expresamente contratado y firmado por personas presentes.

Por consiguiente, desde nuestro punto de vista, el actor no logra con los medios de prueba aportados, alcanzar la eficacia probatoria de los medios de prueba ofrecidos para acreditar la acción intentada.

6.4.2 PARA EL POSTULANTE

De lo anteriormente señalado, podemos concluir, que si el abogado postulante hubiera sabido que los elementos de prueba de origen electrónico, primero son objeto de prueba, y posteriormente éstos surten sus efectos de ley

como documentos privados, hubiera hecho un planteamiento diferente, antes de iniciar un litigio que a todas luces se antoja imposible de ganar, ya que como hemos precisado, nunca buscó probar la autenticidad de los elementos de origen electrónico, y solo se conformó con relacionarlos en una narrativa de hechos, sin adminicularlos con medios de prueba que dieran fiabilidad, seguridad y certeza de que lo que los documentos de origen electrónico consignan es cierto y que no han sido objeto de alteraciones o modificaciones por ninguna de las partes.

Por consiguiente, aún y cuando las pruebas aportadas al proceso judicial, arrojen en un primer momento "indicios" de prueba, nunca llegarán a lograr eficacia probatoria plena, por carecer de los requisitos intrínsecos y extrínsecos que todo medio de prueba debe reunir en principio, así como de los requisitos de eficacia probatoria que los documentos privados tienen, ya que como se ha dicho, el caso práctico que nos ocupa, el actor nunca buscó dar certeza jurídica al juzgador de que las obligaciones contraídas por las partes se habían modificado por la vía electrónica.

Con las manifestaciones vertidas, podemos concluir que es necesaria la regulación de los medios de prueba de origen electrónico, en cuanto a su forma de ofrecerlos, asegurarlos, desahogarlos y valorarlos, ya que de lo contrario, se seguirá creando inseguridad jurídica a las partes, ante tanta libertad de que goza el juzgador, para admitir y valorar los pruebas técnicas precisadas.

6.4.3 ANÁLISIS CRÍTICO DEL TEMA

Del panorama general del presente estudio, podemos concluir que en casi todos los temas tratados, se desarrollan puntos críticos, con la finalidad de abordarlos en el presente subcapítulo, ya que es importante, por un lado agradecer a los estudiosos del derecho, la evolución del documento clásico o en soporte papel como medio de prueba, debido a que es el que mayor grado de avance ha tenido en los últimos tiempos, en la actualidad sería obsoleto seguir considerándolo sólo como una prueba instrumental, debido a que ya no se entiende como tal, únicamente a: "aquel objeto de papel o materia semejante al que se

incorpora un pensamiento humano mediante signos gráficos de escritura,"¹⁰ se ha dado paso al pensamiento que considera como documentos, todo aquello capaz de representar: "una idea o un hecho" ¹¹ (concepción funcional).

Y por el otro, resaltar que en la práctica la falta de reconocimiento y regulación de los medios de prueba de origen electrónico, ha traído consecuencias que trascienden en la vida misma, de quien hace uso de las nuevas tecnologías, tal y como se ha ilustrado en este capítulo, con la semblanza de dos conflictos que se llevan ante los tribunales del fuero común y federal.

Como conclusión, podemos desprender que en un conflicto que incluya elementos de prueba de origen electrónico, representa una gran problemática, tanto para el órgano jurisdiccional como para los litigantes, debido a las dudas razonables, de cómo aportarlos al proceso, si no se encuentran regulados de manera expresa.

Como hemos precisado, lo único que señala el Código de Procedimientos Civiles, de manera amplia, en su artículo 289 es que: "son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos," con lo que podemos concluir que son admisibles como medios de prueba "todos" los elementos que ayuden a lograr convicción en el juez, siempre y cuando logren la eficacia probatoria necesaria para obtener argumentos de prueba, relacionados con los hechos litigiosos.

Sin duda, su análisis resulta fácil, pero al momento de enfrentarnos a la realidad procesal, es donde surgen las interrogantes que ya hemos analizado en puntos anteriores de este mismo capítulo.

Luego entonces, ante dichos cuestionamientos, es necesario voltear a ver a los legisladores y darnos cuenta que la realidad social rebasa infinitamente lo dispuesto por nuestros códigos procesales que regulan la materia civil de nuestros días, sin duda, en su momento, se justificó el grado de "avance" y "modernidad" que representaban, más sin en cambio en la actualidad, es claro que los Códigos de Procedimientos Civiles, tanto el del fuero común como el federal, requieren de estar a la altura de la realidad social y actualizar dichos ordenamientos ante la

¹⁰ Ormazabal Sánchez, Guillermo, op. cit., nota 221, p. 18.

¹¹ Idem.

imponente evolución de la tecnología aplicada a la vida diaria, incluyendo de manera expresa los elementos probatorios que se derivan de la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para cualquier proceso que se trámite ante los tribunales cualquiera que sea su competencia.

De igual manera, se debe dar libertad y seguridad jurídica a los juzgadores para que de manera valiente hagan uso de las facultades que ya consagra la ley, y en un afán de conocer la verdad sobre los hechos controvertidos, pongan en marcha los principios procesales que han quedado olvidados, como es el caso de la inmediatez, y la búsqueda de la verdad a través de las facultades que consagran los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Con el atraso de nuestras legislaciones procesales en materia civil, se deja en completo estado de abandono a los sectores de la sociedad que tienen necesidad de hacer uso de los medios de comunicación como una forma de vida, ya que no son los menos los que consultan el internet, para realizar operaciones de comercio electrónico, en todas sus manifestaciones; a la banca comercial que ha desarrollado constantemente diferentes sistemas de banca electrónica para ofrecer sus servicios en línea; el intercambio de mensajes electrónicos que pueden llegar a constituir acuerdos de voluntades, contratos en sus diferentes modalidades; o simplemente el intercambio de mensajes electrónicos que pueden llegar a tener relevancia como elementos de prueba en algún proceso que se lleve ante los tribunales; en definitiva el internet, se vuelve una ventana al mundo para comunicarse, inter-relacionarse, y como ya hemos dicho, también para contraer obligaciones de carácter bilateral.

Ante la realidad, surge la necesidad de hacernos una serie de planteamientos que nos lleven a dilucidar de manera clara qué tipo de legislación queremos tener, o simplemente nos conformamos con seguir teniendo una legislación procesal en vías de desarrollo, sin reconocer que los medios de prueba deben evolucionar a la altura de los medios de comunicación.

No obstante lo anterior, cabe recordar, que la informática, se ha constituido en un fenómeno que ha tenido un origen reciente, pero parece tener características irreversibles en tanto, que los medios de origen electrónico irrumpen todos los ámbitos de actividad del ser humano, logrando cada día un mayor grado de avance, eficiencia y abaratamiento, poniéndose al alcance de los diferentes grupos sociales, lo que hace suponer que en un tiempo breve toda la actividad del ser humano será llevada a través de medios electrónicos, dejando en desuso los métodos tradicionales.

De igual manera, se señaló que ante la falta de regulación de los medios electrónicos en el ámbito judicial se afecta también, al gasto público, ya que imaginemos la cantidad de recursos públicos que se ahorrarían si por ejemplo, las notificaciones personales que se realizan en el procedimiento , por el órgano jurisdiccional, cualquiera que éste sea, se realizaran por la vía electrónica o las comunicaciones entre juzgados se llevaran por correo electrónico, sin duda se vería la evolución de figuras como el exhorto, la carta rogatoria, etc., logrando con ello, eficiencia y optimización de recursos; por lo que ante tales consideraciones, es necesario adecuar nuestro Código de Procedimientos Civiles para que regule de manera expresa los medios de prueba que se derivan de los avances de la ciencia y la tecnología, y no se deje a criterio de las partes la interpretación analítica de los medios de prueba reconocidos o hasta el momento conocidos por la doctrina tradicional.

Por lo anteriormente expresado, desde nuestro punto de vista, resulta necesario ubicar primordialmente, a los elementos de prueba que se derivan de medios electrónicos, otorgándoles reconocimiento en los medios de prueba tradicionales, para que en base a ello, se puedan llevar a la vida procesal y ayudar a lograr convicción en el ánimo del juzgador.

CONCLUSIONES:

1. De las consideraciones anteriores, podemos darnos cuenta de la necesidad que existe de conocer el grado de eficacia y valor probatorio, que tienen los documentos de origen electrónico, ya que si bien es cierto, que no existe disposición legal que prohíba su proposición, también lo es, que no existe en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal disposición que regule su ofrecimiento, admisión, desahogo y mucho menos su valor probatorio, por lo que, ante el surgimiento de estos nuevos elementos de convicción, es prioritario regularlos de una manera expresa, para otorgar fiabilidad y seguridad jurídica a los usuarios de estas nuevas tecnologías.

2. Es a través de la apreciación de los medios de prueba, que se realiza un estudio crítico de todos y cada uno de ellos, valorándolos primero de manera individual, y posteriormente con la aplicación de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, valorarlos en su conjunto, para llegar a la determinación que en Derecho corresponda, tomando en cuenta claro está, por una parte los medios de prueba aportados para tratar de acreditar la acción intentada, y por la otra, los aportados para desvirtuar u oponerse con otros hechos que signifiquen excepciones o defensas.

Si como hemos dicho, los conceptos de “eficacia probatoria” y “valor probatorio” adquieren relevancia durante el proceso mental que realiza el juzgador para apreciar los medios de convicción aportados por las partes, es en esta etapa donde precisamente llega el juzgador a darle eficacia probatoria, obteniendo de ellas argumentos de prueba.

3. En nuestra opinión, la eficacia probatoria es consecuencia de la apreciación de los medios de prueba, considerando en ésta, tanto a la interpretación como a la valoración, ya que mediante la interpretación, el juzgador determina cuál es el resultado que se desprende de cada uno de los medios de prueba, sin atender a la

aptitud que tiene el elemento de convicción aportado por las partes, para demostrar jurídicamente otro hecho, en tanto, que el juzgador al realizar, ya propiamente la valoración de los medios de prueba en su conjunto, revisará en ellos, tanto los requisitos de forma, como los requisitos de fondo, realizando una serie de operaciones mentales, que le permitan obtener los argumentos de prueba, que lo llevarán a otorgar cierto grado de eficacia probatoria a los medios de prueba agregados al proceso, por lo que, bien pudiéramos considerar que la eficacia probatoria, responde a la pregunta, ¿porqué el juez le da valor probatorio a tal o cual medio de prueba?.

4. En nuestra opinión, la evolución de la prueba documental se encuentra en la etimología misma del documento (*docere* = enseñar o hacer conocer) ya que con el devenir del desarrollo tecnológico y científico de los medios de comunicación utilizados por el ser humano, surge la necesidad de abandonar el concepto de que sólo las ideas expresadas a través de la escritura en soporte papel, eran documentos, dando paso al concepto general de que cualquier cosa o soporte material sirve para representar las ideas del ser humano; abandonando con ello, los conceptos tradicionales de que sólo los elementos clásicos del papel y la escritura incorporada a éste, constituyen los documentos.

5. Los elementos de prueba de origen electrónico, son considerados como medios de prueba imperfectos, ante la relativa facilidad con que se pueden confeccionar y la cierta dificultad para demostrar de modo absoluto e indudable las falsificaciones, entre otros argumentos, por tanto, para que tales medios probatorios hagan prueba plena, deben ser perfeccionados con otros elementos, fundamentalmente con el reconocimiento expreso o tácito de la persona contra quien se utilizan, por un exhaustivo dictamen de peritos, mediante la testimonial de personas que también hayan intervenido en el momento en que se dice perfeccionado el documento electrónico, pues sólo de esa manera podría existir un fundamento lógico para formar en el juzgador cabal convicción.

6. Si no se encuentran regulados de manera expresa en el código procesal los efectos de prueba de origen electrónico, deberán perfeccionarse con otros medios de prueba, que permitan arribar al juzgador a la conclusión de la autenticidad, fiabilidad y seguridad con que fueron generados los elementos de prueba de origen electrónico, otorgándoles eficacia probatoria, como si se tratara de documentos privados auténticos.

7. En nuestra opinión, los elementos de prueba de origen electrónico, deben ser considerados como documentales, aplicándose por consiguiente, las disposiciones contenidas en el código procesal de la materia para el Distrito Federal y los artículos 323, 324 y 331 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

8. Como ha quedado debidamente establecido, el original del documento electrónico, se encuentra en la Unidad Central de Procesamiento (CPU) de la computadora, por lo que, puede ser un buen inicio el ofrecer la prueba pericial de dicha documental, para lograr fiabilidad y seguridad de que el documento original se encuentra intacto en su elaboración natural.

9. En nuestra opinión, se pueden acompañar al escrito inicial de demanda o contestación de la misma, las copias simples de segundo grado en soporte papel y los dispositivos de almacenamiento, ya sean magnéticos, ópticos o cualquiera otro en el que se haya almacenado la información que se pretende utilizar como medio de prueba, para aportar indicios que pueden robustecerse, con otros medios de prueba que puedan aportar fiabilidad, certeza, seguridad y autenticidad de los documentos electrónicos exhibidos.

10. En definitiva, el documento electrónico, ya sea en el fuero común o en el ámbito federal, es viable para aportar eficacia probatoria a los hechos alegados o controvertidos, aunque cabe aclarar, que nuestras legislaciones procesales (la del fuero común y la federal), en este momento no le reconocen eficacia probatoria, debido a que no lo regulan de manera expresa, por las consideraciones que ya se

han precisado a lo largo del presente trabajo, lo que no obsta, para que con otros medios de prueba, se pueda arribar a la tan mencionada eficacia probatoria de los documentos electrónicos.

PROPUESTA:

Con modestia admitimos que el campo en el que apenas nos estamos asomando, rebasa en mucho nuestra capacidad de conocimiento, y que el reto que asumimos de realizar el presente esbozo de investigación, no colma satisfactoriamente tantas interrogantes que el tema sugiere, por lo que, sin pretender ser visionarios o legisladores de la materia nos atrevemos a proponer las siguientes consideraciones:

1. Proponemos que se regule de manera expresa en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal a las pruebas de origen electrónico, independientemente de la forma que revistan, facultando de manera expresa a las partes a que soliciten la exhibición de documentos a sus contrarios, por no tenerlos a su disposición y por referirse al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba aportados.

2. Para otorgarle viabilidad a la solicitud de exhibición de dichas documentales, deberá exhibirse copia simple de primer o segundo grado, ya en soporte magnético u óptico, ya en soporte papel la prueba documental objeto de prueba, y si esto no fuera posible, debido a su inexistencia o por que no se dispone de él, se podrá indicar su contenido y alcance lo más cercano a la realidad, dándole posibilidad a la parte que se le atribuye su autoría, para que desvirtúe o confirme lo señalado por su contraria.

3. En caso de solicitud de exhibición de documentos de origen electrónico de una de las partes, se deberá justificar por el interesado la legitimación de sus alegaciones de facto, mediante otros medios de prueba que permitan deducir que

el documento del que se solicita su exhibición, se encuentra en poder de la colitigante.

4. Es importante señalar que la carga de la prueba, no en todos los casos recaería en el solicitante de la exhibición de la prueba documental, sino que también recaería en aquel que se niega a exhibirlo, por señalar que no se encuentra en su posesión o por que niegue los hechos alegados.

5. Dichas consideraciones pudieran agregarse al Código Federal de Procedimientos Civiles, para tratar de darle coherencia a lo dispuesto en sus artículos 188 y 210-A.

BIBLIOGRAFÍA

Alcala-Zamora y Castillo, Niceto, Ensayos de Derecho Procesal, Edición de la Revista de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1944.

Altmark, Daniel Ricardo, Informática y Derecho, Vol.I, Depalma, Argentina, 1987.

Aragoneses Alonso, Pedro, Sentencias Congruentes, Pretensión, Oposición, Fallo. Editorial Aguilar, Madrid, 1957.

Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Porrúa, 10ª edición, México, 2004.

Arellano García, Carlos, Teoría General del Proceso, Editorial Porrúa, México, 13ª. Edición, 2004.

Barragán, Julia, Informática y Decisión Jurídica, Distribuciones Fontamara, 2ª edición, México, 2000.

Becerra Bautista, José, El Proceso Civil en México, Porrúa, 14ª edición, México, 1992.

Becerra Bautista, José, La Teoría General del Proceso aplicada al Proceso Civil del Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.

Bentham, Jeremy, Tratado de las Pruebas Judiciales, Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, 2001.

Carnelutti, Francesco, La Prueba Civil, traducción de Niceto Álcala Zamora y Castillo, Ediciones Arayú, Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1955.

Cámpoli Gabriel Andrés, La Firma Electrónica en el Régimen Comercial Mexicano, Editorial Porrúa, México, 2004.

Chiovenda, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen III, Traducción de Eduardo Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

Coello Coello, Carlos A., Breve Historia de la Computación y sus Pioneros, Fondo de Cultura Económica, Primera Edición, México, 2003.

Couture J. Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3ª. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1958.

Couture Juan, Eduardo, Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, 2001.

Dehesa Dávila, Gerardo, Introducción a la Retórica y la Argumentación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Impresos Unidos de México, México, 2004.

Dellepiane, Antonio, Nueva Teoría de la Prueba Judicial, Editorial Temis, 7ª edición, Bogotá, 1972.

De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 8ª edición, México, 1969.

De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1999.

De Pina Rafael, Tratado de la Pruebas Civiles, Editorial Porrúa, S.A., 2ª edición, México, 1975.

Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, 5ª edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 2002.

Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, 5ª edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 2002.

Díaz-Melián de Hanisch, Mafalda V., La Prueba y Medios de Prueba: De Roma al Derecho Moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano, Servicios de Publicaciones, Universidad del Rey Juan Carlos, Gráficas Couche, S.L., Madrid, 2000.

Falcón, Enrique M., ¿Qué es la informática jurídica?, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992.

Garrone, José Alberto, Diccionario Manual Jurídico-Abeledo Perrot, Editorial Abeledo-Perrot, S.A.E.e.I., 2ª edición, Buenos Aires, 2004.

Giannantonio, Ettore, Informática y Derecho, Apuntes de Doctrina Internacional, El Valor Jurídico del Documento Electrónico, Vol. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.

Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

Kelley Hernández, Santiago A., Teoría del Derecho Procesal, 4ª edición, Porrúa, México, 2003.

Lara y Parra, Jesús, Elementos de Lógica y Metodología, Editorial Cajica, Puebla, México, 1973.

Leach, Edmund, Cultura y Comunicación, Editorial Siglo XXI, México, 1988.

Lessona, Carlo, Teoría de las Pruebas en Derecho Civil, Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, 2001.

Marroquín Zaleta, José M., Técnica para la Elaboración de una Sentencia de Amparo Directo, Editorial Porrúa, México, 2003.

Mateos Alarcón Manuel, Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal, Cardenas Editor y Distribuidor, Segunda Reimpresión, México, 1995.

Melián de Hanisch, Mafalda V., La Prueba y Medios de Prueba: De Roma al Derecho Moderno, Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano, Servicio de Publicaciones. Universidad de Madrid Rey Juan Carlos, Gráficas Couche, S.L., Madrid, 2000.

Millán Puelles, Antonio, Fundamentos de Filosofía, Editorial Rialp (Biblioteca del Cincuentenario), 13ª edición, Madrid, 1999.

Montero Aroca, Juan, "La Prueba", Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Muñoz Sabaté, Luis, Fundamentos de Prueba Judicial Civil LEC1/2000, J.M. Bosch Editor, Barcelona-España, 2001.

Murga Gener, José Luis, Derecho Romano Clásico II, El Proceso, Zaragoza, España, Universidad de Zaragoza.

Mustapich, José María, Tratado Teórico y Práctico del Derecho Notarial, Tomo I, Buenos Aires, Ediar Editores, 1955.

Norton, Peter, Introducción a la computación, Tercera Edición, Mc Graw Hill, México, 2004.

Ormazabal Sánchez, Guillermo, La Prueba Documental y los Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos, Editorial La Ley, Madrid, España, 2000.

Ormazabal Sánchez, Guillermo, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos, Editorial La Ley, Madrid, 2000.

Ovalle Favela, José, Derecho Procesal Civil, 9ª edición, editorial Oxford University Press, México, 2003.

Pallares Portillo, Eduardo, Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano, Manuales Universitarios, México, 1962.

Pérez Luño, Antonio Enrique, Ensayos de Informática Jurídica. Distribuciones Fontamara, 2ª edición, México, 2001.

Petit, Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, traducido por D. José Ferrández González, Editorial Época, S.A., México, 1977.

Rojas Amandi, Víctor M., El Uso de Internet en el Derecho, 2ª edición, Oxford, México, 2001.

Rosemberg, Leo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955.

Sentís Melendo, Santiago, El Proceso Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.

Sentís Melendo, Santiago, La Prueba, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1978.

Téllez Valdés, Julio, Derecho Informático, 3ª edición, McGraw-Hill/Interamericana editores, S.A. de C.V., México, 2004.

Varela, Casimiro A., Valoración de la Prueba, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

Younes Jerez, Simón, Credibilidad y Certeza en la Prueba Judicial, Editorial Leyer Ltda. Bogotá, D. C.-Colombia, 2001.

Diccionario Enciclopédico Larousse, editorial Ultra, S.A. de C.V., México, 2004, p. 156.

LEGISLACIÓN CONSULTADA:

1. Código Civil Federal.
2. Código Federal de Procedimientos Civiles.
3. Código de Comercio.
4. Código Civil para el Distrito Federal.
5. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
6. Ley Federal de Protección al Consumidor.
7. Ley del Mercado de Valores.
8. Ley de Adquisición, Arrendamientos y Servicios al Sector Público.
9. Ley de Obras Pública y Servicios Relacionados con las mismas.
10. Ley de Instituciones de Crédito.

11. Código Penal del Distrito Federal.
12. Código Penal Federal.
13. Código Fiscal.
14. Ley del Impuesto Sobre la Renta.
15. Código Financiero del Distrito Federal.
16. Ley del Seguro Social.
17. Ley de Información Estadística y Geografía.
18. Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.
19. Reglamentos Interiores de distintas Secretarías de Estado y Dependencias Públicas (Secretarías de: Economía, Educación Pública, Defensa Nacional, Reforma Agraria, Marina, Trabajo y Previsión Social y Administración Pública del Distrito Federal).

PÁGINAS ELECTRÓNICAS CONSULTADAS:

www.lexjuridica.com.diccionario.php

www.estimo.uniovi.es/links/idiomas.html.

www.isocmex.org.mx/historia.htm.

www.nic.mx/es/nicmexico.historia.

www.nic.isocmex.org.mx/historia.html

www.alllaw.com/law.

www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ecommercemdex-s.htm

www.mercosur-news.com.uy/noticias/n994252.htm

www.rae.es.

www.scjn.com

www.hipersociología.org.ar/catedra/materia/castellsprol.html