



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

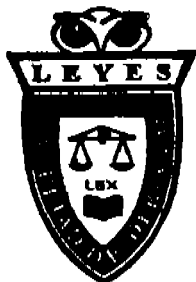
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

"LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ. LIMITES Y PRESUPUESTOS EN EL PROCESO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA,
FERNANDO MIRALLES ESCOBAR



ASESOR: DR. CARLOS F. NATAREN DE PERAZA

MEXICO, D. F.,





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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO /136/SDPP/05

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E .**

El alumno **MIRALLES ESCOBAR FERNANDO**, con número de cuenta **400057642**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Doctor **CARLOS F. NATAREN NANDAYAPA**, la tesis profesional titulada **"LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ. LIMITES Y PRESUPUESTOS EN EL PROCESO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL"** que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Doctor **CARLOS F. NATAREN NANDAYAPA** en su calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ. LIMITES Y PRESUPUESTOS EN EL PROCESO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL"**, puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **MIRALLES ESCOBAR FERNANDO**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, A 15 DE DICIEMBRE DE 2006


LIC. MARGARITA MARÍA GUERRA Y TEJADA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
MMG/lcm

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Fernando Miralles

FECHA: 02/03/2006

FIRMA: 

**A mi padre Antonio Miralles Ostos
A mi madre Angelina Escobar Hofmann
Gracias por su cariño y por darme la vida.**

**A mis hermanos y anexos:
Antonio, Isabel, Jorge y Andrés
Amigos de toda la vida.**

**Al maestro Ernesto Gutiérrez y González
Q.E.P.D. Quien me enseñó amar a mi profesión.**

**Al Dr. Carlos F. Natarén Nandayapa
Gracias por su colaboración y asesoría
para este trabajo.**

A los jueces y magistrados de México.

*"PROCURA DESCUBRIR LA VERDAD POR
ENTRE LAS PROMESAS Y DÁDIVAS DEL
RICO COMO ENTRE LOS SOLLOZOS E
IMPORTUNIDADES DEL POBRE"*

Consejo que dio Don Quijote a Sancho Panza
antes que fuese a gobernar la insula de
Barataria.

"LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ. LÍMITES Y PRESUPUESTOS EN EL PROCESO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL"

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO DE REFERENCIA

ÍNDICE	PÁG.
INTRODUCCIÓN	I
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	
1.1.1. DERECHO ROMANO	
1.1.1.1. ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM	1
1.1.1.1.1. Acciones de la Ley	2
1.1.1.1.2. El Proceso Formulario	4
1.1.1.2. ORDO IUDICIORUM PUBLICORUM	7
1.1.1.2.1. Proceso Extraordinario	7
1.1.1.2.2. Proceso Posclásico- Justiniano	9
1.1.2. EL PROCESO GERMANO	11
1.1.3. CODIFICACIÓN ITALIANA	12
1.1.4. DERECHO ESPAÑOL	14
1.1.4.1. Partidas	14
1.1.4.2. Codificación Española	15
1.2. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO	
1.2.1. NATURALEZA JURÍDICA	
1.2.1.1. Las máximas de la experiencia y el conocimiento privado del juzgador	17
1.2.1.2. Facultades del Juez para disponer de la prueba y modificar las resultancias probatorias del proceso	24
1.2.1.3. Facultad del juez de apreciar hechos no alegados por las partes	28
1.2.1.3.1. Hechos constitutivos e identificadores de la pretensión	29
1.2.1.3.2. Hechos notorios	31
1.2.1.4. Las normas de carácter procesal	33
1.2.1.4.1. Normas obligatorias o de carácter absoluto	34
1.2.1.4.2. Normas dispositivas o facultativas	34
1.2.1.4.3. Normas admonitivas o de consejo	35

1.2.2. CONCEPTO	
1.2.2.1. Artículo 278 del CPCDF, crítica e interpretación	37
1.2.2.2. Artículo 279 del CPCDF, crítica e interpretación	38
1.2.2.3. Medidas para mejor proveer	42
1.2.2.4. Características	
1.2.2.4.1. Naturaleza exclusivamente probatoria	43
1.2.2.4.2. Decretadas <i>motu proprio</i> por el juzgador	43
1.2.2.4.3. Pueden ser indicadas por las partes	44
1.2.2.4.4. Acto procesal oportuno	44
1.2.2.4.5. Complementan las pruebas aportadas por las partes	44
1.2.2.4.6. Con el fin de allegarse mayores elementos de convicción que precisen el objeto del proceso	45
1.2.2.4.7. Función Probatoria útil	47
1.3. DERECHO COMPARADO	
1.3.1. DERECHO ESPAÑOL	49
1.3.2. DERECHO COLOMBIANO	56
1.3.3. DERECHO URUGUAYO	60
1.3.4. DERECHO BRASILEÑO	65

CAPÍTULO II

EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO Y SUS PRINCIPIOS PROCESALES

2.1. LA PRUEBA EN EL PROCESO	
2.1.1. OBJETO DEL PROCESO	
2.1.1.1. Objeto necesario y objeto accesorio	69
2.1.1.2. Objeto interno y objeto externo	70
2.1.1.3. Elementos identificadores	
2.1.1.3.1. Lo que se pide o <i>petitum</i>	71
2.1.1.3.2. Los sujetos procesales	73
2.1.1.3.3. La causa de pedir o causa <i>petendi</i>	73
2.1.2. OBJETO DE LA PRUEBA	76
2.1.3. CARGA DE LA PRUEBA	79
2.1.3.1. Carga formal de la prueba	80
2.1.3.2. Carga material de la prueba	82
2.2. PRINCIPIOS PROCESALES Y SUJETOS AFECTADOS	
2.2.1. PRINCIPIOS DEL PROCESO: GENERALIDADES	83

2.2.2. PRINCIPIOS NATURALES O NECESARIOS	
2.2.2.1. Principio de audiencia	84
2.2.2.2. Principio de igualdad de partes e igualdad por compensación	86
2.2.3. PRINCIPIOS TÉCNICOS O SECUNDARIOS	
2.2.3.1. Principio dispositivo y de aportación de parte	90
2.2.3.2. Principio de oficialidad e investigación de oficio	92
2.2.3.3. Principio de Inmediación y dirección del proceso	95
2.2.3.4. Principio de imparcialidad y equidistancia	97

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO PROCESAL

3.1. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS	
3.1.1. JURISDICCIÓN	101
3.1.1.1. Significado de la voz "jurisdicción"	102
3.1.1.2. Caracteres formales o extrínsecos de la función jurisdiccional	103
3.1.1.3. Como un deber y un derecho	104
3.1.2. COMPETENCIA	106
3.1.3. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO	109
3.1.3.1. Determinación de los hechos cuyo esclarecimiento puede provocar el juez	109
3.1.3.2. Determinación de los criterios que tiene a su alcance el juez para su intervención de oficio en materia probatoria	110
3.1.4. HECHOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ	111
3.1.5. FALTA DE PRECISIÓN DE UN HECHO	118
3.1.6. PREEMINENCIA DE UN INTERÉS PÚBLICO SUPERIOR	120
3.1.7. LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN APORTADOS POR LAS PARTES SON FALSOS, IMPERFECTOS O INCOMPLETOS	122
3.2. MECANISMO PROCESAL	
3.2.1. MOMENTO PROCESAL EN EL QUE EL JUZGADOR PUEDE DECRETARLAS	126
3.2.2. RÉGIMEN DE PROCEDIMIENTO	127
3.2.3. EFECTOS SOBRE LA MARCHA DEL PROCEDIMIENTO	129
3.2.4. INFLUENCIA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA	130
3.2.5. DETERMINACIÓN DE LOS JUICIOS EN QUE	

PUEDEN SER DICTADAS	
3.2.5.1. Jurisdicción Voluntaria	132
3.2.5.2. En los juicios especiales, incidentes y en segunda instancia	134
3.2.6. MEDIOS DE PRUEBA QUE PUEDE DISPONER DE OFICIO EL JUEZ	
3.2.6.1. Típicos	135
3.2.6.2. Atípicos	138
3.2.7 INTERVENCIÓN DE LAS PARTES	
3.2.7.1. Derechos de las partes frente al juez	139
3.2.7.2. Límites dentro del cual pueden actuar	140
3.2.7.3. Deberes de las partes respecto al juez	142
3.2.7.4. Derechos y deberes de terceros	142
3.2.8. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN	143

CAPÍTULO IV

LIMITES A LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ Y BENEFICIOS

4.1. PRINCIPIOS RECTORES	
4.1.1. PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN DE LA PRUEBA POR PARTE DEL JUEZ	145
4.1.2. NO DEBE CONSTITUIR LA PRETENSIÓN DE UNA DE LAS PARTES	148
4.1.3. NO DEBE SUPLIR LA DEFICIENCIA O NEGLIGENCIA DE LAS PARTES	152
4.1.4. EL JUZGADOR NO DEBE INTRODUCIR HECHOS QUE NO ESTÉN DENTRO DEL OBJETO DEL PROCESO	155
4.1.5. RESGUARDAR EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PARTES	157
4.1.6. OBSERVAR LA MAS ESTRICTA IMPARCIALIDAD	159
4.1.7. DEBER DEL JUZGADOR DE OBSERVAR LAS REGLAS GENERALES EN MATERIA PROBATORIA PARA QUE LA PRUEBA APORTADA POR ÉL SEA CONSIDERADA COMO VÁLIDA	161
4.2. ALCANCES	
4.2.1. COMPLEMENTAN Y ESCLARECEN LAS PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES	166
4.2.2. IDENTIFICAN LAS PRUEBAS MANIPULADAS	

O LOS ACTOS SIMULADOS POR LAS PARTES	167
4.2.3. EL JUZGADOR SE ALLEGA DE MAYORES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN	170
4.2.4. PERMITE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD MATERIAL	170
4.2.5. ECONOMÍA PROCESAL	172
4.2.6. INMEDIACIÓN Y DIRECCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO	173
4.2.7. PRECISA EL OBJETO DEL PROCESO AL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA	175
4.2.8. PRODUCCIÓN PROBATORIA EQUILIBRADA	176
CONCLUSIONES	178
BIBLIOGRAFÍA	184

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo de investigación es estudiar la naturaleza jurídica de las normas que otorgan facultades a los jueces en materia probatoria, analizar la problemática de su aplicación en razón a los principios generales que rigen al proceso civil, así como los presupuestos y alcances que deben prevalecer para que su decreto no recalga en la afectación de los derechos de las partes, así como las ventajas que se obtienen mediante su adecuada aplicación.

Es notorio que los jueces y magistrados hacen un uso muy limitado de estas facultades, ya porque su regulación es confusa, o bien, porque predomina en ellos la idea de mantener, ante todo, una equidistancia e imparcialidad entre las partes, dejando a un lado su función primordial consistente en la emisión de una sentencia justa, equitativa y humana.

Dicha pasividad de los jueces también puede explicarse en razón de una falta de entendimiento o de interpretación de los artículos 278 y 279 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lo que impone interpretar la naturaleza jurídica de estas normas procesales, pudiéndose comprender que los términos "puede" y "podrán", contenidos en estos preceptos, deben ser entendidos también en otro contexto. De ahí que pueda ser más adecuado considerar que tales términos expresan una potestad o un poder de mando, o un poder de orden, conceptos que encierran la idea de dominio del juez sobre el proceso, y por lo tanto, deben ser ejercitadas por los jueces de conformidad a sus deberes inherentes a su oficio.

Se deben entender los alcances jurídicos que contienen estas facultades y no negar la posibilidad de que el juzgador puede, dentro de los límites que marca la ley, aportar hechos no alegados por las partes, así como formular su propia calificación jurídica respecto del objeto del proceso, aplicando los conocimientos privados que mediante la experiencia de su cargo ha adquirido, creando una "tercera opinión", y de esta forma, garantizar la aplicación exacta de la ley en

mejora no sólo de los intereses privados, sino también en beneficio del interés del Estado quien persigue la aplicación de la justicia.

En la presente tesis se analizará y delimitará la naturaleza jurídica de la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil del Distrito Federal, especificando cuáles son los presupuestos necesarios que deben cumplirse para que el juez las practique sin violar las garantías procesales de las partes.

La finalidad de esta investigación es proponer una reforma al artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a través de la cual permita al juzgador ejercitar sus potestades probatorias, evitando así, que continúe esa pasividad de los jueces excusada en el temor reverencial de perder la imparcialidad dentro del proceso.

En el primer capítulo se realiza un estudio histórico y de derecho comparado de la iniciativa probatoria del juez que permita otorgar un marco teórico de referencia previo para hacer posible la identificación de su naturaleza jurídica y las diferencias y semejanzas con instituciones reguladas en sistemas procesales afines.

En el segundo capítulo se hace un análisis de la prueba y el objeto del proceso civil, ya que es indispensable su estudio en virtud de ser presupuesto clave para el decreto de tales providencias. Asimismo se hace un estudio de los principios procesales que rigen al proceso civil para ubicar el régimen procesal al que las citadas prácticas probatorias deben sujetarse sin que se vean afectados los derechos de los litigantes.

En un tercer capítulo se realiza el tratamiento procesal de las medidas probatorias a iniciativa del juez, determinando cuál es su problemática y el mecanismo procesal que deben seguir al momento de ser decretadas de oficio por el jurisdicente, señalando cuáles son los presupuestos y efectos de su aplicación.

Finalmente, en el cuarto capítulo, se hace una propuesta en relación a cuáles deben ser los principios rectores que deben regirse y los beneficios que otorga su aplicación para obtener una sentencia más equitativa y apegada a la verdad material de los hechos que conformaron el debate en juicio.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO DE REFERENCIA

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1.1. DERECHO ROMANO

1.1.1.1. ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM

La doctrina romanística distribuye los distintos sistemas de enjuiciamiento civil durante las diversas épocas de la historia del derecho procesal romano en dos períodos principalmente: el del ordenamiento de los juicios privados (*ordo iudiciorum privatorum*), en vigor desde los orígenes hasta Diocleciano (284 D. de C.); y el del conocimiento extraordinario (*cognitio extra ordinem*) vigente a partir de Diocleciano.

Durante la época del ordenamiento de los juicios privados se distinguieron dos sistemas procesales que tuvieron aplicación sucesiva en la historia del derecho romano, los cuales fueron conocidos como el de las acciones de la ley y el procedimiento formulario. Ambos sistemas tenían en común la división del proceso en dos etapas. La primera se realizaba ante el magistrado, generalmente el pretor o "*In iure*", que obraba en nombre del gobierno y cuya función se reducía en autorizar, organizar y dirigir el proceso, indicando la fórmula aplicable al caso concreto controvertido. La segunda etapa del proceso es conocida también como la "*apud iudicem*" o "*in iudicio*", misma que se desarrollaba ante un árbitro (*iudex*) o un jurado de carácter privado, es decir, eran simples particulares a quienes se les encomendaba la misión de recibir la prueba de las alegaciones de las partes y de expresar su opinión sobre el asunto por medio de la sentencia.

En éste período del proceso romano, intervenían, para la solución del negocio, el gobierno por conducto del magistrado o pretor y un árbitro o juez de carácter privado, quien era el encargado de dictar la resolución. La intervención de la autoridad se limitaba a ejercer presión para que el demandado aceptara al árbitro o "juez privado" que el propio magistrado designaba para que resolviera en definitiva el conflicto. El pretor vigilaba que se planteara correctamente el problema jurídico ante el árbitro, mediante la imposición de un determinado programa de actuación que lo pudiera orientar al momento de que éste último dictara la sentencia conforme al resultado de la investigación de los hechos. En caso de que la sentencia emitida no fuera cumplida de manera voluntaria, el gobierno intervenía para proceder a la ejecución de la misma.

1.1.1.1. Acciones de la Ley

Arangio Ruiz define éstas acciones de la ley de la siguiente manera:

"Son declaraciones solemnes acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba ante el magistrado, con el fin de proclamar un derecho que se le discutía (en caso de las *legis acciones* referentes a la determinación de los derechos) o de realizar un derecho previamente reconocido (tratándose de las dos *legis acciones* referentes a la ejecución)."¹

Hubo principalmente cinco *legis acciones*, las cuales eran exageradamente formalistas, en virtud de la severidad de las fórmulas, mismas que iban íntimamente ligadas a los textos de las leyes, en especial las XII Tablas, y en donde cada parte tenía que recitar una rigurosa letanía previamente fijada. Los papeles se encontraban exactamente prescritos y el actor que lo representara

¹ CITADO POR MARGADANT S., Guillermo F., *"Derecho Romano"*, Esfinge, México, 1960, Pág., 445.

Incorrectamente en el foro, era sancionado con la pérdida del proceso. De tal forma, un pequeño error y el proceso estaba perdido.

Explicaremos brevemente en qué consistían éstas cinco acciones de la ley:

- La *legis actio sacramento*. Servía para proteger derechos reales y personales, en donde las partes debían depositar el importe de una apuesta u ofrecer un fiador solvente, y éste pasaría a favor del templo o del erario en caso de no comprobar sus afirmaciones.
- *Postulatio iudicis*. En contraste con la anterior, no se celebraban apuestas y se presentaba en dos supuestos: a) cuando se trataba de la división de una copropiedad o herencia, del deslinde de unos terrenos o de la fijación del importe de daños y perjuicios; y b) cuando se trataba de la determinación de derechos y obligaciones nacidos por *stipulatio* (intercambio de una pregunta y una respuesta sobre una futura prestación).
- La *condictio*, era una acción mucho más reciente que las dos anteriores y procedía cuando el actor reclamaba un bien determinado o una cantidad líquida de dinero.
- La *manus iniectio*. Se ejercitaba en caso de que un deudor no pudiera cumplir una condena judicial, por lo que consistía en una acción de ejecución, de tal forma que el acreedor podía llevar al deudor ante el pretor y recitar allí una fórmula determinada y en caso de que ésta fuera correcta, el pretor pronunciaba la palabra "addico", después de lo cual el acreedor se lo podía llevar a su "cárcel privada" y en caso de que nadie liquidara la deuda, podía vender al deudor e incluso matarlo.
- La *pignoris capio*, podría considerarse un antecedente remoto del embargo y se ejercitaba en relación a determinadas deudas de carácter militar, fiscal o sagrado. El acreedor podía entrar a la casa del deudor, pronunciando ciertas fórmulas sacramentales que le permitían posteriormente sacar de allí algún bien sin intervención de autoridad alguna.

Durante el período de las acciones de la ley, difícilmente podía encontrarse facultades discrecionales otorgadas al magistrado o al juez privado en materia probatoria, en virtud de que la composición del proceso lo impedía debido al excesivo formalismo al momento de que los litigantes se expresaban dentro del "teatro" o foro en el que se actuaba. Así pues, el interés probatorio en el proceso incumbía exclusivamente a las partes. Un error al expresar las reglas de la fórmula se traducía en la pérdida del proceso, siendo el árbitro o juez privado simplemente un mediador del mismo.

1.1.1.1.2. El Proceso Formulario

La *Lex Aebutia* (130 A. de J.C. Aprox.) permitió a los romanos optar entre dos sistemas procesales para la solución de sus conflictos, añadiendo el sistema formulario, más elástico y equitativo. En éste proceso las partes exponían sus pretensiones bajo palabras de su propia elección, dejando de ser el pretor un mero espectador del proceso y convirtiéndose en un organizador del mismo, con la facultad discrecional para decidir el régimen procesal de cada litigio en lo individual, señalando a cada parte sus derechos y deberes procesales. De esta forma, el magistrado aprovechó sus nuevas facultades, creando nuevas acciones y excepciones, cuando las juzgaba convenientes para la obtención de una más equitativa administración de justicia, dando paso al surgimiento del *ius honorarium*. El proceso conservaba su división en dos instancias (*in iure e in iudicio*) con la salvedad de que la fórmula contenía instrucciones y autorizaciones que enviaba el magistrado al juez privado. El magistrado hacía fijar en la fórmula cuál era la pretensión del actor y cuál era el contra argumento del demandado, teniendo el juez privado la función de verificar si realmente existieron los hechos en los que el actor fundaba su acción o los que el demandado alegaba al excepcionarse. Ciertamente, las partes debían estar conformes con la fórmula y en caso de que no fuere así, el magistrado podía compeler a éstas para que dieran su conformidad mediante una amenaza con la no admisión de alguna acción o excepción. La fórmula estaba compuesta de diversas partes o enunciados del

pleito para brindarle al juez privado una guía progresiva que lo encaminara a un razonamiento al momento de dictar sentencia y su contenido, en términos generales, consistía de la siguiente manera:

I.- Como primer elemento tenemos a la *institutio iudicis*, es decir, la designación del juez privado.

II.- El segundo elemento era la *demonstratio*, la cual era una breve indicación de la causa del pleito, mediante la exposición de los hechos que conformaban la litis.

III.- El tercer elemento era la *intentio* y contenía la pretensión jurídica del actor de manera que el juez debía investigar si era fundada o no.

IV.- Como último elemento tenemos a la *adjudicatio* o a la *condemnatio*. La *adjudicatio* era la autorización que daba el magistrado al juez para que atribuyese derechos de propiedad e impusiese obligaciones a las partes, las cuales consistían en la división de una herencia, de una cosa común y en la acción de deslinde. La *condemnatio* era la autorización que el magistrado daba al juez privado para condenar a pagar una determinada cantidad de dinero al demandado, en caso de que la pretensión del actor haya sido fundada, declarándose improcedente la hipótesis expuesta por el deudor denominada también como *exceptio*.

Paulatinamente, pareció ir ganando terreno la convicción en el legislador en razón de que lo verdaderamente importante era que el juez pudiera llegar a determinar la verdad material del asunto debatido en el proceso. Esta idea apareció relacionada con la tendencia a dotar de una mayor tutela al interés probatorio de las partes en el proceso; misma que acabó siendo suplantada en realidad por la idea de garantizar una auténtica información al juez en relación a las pruebas. Todo ello incidió considerablemente en el establecimiento de un deber general de colaboración con el juez que alcanzaba, no sólo a las partes sino incluso también a terceros ajenos al proceso. Una importante aportación de éste régimen general vino impuesto por "el edicto de *argentaria rationibus edendis* que hizo posible, siempre bajo la amenaza de una sanción, la obtención de cierta clase de documentos (*rationes argentariae*) para que fueran utilizados dentro de un proceso

contra el mismo argentarius (banquero) o un tercero, y en el primer caso, con independencia de la cualificación procesal del solicitante de la editio." ² El interés que se protegió a través del edicto citado consistía precisamente para utilizarlas como medios de prueba en un proceso contra el mismo banquero o un tercero. La razón por la que se imponía a los banqueros ese deber se apoyaba en su obligación profesional de confeccionar los libros de administración de sus operaciones patrimoniales, de ahí que, no interesara quién solicitaba la editio ni del que pudiera ser compelido a ella. Se trata de un deber establecido en consideración al interés probatorio que el contenido de los libros bancarios tenían para el solicitante, en vista de una futura actuación procesal con el mismo banquero o con un tercero.

Otra excepción al principio dispositivo en materia probatoria, consistió en la facultad de exigir la presentación de los documentos que justificaran las cuentas de una administración, como sucede con el tutor, el curador y el gestor de negocios. Ello se debe a la necesidad de acreditar la buena administración que les había sido encomendada. Ahora bien, la negativa a presentar tales documentos podía traer como consecuencia una sentencia condenatoria en el proceso, pero en modo alguno era posible que el juez forzara directamente al demandado a presentarlos.

La idea de iniciativa probatoria por parte del juez prácticamente no tuvo vigencia en el procedimiento formulario. Con todo, es preciso aclarar que la institución de la *editio rationum* relativa al deber de los banqueros de exhibir los documentos que justificaran sus operaciones patrimoniales, constituye una interesante excepción al régimen general. Al mismo tiempo, puede verse como un valioso antecedente de los principios que a ese respecto van a imponerse a partir del procedimiento cognitorio o extraordinario. De cualquier forma, en el proceso formulario el juez carece de facultades para exigir la exhibición de documentos en interés de una de las partes y ello en toda clase de juicios, incluso en los de buena fe.

² FERNÁNDEZ, Barreiro, Alejandro, "*Estudios de Derecho Procesal Civil Romano*", Universidad de Coruña, Servicio de Publicaciones (sic), España, 1999, Pág. 508.

1.1.1.2. ORDO IUDICIORUM PUBLICORUM

1.1.1.2.1. Proceso Extraordinario

Con la adopción, en el último período posterior a Diocleciano, del procedimiento extraordinario, desapareció la división del proceso en dos etapas y con ello la separación entre el magistrado y el *iudex* privado, ya que un mismo órgano designado por el gobierno, era el que intervenía en el proceso civil, desde su inicio y hasta que emitiera sentencia. De esta forma, el poder público se presentaba como garante de los legítimos derechos de los ciudadanos, y el proceso, como el modo para hacer que éstos sean reconocidos. El juez público tenía una posición diferente respecto a las partes. Estaba investido de poder público y actuaba como funcionario en virtud del *imperium* delegado del emperador. Podía intervenir a favor de una u otra parte, ya que la actividad procesal se consideraba como una solicitud de tutela jurídica hecha al poder público, otorgando el gobierno la garantía de conceder por medio de sus jueces, la aplicación del derecho en forma más justa y equitativa.

La autoridad pública no intervenía sólo para encauzar el ejercicio privado de los derechos, sino que asistía al ciudadano desde la fase introductiva del proceso hasta la sentencia. Debido a su burocratización, la costumbre de la oralidad comenzó a ser sustituida por el procedimiento escrito. El camino hacia la conciencia del juez versaba exclusivamente a través del expediente. (*Quod non est in actis, non est in mundo*). "El citado viraje hacia lo público se manifestó, sobre todo, en el abandono del principio dispositivo y el de congruencia."³

El proceso era dirigido por una autoridad que ya no tenía necesidad de apearse a los deseos de las partes, sino que el juez público tenía la facultad de aportar pruebas que las partes no habían ofrecido y dictar una sentencia sin ajustarse estrictamente a las pretensiones del actor, es decir, podía emitir una sentencia condenando al demandado por menos de lo que el actor había reclamado. Sin embargo, el impulso de la acción continuaba siendo competencia de los

³ MARGADANT, S. Guillermo, op. cit. Pág. 475.

particulares. Asimismo, "también se sustituyó el principio dispositivo en materia de pruebas por el inquisitorio." ⁴

Es pertinente aclarar que la evolución del régimen de la producción de documento comienza a surgir, dentro de la Instrucción del proceso y en adelante se fue desarrollando y perfeccionando dentro del proceso a partir de Justiniano.

Se podían distinguir los siguientes documentos susceptibles de ser aportados al proceso:

I.- Los documentos que deben ser presentados al Juez por el demandante en apoyo de su reclamación y que aquél puede eventualmente exigir con ese mismo fin.

II.- Los que el Juez puede ordenar que presente al demandante dentro del mismo proceso para que el demandado pueda "instruirse".

III.- Los que pueden obtenerse a través de expediente exhibitorios, modelados sobre la base de la *actio ad exhibendum*, pero desnaturalizando el concepto del *interesse* en atención al mero interés procesal del reclamante". ⁵

En el procedimiento extraordinario o *cognitio*, la obtención de documentos con fines probatorios podía lograrse, ante todo, a través de la acción exhibitoria. Es muy probable que esta acción pudiera entablarse siempre que el juez estimara digno de protección el interés probatorio de una de las partes. Del mismo modo que el solicitante de la *editio rationum* del *argentarius* o banquero, en donde era necesaria el *decretum editiois* por parte del pretor, en la *cognitio* es el mismo juez quien emitía un decreto en virtud del cual se ordenaba la presentación de documentos a una parte en beneficio de otra e incluso de un tercero ajeno.

⁴ *Ibidem*, Pág. 478.

⁵ FERNÁNDEZ Barreiro, Alejandro, op. cit, Pág, 511.

Diocleciano, permitió a través de un recurso procesal denominado *condictio liberationis* para "...obtener la entrega de documentos relativos a una obligación extinguida, a pesar de que pertenezcan al acreedor. ... La exclusión del interés del acreedor por la conservación de esos documentos, fundamenta la concesión de la *condictio liberationis*." ⁶

Naturalmente, además de la posibilidad de exigir documentos a través de recursos procesales específicos, cabía la posibilidad de que el juez exigiera, dentro del curso del proceso y en forma directa, la presentación de los documentos necesarios para que, tanto las partes como él, pudieran instruirse y acercarse al conocimiento de la verdad en torno a la *res litigiosa* debatida.

En cuanto a la sanción que podía llevar consigo la negativa a presentar los documentos exigidos por el juez, lo más correcto era presumir que ello sería estimado como una negativa a colaborar con él en el proceso, derivándose en perjuicios hacia la parte contumaz.

1.1.1.2.2. Proceso Posclásico- Justiniano

El funcionamiento del principio inquisitorio dentro del proceso extraordinario, no sólo en materia probatoria, sino también en todo lo referente a las cuestiones de derecho, constituye una clara línea directriz en la evolución del proceso romano hacia el derecho Justiniano y al progresivo desarrollo de la iniciativa probatoria del juez.

Es preciso reconocer, en suma, el valor del derecho Justiniano en la regulación y sistematización del régimen probatorio en el juicio. La labor legislativa de Justiniano (527 D. de C) en materia del proceso no podía dejar de incidir en este campo, y de ello, son una muestra elocuente las numerosas disposiciones relativas a esta materia.

Un principio fundamental del proceso Justiniano en materia de producción de documentos es que cualquiera de las partes pudiera solicitar del juez, la orden de exhibición para que el adversario presente aquellos documentos útiles para su

⁶ *Ibidem*, Pág. 513.

defensa y necesarios para esclarecer la verdad de la cuestión debatida. En función de este principio se encuentra el *iusiurandum calumniae*, el cual era prestado por las partes al inicio del proceso. "... En virtud de este juramento, los litigantes se comprometen a facilitarse recíprocamente las pruebas necesarias para esclarecer aquellos puntos que se presentan como inciertos".⁷

El *iusiurandum calumniae*, interpuesto al inicio de la composición de la litis, consistía en la declaración hecha por los litigantes "de que la solicitud de exhibición de documentos de la parte contraria no se hará para ocasionar inútiles retrasos en la tramitación del proceso, sino que para que la parte interesada necesite realmente esa producción de documentos por parte de su contraria."⁸

No obstante, "la mayor novedad del proceso justiniano en materia de producción de documentos es la posibilidad de compeler a un tercero ajeno al proceso a exhibirlos en juicio con el fin de conocer su contenido y poderlos utilizarlos como medios de prueba."⁹

El motivo descansaba en la posibilidad de que el juez pudiera disponer de todos los elementos necesarios para llegar al fondo del negocio. Ciertamente, no faltan antecedentes de esta idea en el procedimiento extraordinario, pero fue plasmado en forma definitiva hasta el Código de Justiniano (C. 4, 21,22), en donde se reguló minuciosamente el deber de colaboración con el juez en el proceso. Es preciso aclarar, que esta facultad de exigir la presentación de documentos de un tercero ajeno al debate estaba sujeta a la limitación de que no fuera en perjuicio de sus propios intereses.

Desde el momento en que se instauró el proceso extraordinario, mismo que se enlaza con el procedimiento posclásico justiniano, puede verse con claridad como el principio dispositivo que regía todas las actuaciones procesales era sustituido progresivamente por el principio inquisitorio que se afianzaba cada vez más, paralelamente, al fortalecimiento del poder político Imperial que asumía las funciones de creación y aplicación del derecho, diversificadas durante el periodo republicano. Los preceptos relativos a la exhibición de documentos impuestas a

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem*, Pág. 516.

los litigantes, e incluso a terceros, respondieron a la imposibilidad, del juez privado, en exigir a las partes elementos de prueba no presentados voluntariamente por ellas.

Por el contrario, en el procedimiento extraordinario y más tarde en el proceso justinianeo, se fue abriendo la posibilidad de que el juez ordenara a las partes a presentar determinados documentos para la Instrucción del adversario. De ellas arrancó la práctica que paulatinamente se fue difundiendo de atender las exigencias de las dos partes litigantes y no exclusivamente las del demandado, en orden a la obtención de las pruebas con las que se pudiera conseguir el establecimiento de la verdad material de la *res litigiosa*. Si en un primer momento ello sólo procedía a solicitud del interesado, e incluso, sólo excepcionalmente en beneficio del demandante, en la época posclásica se impuso decididamente la idea de que el juez obligara a cualquiera de las partes a presentar documentos que estén en su poder, lo que en el derecho justinianeo se afirmó incluso respecto a terceros, tratándose de documentos como de declaraciones que se pudieran prestar en juicio.

1.1.2. EL PROCESO GERMANO

La caída del Imperio Romano de Occidente y la invasión de los bárbaros son hechos que tuvieron forzosamente que reflejarse en la concepción del proceso germano, cuyas características eran básicamente las siguientes:

- a) Predominaba ante todo su condición privatística, como negocio que sólo afectaba a las partes, con una función excesivamente formal del juzgador respecto de ellas, ya que únicamente encaminaba el debate. La misma ejecución de la sentencia no era atributo del juez, sino misión de las partes que la llevaban a cabo en forma privada.
- b) La fuerza obligatoria de la sentencia surgió más bien del valor que se le otorgaba a la resolución, que del *imperium* de la autoridad emitente de la misma.
- c) La prueba no va encaminada a facilitar al juez su convicción, sino a obtener la de la parte contraria. Tampoco se adquiere mediante un proceso lógico, sino a

través de una serie de medios sobrenaturales, atribuyéndole al proceso un aspecto dramático y espectacular en contraste con el procedimiento romano. Además de las pruebas testimoniales y de juramentos, se admitían los llamados juicios de Dios y las ordalias con las pruebas del duelo, del fuego, del agua caliente, etc.

d) Su tendencia a la oralidad no surge de la necesidad de facilitar la libre apreciación del juzgador, sino de motivos ocasionales y subalternos tales como la ignorancia de la escritura y la costumbre de tratar las cuestiones en asamblea pública presidida por el conde como autoridad política.

1.1.3. CODIFICACIÓN ITALIANA

El código italiano de 1865 fue, por razones históricas y políticas, la proyección de las premisas individualistas en que se basaba el Estado liberal italiano. Por el contrario, el código de 1940, que abrogó el de 1865, elevada al rey de Italia por el ministro de Justicia Dino Grandi el 28 de octubre de 1940, pretendió ser la expresión histórica del estado fascista y corporativo.

El fortalecimiento del principio de autoridad del Estado se reflejó necesariamente, en la autoridad del juez y en la expresión de un nuevo enfoque en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho.

Anterior a la promulgación del código de 1940, ocurrieron varias modificaciones al código de 1865. La ley del 31 de marzo de 1901 misma que reforma el procedimiento sumario, y aquella aportación del juez único intentada mediante la ley del 8 de diciembre de 1913 que se abrogó con la ley del 27 de diciembre de 1914, agravaron los inconvenientes del procedimiento formal en lugar de eliminarlos.¹⁰

¹⁰ **NOTA:** Debe hacerse hincapié que el proceso civil italiano era llevado y dirigido por un juez instructor, quien era el encargado de compilar el material probatorio y recibir las alegaciones de las partes, para que en una segunda etapa, fuera un segundo juez quien emitiera la sentencia. Lo anterior en base a la idea de que sea un juez totalmente imparcial el que decidiera en definitiva el negocio, sacrificando las ventajas que otorga el principio de inmediación y dirección del proceso. Se tenía la concepción de que el juzgador, al recibir el pleito a prueba, podría caer en prejuicios subjetivos hacia alguna de las partes antes de que tuviera en su totalidad el material probatorio, incidiendo dicha situación al emitir el fallo.

Giuseppe Chiovenda, "fue quien delineó el nuevo proceso de conocimiento inspirado en la oralidad (...) quien quiso expresar no sólo la preponderancia del trámite oral sobre el escrito, sino principalmente la concentración dentro de la audiencia de todas las actividades del proceso y la inmediación de las relaciones entre las partes y el juez, quien dejaba de ser un espectador pasivo del debate y se transformaba en un partícipe activo en el proceso, investido de los poderes necesarios para dirigirlo."¹¹

Las reformas mencionadas se inspiraron en el propósito general de reconstruir el proceso mediante el fortalecimiento sistemático de los poderes del juez y la concentración de las actividades procesales bajo su dirección efectiva.

Asimismo, "se estableció, como uno de los puntos fundamentales de la reforma procesal, el acercamiento de las facultades del juez, con ello, queriendo aludirse (...) a las facultades de dirección del proceso e investigación de la verdad de los hechos."¹²

El código italiano de 1940, mismo que comenzó a regir a partir del 21 de abril de 1942, pretendía fundamentalmente elevar la autoridad del juez y aumentar sus poderes. En la exposición de motivos del propio código se argumentaba lo siguiente:

"El juez es el órgano a quien el Estado encomienda la función esencial de aplicar la ley mediante el procedimiento. En el fondo de la cuestión se halla el renovado concepto de dignidad y autoridad del Estado y de sus órganos, en cuya virtud no podría admitirse que el juez asista como espectador impasible y a veces impotente, como si fuera un árbitro en un campo de gimnasia que se limita a marcar los puntos y controlar que sean respetadas las reglas del juego, de una lucha

¹¹ Código de Procedimiento Civil Italiano, Exposición de Motivos, traducción de Francisco de Cillis y Julio Dassen, Depalma, Buenos Aires, 1944, Pág. 6.

¹² *Ibidem*, Pág. 13.

que compromete directamente la más celosa y alta función y responsabilidad del Estado." ¹³

La defensa de la buena fe procesal constituyó entonces uno de los principios inspiradores del código italiano de 1940, que proclamaba en su artículo 88 que las partes y sus defensores debían comportarse en juicio con probidad y lealtad. A tal efecto, se pusieron en relieve dos instituciones, mismas que eran consideradas como las armas más eficaces en cuanto al alcance del juez para combatir la mala fe procesal. La primera consistía en la facultad de ordenar, en cualquier momento del proceso, la comparecencia personal de las partes para interrogarlas libremente en relación a los hechos del juicio (art 117); la segunda, complementaria, consistía en la posibilidad de extraer elementos probatorios en base a la conducta procesal de las partes (art. 116). Asimismo, el juzgador poseía el poder para ordenar de oficio inspecciones que recayeran en las partes o en terceros y en las cosas que estén bajo su custodia, siempre y cuando tales medidas fueran indispensables para conocer la verdad de los hechos de la litis. También el código de 1940 prescribió la disposición, a instancia de parte, de que se exhibieran en juicio las cosas o documentos materia de la litis que obraban en poder de la otra o de algún tercero ajeno al proceso. Asimismo en el artículo 118 se prescribió la facultad del juez para ordenar que las partes, o incluso los terceros, permitieran la práctica de cualquier inspección sobre las personas o las cosas que obraran en su poder, siempre y cuando dicha diligencia no les causara grave daño y permitiera el conocimiento de los hechos de la causa.

1.1.4. DERECHO ESPAÑOL

1.1.4.1. Partidas

La antigua legislación española se vincula históricamente con el antiguo proceso germánico y romano, cuyo desarrollo paulatino trajo como consecuencia

¹³ *Ibidem*, Pág. 25.

la legislación de las Partidas. Durante el siglo IV, la influencia era netamente romana. Producida la invasión visigoda, se produce el contacto entre la legislación romana y la bárbara, cuya fusión se consagra en el Fuero Juzgo, que fija el régimen jurídico de la monarquía goda. La evolución histórica posterior se produce en función a dos hechos fundamentales: la invasión árabe y el régimen municipal que nuevamente significan un retroceso respecto a lo alcanzado por el Fuero Juzgo. A partir del siglo XIII comienza la obra de unificación que concluye con la expedición de las Partidas .

Las Partidas son producto de la legislación de Alfonso XIII y contienen una formación preferentemente romana, en particular, recibida del Código de Justiniano y del Digesto, sin que sean ajenas a sus fórmulas viejos resabios del proceso germánico. En este sentido la tercera partida, ley II, título 4o establecía lo siguiente:

"...la verdad es cosa que los juzgadores deben catar en los pleitos sobre todas las otras cosas del mundo, e por ende quando las partes contienen sobre algún pleito en juyzio, deben los juzgadores ser acuciosos en pensar de saber la verdad del por quantas maneras pudiesen." ¹⁴

1.1.4.2. Codificación Española

La ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 era considerada como "una reproducción, sin más variantes parciales, del procedimiento del derecho común que consagró la abstención del juez, vinculándose siempre a normas fijas que limitan su arbitrio."¹⁵ De cualquier modo, la doctrina procesal española ha ofrecido varias aportaciones en relación a las iniciativas probatorias del juez. El Texto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 realizado en

¹⁴ COUTURE, Eduardo J., *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, editorial Casa A. Barreiro Ramos, Montevideo, 1932, Pág. 72.

¹⁵ JUNOY, Joan Pló I. *"El derecho a la prueba en el proceso civil"* J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996, Pág. 218.

1974 por los profesores de derecho procesal de las universidades españolas, permitió en sus artículos 485 y 511 ordenar de oficio, la práctica de la prueba pericial y la de reconocimiento judicial respectivamente. Con ello, se pretendía que el juez ordenara de manera oficiosa aquellos medios probatorios que tuvieran por finalidad valorar las afirmaciones de las partes, prohibiendo aquellos otros cuya utilización significara una nueva aportación de hechos al proceso.

El Anteproyecto de Código Tipo de Proceso Civil para América Latina (ACTPCAL) de 1988 y las Conclusiones del I Congreso Nacional de Gentes de Derecho del Estado Español (1987) otorgaban en su artículo 33 como facultad del tribunal, el ordenar las diligencias que fueren necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, así como el poder solicitar, en todo momento, la presencia de los testigos, peritos y de las partes para requerirles cualquier explicación que estimara necesaria. Finalmente, el artículo 182 preceptuaba: "...El Tribunal, en forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso con anterioridad de su diligenciamiento, podrá disponer cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer." ¹⁶

Por otra parte, tomando como base los mandatos constitucionales, y en especial las garantías y derechos procesales del artículo 24 de la Constitución Española, en las Conclusiones del I Congreso Nacional de Gentes del Estado Español de 1987, se llegó para mejorar y hacer realmente eficaz la administración de justicia, a la siguiente alternativa: "...Las pruebas, que podrán ser de cualquier tipo, se realizarán en ese mismo momento (el del juicio), podrán ser las que el demandante o el demandado soliciten, así como también todas aquellas que el juez considere útiles para esclarecer las versiones contrapuestas." ¹⁷

¹⁶ *Ibidem*, Pág. 256.

¹⁷ *Ibidem*, Pág. 257.

1.2. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO

1.2.1. NATURALEZA JURÍDICA

1.2.1.1. Las máximas de la experiencia y el conocimiento privado del juzgador

La función del jurista abarca gran parte de la actividad humana e incluso de la naturaleza, en donde un sinnúmero de hechos, a los que el derecho atribuye consecuencias jurídicas, son sometidas diariamente a su consideración, para que resuelva los conflictos en base a la equidad y la justicia.

El juzgador, al emitir una sentencia, debe realizar un juicio lógico en forma de silogismo, empleando como premisa mayor al precepto jurídico aplicable, como premisa menor, el hecho o hechos concretos materia del litigio, y como conclusión, las consecuencias jurídicas derivadas de esa adecuación de los hechos concretos a la norma general, impersonal y abstracta.

Sin embargo, para la emisión de una sentencia, también se requiere de la aplicación de aquellos juicios generales considerados como premisas mayores de carácter fáctico, mismas que pueden pertenecer a cualquier ámbito de la vida de la naturaleza y del hombre. Aquí, puede radicar la distinción entre un juez y un verdadero jurista práctico, capaz de aplicar el derecho con mayor equidad y justicia y con menor formalidad.

Al respecto, Friedrich Stein comenta:

" la rapidez de la comunicación postal entre Berlín y Nueva York, los fundamentos de la contabilidad comercial, el precio que hubiera alcanzado un determinado objeto o el que suele alcanzar según la experiencia, y, por otra parte, la significación de las palabras en la jerga del hampa, las "reglas", que regulan los robos en cuadrilla, las tretas y artimañas de los astutos industriales: todo esto son muestras escogidas al azar

de entre la inagotable masa de conocimientos no jurídicos que, diariamente el juez tiene que aplicar y aplica." ¹⁸

No es posible encerrar todas estas máximas de la experiencia dentro de un ordenamiento jurídico y hacerlas derecho, ni tampoco clasificarlas en razón a su grado de credibilidad o certeza, en virtud de los constantes cambios de la vida cotidiana y del derecho.

Las máximas de la experiencia no pueden ser simples declaraciones o juicios adquiridos sensitivamente en lo individual, ni mucho menos juicios plurales sobre una pluralidad de acontecimientos. Su esencia es cualitativa, no cuantitativa. Esto significa que la situación de que un número determinado de personas se hayan comportado de determinada manera, bajo los mismos supuestos hipotéticos, no está otorgando una hipótesis válida susceptible de aplicarse como máxima de la experiencia del conocimiento humano.

"Solo cuando pensamos esos casos como aplicación de una regla y la establecemos como tal, únicamente cuando junto a cada uno de los casos observados, y por encima de ellos, hay algo independiente que nos permita esperar que los casos venideros, aún no observados, se producirán de la misma forma que los observados, solo entonces alcanzamos el principio o máxima general de que "las personas" que se encuentran en una determinada situación se conducen de una manera determinada." ¹⁹

En consecuencia no es posible determinar cuántas veces debe ocurrir el hecho sujeto a observación para considerarla como máxima de la experiencia de la misma manera en que no hay la certeza de saber cuántos pelos tiene un calvo para que sea considerado como tal. Así pues, puede darse el caso de que una

¹⁸ STEIN, Friedrich, "El conocimiento privado del juez", traducción de Andrés De La Oliva Santos, 2a Ed., Temis, Bogotá, 1988 Pág. 22.

¹⁹ *Ibidem*, Pág. 25.

regla de la experiencia tenga validez mediante una sola observación y comprobación vg. (leyes científicas o de la naturaleza), o bien, pueden ser susceptibles de miles de observaciones hechas por varios individuos. El autor Friedrich Stein da una definición de ellas:

"Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos." ²⁰

La disyuntiva se presenta cuando el caso concreto a investigar requiere de conocimientos técnicos específicos en donde una persona que posee conocimientos generales no puede llegar a percibir de igual forma que aquella persona considerada capacitada para tales efectos. Sin embargo, no existe una división notoria entre unos y otros conocimientos que nos permita diferenciarlos entre sí. También los conocimientos técnicos específicos son percibidos por un número indeterminado de individuos, y, como los juicios generales, no pertenecen exclusivamente a lo individual y limitado, sino que forman parte integrante de un saber general y susceptible de modificarse o perfeccionarse. Por tanto, siempre habrá, un número indefinido de personas individualmente indeterminadas, que conozcan las máximas de la experiencia, siendo para éstas, consiguientemente, irrelevante el conocimiento puramente individual. En este orden de ideas, no hay absolutamente ninguna máxima de la experiencia que no sea notoria toda vez que no son objeto exclusivamente de percepción sensorial. ²¹

Pero aún así, se cae de nueva cuenta bajo la misma problemática, al tratar de definir lo que se entiende como "notoriamente conocido". Mas adelante se hablará de lo que se puede entender como hechos notorios.

²⁰ *Ibidem*, Pág. 27.

²¹ *Cfr. Ibidem*, Pág. 33.

Por lo pronto, se debe comprender la relevancia de estas máximas de la experiencia en relación al valor probatorio que hay que atribuirles. Es absurdo querer obtener un conocimiento con toda exclusión de duda, porque como se ha manifestado, se estudia a la conducta humana, y ésta es imposible de predecirse en su totalidad.

Mediante las máximas de la experiencia, habrá una cercanía considerable que pueda significar desde un simple indicio o una presunción, hasta un medio de prueba que permita lograr la comprobación de un hecho. Consecuentemente, "las máximas de la experiencia carecen también, como todas las proposiciones obtenidas mediante el audaz salto de la inducción, de aquella certeza lógica. No son más que valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, solo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestran que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa."²²

La pregunta obligada a continuación es, si en virtud de la susceptibilidad de las máximas de la experiencia en cuanto a su certeza material, ¿cuál es su utilidad para conseguir dentro del proceso civil una sentencia justa y equitativa mediante su aplicación? Dicha disyuntiva puede ampliarse en relación a los demás medios probatorios tanto típicos como atípicos del proceso civil. La respuesta se limita en razón de que ningún medio probatorio es capaz de otorgar una certeza absoluta de la verdad material, todas dan una certeza parcial de los hechos, teniendo las partes el deber de lograr el convencimiento del juzgador aclarando, mediante los medios de prueba posibles, cualquier duda que éste tenga, y, por consecuencia, la valoración de los medios probatorios por parte del juez deberá realizarse siempre en su conjunto, nunca en forma aislada y particular.

El posible error que se puede generar al aplicar una máxima de la experiencia no se constituye en la poca credibilidad de la prueba o presunta validez de las mismas. El error, que es por demás insuperable, radica en que el único receptor de todos los medios de convicción dentro del proceso no es un ser omnipotente, sino un ser mortal, susceptible de cometer fallas.

²² *Ibidem*, Pág. 37.

Por tanto, la función de la prueba es lograr el convencimiento de un solo hombre con una cultura y formación muy particular, distinta a la de sus homólogos. Por tanto, puede darse el caso de que una prueba sea considerada por un juez como idónea y comprobable de un hecho, mientras que otro la considere como un simple indicio o presunción, sujeta a comprobación mediante otros medios de prueba más idóneos para la verificación del hecho por demostrar.

En este orden de ideas, para convencerse el juzgador acerca de la verdad de un juicio general o máxima de la experiencia, existen dos caminos. De la misma manera en que el propio juez puede percibir el hecho personalmente por medio de un juicio fáctico y en base a los demás medios de prueba adquiridos dentro del proceso, también puede crearse él mismo el juicio general a partir de los casos que se le han presentado durante el desempeño de sus funciones (conocimiento privado) o recibir la regla o máxima de la experiencia ya completamente elaborada. De aquí se adquiere otra interrogante: ¿Hasta qué punto puede ser considerada una máxima de la experiencia como juicio de carácter general conocido ampliamente por un grupo indeterminado de personas, o bien, un juicio adquirido por el juzgador en base a su propio conocimiento privado?. En respuesta a lo anterior, la diferencia radica en la fuente del conocimiento del juzgador, es decir, que la máxima de la experiencia se le haya sido comunicada o la haya adquirido él mismo **en base a los medios de prueba aportados al proceso**, o bien que el juzgador la adquiera a consecuencia de su propia sapiencia y muy particular entendimiento. Desde este punto de vista, sólo pueden ser aplicados los conocimientos adquiridos oficialmente, a través de los hechos y medios de convicción aportados al proceso. Ahora bien, en relación al proceso civil, es importante preguntarse si las máximas de la experiencia al igual que los hechos, deben ser aportadas en su totalidad por las partes para que puedan ser tomadas en consideración. La ley no delimita claramente el problema.

"Las máximas de la experiencia han de servir para enjuiciar si los hechos y medios de prueba contienen o no lo que la parte quiere lograr con ellos. Las máximas de la experiencia, por sí

mismas, no son nunca hechos "relevantes" engendrados de derecho, ya que no pertenecen en lo absoluto a la premisa menor del silogismo. Constituyen la medida con la que el juez debe juzgar lo aportado por las partes. Como quiera que la máxima de la contradicción nunca se ha expresado diciendo que el juez debe ser simplemente un autómatas de emitir juicios, así, desde antaño, todos los tribunales del mundo han ponderado, sin necesidad de que las partes se pronunciaran al respecto, qué era lo usual en un caso determinado o lo que se adecuaba a la norma moral o la diligencia que debía desplegar un buen padre de familia o si los parientes merecían crédito como testigos...²³

El hecho de que el juez pueda o no utilizar el conocimiento privado que mediante la experiencia previamente ha adquirido, en cuanto persona particular, es problema que ha sido ampliamente debatido dentro del derecho procesal. Pero nada impide que aplique el conocimiento adquirido a través del desempeño de su cargo como juzgador y servidor público del Estado. La función del juzgador se resume en la aplicación del derecho conforme a su criterio jurídico, apegándose a las normas del procedimiento pero también al razonamiento lógico y a su sentido crítico.

"Consideramos contrario al sentimiento del derecho y peligroso para la buena administración de justicia la tendencia a convertir a los jueces en simples aparatos registradores de las defensas y pruebas de las partes, para resolver las diferencias planteadas de acuerdo con los antecedentes suministrados, de la misma

²³ *Ibidem*, Pág. 116.

manera en que una máquina de calcular fusiona y descompone las cifras que le someten los operadores."²⁴

De esta forma, cuando una parte ofrece una prueba de un hecho y el desahogo de la misma no demuestra el hecho que se pretende verificar, sino que simplemente hace suponer la existencia de un indicio, entonces esos indicios pueden derivarse en la fuente del juicio general o máxima de la experiencia a pesar de que la parte no lo haya afirmado en forma expresa. La situación es semejante cuando se desahoga una prueba de carácter testimonial, en donde el juez puede alegarse de hechos auxiliares de la prueba, tales como su amistad o enemistad con las partes del juicio, hechos que probablemente son aportados por él, al momento de realizar el interrogatorio, pero que de ninguna manera deben ser considerados como hechos no alegados por las partes.

Es necesario que el juez tenga una dirección determinada en el proceso con una intervención previamente regulada. En los juicios en donde existe un interés prominentemente particular, también entra en juego ese interés público que es la justa y solícita aplicación de la ley al caso concreto. Esta intervención efectiva y activa del juez no es en modo alguno inconciliable con la autonomía que conservan las partes para disponer de la relación debatida. Las normas procesales serán las que determinen los límites de actuación de los sujetos procesales, siempre en atención al interés público y a una aplicación armónica de los principios procesales que toda codificación procesal debe cumplir.

De cualquier manera, deben proporcionársele al juez todos los medios necesarios para impedir que el proceso se transforme en un engaño o en una burla organizada por el litigante de mala fe en perjuicio de la administración de justicia y por consecuencia de la sociedad. La malicia y astucia de los litigantes o abogados no debe confundirse con lo absurdo de los engaños y mentiras (fraude a la ley o mala fe procesal), infringiendo constantemente las normas del procedimiento, aprovechándose del juez pasivo y aislado que se limita a leer lo establecido en el

²⁴ AMEZAGA, Juan J., prólogo de *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"* de Eduardo J. Couture, editorial Casa A. Barreiro Ramos, Montevideo, 1932, Pág. 6.

expediente sin mirar las caras y conductas de las partes al momento del desahogo de las pruebas. En el proceso civil, el juez debe entrar en contacto directo con los litigantes (Inmediación), debe exhortarlos para que aclaren su conducta y debe refutar a cara abierta cualquier contradicción de los mismos.

Es innegable que la libertad del juez en materia probatoria deba ser limitado por el principio de legalidad. No obstante, el Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal regula la capacidad oficiosa del juzgador en materia probatoria. La problemática radica en determinar los límites y presupuestos de éstas facultades. Lo anterior se podrá resolver cuando se estudien los principios procesales en materia probatoria, de aportación de parte y de iniciativa probatoria del juez.

1.2.1.2. Facultades del Juez para disponer de la prueba y modificar las resultancias probatorias del proceso

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, apeándose al principio de Inmediación y dirección del proceso, otorga facultades al juez para modificar las resultancias probatorias, cuando, a criterio del juzgador, crea conveniente su intervención para el esclarecimiento de los puntos controvertidos, ya que las partes, por lógica, desahogan las pruebas de tal manera que les resulten favorables a sus intereses y perjudicial a los de su contraria. Dentro de la legislación procesal existen varios ejemplos que fundamentan la dirección e Inmediación a que el juez debe atenerse. El artículo 318 referente al desahogo de la prueba confesional indica lo siguiente:

"Absueltas las posiciones, el absolvente tiene derecho a su vez de formularlas en el acto al articulante si hubiere asistido. El tribunal puede, libremente, interrogar a las partes sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes a la averiguación de la verdad."²⁵

²⁵ Lo resaltado es mío.

En relación a los documentos aportados al proceso, cuya autenticidad es puesta en duda, el código prescribe para hacer su cotejo, la práctica de una prueba pericial, con el fin de realizar la comparación entre los instrumentos puestos en duda, junto con aquellos que sean considerados por la ley como indubitables. Al respecto el CPCDF señala lo siguiente en su artículo 344:

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

En relación al desahogo de la prueba testimonial, el artículo 366 faculta al juez para que haga cualquier pregunta relacionada a la litis. La razón del legislador al otorgar esta facultad resulta entendible, ya que mediante la aplicación de un breve interrogatorio al testigo, podrá percatarse respecto de la veracidad de su declaración. El citado artículo prescribe lo siguiente:

"El tribunal tendrá la más amplia facultad para hacer a los testigos y a las partes las preguntas que estime conducentes a la investigación de la verdad respecto de los puntos controvertidos."

y de nueva cuenta el artículo 392 del CPCDF vuelve a ratificar esta facultad en su primer párrafo al señalar lo siguiente:

"Los testigos indicados en el auto de admisión de pruebas serán examinados en la audiencia, en presencia de las partes. El juez puede de oficio interrogar ampliamente a los testigos sobre los hechos objeto de esta prueba, para el mejor

esclarecimiento de la verdad. Las partes también pueden interrogar a los testigos limitándose a los hechos o puntos controvertidos; y el Juez estrictamente debe impedir preguntas ociosas o impertinentes..."²⁶

El artículo 390 primer párrafo del CPCDF se refiere a la celebración de la audiencia de ley, al momento del desahogo de la prueba instrumental, otorgando la siguiente facultad al juzgador:

"En seguida se relatarán los documentos presentados, poniéndose de manifiesto planos, croquis o esquemas. Las partes, con sencillez, pueden explicar al Juez los documentos en que funden su derecho, mostrándolos y leyéndolos en la parte conducente; el Juez puede hacer todas las preguntas necesarias sobre el contenido de los instrumentos..."²⁷

Finalmente, y para que no exista duda de la intervención oficiosa del juzgador al momento del desahogo de las pruebas, el artículo 395 del CPCDF vuelve a otorgar amplias facultades al juez para interrogar a las partes, con el objeto de que tenga intervención activa, y en su caso, mediante un interrogatorio, modificar los resultados probatorios. El mencionado artículo en su primer párrafo establece que:

"Los tribunales deben dirigir los debates previniendo a las partes se concreten exclusivamente a los puntos controvertidos, evitando digresiones. Pueden interrumpir a los litigantes para pedirles explicaciones, e interrogarlos sobre los puntos

²⁶ Lo resaltado es mío.

²⁷ Lo resaltado es mío.

que estimen convenientes, ya sobre las constancias de autos o ya sobre otros particulares relativos al negocio...²⁸

Es de concluirse que el juez posee amplias facultades para disponer y modificar los medios probatorios, para que tenga el control de las mismas al momento de su desahogo, evitando que su recepción y práctica sea manipulada por las partes a su propia conveniencia, en detrimento a la búsqueda de la verdad histórica de los hechos cuestionados. El legislador otorga las citadas facultades para evitar resultados probatorios incompletos, o contrarios a la verdad material, tomando en cuenta que el interés de los litigantes no es el descubrimiento objetivo de la verdad, sino la comprobación de sus afirmaciones narrados en los escritos de demanda y contestación, pretendiendo probar los supuestos hechos que fundamenten sus pretensiones.

Es evidente que las partes tienen intereses convergentes, de lo contrario no se habrían sometido a un proceso jurisdiccional, por lo que cada una de ellas desarrolla un análisis subjetivo de los hechos que conforman la litis, omitiendo aquellos que pudieran afectar su pretensión jurídica.

A pesar de que no existe duda del interés que tienen las partes para acreditar los hechos constitutivos o impeditivos, en innumerables ocasiones la iniciativa de las partes es insuficiente para conducir al tribunal a la certeza de los puntos cuestionados.

Es falso que el hecho de otorgar facultades al juez para modificar las resultancias probatorias en el proceso civil implique una reducción proporcional del derecho de las partes para la aportación de las mismas. Tampoco es verdad que ampliar el derecho de las partes reduzca significativamente las facultades del juzgador. Ambas actividades lejos de limitarse, se complementan, de tal manera que la función activa del juez se verá restringida en la manera en que las partes aporten el material probatorio idóneo y completo para demostrar los hechos alegados. De esta manera, la investigación probatoria de oficio puede ser combinada con la posibilidad de las partes para desarrollar su propia defensa con la finalidad de

²⁸ Lo resaltado es mío.

lograr mayor objetividad en la reconstrucción de los hechos que conforman el objeto del proceso.

1.2.1.3. Facultad del juez de apreciar hechos no alegados por las partes

No puede negarse la posibilidad de que el juez, en ejercicio de las facultades probatorias que el código le concede, pueda llegar a cometer actos arbitrarios, excediéndose en su aplicación, en perjuicio de las partes, por lo que es imprescindible delimitar los hechos dentro de los cuales puede accionarse la actividad del juez o magistrado.

En un sistema procesal predominantemente inquisitorio, no existe duda respecto de que todos los hechos pueden ser probados por iniciativa del juez. Por el contrario, en un sistema procesal rigurosamente dispositivo el juez no tendría posibilidad para decretar una prueba de oficio. El sistema procesal del Distrito Federal consagra un sistema predominantemente dispositivo, lo que significa que debe pensarse en soluciones intermedias. Se trata de determinar un grado preciso o una calidad concreta de hechos cuya investigación pueda ser realizada por el juzgador.

Como primer criterio puede admitirse que los hechos susceptibles de ser probados a iniciativa del juez son aquellos que se encuentran dentro de la litis, misma que se conforma mediante los hechos narrados tanto en la demanda como en la contestación, o en su caso, la reconvención. El objeto del proceso es un presupuesto necesario para que el juez pueda decretar para mejor proveer, por lo tanto, debe considerarse como primera premisa que los hechos aportados por las partes fijen el margen de actividad del órgano jurisdiccional. Chiovenda era partidario de esta idea al afirmar lo siguiente: "Si la sentencia no puede pronunciarse más que sobre esos hechos..., toda prueba emanada de las partes o emanada del Juez, que vaya más allá del margen determinado por los mismos, es inoficiosa y puede calificarse de impertinente."²⁹

²⁹ Citado por COUTURE, Eduardo J. op. cit., Pág. 88.

Ahora bien, no es acertado determinar un límite o ámbito de aplicación riguroso, señalando que únicamente los hechos narrados por los litigantes serán aquellos que podrían verificarse de manera oficiosa. Existen hechos que a pesar de que no fueron alegados por las partes, pueden ser susceptibles de investigación o incluso considerados en la misma sentencia, vgr. los hechos notorios, los hechos accesorios que no constituyen por si mismos una pretensión jurídica, o bien aquellos hechos implícitos que se presuponen de otros previamente narrados. Para lograr una mejor identificación y clasificación de los mismos se analizará brevemente a los hechos notorios, y se distinguirá los hechos principales de los secundarios o accesorios.

1.2.1.3.1. Hechos constitutivos e identificadores de la pretensión.

Como primer criterio, es evidente que los hechos que conforman la causa de pedir o *causa petendi*, uno de los elementos identificadores del objeto del proceso, son aquellos que se encuentran narrados en la demanda, contestación y en su caso, reconvencción. Partiendo de esta base, es indudable que existen alegaciones consideradas como accesorias o complementarias, las cuales, en lo individual, no constituyen una pretensión jurídica. Es preciso aclarar que tales alegaciones por considerarse accesorias no quiere decir en modo alguno que carezcan de relevancia jurídica, o bien, que sean menos importantes dentro del proceso, ya que si bien no constituyen propiamente una acción, pueden llegar a identificarse de tal forma, que logre convencer al juez de su legitimidad. Por tanto, un hecho considerado como accesorio puede llegar a ser identificador de la pretensión, de tal manera que el juez pudiera decretar la procedencia de la acción intentada. Haciendo una distinción entre los hechos que por sí solos constituyen la pretensión (hechos fundamentales o principales) y aquellos que únicamente identifican o describen la pretensión (hechos accesorios) se hace una aclaración al respecto:

"...los hechos necesarios y suficientes que en caso de ser alegados y probados conducen a la estimación de la pretensión son los hechos constitutivos, mientras que los hechos que identifican la pretensión del actor, la causa de pedir, son sólo una parte de los anteriores y no se refieren a la estimación de la pretensión del actor por el juez sino simplemente a su distinción de otras posibles pretensiones. Por lo tanto del conjunto de hechos que conforman el supuesto fáctico de la pretensión, algunos de ellos cumplen una función lógica previa de delimitar o identificar la pretensión procesal, en cuanto a su elemento de causa de pedir... De esta manera, la limitación a la actividad del Juez consistiría en la prohibición de que el tribunal introduzca por sí mismo un hecho fundamental. En cambio el juzgador podrá tener en cuenta, aunque no se aleguen expresamente, los hechos accesorios que vengan al proceso en virtud de su notoriedad, los juicios de carácter fáctico que son las máximas de la experiencia y los hechos accesorios que averigüen a consecuencia del ejercicio de las facultades judiciales en la práctica de la prueba (interrogatorio de testigos o de las partes, declaraciones de peritos) o como incluso resultado de una labor deductiva del juzgador a partir de dictámenes periciales." ³⁰

Lo anterior no significa una violación al principio procesal "*iudex iudicat secundum allegata et probata partium*" toda vez que resultaría absurdo e irresponsable que el juez única y exclusivamente decreta la sentencia en base a lo alegado por las partes. Tampoco quiero dar a entender la irrelevancia de la máxima citada, pero es una realidad que no puede interpretarse de manera tajante, textual y categórica. Suponiendo sin conceder, de que solamente se resolviera, de manera estricta, conforme a lo alegado por las partes, se dejarían a un lado las múltiples

³⁰ NATARÉN Nandayapa, Carlos F., "*Principio de justicia rogada y facultades jurisdiccionales para apreciar hechos no alegados por las partes*", citando a varios autores en *Tribunales de Justicia*, Universidad Complutense de Madrid, No 4. abril 2002, Pág. 62.

facultades oficiosas del juez que otorga el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, llegando al extremo de concluir que incluso los indicios que no fueron mencionados por las partes, no podrán ser considerados en la sentencia. Lo anterior dejaría sin efectos legales la prueba presuncional, cuya función es deducir de un hecho conocido la averiguación de la verdad de otro hecho que es desconocido por el juez. Por consiguiente, si se trata de un hecho desconocido para el juez, es imposible que las partes lo hubiesen alegado, y por lógica, es el propio juzgador quien aporta al proceso el hecho que antes le era desconocido. Lo jurídicamente viable es encontrar el punto medio, puesto que la razón de ser de esta máxima radica en el sentido de que el juzgador no puede aportar hechos que constituyan pretensiones distintas a las alegadas por las partes, ya que estaría resolviendo más de lo pretendido por los litigantes (*ultra petittum*), situación que de ninguna manera permite el sistema procesal en estudio.

1.2.1.3.2. Hechos notorios

La notoriedad, dice el autor Friedrich Stein, "en el sentido de conocimiento del dominio público no se limita en modo alguno a hechos: hay embusteros notorios y máximas de la experiencia notorias, normas legales notorias así como rumores notorios y errores y falsedades notorias. Precisamente aquí radica el fallo de todos los trabajos aparecidos hasta ahora en este campo: en confundir las premisas mayores notorias con las premisas menores notorias."³¹

Para definir lo que es notorio es necesario aceptar en primera instancia, que existe la notoriedad cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos, o bien, son divulgados de tal manera, que un individuo con cierta experiencia y raciocinio puede convencerse por sí mismo de su existencia, sin que requiera una prueba específica para su comprobación. Se trata de una noticia que un ser razonable no tiene motivo para ponerlo en duda.

Sin embargo, la notoriedad es una característica de un determinado hecho en relación al tiempo y al espacio en que se actúa, por lo tanto, lo notorio es muy

³¹ STEIN, Friedrich, op cit. Pág.167.

variable. "Así como hay hechos que solo son notorios para los intelectuales o para ciertos círculos profesionales, como por ejemplo la muerte de un gran artista o sabio, el conocimiento de otros, como v. gr. una disolución del Reichstag, alcanza a los estratos más inferiores ... Lo que el juez haya podido saber en secreto profesional del proceso matrimonial, puede conocerlo tan precisamente que puede serle notorio, pero no tiene la naturaleza de un hecho no notorio." ³²

Esto en razón de que puede serle notorio al juzgador en virtud de la experiencia adquirida por el ejercicio de su profesión, pero para el resto de las personas definitivamente no es un conocimiento general, o viceversa, lo que puede serle notorio a las partes no forzosamente será de conocimiento general del juzgador por lo que podría ordenar su acreditación mediante la práctica de alguna medida probatoria. El autor Friedrich Stein los clasifica como hechos notorios en general y hechos de conocimiento judicial específico. ³³

Una forma aún más clara para distinguir los hechos notorios de carácter general consiste en determinar la fuente de información de tales hechos. Mientras la fuente de un hecho notorio es totalmente irrelevante en función al proceso, la fuente de información de los hechos no notorios debe ser específica. "De ello se deduce la consecuencia, extraordinariamente importante desde el punto de vista práctico, de que solo pueden ser notorios los grandes rasgos de las cosas, nunca sus peculiaridades." ³⁴

Ciertamente, resulta imposible determinar teóricamente la distinción exacta entre rasgo general y particular. Podemos encontrar una aproximación objetiva al respecto, por lo que quedará a criterio y sensibilidad del juzgador determinar la notoriedad. La conclusión a que se debe llegar por lo anteriormente expuesto, consiste en que los hechos notorios son aquellos que entran al conocimiento, en la cultura o dentro de la información normal de un grupo de personas que pertenezcan a un círculo social, en este caso los jueces, en un tiempo y espacio determinados.

³² *Ibidem*, Pág. 172.

³³ *Cfr. Ibidem*, Pág. 178.

³⁴ *Ibidem*, Pág. 179.

1.2.1.4. Las normas de carácter procesal

"El Derecho Procesal, considerado desde el punto de vista científico, es decir, como rama o parte de la ciencia jurídica, tiene por objeto el conjunto de principios y preceptos (en definitiva, normas) relativos a la estructura y funciones de los órganos jurisdiccionales, a los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional y a la forma y contenido de la actividad tendiente a dispensar dicha tutela."³⁵

Las normas de carácter procesal son aquellas que regulan la actividad de los sujetos que intervienen de manera directa o indirecta en el proceso, incluyendo las atribuciones y los criterios que preferentemente deben ser aplicados por los órganos jurisdiccionales encargados de la administración de justicia.

En sentido estricto, y atendiendo a la clasificación que de ellas hace el maestro Andrés De La Oliva, podemos hablar de normas relativas a los *presupuestos y contenido de la tutela jurisdiccional*, mismas que pueden definirse como "aquéllas que establecen los presupuestos del derecho al proceso o se refieren directa y exclusivamente a las diversas resoluciones y actuaciones jurisdiccionales, con que se dispensa aquella tutela, así como a los efectos, en el ámbito jurisdiccional, de las resoluciones que se pronuncian, de cualquier modo, sobre las peticiones de tutela judicial."³⁶

Las citadas normas de procedimiento van a fijar cuál es la tendencia del sistema procesal que están regulando, es decir, que del conjunto de las normas procesales se advertirá la inclinación predominantemente dispositiva del proceso, o bien, se concluirá que del conjunto de los preceptos la inclinación es preferentemente hacia una administración de justicia con mayores facultades y atribuciones a los órganos jurisdiccionales.

Las normas procesales son consideradas de interés público, presentando algunas de ellas su carácter de irrenunciabilidad, entendiéndose ésta como la imposibilidad de sustituirlas o dejarlas sin efectos por propia iniciativa de los sujetos procesales.

³⁵ DE LA OLIVA, Santos, Andrés, *"Derecho procesal. Introducción"*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001. Pág. 105

³⁶ *Ibidem*, Pág. 106.

1.2.1.4.1. Normas obligatorias o de carácter absoluto

"Son aquellas de necesaria aplicación en sus propios términos en cuanto se dé el supuesto de hecho que prevén." ³⁷

Un ejemplo de este tipo de normas es aquella que especifica por ejemplo qué documentos tiene el carácter de público y cuáles son considerados como instrumentos privados, o bien, aquella que permite al inicio del proceso, la ejecución y el embargo de bienes en base a un título ejecutivo.

1.2.1.4.2. Normas dispositivas o facultativas

Son aquellas que "estableciendo ciertos efectos o una determinada ordenación de las cosas y de las conductas para unos precisos supuestos de hechos, subordinan, no obstante, la efectividad de dicha ordenación o la producción de aquellos efectos a la ausencia de una voluntad distinta de las partes, de suerte que los efectos o la ordenación pueden ser, no los previstos en la norma, sino otros queridos por las partes." ³⁸

Como norma de carácter dispositivo se puede enunciar aquella que deja a discrecionalidad de las partes la forma en que el deudor alimentario garantice el pago de la pensión alimenticia.

Debe aclararse que la aplicación de una u otra clase de normas dependerá del supuesto de hecho en el que está comprendida.

Las normas procesales que conceden facultades al juez son consideradas como de carácter discrecional desprovistos de sanción jurídica en caso de no ser ejercitadas. Se considera que dichas facultades, por tratarse de consejos o admoniciones dirigidas al juez, bajo los términos "puede", "tendrá", "podrán", "procurará", "cuidará" etc. no pueden ser violadas, en virtud de tratarse de consejos hechos al juzgador. Los artículos 318 y 366 del CPCDF. establecen que

³⁷ *Ibidem*, Pág. 117.

³⁸ *Idem*.

el juez *puede o tendrá* las mas amplias facultades para interrogar al absolvente y a los testigos, sin que ello signifique un verdadero mandato dirigido al juzgador. Debido a la falta de precisión de las citadas normas en razón de que constituyen únicamente un consejo o admonición, o bien, un verdadero mandato o deber hacia el juez, y a su falta de sanción por causa de su incumplimiento, surge la interrogante de que si dichas facultades son atribuidas o no para el total y absoluto arbitrio del juez.

"Sin embargo, tal planteamiento entraña un grave error jurídico, que, a la postre y aunque sea duro decirlo (y más aún reconocerlo), consiste en entender o aceptar que las facultades conferidas a los poderes públicos están atribuidas para el absoluto arbitrio de los poderes facultados. No es así, en modo alguno. Por el contrario, las facultades de los órganos públicos —y, por tanto, también las de los órganos jurisdiccionales— se les conceden para que se ejerciten de acuerdo con los deberes inherentes a su oficio y, más en concreto, con la finalidad específica prevista en la norma atributiva de la facultad. "Las facultades dejan, sí, al facultado la apreciación de la existencia de los presupuestos de su ejercicio. Pero existen esos presupuestos —finalidad concreta de la facultad, congruencia con el oficio del órgano público— y, por tanto, las normas facultantes sí pueden ser infringidas o violadas." ³⁹

1.2.1.4.3. Normas admonitivas o de consejo

Se ha aludido a una tercera clasificación de las normas procesales, haciendo referencia a aquellas que contienen una admonición o consejo y que por lo tanto

³⁹ DE LA OLIVA, Santos, Andrés, "*Racionalidad y Normatividad*", Ponencia presentada al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en Médco D.F., el día 10 de febrero de 2004.

su discrecionalidad permiten que no sean susceptibles de infracción, en razón de que los consejos pueden oírse, o bien, ignorarlos, pero no infringidos en el estricto sentido jurídico. Andrés De la Oliva manifiesta al respecto:

"Siempre pensé, por lo demás, que la contraposición entre *mandato* —lo propio de las normas no admonitivas— y *consejo* —propio de las presuntas normas admonitivas— resultaba de muy problemático rigor técnico-jurídico. Y, por otra parte, la contraposición entre *mandato* y *consejo* podría suscitar, puesto que hablamos de normas, esto es, de actos *vollitivos*, la entrada en liza del concepto *deseo*. Los presuntos *consejos* expresarían un *deseo* de la ley, pero parece claro que también se manda porque se *desea*. Para establecer las necesarias diferencias, cabría sostener que el *deseo vehemente* se expresará mandando o imperando y comportará la voluntad de excluir del mundo jurídico cualquier resultado contrario al *deseo* o, al menos, de sancionarlo severamente. En cambio, un *deseo menos vehemente* se traduciría también en mandato, pero menos enérgico y eficaz, desprovisto de sanción. El consejo, por su parte, sería la exposición, sin más, de una simple preferencia. Como se ve, todo esto adolece de escasa solidez y es muy insatisfactorio para el trabajo jurídico."⁴⁰

Las conclusiones finales derivadas de lo anteriormente expuesto consisten en que tales preceptos procesales puramente admonitivos o de consejo, no existen en la vida jurídica, ya que en todo caso, su cumplimiento o incumplimiento estaría sujeto exclusivamente a la autonomía de voluntad, resultando inútil su existencia. Si bien es cierto que algunas normas procesales son desprovistos de sanción jurídica, el incumplimiento de cualesquiera de ellas se deriva forzosamente en un perjuicio hacia la parte a la que es destinada la norma, como la falta de liberación de una carga procesal, la preclusión de un derecho procesal, o bien, el desconocimiento

⁴⁰ *Idem.*

de un hecho o de una prueba que puede entenderse como sanción al momento de recibir una sentencia contraria a sus pretensiones.

1.2.2. CONCEPTO

1.2.2.1. Arts. 278 crítica e interpretación

La función del juez dentro del proceso civil debe ser activa en relación a la búsqueda de la verdad material o histórica. De esta forma el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece:

"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."

El anterior artículo indica que la función del juez en el proceso civil, debe ser la de director o conductor del proceso, y, por consiguiente, debe hacer uso adecuado de las facultades que la ley adjetiva le confiere para emitir una sentencia lo más justa y equitativa posible. De esta forma, sin negar el principio procesal establecido en el artículo 281 consistente en que "las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones", puede darse el caso que el juez no se encuentre plenamente convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, por lo que la normatividad procesal le otorga una serie de instrumentos y atribuciones en materia probatoria, para que pueda formarse una convicción de los hechos litigiosos independientemente de la voluntad de las partes. Lo anterior no significa una violación a los principios dispositivo y de

aportación de parte como más adelante se estudiará. Sin embargo, existe oposición por parte de algunos jueces, magistrados y abogados quienes prefieren un juzgador inactivo que se limite a dictar una sentencia en atención únicamente a las pruebas aportadas por las partes, argumentando la absoluta imparcialidad del titular del órgano jurisdiccional. Así, no obstante que en términos generales el CPCDF confía a la iniciativa de los particulares la posibilidad de suministrar las pruebas que acrediten los hechos constitutivos o impeditivos de sus pretensiones, el sistema procesal del Distrito Federal es flexible al admitir que el juzgador tenga facultades para incorporar material probatorio al proceso.

Se entiende que los juicios de orden civil regulan cuestiones primordialmente de interés privado, y, consecuentemente, el juez carece de facultades para suplir la deficiencia de alguna de las partes o decretar una sentencia que otorgue mayores derechos que los pretendidos por las partes (*ultra petitiu*). Sin embargo, a lado de este interés privado de los litigantes, prevalece el interés social de la administración de justicia y la solución expedita de las controversias que se interponen ante los órganos jurisdiccionales, la cual es una de las funciones que realiza el Estado.

Las facultades del juez en materia probatoria conllevan una verdadera atribución judicial, en el sentido, de que, por un lado, constituyen una potestad para generarla y un deber de ejercitarla. Sin embargo el artículo citado prescribe que "Para conocer la verdad de los puntos controvertidos *puede* el juzgador....", como si se tratara de una norma que contiene un simple consejo o deseo del legislador (norma admonitiva), cuando en realidad la norma está prescribiendo un deber dirigido al juzgador, no un simple consejo. Algunos autores consideran que tal precepto es un facultad, lo cual es cierto. No obstante esa norma procesal conlleva al mismo tiempo un deber de cumplimiento, de lo contrario estaríamos frente a una norma jurídica sin mandato totalmente carente de sentido.

1.2.2.2. Arts. 279 del C.P.C.D.F. crítica e interpretación

El artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal prescribe lo siguiente:

"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 éstas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes y procurando en todo su igualdad."

Por una parte, se trata de un poder que el legislador otorga al juez, para que éste evalúe las condiciones y presupuestos que puedan motivar o no el decreto de pruebas de oficio con una clara función de justicia y equidad. Sin embargo, no obstante que dichas facultades son de carácter potestativo, lo que significa que sólo el juzgador o el tribunal tendrán la iniciativa para decretarlas, debe considerarse que el órgano jurisdiccional tiene el deber de proveer pruebas de manera oficiosa cuando se den los presupuestos y condiciones que motiven su ejercicio.

"El carácter atributivo de la potestad-deber antes mencionado le otorga a su vez una naturaleza inquisitiva a dicha atribución judicial dentro de la parte probatoria del correspondiente proceso, la cual se consagra como complemento del carácter dispositivo general (*judex secundum allegata et probata partium iudicare debet y actore non probante reus absolvitur*)

que en esta materia también se le asignan a las partes." ⁴¹

Lo anterior no debe considerarse como una flagrante violación al principio de aportación de parte, sino que por el contrario, debe entenderse que la aplicación de pruebas a instancia del juez son, de manera absoluta, diligencias complementarias que benefician el conocimiento de la verdad material relacionada al objeto litigioso.

Asimismo vuelvo hacer la misma crítica en razón de que el término "podrán" puede entenderse como un simple consejo y no en atención a un verdadero mandato. A continuación cito la siguiente Tesis Aislada:

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER. LA FACULTAD PARA REALIZARLAS ERA DISTINTA AL PODER ACTUAL DE LOS JUZGADORES PARA ALLEGARSE PRUEBAS.

La naturaleza facultativa que se atribuyó antiguamente a las diligencias para mejor proveer, no debe ser aplicada a la interpretación de los términos "puede" y "podrán", contenidos en los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pues lo concedido por dichas disposiciones a los juzgadores es superior a aquellas facultades, reguladas en preceptos tales, como los artículos 129 y 400 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de mil ochocientos ochenta y cuatro, en los cuales estaban previstas las diligencias para mejor proveer de antaño, como se demuestra en seguida. Así, mientras que en aplicación a estas últimas disposiciones, el juzgador usaba su facultad después de haber citado a las partes para oír sentencia; en lo concerniente a la extensión sobre la cual recaía su materia, las diligencias para mejor proveer se reducían al allegamiento de las probanzas que limitativamente se concedían en las tres fracciones del penúltimo precepto citado y, en lo que respecta a su finalidad, con las propias diligencias se perseguía simplemente la "aclaración de hechos"; a diferencia de lo anterior, los mencionados artículos del ordenamiento procesal vigente admiten que los jueces ejerciten el

⁴¹ LAFONT, Planetta Pedro, *"Aspectos Jurisprudenciales sobre las Pruebas de Oficio"* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, Pág. 91.

poder en materia probatoria con el que cuentan, en todo tiempo, y la materia sobre la que recae esa potestad es amplísima, dado que pueden decretar la práctica de cualquier diligencia probatoria; su ampliación; se pueden valer de cualquier persona, sea parte o tercero; de cualquier documento o cosa, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, con los límites especificados en los propios numerales. Por último, la finalidad que se persigue con el ejercicio de esa potestad probatoria es el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos. Consecuentemente, si a las diligencias para mejor proveer de antaño se les consideraba como simples facultades, que los juzgadores podían realizar o no, esta característica ya no admite ser aplicada a una institución superior, como es la prevista en los citados artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lo que impone establecer que los términos "puede" y "podrán", contenidos en estos preceptos, deben ser entendidos también en otro contexto, con el cual quede evidenciada la superioridad mencionada. De ahí que sea más adecuado considerar que tales términos expresan una potestad o un poder de mando, o un poder de orden, conceptos que encierran la idea de dominio de la voluntad ajena o potencia de mandar super partes y con los cuales es también admisible intellgir las palabras "puede" y "podrán". Entendidos así estos últimos términos, se comprende que la actividad impuesta al juzgador en las mencionadas disposiciones, se apega más a la idea de deber, constreñimiento e incluso de obligación, que a una mera facultad discrecional, en el entendido de que habrá un matiz más cercano a la idea de una verdadera obligación, cuando el tema de prueba se relacione con aspectos adjetivos, tales como, por ejemplo, el emplazamiento y los presupuestos procesales, pues del acreditamiento de estos puntos dependerá la validez del procedimiento, o bien, con cuestiones sustantivas, como cuando el debate verse sobre derechos irrenunciables o sobre la aplicación de preceptos tuitivos, como los que regulan el orden y la estabilidad de la familia, pues la importancia de estas materias hace patente la necesidad de contar con una adecuada demostración.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

I.4o.C.8 C

Amparo directo 3354/95. Eduardo Peralta Taylor. 6 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo III, Enero de 1996. Pág. 279. **Tesis Alalada.**

1.2.2.3. Medidas para mejor proveer

El Diccionario jurídico Abeledo- Perrot, al definir las medidas para mejor proveer señala:

"la vigencia estricta del principio dispositivo requeriría no solamente que la iniciativa del proceso y la aportación de los hechos dependiesen de la voluntad de las partes, sino que, además, se confiase exclusivamente a éstas la actividad consistente en ofrecer y producir las pruebas tendientes a la demostración de sus afirmaciones. Pero en razón de que ésta última limitación es susceptible de impedir, en ciertos casos, el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva que, pese a las restricciones propias de la prueba civil, constituye la meta a que debe aspirar una recta administración de justicia, las leyes procesales admiten, en forma concurrente con la carga de la prueba que incumbe a las partes, la facultad de los jueces en el sentido de complementar, por propia iniciativa, el material probatorio aportado por aquéllas. Tal facultad se concreta en la posibilidad de adoptar las denominadas medidas para mejor proveer."⁴²

⁴² CONVERSEY, J.M. *"Poderes del Juez en el Proceso Civil"*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, T. XV. Septiembre, Universidad del País Vasco, San Sebastián, España 2003, Pág. 601.

Eduardo J. Couture define a las diligencias para mejor proveer como "aquellas medidas probatorias que el Juez puede disponer por propia iniciativa, destinadas a mejorar las condiciones de información requeridas por la sentencia, de cuya génesis lógica forma parte... Mejor proveer significa, por tanto, mejor preparar el pronunciamiento del querer jurídico del Estado, cualquiera sea la naturaleza de la función en que intervenga el agente llamado a querer por el Estado dentro de las actividades del órgano jurisdiccional."⁴³

1.2.2.4. Características

1.2.2.4.1. Naturaleza exclusivamente probatoria

Mediante el decreto de diligencias para mejor proveer, únicamente pueden ser ordenados autos preparatorios que tengan como fin el desahogo de una prueba que tenga como objeto la regularización, corrección o complementación de otro medio probatorio previamente ofrecido por las partes con excepción de tratarse del interés de un incapaz, el del Estado, o bien que la litis consista en una controversia del orden familiar en atención a lo dispuesto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por lo que su naturaleza es exclusivamente probatoria. Toda actuación judicial que escape de esos límites deja de ser para mejor proveer.

1.2.2.4.2. Decretadas *motu proprio* por el juzgador

Es irrefutable el hecho de que sólo el juez o el magistrado, según sea el caso, pueden resolver pruebas para mejor proveer, ya que es una facultad que el código otorga al titular del órgano jurisdiccional. Por lo tanto, las partes o los terceros ajenos a la relación sustancial no pueden solicitar el desahogo de diligencias para mejor proveer. Lo anterior debido a la naturaleza inquisitiva de las citadas medidas y al deber del juzgador para allegarse de mayores elementos de

⁴³ COUTURE, Eduardo J. op. cit. Págs. 63 y 96..

convicción para motivar la sentencia. Por consiguiente, tales providencias son decretadas de manera oficiosa, es decir, *motu proprio* por parte del juzgador, pudiendo simplemente notificar su decreto, o bien, citar nuevamente a las partes, testigos, peritos etc., según lo estime más conveniente.

1.2.2.4.3. Pueden ser indicadas por las partes

Considero que si bien es cierto no pueden ser ordenadas a petición de parte, si pueden ser indicadas las razones y los argumentos que los litigantes estimen necesarios para que el juez ordene la prueba para mejor proveer. No obstante, el juzgador tendrá la última palabra para ordenar su práctica. Sin embargo, quedará claro que es un deber del juzgador ordenarlas cuando existen los presupuestos y requisitos necesarios que más adelante serán estudiados.

1.2.2.4.4. Acto procesal oportuno

El decreto para efectuar medidas para mejor proveer debe reflejarse a través de un acto procesal oportuno con la particularidad de poderse referir a todo el proceso o de limitarse exclusivamente a cierto aspecto probatorio para el servicio de la veracidad de los hechos materia del proceso. La oportunidad para decretar pruebas de oficio se encuentra prácticamente dentro de todo el proceso, a partir de que se haya determinado el objeto del proceso conforme a los hechos y las pretensiones aportadas por las partes. La amplitud de éstas oportunidades, se constituye a partir de que se determina el objeto del proceso, es decir, posteriormente de la contestación de la demanda, o en su caso al contestar la reconvencción.

1.2.2.4.5. Complementan las pruebas aportadas por las partes

Una de los presupuestos principales que serán estudiados para que sean decretadas las medidas para mejor proveer es el hecho de que el juez considere

que los elementos que le fueron suministrados para pronunciar el fallo son imperfectos o incompletos. Así pues, "del mismo modo que el médico no se conforma con los síntomas externos que tiene a su vista y exige para su diagnóstico un nuevo análisis o una radiografía, que significan en todo caso nuevas pruebas para llegar al diagnóstico, el Juez exige mediante autos para mejor proveer, nuevos elementos de constatación que hagan posible o que perfeccionen su diagnóstico. Producidas esas nuevas pruebas, el Juez ha mejorado su condición intelectual para formar el juicio crítico del hecho. Lo que era confuso e impreciso se ha aclarado."⁴⁴

Por lo anteriormente citado, debe comprenderse que una de las principales características de las medidas probatorias del juez radica en su función complementaria, es decir, en aclarar o verificar los elementos probatorios aportados por las partes.

1.2.2.4.6. Con el fin de allegarse mayores elementos de convicción que precisen el objeto del proceso

Las medidas para mejor proveer, en verdad, parecen estar orientadas para tranquilizar la conciencia del Juez, el cual, en un momento determinado puede sentir temor de emitir una sentencia injusta. Por tal situación, según el autor Sentís Melendo dichas medidas han sido otorgadas para evitar futuras cargas de conciencia. Las facultades citadas pretenden darle armas al juzgador para alcanzar la verdad y precisar el objeto del proceso, en defensa de la justicia cuya tutela se le encomienda al Estado.⁴⁵ En una de sus argumentaciones el citado autor comenta "...ante una correcta y eficaz actuación de las partes, las medidas para mejor proveer, según el espíritu de la ley, resultarían superfluas. Por el contrario, las facultades son para que el Juez las ejercite con regularidad y normalidad, no como cosa excepcional. La medida para mejor proveer parece ofrecérsese al Juez para que su conciencia se vea libre de remordimientos por una

⁴⁴ *Ibidem*, Pág. 67.

⁴⁵ Cfr. RODRÍGUEZ, José *"Autoridad del Juez y Principio Dispositivo"*, Instituto de Derecho Privado y Comparado, Valencia, Venezuela, 1998, Pág. 63.

posible injusticia; las facultades, para una contribución a la función judicial de cada día." ⁴⁶

Dicha exposición parte de la distinción que hace el autor entre facultades – deberes que la normatividad concede al juez para proveer, consistentes en complementar aquéllas que fueron ofrecidas por los litigantes, y por otro lado, las medidas para mejor proveer consistentes en auténticas facultades para que el juzgador pueda aportar pruebas no ofrecidas por las partes, por considerar necesario el esclarecimiento de un hecho objeto de la litis. De aquí surge la interrogante en relación al problema de si el juez puede ordenar pruebas que no han sido propuestas por los litigantes. Sentís lo resuelve en forma afirmativa argumentando que la voluntad del legislador no consiste en otorgarle al juez la facultad raquítica de subsanar pequeñas deficiencias de la actuación de las partes toda vez que considera como únicos límites los hechos controvertidos y aquellos casos en donde la propia ley ordena que su producción sea exclusivamente por las partes del negocio. ⁴⁷

Debe tenerse claro que el hecho de que alguna de las partes actúe de forma negligente, o bien, ofrezca pruebas fuera del término probatorio, no constituyen una limitante para que el tribunal ordene su práctica siempre y cuando se den los presupuestos y requisitos necesarios para su decreto, en virtud de que "el Juez no debe contemplar el interés de la parte, sino de la Justicia. Y si cree que una medida puede contribuir a esclarecer la verdad de los hechos, no debe detenerlo el pensamiento de que con ello está supliendo la negligencia de una de las partes." ⁴⁸

Por consiguiente, las facultades que el código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal otorga para proveer y complementar una prueba como para mejor proveer constituyen una puerta con innumerables caminos o rutas que sólo mediante una lógica aplicación por parte del juez, puede llegar a concretarse. Es imposible que sean reguladas de manera absoluta en el propio código, ya que su propia naturaleza jurídica es la de otorgarle al juzgador una amplitud para que

⁴⁶ Citado por *Ibidem*, Pág. 63.

⁴⁷ *Cfr. Idem.*

⁴⁸ *Ibidem* Pág. 64.

pueda ejercer su criterio jurídico que le permita concluir cuando deben ser decretadas, no en protección hacia alguna de las partes, sino en protección a la relación procesal que existe entre ellas, toda vez que el juez es el encargado de dirigir el proceso.

1.2.2.4.7. Función Probatoria útil

La atribución para el ejercicio de pruebas para mejor proveer tiene como una de sus principales características, que su decreto sea para el conocimiento de la verdad de los puntos cuestionados, lo que significa que debe aportar una utilidad que permita complementar, o modificar una prueba, o bien, ordenar la práctica de cualquier diligencia respecto a un hecho alegado por las partes, siempre en provecho de la administración de justicia. La utilidad se resume en la efectividad del órgano jurisdiccional, consistente en que la medida probatoria ordenada para mejor proveer, debe asegurar el derecho que tienen las partes a una tutela procesal de sus derechos y una sentencia. Mediante su adecuada aplicación, es posible evitar la continuación irregular de procesos que han sido interrumpidos, o bien, su utilidad estriba en regularizar o convalidar los demás medios de convicción aportados por las partes. Así pues, cuando la normatividad mencionada prescribe que las diligencias para mejor proveer deben ser conducentes a la verdad de los puntos cuestionados, no solamente se consagra la posibilidad para decretar pruebas de oficio que tengan relación directa o indirecta con los hechos controvertidos, sino que también debe reconocerse la necesidad de que dichas medidas tengan por objeto la regularización, corrección o complementación de los mismos medios de convicción, para evitar un desahogo incompleto o bien, la mala fe de los litigantes al pretender manipular los medios de prueba. De lo contrario resultaría incongruente que el juez "... tuviera atribución para decretar pruebas de oficio relacionadas con los hechos del litigio, y, en cambio, no se tuviera para ajustar el mismo medio de convicción a la disciplina legal pertinente, que es la que precisamente le va a permitir que jurídicamente

pueda tener efectos legales en materia probatoria" ⁴⁹. Además, no admitir la utilidad de estas pruebas sería contribuir a la posible ineficacia del derecho probatorio cuando es manejado únicamente por los litigantes, situación que es precisamente lo que pretende combatir el legislador. Luego entonces, "la utilidad de las pruebas de oficio fundada en la verificación de los hechos, comprende una utilidad legal y fáctica de los medios de convicción." ⁵⁰

Consiguientemente, la utilidad de la regularización de una prueba ofrecida por alguna de las partes, en donde a criterio del juez, resulta defectuosa y/o manipulada, conlleva a que ésta sea corregida dando cabal cumplimiento al deber de dirección del proceso y haciendo efectiva la igualdad de las partes, puesto que es deber del juzgador el hecho de regularizar cualquier prueba que bajo su criterio estime manipulada, o de alguna manera incompleta, ya que de no hacerlo estaría actuando en forma parcial hacia la parte oferente de la prueba bajo la supuesta protección del principio dispositivo y de aportación de parte que más adelante se explicará.

"También pueden mencionarse las pruebas de oficio para prevenir o remediar actos de deslealtad, como la de aquella prueba que oculta la parte que ha aportado otra y que la desvirtúa. Así mismo deben destacarse las pruebas de oficio para prevenir o remediar actos probatorios carentes de probidad, rectitud u honradez, como aquellas que pueden prevenir o poner en evidencia la presentación de pruebas falsas amañadas o distorsionadas. Lo mismo puede decirse de las pruebas de oficio para evitar la mala fe de las partes en el ocultamiento de su cancelación o anulación; o para evitar el fraude

⁴⁹ LAFONT Planetta Pedro, op cit. Pág. 97.

⁵⁰ Idem.

procesal, como la que tienda a establecer que el documento aducido no se encuentra vigente o se refiere a una persona diferente." ⁵¹

1.3. DERECHO COMPARADO

1.3.1. DERECHO ESPAÑOL

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española del 7 de enero del año 2000, la cual entró en vigor al año siguiente, es sustentada básicamente en los principios de justicia rogada y dispositivo, teniendo como regla general, el que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los sujetos jurídicos será satisfecha de acuerdo a la iniciativa y aportación de las partes, toda vez que son considerados como los únicos responsables para configurar el objeto del proceso. Por tanto, se debe entender que el proceso civil español responderá en función a la iniciativa de quien o quienes consideran necesaria la tutela jurisdiccional de conformidad a la pretensiones que pretenden hacer valer al juez. Asimismo, en la exposición de motivos de la propia ley, se argumenta que la función del órgano jurisdiccional no es la de investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados, ni mucho menos, el juez tiene la responsabilidad de decidir el tipo de tutela que le correspondería al negocio. Así pues, se afirma lo siguiente: "...Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidos de abogados." ⁵²

Se argumenta que la inspiración en los principios dispositivo y de aportación de parte no constituyen un obstáculo para que el juzgador aplique el derecho dentro

⁵¹ *Ibidem*, Pág. 98.

⁵² *De la Oliva*, Santos, Andrés, Julio Banadoche Palao (et al) *"Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil"*, Civitas, Madrid, 2001, Pág., 32.

de los límites del objeto del proceso configurado por las partes y de la causa de pedir. Tampoco se considera que la preeminencia de los citados aforismos genere algún inconveniente para que sean reforzadas las facultades coercitivas de los tribunales en razón al cumplimiento de sus resoluciones, o bien, para sancionar las conductas contrarias que impidan la tutela efectiva de los intereses del particular. "Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia." ⁵³

Comentado lo anterior, no puede negarse, que en determinadas ocasiones, en el propio desarrollo del proceso, aparecen supuestos que constituyen la excepción a las reglas de justicia rogada y de aportación de parte. Estos supuestos establecidos en la ley, prescriben que el tribunal podrá acordar en forma oficiosa, la práctica de pruebas siempre y cuando así lo permita la ley. En este orden de ideas, la facultad de acordar pruebas de oficio conforma la más clara excepción a los principios generales comentados. Estos supuestos son los relacionados a la facultad del juez para interrogar a las partes y a los testigos durante el desarrollo del careo (artículos 372 y 377) así como las nuevas diligencias finales (artículos 434 a 438) las cuales sustituyen a las anteriores diligencias para mejor proveer.

La derogación de las citadas instituciones es consecuencia de la preeminencia de los ya referidos principios procesales que rigen como regla general al proceso civil español, restringiendo la actividad probatoria del juez al momento de la etapa del juicio, en donde podrá decretar como diligencias finales sólo aquellas que se sustenten en las pruebas debidamente propuestas y admitidas que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a los interesados. Los límites de la intervención oficiosa del juez se encuentran establecidos en los artículos que a continuación se mencionan:

Artículo 429. Proposición y admisión de la prueba.
Señalamiento del juicio.

⁵³ Idem.

..."Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, citándose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente..."⁵⁴

Ahora bien, debe entenderse que el artículo que antecede en momento alguno faculta al juez para decretar medidas para mejor resolver ya que los límites y presupuestos son muy claros. El legislador contempla la posibilidad de que las pruebas pueden resultar insuficientes para la comprobación de los hechos controvertidos, por lo que otorga la posibilidad de que el juez señale nuevamente la práctica de algún elemento probatorio previamente aportado por alguna de las partes y que conste en los autos.

"El fundamento de esta excepción se encuentra en la obligación que tiene el juzgador de resolver la contienda, en el carácter complementario de la potestad probatoria de oficio, y a veces, en la naturaleza pública de algunos objetos procesales, que le impulsen directamente a buscar la verdad sin paliativos. Por los que respecta a los procesos de objeto disponible, hay que procurar la debida proporción en las funciones de cada interviniente (...) evitando, en consecuencia, el suplir negligencias o desidias de los litigantes, siempre, además, sin

⁵⁴ Lo resaltado es mío.

olvidar que el tribunal es el director del proceso, no el mero espectador de una contienda entre particulares. " 55

Sin embargo, el tribunal únicamente podrá señalar el desahogo de un medio probatorio, siempre y cuando las pruebas practicadas resulten insuficientes, limitándose para su decreto a los elementos probatorios que constan en el expediente. Lo anterior quiere decir que la iniciativa probatoria del juez en el procedimiento español se limita a la propia iniciativa probatoria de las partes, en virtud de que sólo podrá decretarse la práctica de una prueba de oficio, siempre y cuando ese medio probatorio haya sido aportado por alguno de los litigantes y con la única finalidad de complementar o mejorar esa prueba en lo particular.

No obstante a lo anterior, el artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado segundo, faculta en casos meramente excepcionales al tribunal para que actúe de manera oficiosa y determine la práctica de pruebas en relación a hechos no probados pero si alegados por las partes, bajo el presupuesto de que los elementos probatorios desahogados no han sido conducentes a la verdad de los hechos. Éstas son las ya comentadas diligencias finales:

"2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos. " 56

⁵⁵ LORCA Navarrete, Antonio María, José Martín Ostos, (et al), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. 2, 2a Ed., Lex Nova, Valladolid, 2000, Pág. 1769.

Respecto a las multicitadas diligencias finales José Martín Ostos, en sus comentarios a al Ley de Enjuiciamiento Civil, hace una crítica con relación a la supresión de las diligencias para mejor proveer: "En primer lugar, hemos criticar, directamente, sin recato alguno, la supresión de una antigua, hispana y significativa expresión... A ello hay que añadir la pervivencia de tan arriesgada institución (incluida su denominación) por todo el continente iberoamericano, lo que agrava la innecesaria medida adoptada."⁵⁷

Más adelante el mismo autor aclara la naturaleza jurídica de las ahora diligencias finales de juicio: "Aunque con notable diferencia en cuanto a su iniciativa ... las diligencias finales, al igual que las acordadas para mejor proveer al amparo del texto procesal decimonónico, constituyen una indiscutible potestad judicial."⁵⁸

Sin embargo, resulta confuso qué tipo de medida probatoria pudiera decretar de oficio el juzgador. Puede interpretarse que el juez tiene facultades para determinar el desahogo de cualquier medio probatorio que considere idóneo y pertinente para demostrar un hecho que no ha sido probado por las partes. Pero resulta difícil concluir en lo anterior, en virtud de que el propio artículo 435 en su apartado primero especifica:

" Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: 1.ª **No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes...**"⁵⁹

Así pues, la actividad probatoria del juez claramente se limita a los medios probatorios aportados por los litigantes y consecuentemente prevalecen los principios de disposición y aportación de parte, asumiendo las partes en forma

⁵⁶ Lo resaltado es mío.

⁵⁷ *Ibidem*, Pág. 2181.

⁵⁸ *Ibidem*, Pág. 2183.

⁵⁹ Lo resaltado es mío.

absoluta, la carga probatoria respecto de los hechos alegados, y, por consiguiente, el entero perjuicio de no haberlos comprobado por cuestiones de negligencia, o falta de pericia, en caso de no haber propuesto la prueba idónea dentro de los términos que marca el ordenamiento.

De esta manera, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Español se considera improcedente, con algunas salvedades previstas en el propio ordenamiento, llevar a cabo cualquier actividad probatoria que no se hubiera propuesto previamente por las partes, así como cualquier actividad del tribunal, que, con menoscabo al principio de igualdad entre las partes, supla su falta de diligencia y/o cuidado. Las excepciones han sido meditadas detenidamente y responden a criterios de equidad, sin que se vea afectada la estructura del proceso o menoscabe el principio de igualdad y de contradicción.

De esta forma, el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente establece claramente cuáles son los límites a la iniciativa probatoria del juez.

"Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios cuando así lo establezca la ley."

En el citado precepto se hace hincapié al principio de aportación de parte y en cuanto a las citadas excepciones, se hace referencia, entre otros, a la prueba pericial decretada de oficio en procesos sobre filiación, paternidad, maternidad, capacidad y matrimonio, así como la posibilidad (art. 429. 1) de que el tribunal señale a las partes prueba o pruebas que podrían ser convenientes para completar o modificar las propuestas por los litigantes.

Andrés de la Oliva hace el comentario del citado artículo en el siguiente sentido:

"...cabe entender las excepciones más allá de los casos legalmente previstos o, con otras palabras, no se autoriza al tribunal para acordar de oficio la práctica o aportación de pruebas según su criterio. Desde luego, el párrafo segundo en modo alguno autoriza la realización de pruebas, como diligencias finales en el juicio ordinario, fuera de los casos en que se permiten tales diligencias. Con este precepto, no se trata de atar las manos del juez en el proceso civil, sino de seguir con coherencia, siempre que no esté en tela de juicio un interés público o general, un método razonable y practicable. Dentro de esa coherencia se encuentra también el respeto al designio (ya al diseño) de que el proceso civil se estructure legalmente y se desarrolle realmente como una imprudente utopía gravar con responsabilidades a las que no podría hacer frente."⁶⁰

A su vez, el artículo 306 en su segundo párrafo establece:

"Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar."

Finalmente el artículo 431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la etapa del juicio en donde son practicadas las mencionadas diligencias finales dentro del proceso ordinario, admitiendo la práctica de aquellas pruebas que fueron en su momento admitidas, pero que, por causas ajenas a las partes, no pudieron desahogarse. En el mencionado artículo se establece qué elementos probatorios podrán ser objeto de diligencias finales del juicio:

"El juicio tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical informes orales y contradictorios (...) y reproducción de palabras, imágenes y

⁶⁰ Lorca, Navarrete Antonio María, op. cit. Pág. 625.

sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas se formularán las conclusiones sobre éstas."

Finalmente, es de concluirse, que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se ha producido un notorio cambio en relación a la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil español. Por un lado, es condicionada a la iniciativa probatoria de los litigantes, por el otro, su presupuesto es la práctica insatisfactoria o incompleta de una prueba, sin que en momento alguno les sean otorgados al juez amplios términos para aportar pruebas para mejor proveer, que aclaren cualquier hecho dudoso que se encuentre dentro del objeto del proceso.

1.3.2. DERECHO COLOMBIANO

Colombia modernizó su justicia civil con el Código de Procedimiento Civil promulgado en 1970, mismo que sigue vigente en la actualidad pero que ha sufrido reformas a través de los años. El citado código comenzó a regir el 10 de julio de 1971 y en él se le otorgan al juez facultades para decretar de oficio y en ambas instancias, al igual que en los incidentes, cualquier prueba que estime conveniente para verificar los hechos que interesan al proceso. Asimismo, se le impuso al juzgador en sus artículos 179 y 180 el deber de usar dichas facultades siempre que "resulten necesarias para hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso para evitar y sancionar la mala fe o el fraude procesal o para establecer la verdad de los hechos."⁶¹

También se estableció que, en ocasiones, y cuando lo permitiera la ley, la apreciación de las pruebas deberá realizarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, así como la recepción de los testimonios e interrogatorios de las partes y la realización de careos decretados de manera oficiosa por el juez. Posteriormente, mediante el decreto Ley 2283 de 1989 se le confieren facultades al juez para

⁶¹ DEVIS Echandía, Hernando, *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, T.I, 2a Ed. Víctor P. De Zavalla, Buenos Aires, 1972, Pág. 141.

decretar y practicar las pruebas que estime convenientes para la verificación o aclaración de los hechos.

El artículo 179 establece respecto al régimen probatorio:

"Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas." ⁶²

A su vez, el artículo 180 del Código de Procedimiento Colombiano vigente prescribe lo siguiente, en relación al decreto y práctica de las pruebas ofrecidas por el juez:

"Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las Instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso." ⁶³

⁶² PEÑA Peña, Enrique R., *"Código de Procedimiento Civil. Concordancias, comentarios, índices"*, 4a Ed., ediciones ECOE, Santa Fé de Bogotá, 1998, Pág. 93 (lo resaltado es mío).

⁶³ *Idem.*

El proceso colombiano admite una tendencia inquisitiva en materia de investigación de los hechos controvertidos, por lo que el autor colombiano Hernando Devis Echandía nos comenta al respecto:

"Las objeciones contra las facultades oficiosas del Juez en la producción de la prueba para el proceso civil se reducen a éstas: que se trata de un litigio de interés privado, y que, por lo tanto las partes deben ser libres de manejarlo según su leal saber y entender; que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio y que por consiguiente, el Juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aporten para no romper su indispensable imparcialidad o neutralidad."⁶⁴

Todos estos razonamientos son de muy débil textura, en virtud de que no merecen un profundo análisis para desvirtuarlos, ya que los fundamentos se basan en la tesis de la tendencia privatista, la cual considera al proceso civil como un negocio de índole privada y con intereses subjetivos particulares en juego. La citada tendencia privatista del proceso ha sido sustituida por la publicista, sustentada en que dentro del proceso civil colombiano es ejercida la jurisdicción del Estado con un fin eminentemente público como es la adecuada aplicación de la ley material y la administración de justicia para lograr la paz y tranquilidad social. En virtud de ese interés público para que el resultado del proceso sea lo más justo y legal posible, el Estado dota al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman.

"Nadie puede alegar un derecho a ocultar verdad o a engañar al Juez con pruebas aparentes u omisiones de otras; la imparcialidad del funcionamiento consiste en aplicar la ley al dictar sentencia, sin que en su criterio pesen otras razones que

⁶⁴ Devis Echandía, Hernando, op. cit. Pág. 81.

sus conocimientos jurídicos y las conclusiones a que llegue después del examen de los hechos y sus pruebas, y sin que la amistad o enemistad, el interés o el afecto, tuerzan o determinen sus decisiones." ⁶⁵

Sin embargo, la legislación procesal colombiana ha regulado la valoración de la pruebas, sujetando al juez a reglas abstractas, conocidas como "tarifas legales" preestablecidas que le señalan las conclusiones a las que debe sujetarse el juzgador, ya sea en presencia o en ausencia de determinados medios de prueba y excepcionalmente otorgarle facultades para hacer una valoración personal y concreta del material probatorio. Al respecto Devis Echandía nos comenta la importancia de que el juez tenga facultades inquisitivas en materia probatoria:

"...Existe sistema de tarifa legal o de libre apreciación de la prueba según se deje o no al juez en libertad subjetiva para considerarse o no convencido por el elemento probatorio llevado al proceso... Lo ideal es un procedimiento civil inquisitivo en cuanto a la prueba y con libertad para apreciarla... Para que triunfe la verdad, para que se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea éste una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados litigantes, es indispensable que, además de la libre apreciación de las pruebas, el juez civil disponga de facultades inquisitivas para practicar las que conforme a su leal saber y entender considere convenientes al esclarecimiento de los hechos que las partes afirman. Sólo así se obtendrá la igualdad de las partes en el proceso y la verdadera democracia en la justicia." ⁶⁶

⁶⁵ *Ibidem*, Pág. 82.

⁶⁶ *Ibidem*, Pág. 112 (lo resaltado es mío).

El principio inquisitivo prescrito en los artículos 179 y 180 arriba comentados, "es fundamental, porque si es labor exclusiva del juez la valoración de los medios probatorios, también debe serlo en lo posible la práctica de los mismos, pues en tal forma podrá analizarlos mejor y señalarles el grado de convicción que merezcan, de acuerdo con las reglas de la sana crítica."⁶⁷

Asimismo en el caso del allanamiento a la demanda, el juez puede rechazarla en caso de advertir fraude o colusión o si lo solicita un tercero, pudiendo decretar oficiosamente las pruebas que estime convenientes para el verificación de los hechos.

A pesar de que se mantiene el sistema relativo a que las pruebas nominadas son las únicas que le pueden permitir al juez obtener su convencimiento, las reformas al Código de Procedimientos Civiles de 1970, el cual derogó el antiguo código Judicial de 1931, permiten que el juez pueda "adquirir certeza acerca de un hecho por cualquier medio de prueba que considere útil al efecto, aunque no esté previsto en la ley; para la práctica del mismo, deberá proceder de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio."⁶⁸

En materia de valoración de las pruebas, como se comentaba, imperaba primordialmente el sistema de tarifa legal el cual mediante las reformas se ha ido sustituyendo por el sistema de la libre apreciación o persuasión racional de la prueba.

1.3.3. DERECHO URUGUAYO

El proceso uruguayo aparece con un sistema tendente a la oralidad y a la preeminencia de los poderes del juez para la investigación de los hechos, misma que se practica al momento de la celebración de la audiencia, en donde reunidos el juez y las partes con sus abogados y testigos, se efectúa la verdadera administración de justicia. Básicamente, el proceso uruguayo se constituye mediante la aplicación de los principios de inmediatez, concentración,

⁶⁷ **ESGUERRA** Samper, José María, *"Apuntes de Derecho Probatorio"* Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe de Bogotá Colombia, 1994, Pág. 50.

⁶⁸ *Ibidem*, Pág. 61.

eventualidad, publicidad, valoración racional y crítica de la prueba, así como en los amplios poderes del juez para la búsqueda de la verdad. El autor uruguayo Enrique Vescovi, uno de los creadores de este código, comenta que en relación a los poderes del juzgador, han existido puntos de discusión con los procesalistas colombianos como Hernando Devis Echandía, ya que éste último sostiene que dentro del proceso civil latinoamericano, específicamente en materia probatoria, impera el sistema inquisitivo, siendo ilimitados los poderes del juez, por lo que al respecto aclara:

"Por nuestra parte, y apoyados en la más relevante doctrina italiana, hemos sostenido que, por el contrario, seguimos en el proceso dispositivo, en el cual el juzgador aparece limitado primero por los hechos del debate fijados por las partes, luego porque el juez no puede aplicar lo que conoce a través de su saber privado y en definitiva aparece limitado por las pruebas aportadas u ofrecidas en las oportunidades previstas en la norma procesal que establece términos preclusivos... Y estos principios se mantienen en materia de procesos sociales sin perjuicio de los mayores poderes del Juez." ⁸⁹

El código uruguayo de 1988 es aprobado por el poder legislativo, luego de haberse reestablecido la democracia en el país. Los proyectistas del citado código estaban integrados, entre otros, por los doctores en derecho Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi, mismos que presentaron el anteproyecto del Código General del Proceso con el apoyo del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y la Asociación de Abogados del Uruguay. De esta forma, se impone la idea unificadora del proceso en general, ya que el código regula todos los procesos no penales tales como el civil, comercial, administrativo, incluyendo aquellos de carácter social como el laboral y el agrario.

⁸⁹ VESCOVI, Enrique, *"Nuevas tendencias y realidades del proceso civil"* Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No. 4, 1994, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo Uruguay, Págs. 463 y 464.

El libro primero, relativo a las disposiciones generales, en su título primero, se especifican claramente cuáles son los principios procesales que rigen al Código General del Proceso Uruguayo. El artículo 6 habla del principio de ordenación del proceso:

"El tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso."

Asimismo, el artículo octavo ordena que todas las audiencias y las diligencias de pruebas deberán realizarse por el tribunal, imponiendo el principio de inmediación y dirección del proceso. En consecuencia, los límites otorgados al juez para ofrecer pruebas de oficio se concentran en los principios de ordenación y dirección del proceso, facilitando al juez para decretar la práctica de cualquier medida probatoria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, los cuales son indiscutiblemente aportados por las partes.

Para la promulgación del citado código, se partió de la idea de que la buena administración de justicia debía asentarse en las bases de la infraestructura, la reforma procesal y la preparación de los jueces y demás personal del juzgado. El resultado de este código fue positivo ya que comenta uno de sus principales promotores: "Ahora se cumple el régimen de audiencias y el principio de inmediación, con un Juez que conoce el proceso desde su inicio y dirige efectivamente la audiencia. Es decir, que se ha mejorado la calidad de la Justicia, realizándose la misma en forma dialogal... Esto ha producido como consecuencia, un acortamiento de los plazos, pues el promedio de la primera instancia se ha reducido a ocho meses y el de la segunda a seis meses."⁷⁰

Por otra parte Enrique Vescovi comenta que "en materia probatoria, como en el resto del proceso, el nuevo Código confiere al Tribunal mayores poderes que lo habilitan para decretar pruebas de oficio en averiguación de la verdad (...). Sin embargo esos poderes reconocen límites y están sujetos a las formalidades que el

⁷⁰ *Ibidem*, Pág. 470.

Código establece (...), por lo que el Tribunal no puede suplir la inactividad ni la incompetencia de las partes. Por el respeto por mantener la total imparcialidad del juzgador, que es la esencia de la función jurisdiccional. También constituyen límites los hechos alegados por las partes y el respeto al derecho de defensa."⁷¹

Respecto al proceso en general, el artículo 24 inciso 4 del Código General del Proceso establece que es facultad del tribunal ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, siempre y cuando se respete el derecho de defensa de las partes. A estas facultades se agregan los artículos 193.2 y 346 numeral 5, los cuales se refieren a las diligencias para mejor proveer en donde se le otorga la posibilidad al juzgador de aportar en forma oficiosa cualquier medio probatorio, excluyéndose la absolución de posiciones y el juramento. Aparentemente, el código mencionado pretende otorgar al juez poderes ilimitados en razón de los medios probatorios que tiene a su disposición. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas en cuanto al tipo de interpretación de las normas que establecen el poder-deber del tribunal para aportar pruebas de oficio. "Para uníesle poder-deber en cuestión sigue siendo un complemento del correspondiente derecho de las partes, para otros, de un poder-deber de tales características que permite afirmar que la iniciativa probatoria se encuentra actualmente compartida, en igualdad de condiciones (y siendo aún más amplia para el Tribunal) entre partes y Tribunal"⁷².

"En el nuevo Código se requiere un juez que haga el proceso para lo cual y en esta materia, si bien no se le otorgan poderes mayormente distintos de los que ya tenía, se deja si, particular constancia (técnicamente Innecesaria pues todo poder de un tribunal es también un deber) de que no se trata de una facultad del tribunal, sino de un poder que es, a la vez, deber, y que exige una actividad especialmente atenta del titular del mismo a efectos de no violar el mismo."⁷³

Es de concluirse que en el proceso ordinario uruguayo durante la etapa probatoria, el tribunal no puede aportar al proceso cualquier medio probatorio. Únicamente

⁷¹ Citado por ABAL, Oikú Alejandro, *"Estudios del Código General del Proceso"* T.I, 2a Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1995, p.191.

⁷² *Ibidem*, Pág. 211.

⁷³ *Ibidem*, Pág. 213.

tiene la facultad de aportar aquellas pruebas que el código enumera. Posteriormente, luego de concluida la audiencia, la iniciativa probatoria se amplía a través de las diligencias para mejor proveer. Para delimitar el alcance de la iniciativa probatoria en el proceso uruguayo, habrá que atender a los límites que establece la ley respecto a cada prueba en lo particular. Algunas pruebas como la declaración de parte, inspección judicial y la de reconocimiento carecen de limitación en tal sentido. Por el contrario, la prueba testimonial, la pericial y el careo, se encuentran limitadas por la exigencia de una previa resultancia del proceso que amerite su decreto. En consecuencia, "en algunos casos no puede ejercer su iniciativa probatoria sin previa iniciativa de las partes respecto al mismo medio probatorio (o al menos, sin una indicación previa sobre la aptitud de este que resulte ya del proceso)." ⁷⁴

Finalmente, el código general procesal es novedoso en cuanto a la regulación de los efectos de las diligencias para mejor proveer en su artículo 194:

Efectos de las diligencias para mejor proveer sobre los plazos para dictar sentencia.

194.1 En todo caso, la audiencia para dictar sentencia no podrá ser postergada por más de treinta días, aún cuando no se haya diligenciado la prueba requerida para mejor proveer o la solicitada por las partes a título de complemento de aquella.

194.2 El tribunal deberá disponer todo lo necesario a efectos de posibilitar que la producción de las probanzas dispuestas para mejor proveer sean incorporadas con la debida antelación a la audiencia final. En dicha audiencia, se diligenciará la prueba que fuere recibida en la misma, se oirá a cada parte por diez minutos improrrogables, como máximo y, retirado el tribunal para considerar su decisión, deberá seguidamente pronunciar la sentencia acompañada de sus fundamentos sin admitirse ninguna prórroga.

⁷⁴ *Ibidem*, Pág. 212.

Esta innovación resulta interesante, toda vez que permite aclarar cuáles son los efectos de las medidas para mejor proveer, situación que los anteriores códigos en estudio no prescriben. De lo anterior se concluye que para el ordenamiento procesal uruguayo, la prueba para mejor proveer debe ser practicada por el juez siempre y cuando se den los presupuestos necesarios y no afecte los principios rectores del proceso.

1.3.4. DERECHO BRASILEÑO

El código brasileño de 1973, el cual sigue vigente hasta la fecha, limita, al igual que los códigos colombiano y uruguayo, el decreto de pruebas de oficio para los efectos de que su decreto sea exclusivamente en relación a los hechos aportados por las partes. En primer lugar, se le faculta al juez para determinar de manera oficiosa la práctica de las pruebas necesarias a la instrucción del proceso, dejando a un lado aquellas que sean inútiles o que retarden injustificadamente el procedimiento. Una peculiaridad que debe ser resaltada, la establece el artículo 133 el cual determina la probable responsabilidad en que puede caer el juzgador por concepto de daños y pérdidas generadas a las partes cuando éste omita la ordenación de pruebas de oficio en los supuestos permitidos por la ley. En consecuencia, se presenta a la iniciativa probatoria del juez como un deber y no como una mera facultad discrecional, ya que su decreto debe ser ordenado, siempre y cuando se susciten los presupuestos previstos en la ley para su práctica. En el artículo 342 se le permite al juez, en cualquier estado del proceso, determinar la comparecencia personal de las partes, con el fin de interrogarlos sobre los hechos de la causa. Como facultades para proveer de oficio, también se encuentran la de ordenar la exhibición de los documentos que sean de interés al litigio y que las partes no hayan podido o querido presentar, ordenar en cualquier momento la inspección de personas y cosas relacionadas al objeto del proceso, así como la realización de un nuevo dictamen pericial cuando la materia del proceso no se encuentre suficientemente esclarecida. Finalmente se permite la

aplicación de las reglas de la experiencia a falta de normas jurídicas que regulen los casos del negocio.

Es evidente que el derecho probatorio implica conceptualmente la posibilidad de utilizar cualesquiera de los medios probatorios a disposición de las partes, y en el derecho procesal civil brasileño no es la excepción. Es más prudente, según Barbosa Moreira, "conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus varios aspectos, habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica controvertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador decidirá cual de los intereses debe ser sacrificado, y en qué medida..." ⁷⁵ y concluye diciendo que la "subjetividad del juez actúa constantemente en su modo de dirigir y de fallar, si tuviéramos la pretensión de eliminarla del todo, nos veríamos constreñidos a reemplazar los magistrados por computadoras." ⁷⁶

⁷⁵ BARBOSA Moreira, José Carlos, *"Restricciones a la Prueba en la Constitución Brasileña"* Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Librería del Profesional, Vol. II, Nos. 21-22, Colombia, 1997, Pág. 129.

⁷⁶ *Idem.*

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO Y SUS PRINCIPIOS PROCESALES

2.1. LA PRUEBA EN EL PROCESO

2.1.1. OBJETO DEL PROCESO

Al hablar del objeto del proceso inmediatamente aparece la idea de finalidad del proceso, situación que no es precisamente la correcta. Debe entenderse, que, teniendo perfectamente delimitado el objeto del proceso se comprenderá cuál es la finalidad del mismo y que uno es consecuencia del otro, lo que quiere decir que si no hay un objeto identificable, no habrá asunto alguno que resolver.

La finalidad del proceso es, en términos generales, la aplicación de una o varias normas jurídicas abstractas, impersonales, generales, y coercitivas, por parte de un órgano jurisdiccional, a un caso concreto controvertido que es planteado por dos o más contendientes, quienes formulan pretensiones contrarias. Lo anterior se traduce en una sentencia dictada por el juez, la cual debe resolver exclusivamente las peticiones (*petitum*) de las partes (sujetos), siendo en todo momento congruente en relación a los hechos y motivos alegados (*causa petendi*).

En forma más concreta, el fin del proceso consiste en dirimir el conflicto de intereses sometidos a los órganos de la jurisdicción. Para Couture, el proceso tiene dos funciones, una privada y otra pública. En su concepción privada, "el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo

para darle razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido." ⁷⁷

Por el otro lado, la concepción pública del proceso se halla en un idéntico plano, ya que el Estado no tiene un interés superior en la suma de los intereses de los particulares. "La función pública del proceso radica en servir al derecho como un medio idóneo para garantizar su eficacia y efectividad en la vida jurídica, ... como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado." ⁷⁸

Ahora bien, "el objeto del proceso es, en sentido propio, aquello sobre lo que se proyecta la actividad procesal (del órgano jurisdiccional y de las partes) en cada proceso... Con términos clásicos, el objeto del proceso es la cosa (en sentido amplio y a la vez, propio) de la que un proceso se trata (la "*res de qua agitur*", la "cosa de que se trata", que es la "*res in iudicio deducta*" la "cosa llevada a juicio"), en el proceso regido por el principio dispositivo." ⁷⁹

Mediante el objeto del proceso se identificará la jurisdicción y la competencia del juez, el tipo del proceso que se trata (ordinario o especial), así como también, los medios de impugnación a los que puede sujetarse.

La característica principal del objeto del proceso es que una vez fijado y delimitado por las partes, éste no puede ser alterado en su esencia, (prohibición de la denominada "*mutatio libelli*" o cambio de demanda). Finalmente, a través de la similitud del objeto del proceso en relación con otros procesos, se podrá derivar la acumulación de los autos, la excepción de litispendencia o incluso la de cosa juzgada. En caso de que exista pluralidad de algunos elementos del objeto del proceso, se podrá concluir en una acumulación de acciones o un litisconsorcio (pasivo o activo). De todo lo anterior, se concluye la importancia del objeto del proceso y de los elementos identificadores, (sujetos, una petición o *petitum* y un fundamento o causa de pedir, *causa petendi*) por lo que se estudiarán mas a fondo a continuación.

⁷⁷ COUTURE, Eduardo J., "*Fundamentos de derecho procesal civil*", 4a Ed., Editorial B de f. , Montevideo, 2002. Pág. 119.

⁷⁸ *Ibidem*, Pág. 120.

⁷⁹ DE LA OLIVA Santos, Andrés e Ignacio Díez Picazo Giménez, "*Derecho procesal: el proceso de declaración*", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, Pág. 39.

2.1.1.1. Objeto necesario y accesorio

Para que un proceso sea resuelto a través de una sentencia, no es necesaria la comparecencia del demandado, ya que puede seguirse el juicio en rebeldía. Tampoco se requiere para la delimitación del objeto del proceso, que el demandado elabore su defensa de acuerdo a todas las formalidades que exige la ley, ya que puede permanecer inactivo e incluso no comparecer en juicio. De lo anterior se concluye que el objeto del proceso no se conforma con la pretensión del actor y la resistencia del demandado, en virtud de que ésta última puede faltar por completo, y en todo caso, es la propia ley la que determina cuál puede ser la posible contestación del demandado, dependiendo de la materia del proceso y del tipo de derechos subjetivos que vayan a ser tutelados.

Así pues, se deduce que el proceso civil tiene como **objeto necesario** la acción ejercitada por el actor en apoyo a sus alegaciones que sustentan su pretensión. Consecuentemente, la existencia del objeto del proceso dependerá del actor, ya que si no puede fundamentar su acción en base a un título jurídico, su pretensión carecerá de sustento legal, y por lo tanto, resultarán irrelevantes los fundamentos fácticos o jurídicos formulados por el demandado, en virtud de que el juez no entrará al estudio del fondo del negocio. De aquí, se deriva el **objeto accesorio**, es decir, los elementos fácticos y jurídicos planteados por el demandado, los cuales serán considerados por el juez, siempre y cuando previamente haya sido admitida la demanda interpuesta por el actor.

El hecho de que se considere como objeto accesorio, no significa que sea irrelevante o prescindible, sino que su relevancia no es independiente, toda vez que subsistirá por su relación a lo que es principal, en este caso, la existencia de una demanda.

También puede darse el caso de que el demandado formule una reconvencción o contrademanda. En tal situación, se estará frente a un proceso con pluralidad de objetos en donde las pretensiones de ambas partes contienen el ejercicio de por lo menos dos acciones. Lo anterior no cambia en nada al objeto necesario, ya que

éste dependerá exclusivamente del actor, puesto que es él quien provoca la actividad jurisdiccional a través de la presentación de la demanda inicial.

Ahora bien, puede hablarse también de un objeto formal y otro material, siendo el **objeto formal** el fijado por la ley cuando el demandado se constituye en rebelde. Tales son los casos cuando las normas procesales determinan contestados por el demandado en forma afirmativa o negativa, los hechos alegados por el actor. Por el contrario, el **objeto material** se presentará cuando el demandado tiene una función activa en el proceso, aportando los hechos y oponiendo las excepciones que considere necesarias para desvirtuar lo alegado por el actor.

2.1.1.2. Objeto interno y objeto externo

Dentro del plano interno se suscita la relevancia del objeto procesal respecto del mismo proceso; en el plano externo, importa en relación con otros procesos. El objeto interno que también se le puede denominar como **objeto actual** del proceso, está configurado por la demanda, la contestación, y en su caso, la reconvencción, ya que en razón a la citada configuración se resuelve cualquier problema referente a la jurisdicción, competencia y demás presupuestos procesales, como legitimación, personalidad en el litigio, capacidad y acumulación de acciones, así como el régimen de los medios de impugnación. Este objeto actual del proceso, comenta De la Oliva, "lo determinan las pretensiones de las partes y su fundamento; por tanto, los sujetos, lo que se pide y la causa de pedir, así desde el punto de vista de los hechos como desde el punto de vista del fundamento jurídico. ... Y en cuanto a la causa de pedir, se identifica tanto por los hechos como por los títulos esgrimidos."⁸⁰

El objeto externo, como su connotación lo indica, se proyecta hacia afuera del proceso, y su identificación pretende determinar la posible relación con objetos procesales que pertenezcan a juicios diferentes, estableciendo la relación con otros procesos aún pendientes de resolverse o ya concluidos. También es llamado **objeto virtual** del proceso y "viene determinado por los sujetos, el petitum y,

⁸⁰ *Ibidem*, Pág. 54.

finalmente, por todos los hechos y todos los títulos jurídicos que se han podido aducir, aunque no se hayan aducido, en un determinado proceso. Cuando se trate de decidir si procede la acumulación de autos y, sobre todo, la litispendencia y la cosa juzgada, habrá que atender al objeto virtual del proceso de referencia.⁸¹

2.1.1.3. Elementos identificadores

2.1.1.3.1. Lo que se pide o *petitum*

La identificación del *petitum* o lo que es igual, de la concreta tutela que se pide, viene establecido por dos órdenes de identidades. La demanda va dirigida a dos sujetos (al juez y a la contraparte) de los cuales se piden cosas diversas. El *petitum*, asumirá en concreto, dos aspectos diversos, uno en vía inmediata y otro en vía mediata. En vía inmediata la demanda se dirige al juez al que se pide una resolución concreta: la condena al demandado, la mera declaración de un derecho o bien, el cambio de una situación jurídica. En vía mediata es dirigida contra el demandado, del que se pide obviamente la sujeción a la sentencia dictada por el juzgador que le condene a la entrega de una cosa, a la satisfacción de una prestación o abstención o al cumplimiento de una obligación. En base a lo que se pide se identificará el tipo de acción ejercitada (declarativas, constitutivas, ejecutivas o cautelares) y en consecuencia, la forma de la resolución judicial concretada en el fallo de la sentencia.

Un mismo derecho o relación jurídica puede dar lugar a diversas peticiones, por lo que la concreción de esa petición identificará el objeto del proceso. En virtud de que "las diversas peticiones dimanantes de un mismo derecho o relación jurídica podrían dar lugar a diversas acciones o diversos objetos procesales, es necesario que en la demanda se exprese con claridad esa concreta petición: tanto la clase de tutela (la declaración de un derecho, la constitución de una relación jurídica, la condena del demandado) como el singular bien jurídico respecto del que se pide

⁸¹ *Idem.*

tal tutela, que se declare disuelto el matrimonio entre A y B; que se condene a C a construir la finca a la que se obliga." ⁸²

Cabe pedir, pues, que el juez declare la titularidad de un derecho (que se declare la propiedad del actor sobre determinada finca), en donde se estará frente a una acción meramente declarativa. También puede solicitarse la condena del demandado para efectos de que realice un comportamiento positivo o una abstención, en donde el juez dictará una sentencia declarativa de condena. Finalmente la petición de tutela jurisdiccional puede consistir en un cambio de situación jurídica que únicamente una sentencia judicial puede lograr (vg. la disolución de un vínculo matrimonial o la pérdida de la patria potestad). Si lo que se pide son varios o diversos pronunciamientos judiciales, se estará en presencia de diversos objetos procesales y de distintas acciones.

Es de concluirse que la carga de concretar lo que se pide, debe incumbirle al actor o bien al demandado en caso de que presente una reconvencción, en virtud de que "una demanda sin petición o sin petición determinada - por ejemplo, la de que se resuelva "lo que en derecho proceda" o algo semejante - no es admisible en nuestro sistema jurídico (y en prácticamente todos los del llamado mundo occidental)." ⁸³

Lo anterior no significa una imposición al actor a la sujeción de severas formalidades para que manifieste lo que pretende, pero si es necesario establecer la carga de pedir una concreta tutela jurisdiccional al momento de iniciar el proceso, ya que de lo contrario el Juzgador se vería imposibilitado para dictar una sentencia congruente a las peticiones de las partes. Todo esto aunado al hecho de que si no existe una claridad mínima en lo que se pide, se traducirá en una sentencia favorable al demandado por no haberse determinado en forma concreta el *petitum* de la demanda, o bien, en la consecuencia procesal de considerar que existe defecto legal en el modo de proponer la demanda, de tal manera que en la audiencia previa se depure el procedimiento. Es por ello que este elemento

⁸² TAPIA Fernández, Isabel, *"El Objeto del Proceso. Alegaciones, Sentencia, Cosa Juzgada"*, La Ley, Madrid, 2000, Pág. 20.

⁸³ DE LA OLIVA Santos, Andrés e Ignacio Díez Picazo Giménez, *"Derecho procesal: el proceso de declaración"*, op.cit., Pág. 46.

Identificador resulta imprescindible, pero en forma absoluta, suficiente para la identificación del objeto del proceso, ya que debe ponerse en relación con los sujetos y con la causa de pedir.

2.1.1.3.2. Los sujetos procesales

Lo que se pide debe relacionarse con los sujetos que la solicitan, es decir, con la o las personas que piden y aquellos sujetos a los que gravaría la sentencia pretendida. Cualquier pretensión que se quiera valer dentro de un proceso litigioso se dirige hacia uno o varios sujetos que se verían afectados por el otorgamiento de esa tutela jurídica concreta, por lo que ese derecho que se pretende ejercitar se dirige respecto a otro u otros sujetos jurídicos determinados quienes afirman una pretensión contraria.

De esta manera, "el objeto del proceso se perfila o concreta también,...., determinando los sujetos jurídicos que solicitan una tutela jurisdiccional y aquéllos frente a los que la tutela se pide."⁸⁴

2.1.1.3.3. Causa de Pedir o *causa petendi*

La acción o acciones ejercitadas por los sujetos deben ser fundamentadas en base a los hechos históricos que encuadren dentro de la hipótesis que prescribe la norma de derecho aplicable. Deben entenderse como hechos, no sólo los que se generan por medio de la conducta humana, sino también aquellos que surgen de un determinado estado o situación de las cosas y de las personas como producto de un acto de la naturaleza, siempre y cuando la ley les atribuya consecuencias jurídicas. Se define la causa de pedir "como aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir la tutela jurídica solicitada."⁸⁵

⁸⁴ *Ibidem*, Pág. 47.

⁸⁵ TAPIA Fernández, op.cit., Pág. 20.

La ley, dice De la Oliva, "grava al demandante con la carga de alegar hechos y fundamentos de Derecho. Ambos elementos son de importancia como elementos identificadores del objeto del proceso a título de causa de pedir." ⁸⁶

Consecuentemente, la causa de pedir está formada por dos elementos: el fáctico y el jurídico. El fáctico consiste en el conjunto de hechos, o en el relato histórico y el elemento jurídico o normativo en el título jurídico en virtud del que se pide; la adecuación de los hechos a una norma jurídica que otorgue la eficacia que el actor pretende. Otros se muestran partidarios de reducir la causa de pedir a la sola fundamentación fáctica, al conjunto de hechos, las circunstancias concretas o el relato histórico sobre los que el actor basa su petición.

El elemento fáctico vincula al juez en todo caso. El elemento jurídico a su vez, está formado por dos subelementos. El primero es el punto de vista jurídico (la calificación o el razonamiento jurídico, o la fundamentación jurídica) "que no es más que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la ley anude a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea ésa concreta y no otra distinta." ⁸⁷

Lo anterior en atención a que el actor puede hacer valer sus derechos si quiere y en la medida que quiere; es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto.

El segundo subelemento es la (s) concreta (s) norma (s) aplicable (s) a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a consideración del juez. "De estos dos subelementos sólo el segundo es de apreciación por parte del Juez aunque las partes no hubieren alegado esas normas, en el sentido de que el juez - sin apartarse de esa fundamentación jurídica alegada por la parte - puede introducir normas aplicables silenciadas por las partes y que refuercen esa fundamentación."⁸⁸

Sin embargo, en relación a la delimitación de este elemento identificador continúa viva la discrepancia doctrinal, desde que los procesalistas se dividieron entre los

⁸⁶ DE LA OLIVA Santos, Andrés e Ignacio Díez Picazo Giménez, *"Derecho procesal: el proceso de declaración"*, op.cit, Pág. 48.

⁸⁷ TAPIA Fernández, op.cit. , Pág. 22.

⁸⁸ Idem.

partidarios de la teoría de la sustanciación y los partidarios de la teoría de la individualización, que hablan respecto a cual de los dos elementos resulta decisivo para identificar el objeto de un proceso civil. Según la teoría de la individualización lo decisivo para identificar el objeto del proceso es el título jurídico que demuestre la titularidad del derecho subjetivo. Por el contrario, los partidarios de la teoría de la sustanciación consideran de primordial relevancia los hechos alegados por las partes.

En mi opinión, las citadas teorías deben ser complementadas, puesto que todo dependerá del tipo de proceso de que se trate y de su complejidad. En algunos supuestos serán más relevantes los hechos, vgr., en aquellos casos en que no exista un documento fehaciente que acredite la existencia del acto jurídico o que la existencia del hecho tenga consecuencias directas que generarán el cambio de una situación jurídica. En otros casos, cuando prevalezca un documento público o un testimonio idóneo que acredite la titularidad del derecho subjetivo, éste prevalecerá, por lo que la carga probatoria recaerá en la acreditación de los hechos que desvirtúen la existencia del negocio jurídico en cuestión. Consecuentemente, para identificar cuál de los elementos de la causa de pedir (el fáctico o el jurídico) debe prevalecer para una mejor identificación del objeto del proceso, dependerá de la carga probatoria que tengan los contendientes para acreditar sus afirmaciones.

Determinar el objeto del proceso y sus elementos identificadores no resulta ocioso ni de algún modo irrelevante para el presente trabajo de investigación, ya que es de suma importancia tomar en cuenta los problemas que surgen precisamente en razón a su falta de entendimiento. Su perfecta delimitación permite dotar de orden y fluidez al debate procesal a partir del momento de fijación de la litis para que el asunto se encuentre claramente delimitado y el tribunal pueda verse en la posibilidad de ordenar prácticas probatorias sin que se vea afectado el principio de disposición y defensa de las partes, procurando que no se vean sorprendidas con algún cambio de planteamiento generado por el juez, lo que llevará a una sentencia más justa y apegada a la verdad material. Asimismo ayuda a evitar que cualquier sujeto jurídico sea condenado varias veces respecto de la misma tutela

jurisdiccional pretendida, con lo cual ayuda a evitar a su vez el riesgo de que procesos semejantes concluyan con sentencias contradictorias.

2.1.2. OBJETO DE LA PRUEBA

En un principio toda verdad es susceptible de prueba aunque con frecuencia los sentidos del ser humano son insuficientes para su apreciación. En el proceso existen afirmaciones de hecho que por su naturaleza no se pueden demostrar (hechos imposibles). Otras en cambio, por conveniencia general y economía procesal, no son necesarias probar (hechos notorios, hechos no controvertidos, presunciones legales que no admiten prueba en contrario). Al respecto afirma Couture:

"Es necesario ver en esta fórmula una aplicación del principio de economía procesal, que induce a realizar los fines del juicio con el mínimo de actos. Al concluir que los hechos no impugnados se tienen por admitidos, se llega no sólo a la solución aconsejada por la lógica de las cosas, sino a la que aconseja un bien entendido principio de ahorro de esfuerzos innecesarios. Imponer la prueba a todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso."⁸⁹

Las proposiciones alegadas por los litigantes que no sean encuadradas en los dos supuestos anteriores, es decir, las que según las leyes procesales deben ser motivo de demostración, constituyen el objeto de la prueba. El artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que "Sólo los

⁸⁹ COUTURE, Eduardo J., *"Fundamentos de derecho procesal civil"*, op.cit. Pág. 184.

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

Por consiguiente, sólo los hechos son objeto de prueba ya que el derecho se presume conocido por el juzgador. A este principio se exceptúa al derecho extranjero ya que en el segundo párrafo del artículo 284 bis del CPCDF se establece que "Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien, ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes."

Es entendible que el juzgador no puede ajustarse estrictamente a la realidad de los hechos puesto que resulta muy difícil que pueda tener la percepción real de los mismos, en virtud de que debe acomodarse, por regla general, a las afirmaciones de las partes. De esta forma se está integrando un poder de disposición de las partes sobre el material probatorio, por lo que los litigantes pueden callar un hecho, o bien, aportar uno imaginario. Sin embargo, cuando se pasa de los hechos considerados como principales a los llamados secundarios, el principio de disposición se atenúa sensiblemente en razón a las facultades amplias conferidas al juez para interrogar libremente a las partes, testigos y peritos.

Ahora bien, existen reglas específicas para determinar cuáles serán los hechos que efectivamente son objeto de prueba.

I.- Como se dijo, sólo los hechos articulados en los escritos iniciales serán objeto de prueba. La primera condición es que sea un hecho controvertido.

"Puede afirmarse, entonces, que esta expresión que establece que la prueba debe recaer solamente sobre los hechos controvertidos, representa una limitación, especie de encuadramiento objetivo, de las proposiciones de hecho que han de ser objeto de prueba. La determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos es una función de depuración previa, para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo."⁹⁰

II.- Los hechos notorios no están sujetos a prueba.

⁹⁰ *Ibidem*, Pág. 185.

III.- Tampoco son objeto de prueba los hechos legalmente presumidos, tales como las presunciones legales (*jure et de jure*) y la cosa juzgada. Las presunciones legales que no admiten prueba en contrario, no sólo declaran la inutilidad de la prueba contraria, sino que también declara inútil la prueba que sea favorable.

IV.- Los hechos evidentes, los imposibles o los de existencia forzosa no necesitan ser comprobados. La exención de la prueba a esta clase de hechos constituye un aspecto de la problemática planteada respecto al saber privado del juez como elemento integrante de su decisión, como ya arriba se expuso.

V.- El que niega sólo estará obligado a probar en los casos que determina el artículo 282. del CPCDF, esto es, cuando a) la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho; b) se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante; c) se desconozca la capacidad y d) cuando la negativa fuere elemento constitutivo de una acción.

Para Carnelutti, existen dos principios para la fijación de los hechos controvertidos por parte del juez:

"a) Para el conocimiento del hecho controvertido, el juez no puede servirse más que de percepciones obtenidas de determinado modo;

b) El juez no puede servirse libremente de los hechos así percibidos para sus deducciones, sino que debe utilizarlos según reglas determinadas."⁹¹

El hecho de que la ley establezca reglas para la fijación de la litis se deriva del principio de economía procesal y seguridad de la búsqueda de la verdad, de donde surge el conflicto relativo en relación a si el resultado del procedimiento probatorio es la búsqueda de la verdad material o una verdad denominada formal, porque se conduce a una comprobación regulada por formalidades que prescribe la ley. Debe comprenderse que la búsqueda de la verdad material es el fin ideal,

⁹¹ CARNELUTTI, Francesco, "*La prueba civil*", traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2a Edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, Pág. 18.

quizás utópico, de cualquier juicio que sea ventilado ante un juez. La acreditación absoluta de la verdad material de los hechos controvertidos puede lograrse ajustándose a las formalidades de la leyes, lo cual implicaría alcanzar la perfección en materia probatoria.

El constreñimiento a las normas jurídicas, pues, no está impidiendo la fijación de la verdad material o imponiendo una verdad formal, en virtud de que ambos conceptos son meramente teóricos, ya que la verdad no es mas que una, es decir, o los hechos fijados son verdaderos o no verdaderos. El sometimiento a las formalidades probatorias debe ser considerado no como un medio para el conocimiento de la verdad, sino para la fijación de los hechos constitutivos o impeditivos de la acción, por lo que aquellos hechos constitutivos o impeditivos que no sean narrados por las partes permanecerán por completo ajenos al proceso.

La prohibición de que el juez utilice para el conocimiento de los hechos controvertidos su saber privado, así como la libertad en cuanto a la aportación de los medios probatorios para su comprobación, es en primer lugar, una problemática de política legislativa, y en segundo lugar, un problema de interpretación de la norma a través de la jurisprudencia, en los casos en que sea confusa o con falta de claridad.

La actividad del juez, como lo señala Carnelutti, "...se dirige no al conocimiento del hecho controvertido, es decir, a su posición conforme a la realidad, sino a su determinación o fijación formal..."⁹²

La problemática se presenta cuando es la propia norma jurídica la que faculta al juzgador para que se vea en la posibilidad de aportar hechos y medios probatorios y éste no aplica la norma que lo faculta para ello.

2.1.3. CARGA DE LA PRUEBA

El hecho principal que no es afirmado por las partes, o bien que es afirmado por ambas, significa para el juez la inexistencia o la certeza del mismo según sea

⁹² *Ibidem*, Pág. 22.

el caso, por lo que no hay incertidumbre jurídica en cuanto a su posible verificación, y por tanto, no recae en ninguna de las partes la carga de la prueba. La problemática se presenta ante el hecho afirmado por una de las partes y no probado, existiendo incertidumbre jurídica entre uno que niega y otro que afirma, y consiguientemente, la carga probatoria que recae en las partes para comprobar los hechos constitutivos o impeditivos de sus pretensiones procesales.

2.1.3.1. Carga formal de la prueba

Tradicionalmente se ha afirmado que la carga formal de la prueba es el conjunto de normas que rigen la distribución de los medios probatorios entre las partes contendientes. En su sentido formal es una carga procesal que le impone la ley a las partes para demostrar los hechos constitutivos de sus pretensiones.

Las nociones y normas procesales de distribución y responsabilidad de la carga de la prueba varían según los principios rectores de cada proceso. En los sistemas dispositivos las partes tienen el dominio y la disposición de los hechos, y por lo tanto, la carga de la prueba para acreditarlos en el proceso, mientras que en los sistemas inquisitivos, la prueba no es propiamente una carga de las partes sino un cometido del órgano jurisdiccional. Debido al carácter predominantemente dispositivo del sistema procesal mexicano, se estudiarán únicamente las normas probatorias que rigen a la citada tendencia.

En primer lugar, debe comprenderse que dentro del sistema dispositivo, existen dos principios fundamentales:

I.- El juez no puede buscar por sí mismo la prueba;

II.- Las partes soportan recíprocamente el riesgo que surge de la falta de la prueba, por lo que la falta de aportación de medios probatorios idóneos, puede traducirse en una sanción procesal al momento que el juez dicte una sentencia contraria a los intereses de aquél que tenía esa carga procesal. De esta forma, el artículo 281 del CPCDF establece que "Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones."

Del citado artículo se entiende que todo aquel que afirma un hecho que sea constitutivo de una pretensión, y que se encuentre fijado dentro de la litis del asunto, tiene la carga procesal de demostrarlo, salvo las excepciones prescritas en el artículo 282 del CPCDF .

Sin embargo, en torno a los principios enumerados, el sistema procesal mexicano otorga varias excepciones al respecto. En primer lugar, el juez tiene el deber de exigir a las partes la prueba de los hechos controvertidos, pero que no han sido comprobados a través de los medios probatorios Idóneos, de tal forma que el artículo 278 del CPCDF establece que "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."

El citado artículo impone el deber al juzgador para que mediante cualquier medio probatorio permitido por la ley, busque la verdad de los hechos controvertidos.

Anteriormente se habló de la naturaleza de las normas procesales en donde se concluyó que no obstante dichas facultades son de carácter potestativo, debe considerarse que el órgano Jurisdiccional tiene el deber de proveer pruebas de manera oficiosa cuando se den los presupuestos y condiciones que motiven su ejercicio.

La siguiente excepción consiste en que producida y desahogada la prueba, el juez tiene la potestad de complementarla mediante el decreto de la prueba de oficio o por la vía de las medidas para mejor proveer establecida en el art. 279 que establece lo siguiente: "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 este caso, dice Couture, "más que de una carga de la prueba debe hablarse de un interés de la prueba por parte del juzgador." ⁹³

⁹³ COUTURE, Eduardo J., "*Fundamentos de derecho procesal civil*", op.cit. Pág. 182.

Consiste en un interés impuesto al juzgador con el propósito de que no se limite, para la solución del litigio, a las pruebas aportadas por las partes. Lo anterior no significa una violación al principio dispositivo, sino una excepción fijada por la ley.

En relación a las pruebas ordenadas de oficio o a través de medidas para mejor resolver, es preferible no hablar propiamente de carga de la prueba, ya que éstas medidas son derivadas de la falta o insuficiencia de prueba por parte de uno de los contendientes.

La carga formal de la prueba se puede traducir en una sanción cuando el juez dictamine una sentencia en donde se declaren infundadas las pretensiones del litigante. En consecuencia, referente a los casos de iniciativa judicial, no es concebible considerar que el juez asumirá la carga probatoria de los hechos que no fueron probados por las partes, sino que se trata de una **Iniciativa probatoria** que la ley otorga al juez para esclarecer los hechos controvertidos, puesto que la carga probatoria no puede recaer sobre el órgano jurisdiccional, ya que es quien imparte la administración de justicia.

2.1.3.2. Carga material de la prueba

Carnelutti, partiendo de una afirmación de Chiovenda llega a una original inversión de los términos del problema cuando afirma que "la carga de la prueba es una distribución, no ya del poder de probar, sino del riesgo de la falta de prueba, es decir, del perjuicio que procesalmente irroga a la parte el hecho de no haber probado lo que debió haber probado."⁹⁴

Consecuentemente, la carga formal de la prueba es distribuida por la ley hacia los dos contendientes en razón de la posibilidad que tienen de probar sus aserciones y para impedir que valga como ciertas las del contrario. Por el otro lado, la carga material de la prueba es dirigida hacia las dos partes, porque el interés para acreditar la afirmación del hecho controvertido es fijada por cada una de ellas, puesto que son ellas quienes los fijan de determinada manera. Para conocer

⁹⁴ Citado por COUTURE, Eduardo J. *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, op. cit. Pág. 55.

cual es la carga material probatoria hay que determinar el interés jurídico de la parte para comprobar la existencia o inexistencia del hecho que es materia de prueba.

Formalmente, debe probar quien afirma, pero cuando se habla del interés en probar, la carga material de la prueba es equitativa entre las partes, en el interés que tengan para comprobar su existencia o su inexistencia

2.2. PRINCIPIOS PROCESALES Y SUJETOS AFECTADOS

2.2.1. PRINCIPIOS DEL PROCESO: GENERALIDADES

Inicialmente, para el iusnaturalismo racionalista, los principios en sentido amplio, se entendían como máximas derivadas de la naturaleza de las cosas dotadas de un valor apriorístico.

Por otro lado, los principios generales de derecho hacen referencia a las ideas base de un determinado ordenamiento jurídico, deducidas de la propia ley, para ser aplicados como elementos auxiliares de la interpretación de la propia norma jurídica, en los casos en que ésta sea omisa o carezca de claridad.

Ahora bien, en relación al proceso, los principios son constituidos por aquellos criterios y reglas que indican el camino y el desarrollo del proceso, desde la presentación de la demanda hasta la emisión y en su caso ejecución de una sentencia, así como también especifican el ámbito y los límites de todos los sujetos procesales en cuanto a su capacidad de actuación y decisión.

Andrés de la Oliva define a los principios del proceso o principios procesales como "las ideas y reglas que constituyen puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos, determinando que sean sustancialmente como son".⁹⁶ Asimismo afirma que: "Principio es lo que constituye un origen, lo que tiene virtualidad originaria, lo que determina las diferencias esenciales. Si denominamos principio a todo criterio

⁹⁶ DE LA OLIVA Santos, Andrés, *"Derecho procesal. Introducción"*, op.cit. Págs. 47 y 48.

general, se pondrán a la par lo principal y lo accesorio. ... Cuando todo son principios, nada es principio." ⁹⁶

Partiendo de esta base indudable, hay que entender que los principios procesales reflejarán la ideología social, cultural, política e incluso económica de la sociedad en la que se actúa.

En cuanto a su clasificación se pueden dividir como principios jurídicos-naturales del proceso o principios inherentes a la estructura del proceso, o bien, como principios de oportunidad y necesidad del proceso.

Los principios procesales, a su vez, presentan dos caracteres: uno primario o necesario y otro secundario o accesorio. El primario consiste en un conjunto de reglas que impiden una situación de autotutela o justicia privada y son conocidos como universalmente válidos. Los principios necesarios son aquellos que no pueden dejar de informar la legislación y la realidad procesal si se quiere que la administración de justicia sea considerada objetivamente justa y equitativa, debiendo éstos ser respetados en todo momento dentro del desenvolvimiento del proceso, ya que determinan postulados elementales de justicia. En cuanto a su carácter secundario, en cambio, su finalidad es la de tutelar eficazmente los derechos objetivos y subjetivos. Éstos son de carácter técnico, configurados, en mayor o menor medida, según el tipo del proceso que se trate, ya sea dispositivo, social o publicístico.

Durante el desarrollo del presente trabajo de investigación hay que tener en claro que "los principios no se realizan siempre en los procesos concretos de manera absoluta, en forma pura, pues lo normal es que las leyes no sean simplemente el mero reflejo de un principio, sino un compromiso entre el principio y la realidad social en que debe aplicarse." ⁹⁷

2.2.2. PRINCIPIOS NATURALES O NECESARIOS

2.2.2.1 Principio de audiencia

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ MONTERO Aroca, Juan y otros, "*Derecho jurisdiccional*" Tomo I, Parte General, José María Bosh Editor, Barcelona, 1991. Pág. 490 (Lo resaltado es mío).

Suele formularse en los siguientes términos: "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Algunos lo identifican también como principio de contradicción. Este principio no debe entenderse en sentido meramente literal, ya que en tal caso, bastaría que el sujeto demandado permanezca inactivo, para que de esta forma, escudándose en el principio de audiencia, evada a la justicia.

El principio de contradicción debe entenderse en razón de que nadie puede ser condenado sin que haya tenido verdaderamente la posibilidad jurídica, es decir, dentro de los límites fijados por la ley, de defenderse. "En tales casos, el principio de audiencia queda satisfecho, en el plano legal, si la limitación prevista para el sujeto pasivo es razonable y justa y, en el plano procesal concreto, siempre que el posible condenado haya tenido la oportunidad de realizar las alegaciones previstas legalmente."⁹⁸

Como alegaciones deben entenderse no sólo la facultad narrativa de los hechos constitutivos, extintivos o impeditivos, sino también cualquier actividad destinada a la comprobación de los mismos.

Ahora bien, también el sujeto activo del proceso puede ver afectado su derecho de audiencia, vgr., cuando sin motivo ni fundamento alguno, le sean desechadas pruebas para comprobar el ejercicio de su acción, o bien, cuando el demandado en su escrito de contestación alegue hechos ajenos al debate propuesto por el actor. En el primer caso, el actor podrá impugnar la violación al derecho de audiencia mediante los medios de impugnación tanto ordinarios como extraordinarios previstos por la ley, mientras que en el segundo, tiene la opción de oponerse al momento de que le den vista para contestar las excepciones opuestas por el demandado. La disyuntiva prevalece en el segundo caso, ya que finalmente, la ventaja la lleva el actor, puesto que tiene dos tiempos procesales, uno para alegar hechos constitutivos, y otro para contestar excepciones, mientras que el demandado sólo puede alegar y oponer excepciones al momento de contestar la demanda, toda vez que el ordenamiento procesal no regula la réplica y dúplica. Lo

⁹⁸ DE LA OLIVA Santos, Andrés, *"Derecho procesal. Introducción"*, op.cit. Pág. 49.

anterior indicaría una violación al principio de audiencia, sin embargo, es el propio ordenamiento jurídico el que determina los tiempos procesales de cada parte.

Por otro lado, si el derecho de audiencia se refiere a las oportunidades de alegación y prueba que la ley otorga a cada parte, a contrario *sensu*, se podría entender a la indefensión cuando se produjere, dentro de un proceso concreto en marcha, cualquier infracción de una norma jurídica que conceda a un sujeto procesal posibilidades de actuación convenientes para la defensa de sus posiciones.

Finalmente debe concluirse que para verse transgredido el principio de audiencia, es necesario que el afectado haya sido condenado mediante una resolución judicial a través de la cual no haya podido intervenir en el proceso, en la medida en que se le haya impedido la aplicación de las normas que le hubiesen permitido una adecuada defensa.

En resumen, el principio de audiencia o contradicción se caracteriza en la posibilidad real de ser oído y vencido en juicio, siempre y cuando se hayan realizado las notificaciones y emplazamientos de conformidad a lo indicado por el ordenamiento procesal (distinguiendo debidamente entre incomparecencia y rebeldía) y que se le hayan otorgado a la partes todos los medios legales permitidos para impugnar las resoluciones dictadas por el tribunal.

2.2.2.2. Principio de igualdad de partes e igualdad por compensación

El principio de igualdad "requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni a favor ni en contra de una de ellas."⁹⁹

Consiste en la necesidad de que las partes puedan disponer de iguales medios para defender sus alegaciones y que puedan disponer de los mismos derechos para sostener y fundamentar lo que cada litigante estime conveniente. Lo anterior no quiere decir que las partes sean en todo iguales, en virtud de que uno es quien ataca y otro quien se defiende. El principio de igualdad se fundamenta en que las

⁹⁹ MONTERO Aroca, Juan y otros, op. cit. Pág. 502.

partes gocen de oportunidades sustancialmente iguales o equivalentes para sostener sus posturas. Para Eduardo Couture, la igualdad procesal consiste en que, con salvedad de las excepciones establecidas en la ley, "toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición (...). Lo que este principio demanda no es una igualdad numérica, sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa." ¹⁰⁰ Cabe aclarar, finaliza Couture, "que el quebrantamiento de este principio no proviene de que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino de que se conceda a un litigante lo que se niega a otro." ¹⁰¹

Según el ordenamiento legal, este principio se encuentra regulado por aquellas normas procesales que "prevén, por cada acto de alegación de hechos y exposición de argumentos, fácticos y jurídicos, de una parte procesal, un acto paralelo de la parte procesal opuesta."¹⁰²

Manifestación de este principio es también el paralelismo o la equivalencia existentes respecto a los medios probatorios que cada parte está facultado a ofrecer. Así pues, el principio de igualdad en el proceso civil se concentra en los límites legales que cada parte adquiere en el proceso para aportar las alegaciones y los medios de prueba siempre y cuando tengan la misma capacidad de actuación procesal con influencia decisiva.

Consiste, en resumen, no tanto en conceder a las partes el derecho de realizar el mismo número de actos procesales, sino de que en conjunto, puedan disponer de iguales posibilidades para fundamentar y comprobar sus alegaciones, sin que el juzgador viole alguna norma procesal en perjuicio de uno de los contendientes, colocándolos en una situación de desventaja.

Un inquietante y posiblemente constante fenómeno de desigualdad procesal se puede derivar de la confluencia de varios factores durante el desarrollo del proceso. Los ejemplos pueden suscitarse en la posible falta de tiempo en que se ve el sujeto pasivo al contestar la demanda formulada en su contra, ya que

¹⁰⁰ COUTURE Eduardo J., *"Fundamentos de derecho procesal civil"*, op. cit. Pág. 152.

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² DE LA OLIVA Santos, Andrés, *"Derecho procesal. Introducción"*, op. cit. Pág. 54.

mientras el actor tuvo todo el tiempo para plantear sus pretensiones y fundamentar sus alegatos, el demandado únicamente tiene un término de nueve días para contestar, limitándose sus posibilidades para plantear una defensa adecuada. Pueden encontrarse varios ejemplos en donde quizás, durante la secuencia de los actos procesales, alguna de las partes se vea afectada por la ley en cuanto a la pretendida igualdad que debe prevalecer en el proceso al fundamentar los alegatos o comprobarlos. Es aquí donde entra en juego la intervención oficiosa del juzgador, con respaldo de la ley, mediante el denominado principio de igualdad por compensación. Eduardo J. Couture es quien de manera acertada lo definió al referirse al surgimiento del derecho procesal del trabajo manifestando lo siguiente:

"Un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida, los que ponen su trabajo como sustancia del contrato, y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses." ¹⁰³

En algunos procesos de carácter social, tales como el laboral, agrario o en materia de familia, el juez tiene el deber de suplir la deficiencia de la queja respecto de aquellos fundamentos erróneos o incompletos planteados por alguna de las partes al formular sus pretensiones. En relación al procedimiento probatorio, en materia civil, el juzgador podrá intervenir de manera oficiosa o por medio de diligencias para mejor proveer, para la búsqueda de la verdad o para el mejor conocimiento de los hechos litigiosos cuando una de las partes se vea imposibilitada para acreditar un hecho o también en aquellos casos en que los mismos litigantes pretendan ocultar o manipular la veracidad de sus afirmaciones (fraude procesal). De lo anterior, se concluye, que el juez debe ser quien finalmente procure la prevalencia de los derechos de igualdad entre las partes, con ayuda del ejercicio del principio de dirección del proceso. Ésta es una de las funciones primordiales de la intervención oficiosa: procurar en todo tiempo la igualdad y equidad entre las partes, ya que habrá casos en que la misma ley ponga en

¹⁰³ Citado por OVALLE Favela, José, *"Teoría General del Proceso"*, 6a Ed. Oxford, México, 2005, Pág. 62.

estado desigual a uno de los litigantes, o bien, habrá situaciones que no fueron previstas por el legislador, restándole medios de defensa a uno de los contendientes. Estas desigualdades se verán equilibradas nuevamente mediante las facultades otorgadas al órgano jurisdiccional para que pueda intervenir de manera oficiosa, ya sea en materia probatoria o mediante la suplencia de la deficiencia de la queja, para que, en uso de sus exclusivas potestades, procure lo más posible la prevalencia de los principios necesarios de todo proceso.

En ocasiones, dependiendo del tipo del proceso, el principio de igualdad no se verá plenamente satisfecho con la simple previsión legal de que una y otra parte tengan el mismo número de actuaciones en forma paralela, por lo que tendrá que ser equilibrada mediante el ejercicio de las facultades que la ley le confiere al juez para intervenir de manera oficiosa.

La problemática se presenta cuando los contendientes son considerados socialmente como desiguales, ya sea en el aspecto cultural, económico o político, razón por la cual el legislador ha pretendido equilibrar esta desigualdad de tal forma de colocar a las partes en planos "procesalmente" iguales para que puedan defenderse en las mismas circunstancias. El principio de igualdad por compensación pretende corregir el desequilibrio de hecho existente entre las partes, estableciendo legalmente cuál es la desigualdad que prevalece entre los contendientes y corrigiéndola a través de diversos medios legales. Lo anterior no quiere decir que el juzgador se convierta en abogado de las partes dedicado a corregir y subsanar los defectos en que hayan incurrido durante la realización de los actos procesales, sino que deberá encausar dentro del camino del proceso a la parte débil que lo requiera, sin que ello implique violar el principio de audiencia de la parte contraria.

El principio de igualdad por compensación consiste en otorgar facultades al juez para que aprecie de oficio la concurrencia de presupuestos procesales y que pueda suplir la deficiencia de la queja, acordar la práctica de todo tipo de pruebas y diligencias, convirtiendo al juez en un verdadero director del proceso. No se trata de otorgar privilegios procesales a una de las partes, sino de colocar a las partes en el mismo nivel procesal, preservando la equidad para una mejor administración

de justicia. En resumen, para preservar la igualdad procesal entre las partes, el juez debe, "favorecer a todas aquellas instituciones que pueden servir para poner a la parte socialmente más débil en condiciones de paridad, y desechar aquellas otras que contribuyen a convertir la igualdad de derecho en desigualdad de hecho."¹⁰⁴

2.2.3. PRINCIPIOS TÉCNICOS O SECUNDARIOS

2.2.3.1. Principio dispositivo y de aportación de parte

Significa por un lado que las partes tengan disposición del objeto del proceso, incluyendo dos principios distintos: el principio dispositivo en sentido estricto, es decir, la posibilidad de que las partes tengan la libertad sobre sus derechos subjetivos, así como su conveniencia en acudir al órgano jurisdiccional, y en segundo término, el denominado principio de aportación de parte, mediante el cual las partes tienen el monopolio de aportar al proceso los elementos fácticos y probatorios que consideren convenientes.

La primera característica del principio dispositivo es que el proceso civil no puede comenzar por iniciativa del juez (*ne procedat iudex ex officio*), sino que sea el sujeto jurídico que pretende la tutela de un determinado bien jurídico, quien debe iniciar la actividad jurisdiccional; (*nemo iudex sine actore*) "si no hay actor el proceso no puede iniciarse". Esto quiere decir que aquel que de inicio a la actividad jurisdiccional, tendrá absoluta libertad de disposición sobre su *petitum*.

De aquí se deriva el principio de justicia rogada, el cual consiste en que el juzgador deberá resolver, ante todo, por lo que el actor decida pedir (*petitum*) en base a los supuestos de hecho alegados en su demanda (*causa petendi*).

Andrés de la Oliva comenta al respecto:

"Cabe definir el principio dispositivo como el criterio, derivado de la naturaleza eminentemente particular de

¹⁰⁴ MONTERO Aroca, Juan y otros, op. cit. Pág. 506.

los derechos e intereses en juego, en virtud del cual el proceso se construye asignando (o reconociendo) a las partes un papel de gran relieve, de modo que, en primer lugar, se hace depender la existencia real del proceso y su objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional que se pretende y, en segundo lugar, los resultados del proceso dependen en gran medida del ejercicio por las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica." ¹⁰⁵

El principio de disposición también se dirige hacia el demandado, quién será quien finalmente termine de configurar el objeto del proceso, usando su poder de disposición en relación a los derechos que pretende hacer valer dentro del proceso.

Así como el poder de disposición lo tienen las partes para dar inicio al proceso, éste se amplía en el sentido de que las partes pueden renunciar a la tutela jurídica de sus derechos. El actor puede desistirse de la acción intentada, el demandado tiene la posibilidad de allanarse a las pretensiones del demandante, o bien, ambas partes, de común acuerdo, pueden dar por concluido el juicio mediante la celebración de un convenio en donde se otorguen recíprocas concesiones.

Todo esto hace concluir, que en general, se le confía a las partes la tarea de aportar los hechos constitutivos de sus pretensiones y de aportar los medios probatorios, en virtud de que sobre ellas recaerá la carga de la prueba de los hechos, por lo que si no los logran acreditar, sufrirán las consecuencias jurídicas y materiales al momento en que el juez dicte una sentencia condenatoria.

El principio dispositivo también constituye un parámetro legal para el juzgador de tal manera que éste pueda dictar una resolución congruente a las prestaciones y alegaciones de las partes, no pudiendo conceder algo que no estuvo dentro del

¹⁰⁵ DE LA OLIVA Santos, Andrés, *"Derecho procesal. Introducción"*, op. cit. Pág. 61.

petitum, ni mucho menos resolver más de lo solicitado (*ultra petitum*). Debe tenerse en cuenta que en México, no está consagrado en forma absoluta el principio dispositivo, toda vez que existen cuestiones de indisponibilidad de las partes en materia de incapacidad, de menores, violencia familiar, alimentos, etc, en donde puede predominar un interés público, resultando difícil determinar los límites específicos que separen el interés público del privado.

Ahora bien, precisamente el tema a desarrollar en el presente trabajo de investigación puede considerarse como violatorio al principio dispositivo y de aportación de parte, problemática que será estudiada más adelante. Por lo pronto, deben comprenderse cuáles son los límites que el citado aforismo establece.

El tribunal sólo puede pronunciarse sobre las pretensiones (*petitum*) que sean formuladas por las partes y su resolución debe fundamentarse y motivarse exclusivamente dentro del título o títulos jurídicos (*causa petendi*) configurados en el objeto del proceso.

Finalmente se concluye con la siguiente afirmación del autor Juan Montero Aroca:

"Si la potestad jurisdiccional es de carácter público y el juez representa esa potestad del Estado, el problema consiste en cómo compatibilizar con la autonomía de la voluntad de las partes y la relación jurídico material privada que se lleva al proceso. **Es un problema de límites.** Para determinar esos límites hay que partir del hecho, fuera de toda duda en el mundo occidental, de que el fundamento del principio dispositivo no es otro que la naturaleza privada del derecho subjetivo en el proceso."¹⁰⁶

2.2.3.2. Principio de oficialidad e investigación de oficio

¹⁰⁶ MONTERO Aroca, Juan y otros, op. cit. Pág. 512 (lo resaltado es mío).

Para comprender mejor el ámbito de aplicación del principio de oficialidad se debe entender como tal, en sentido amplio, aquellas reglas que delimitan los poderes de actuación y decisión por parte del tribunal en protección al interés público. Como principio de oficialidad en sentido estricto (inquisitorio) se entiende la total disposición del juzgador en relación al proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia, en la medida en que los intereses son puestos de manifiesto por el tribunal, haciéndolos valer bajo los supuestos taxativamente determinados por la ley.

De esta forma, el inicio de la actividad jurisdiccional no va a depender de la voluntad de las partes, sino del propio órgano jurisdiccional. La disponibilidad del objeto del proceso ya no radica en la actuación de las partes, sino que es el juez quien en base a una situación de hecho, será quien empiece a configurarlo.

En los procesos regidos por el principio de oficialidad, las partes carecen de disposición para establecer el objeto del proceso y de libertad para concluirlo mediante desistimiento, allanamiento o transacción.

Sin embargo,

"Las pretensiones de las partes no serán del todo irrelevantes, pero su relevancia guardará relación con la necesidad de preservar los principios de audiencia e igualdad, dentro de una estructura procesal dual y de controversia. Las pretensiones de las partes, con sus fundamentos fácticos y jurídicos, no entrañarán, en un proceso regido por el principio de oficialidad, limitaciones del tribunal fundadas en el respeto a unos inexistentes (o subordinados) derechos e intereses legítimos de sujetos particulares: habrán de tomarse en consideración sólo en la medida en que la satisfacción del interés público se ha de conseguir respetando el papel procesal atribuido a las partes, que, por la naturaleza de las cosas, no tiene que ser decisivo ni determinante y que es razonable

configurar de modo que no se alce nunca como obstáculo para la satisfacción del interés público." ¹⁰⁷

La otra especie del género que constituye el principio de oficialidad es precisamente la investigación de oficio, principio que se define como el conjunto de reglas que motivan el ámbito de actuación del juez sin que medie iniciativa de parte, para comprobar, esclarecer, confirmar o desvirtuar los hechos alegados por las partes, mediante el decreto de cualquier diligencia o medida probatoria permitida por la ley.

La existencia del principio de investigación de oficio dentro del sistema procesal en estudio se encuentra regulado primordialmente en los artículos 278 y 279 CPCDF, sin que pueda calificarse como un proceso con tendencia inquisitoria por lo que lejos de contradecir al principio dispositivo y de aportación de parte prevaletentes, complementan y equilibran la actuación del juez y de las partes en materia probatoria. La prevalecía del principio de investigación de oficio será en todo momento, acorde al poder de disposición de las partes, lo que quiere decir que la actuación oficiosa del juez para la investigación de los hechos deberá ajustarse en todo momento a los límites encuadrados en el objeto del proceso.

Considero riesgoso para la buena administración de justicia, la primacía total de alguno de los comentados principios (aportación de parte e investigación de oficio) dentro del proceso civil, en virtud de que no puede dársele plena libertad probatoria al juez o a las partes. Estoy convencido en que la conducta humana (ACCIÓN) siempre debe estar regulada de tal forma que pueda ser en algún momento, contrapuesta por una conducta contraria (REACCIÓN) que permita en todo momento el equilibrio y la igualdad.

El hecho de que el juez pueda recibir de oficio el pleito a prueba, y en su caso, "proponer" (ordenar) también de oficio medios probatorios, no debe calificarse de vulneración al principio dispositivo. Considero que sería conveniente distinguir entre aquellos medios de prueba que podrían significar una aportación de la

¹⁰⁷ DE LA OLIVA Santos, Andrés, *"Derecho procesal. Introducción"*, op. cit. Pág. 64.

ciencia privada del juez (principalmente testifical) de aquellos otros cuya finalidad es valorar hechos ya aportados al proceso (sobre todo pericial).

2.2.3.3. Principio de inmediateción y dirección del proceso

Este principio parte desde el punto de vista consistente en que la actividad probatoria y alegatoria de las partes no vincula ni limita a los poderes de dirección material del juez encausados a la investigación de los hechos. La dirección formal del proceso atiende a las facultades de controlar la regularidad formal o técnica de los actos procesales e impulsar el desarrollo del mismo, por lo que de modo alguno afecta al contenido del proceso. Significa pues, que exista una inmediata comunicación entre el juez y los demás sujetos procesales (actor y demandado), los hechos que se hacen constar, así como los medios de prueba que sean utilizados.

Mauro Cappelletti establece lo siguiente: "En cuanto a la dirección material del proceso, ella se entiende como la posibilidad de que el Juez tenga facultades para influir en el mérito de la causa. O lo que es lo mismo, que se le confien poderes para llamar a las partes y solicitar de las mismas alteraciones en el *thema decidendum*" ¹⁰⁸ de tal manera que el juez tenga intervención directa en el objeto del proceso el cual puede verse alterado en forma indirecta.

El artículo 60 del CPCDF identifica y califica al juzgador como el "director del proceso" en especial en lo concerniente al material probatorio aportado, señalando lo siguiente: "Los jueces y magistrados a quienes corresponda, recibirán por sí mismos las declaraciones, y presidirán todos los actos de prueba bajo su más estricta y personal responsabilidad."

También, mediante la dirección del proceso, el juez ha de resolver lo referente a la admisibilidad de las pretensiones, el control de los presupuestos procesales, así como el impulso del desarrollo adecuado de los actos procesales, de tal forma que pueda determinar si es posible entrar al estudio del fondo del asunto, o bien, pase a depurar el procedimiento. La teoría de los presupuestos procesales "tiene su

¹⁰⁸ Citado por RODRÍGUEZ, José, op. cit., Pág. 115.

origen en Bülow, que, partiendo del proceso como relación jurídica, los concebía como elementos constitutivos de la relación jurídico-procesal, como prescripciones que deben fijar los requisitos de admisibilidad.¹⁰⁹

La intermediación consiste en que el juzgador se ponga en contacto directo con los demás sujetos procesales que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos nada que se interponga, en cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 60 del CPCDF antes citado. Esta exigencia, comenta Juan Montero Aroca, "es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo de que normalmente se ha venido concibiendo la intermediación solamente como la exigencia de que el juez que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas."¹¹⁰

Uno de los efectos del principio de intermediación consiste en que sea el mismo juez que presidió la audiencia de pruebas, el que dicte la sentencia definitiva del caso. Lo anterior quiere decir que durante la tramitación de la causa, no es posible que se produzca cambios físicos de las personas que componen el órgano jurisdiccional. El artículo 398 del CPCDF. prescribe con claridad la importancia del principio de intermediación al determinar en su fracción segunda que "**los jueces que resuelvan deben ser los mismos que asistieron a la recepción de las pruebas y alegatos de las partes...**", Cuando se trate de una situación insuperable, el juez sustituto tiene la facultad de ordenar la ampliación de cualquier diligencia probatoria en términos de lo dispuesto por el artículo 279 del propio código en cita.

Se puede concluir que el propio ordenamiento procesal dispone la necesidad de que durante el desahogo de las pruebas, exista intermediación por parte del juez, siendo éste, salvo excepciones insuperables, el mismo quien emita la resolución final del negocio.

¹⁰⁹ MONTERO Aroca, Juan y otros, op. cit. Pág. 524.

¹¹⁰ *Ibidem*, Pág. 538.

2.2.3.4. Principio de Imparcialidad y equidistancia

La idea de imparcialidad o equidistancia se encuentra muy ligada con el principio de igualdad ya estudiado por lo que se requiere conceder a las partes los mismos derechos, posibilidades y cargas, de tal manera que no quepa duda alguna de que existan privilegios a favor de una u otra.

Hablar de una total imparcialidad del juez resulta poco menos que una utopía puesto que es extremadamente difícil que las partes tengan la suficiente sensatez para aceptar que la actuación del juez fue realizada conforme a derecho. Aquella parte que resultó favorecida por la sentencia, considerará que su actuación fue justa e imparcial, mientras que la parte condenada, en el mayor de los casos, tratará de impugnar dicha resolución. Lo anterior, aunado a que en diversas materias, es la propia ley la que puede volverse en determinado momento con tendencia a favorecer a una parte considerada como débil, en uso del principio de igualdad por compensación que ya ha sido estudiado.

Varios tratadistas procesales han hecho manifiesto la incompatibilidad existente entre las facultades de actuación oficiosa del juzgador con la Imparcialidad y equidistancia que éste debe guardar en todas sus actuaciones, por lo que es necesario precisarla en su exacto sentido. Cuando el juzgador actúe en forma oficiosa, (vgr., cuando decreta la práctica de una medida para mejor proveer) la parte que se considere desfavorecida calificará su decisión como parcial hacia la contraparte, argumentando la violación del principio de imparcialidad que en todo proceso civil debe seguirse. Al respecto, Eduardo J. Couture comenta:

"La equidistancia no es, pues, tanto una equidistancia objetiva en los efectos, cuanto una equidistancia subjetiva en la intención del funcionario. Toda medida para mejor proveer ha de perjudicar un derecho, que habría salido beneficiado con la Instrucción defectuosa. Implícitamente, pues, toda diligencia de este carácter puede hacer suponer a la cavilosidad de los interesados

un quebrantamiento de la imparcialidad, por cuanto se modifican sus condiciones en el juicio. Debe entregarse, a la recta intención del magistrado, la función de calibrar juiciosamente estas diligencias que, si algún beneficio tienen, estriba en que - aún afectando algún interés privado - colocan el interés superior de la justicia, por encima de la incidental integración de las pruebas del proceso." ¹¹¹

Ahora bien, científicamente se ha dividido a la imparcialidad desde dos ángulos: uno objetivo y otro subjetivo. "Se ha dicho que la imparcialidad subjetiva consiste en la ausencia total de inclinación a favor de la causa de alguno de los litigantes. Mientras que la imparcialidad objetiva se manifiesta como el tacto del juez para evitar que cualquier medida o decisión suya desequilibre la situación en que se encuentran las partes." ¹¹²

Así pues, la imparcialidad que todo juez debe seguir dentro de un proceso civil consiste en que éste no puede, mediante sus actuaciones y sin fundamento expreso en la ley, favorecer a una de las partes, puesto que sólo puede ocurrir tal situación al momento en que es dictada la sentencia, previa valoración de todas y cada una de las pruebas aportadas al proceso. Es preciso aclarar que para entender que una parte haya sido favorecida, se le debe haber dejado en estado de indefensión a la contraria.

Por consiguiente, el hecho de que se le encomiende al juez actuar de manera oficiosa, sobre todo en materia probatoria, no puede pretenderse que está actuando en forma parcial. Cuando en un sistema procesal se le atribuyen al juez poderes para la tramitación y producción de las pruebas, se trata simplemente de otorgarle poderes que le permitan ejercer con mayor idoneidad la función de la cual está investido, sin que en momento alguno su actuación deje de estar vinculada conforme a lo alegado por las partes. Cappelletti menciona que "un

¹¹¹ COUTURE, Eduardo J., *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, op.cit., Pág. 86 (lo resaltado es mío).

¹¹² RODRÍGUEZ, José, *"Autoridad del Juez y Principio Dispositivo"*, op.cit. Págs. 137 y 138.

ordenamiento jurídico no puede pretender que las funciones del órgano jurisdiccional sean imparciales, en el sentido de que se desinteresen del proceso, ya que el juez, al ejercer sus funciones, siempre se verá parcializado hacia una de las partes. El juez debe ser imparcial respecto de la acción, y, por lo tanto, respecto al derecho que se ha hecho valer; no en cambio, respecto al proceso, ni mucho menos, respecto al juicio, o sea, respecto a la justicia de la decisión."¹¹³

En consecuencia, toda vez que el juez representa al interés superior del Estado, debe estar necesariamente parcializado a favor de la buena administración de justicia.

La actividad del juzgador debe conciliarse junto con su imparcialidad y la igualdad de las partes, en primer lugar, porque está asegurado el conocimiento del campo específico en donde puede actuar soberanamente en representación del Estado, y en segundo, porque el juez que es provisto de mayores poderes, estará en mejores condiciones de velar el equilibrio de las relaciones entre las partes, de tal manera que pueda evitar o corregir los atentados dirigidos contra ellas. Es por ello que tanto los principios de igualdad, imparcialidad e intervención oficiosa del juez deben estar armonizadas unos con otros, para un mejor desenvolvimiento del proceso.

El derecho a un tribunal o un juez imparcial también está garantizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Un ejemplo a la tutela de este derecho se encuentra dentro del informe No. 78/02 elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, análisis que en lo concerniente establece:

"C. Derecho a un tribunal o juez imparcial (artículo 8(1))

74. La imparcialidad del tribunal es uno de los aspectos centrales de las garantías mínimas de la administración de justicia. Con relación al alcance de la obligación de proveer de tribunales imparciales según el artículo 8(1) de la Convención Americana, la CIDH ha afirmado en ocasiones anteriores que la imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso *sub judice*. ... En los sistemas que emplean jurados, estos requisitos se aplican tanto a los jueces como a los

¹¹³ Citado por *Ibidem*, Pág. 148.

jurados. De acuerdo con esta norma, debe determinarse si existe un peligro real de parcialidad que afecte el razonamiento del jurado o jurados responsables. Asimismo, la Comisión Interamericana ha distinguido, al igual que otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos, dos aspectos de la imparcialidad, un aspecto subjetivo y otro objetivo...

75.El aspecto subjetivo de la imparcialidad del tribunal trata de determinar la convicción personal de un juez en un momento determinado, y la imparcialidad subjetiva de un juez o de un tribunal en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario.

76.Con relación al aspecto objetivo de la imparcialidad, la CIDH considera que exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso. ... Si la imparcialidad personal de un tribunal o juez se presume hasta prueba en contrario, la apreciación objetiva consiste en determinar si independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre su imparcialidad."¹¹⁴

¹¹⁴ **NOTA:** Informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos n° 78/02, caso 11.335 fondo Guy Malary, Haití 27 de diciembre de 2002. Dado y firmado en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de Washington, D.C., a los 21 días de octubre de 2002. (Firmado): Juan E. Méndez, Presidente; Marta Altolaguirre, Primera Vicepresidenta; José Zalaquett, Segundo Vicepresidente; Robert K. Goldman, Julio Prado Vallejo, Clare K. Roberts y Susana Villarón, Comisionados.

CAPÍTULO TERCERO

TRATAMIENTO PROCESAL

3.1. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS

3.1.1. JURISDICCIÓN

Este tema aún no ha admitido un concepto que sea considerado científicamente definitivo. El método tradicional para definirla consiste en plasmar sus diferencias en relación a las otras dos funciones del Estado: la legislativa y la administrativa. Lo anterior quiere decir que para tener una idea general de lo que es la función jurisdiccional es necesario partir del principio de la división de poderes misma que fue claramente desarrollada por Montesquieu y cuya principal idea es que dos de las tres funciones del Estado no se encuentren reunidas en las mismas manos. De esta forma la función legislativa consiste en la creación de las normas jurídicas generales, la función ejecutiva en la aplicación de esas normas dentro de la esfera administrativa del Estado, ya sea en el interior o en el exterior del Estado, y finalmente la función judicial, que está encargada de la solución de conflictos de manera individualizada y la imposición de las penas.

Ahora bien, si bien es cierto que la función jurisdiccional corresponde fundamentalmente al Poder Judicial, en la propia Constitución Política se les atribuye el ejercicio de dicha función a tribunales que no forman parte del citado poder, vgr., los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y las Juntas de Conciliación y Arbitraje. También se debe advertir que no toda actividad del Poder Judicial conlleva a ejercer una función jurisdiccional, ya que dentro del mismo se ejercen múltiples funciones administrativas e incluso de carácter legislativo, tales como la expedición de acuerdos y circulares. Por consiguiente, para entender la idea de jurisdicción es necesario atender a otros aspectos.

3.1.1.1. Significado de la voz "jurisdicción"

La connotación de la palabra jurisdicción conlleva a diversos significados dentro del lenguaje jurídico. De esta manera, se puede confundir la palabra jurisdicción con el ámbito territorial dentro del cual ejercen la función judicial los jueces o magistrados de conformidad a lo establecido en las leyes orgánicas que regulan su actuación. Es indudable que en este caso, se está confundiendo a la jurisdicción con uno de los criterios determinadores de la competencia: el territorio. Otro significado de la voz jurisdicción resulta de la confusión que se realiza precisamente con el concepto de competencia. Dicha confusión debe ser aclarada en virtud de que "la expresión jurisdicción designa la *naturaleza de la función propia del juzgador*, en cambio la competencia es un concepto que se aplica a todos los órganos del Estado - y no sólo a los jurisdiccionales - para indicar la *esfera o el ámbito - espacial, material, personal, etc. - dentro del cual aquéllos pueden ejercer válidamente las funciones que les son propias.*"¹¹⁵

También el concepto de jurisdicción se relaciona como al conjunto de órganos jurisdiccionales que pertenecen a un mismo sistema o que ejercitan su función jurisdiccional dentro de la misma materia. Tales son los casos cuando se habla de Jurisdicción Federal o Jurisdicción Local o del Fuero Común, o bien, Jurisdicción militar o administrativa.

Según Couture, "el sentido técnico y preciso del vocablo jurisdicción es en el sentido de función pública de hacer justicia."¹¹⁶ En un primer plano de observación puede admitirse, afirma Couture, "que la función jurisdiccional es aquella que consiste en un poder reconocido a ciertas autoridades para declarar el derecho y administrar justicia."¹¹⁷

Esta idea no quiere decir que deje de existir cualquier relación de función a órgano, entre la jurisdicción y el Poder Judicial en virtud de que en gran medida, es ejercitada la función jurisdiccional por conducto de los jueces y magistrados que forman parte integral del citado poder.

¹¹⁵ OVALLE, Favela José, op.cit., Pág. 111.

¹¹⁶ COUTURE, Eduardo J. *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, op.cit., Pág. 18.

¹¹⁷ Idem.

La jurisdicción se puede definir como la "función que ejercen órganos del Estado independientes o autónomos, a través del proceso, para conocer de los litigios o las controversias que les planteen las partes y emitir su decisión sobre ellos, así como para, en su caso, ordenar la ejecución de tal decisión o sentencia." ¹¹⁸

La función jurisdiccional comprende a su vez, dos actividades. La primera consiste en todo el proceso de conocimiento que tiene el juzgador respecto de lo aportado por las partes al proceso, mientras que la segunda actividad implica la facultad que tiene el juez para ejecutar de manera forzosa la sentencia ordenada, cuando la parte condenada se opusiere a cumplirla.

Por otro lado, dentro de la función jurisdiccional se presenta la intervención de tres sujetos: el actor, el demandado y el juez, quienes configuran la relación tripartita que se presenta dentro del proceso, en virtud de que para solicitar el cumplimiento de una prestación, la parte que la requiere debe dirigirse en forma inmediata al juez, para que éste a su vez, en ejercicio de su función jurisdiccional, le comunique a la contraparte lo que le es requerido.

3.1.1.2. Caracteres formales o extrínsecos de la función jurisdiccional

Para lograr encontrar un concepto más claro de lo que se entiende por jurisdicción, es imprescindible delimitar sus elementos sustanciales. En primer lugar es necesaria la existencia de los elementos subjetivos, es decir, de aquellas personas facultadas para intervenir dentro de la función jurisdiccional. En forma inmediata están las partes y el juez. Accesoriamente se presentan los abogados, procuradores, actuarios, peritos y demás sujetos que de alguna manera auxilian el desempeño de la función jurisdiccional. Una condición esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional, afirma el maestro Ovalle Favela, "es la independencia institucional del juzgador, o al menos, su autonomía funcional, (...) una condición indispensable para que se ponga en movimiento la función jurisdiccional consiste en que la parte actora o acusadora ejerza la acción ante el juzgador." ¹¹⁹

¹¹⁸ OVALLE, Favela José, op.cit., Pág. 121.

¹¹⁹ *Idem.*

El siguiente carácter formal de la jurisdicción consiste en el método genérico de actuación, el cual consiste, con algunas salvedades como en la llamada jurisdicción voluntaria, en un método contradictorio. Esto es que para que sea ejercitada la jurisdicción generalmente una parte pretenderá afirmar y probar determinados hechos, mientras que la contraria tratará de desvirtuarlos por tener una pretensión contraria. En resumen, para el ejercicio de la función jurisdiccional, salvo excepciones, debe existir un litigio.

Finalmente, atendiendo a las ideas de Couture, se requiere de un procedimiento preestablecido, el cual debe ser respetado por todos los elementos subjetivos que intervienen, sin que pueda modificarse en su esencia. Estos procedimientos consisten, entre otros, en la existencia de un periodo probatorio, la imposición de cargas procesales a las partes y consecuentemente su posible sanción por incumplimiento de ellas (tales son las denominadas preclusiones), así como los medios de impugnación, tanto ordinarios como extraordinarios que pueden ser interpuestos por la parte que se considere afectada.¹²⁰

En cuanto a su forma de manifestarse, la jurisdicción se hace presente por conducto de la actividad de los tribunales, mediante dos etapas. La primera consiste en toda la actividad intelectual, tanto de las partes como del juez, durante el periodo de cognición del proceso, que se ve concluido al momento de dictarse una sentencia de carácter declarativa, constitutiva de derechos (dar, hacer o no hacer) o bien, que determine el cambio o permanencia de una situación jurídica. De esta forma se ve expresada la actividad jurisdiccional en una primera etapa que consiste en la tutela de los derechos de las partes. La segunda etapa de la actividad jurisdiccional se hace presente cuando la parte condenada se resiste a cumplir voluntariamente la resolución ordenada por el juez, por lo que consistirá en ordenar el cumplimiento forzoso de la sentencia, ejerciendo de esta manera una actividad de carácter público.

3.1.1.3. Como un deber y un derecho

¹²⁰ Cfr. Couture, Eduardo J. *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, op.cit. Pág. 132.

La jurisdicción desde el punto de vista de un deber del órgano jurisdiccional, no es otra cosa que el funcionamiento de un servicio público que otorga el Estado por conducto de los titulares de los órganos jurisdiccionales, de tal manera que el fin no es simplemente la tutela de los derechos subjetivos de los particulares, sino el compromiso específico del Estado para hacer cumplir todas y cada una de las normas jurídicas procesales que determinan las condiciones de funcionamiento de su servicio.

Al respecto comenta Couture:

"Llevando adelante esta línea de razonamiento debe afirmarse que la prestación de la tutela jurídica es un derecho y un deber del Estado. Puede concebirse como un derecho, ..., porque el Estado debe ser considerado como el órgano específico del derecho y **no es posible dejar librada a la reacción de las pasiones individuales, la actuación de la norma jurídica que el propio Estado impone a los ciudadanos con carácter irrefragablemente obligatorio.** En este aspecto puede decirse que sólo el Estado tiene el derecho de dispensar la tutela jurídica.

Es a la vez un deber del Estado. Consiste, fundamentalmente, en el débito de una prestación de hacer, que se resuelve en responsabilidad de los órganos que se niegan a dispensar la tutela, y en la responsabilidad subsidiaria del Estado por los actos de

sus órganos, cuando su actividad ilícita causa gravamen." ¹²¹

Por el otro lado está el derecho que tiene cualquier individuo para solicitar la tutela jurídica de sus derechos subjetivos y que se ejercita mediante la excitación de la actividad del órgano jurisdiccional al momento de presentar la demanda o formular determinada petición de conformidad a las formalidades requeridas por las leyes. Lo anterior se traduce en el derecho a una respuesta concreta (sentencia) en ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.1.2. COMPETENCIA

La Constitución Política en su artículo 16 establece que "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la **autoridad competente** que funde y motive la causa legal del procedimiento...". Dicho artículo hace referencia a cualquier tipo de autoridad de que se trate ya sea que pertenezca al poder legislativo, administrativo o judicial.

Dentro del ámbito del poder judicial, puede entenderse a la competencia como "la medida del poder o facultad otorgada a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto, es decir, es el ámbito, esfera o campo dentro de los cuales un determinado órgano jurisdiccional puede ejercer sus funciones."¹²²

Por su parte, el maestro Ovalle Favela **define** a la competencia como "la suma de facultades que la ley de al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos."¹²³

Para llegar a determinar cuando un asunto puede ser conocido por un juzgador, las leyes señalan ciertos aspectos que son conocidos como criterios

¹²¹ COUTURE, Eduardo J., *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, op. cit. Pág. 23 (lo resaltado es mío).

¹²² GÓMEZ Lara, Cipriano, *"Teoría general del proceso"*, 9a Edición, Oxford, México, 2000, Pág.127.

¹²³ OVALLE Favela, José, op.cit. Pág. 135.

determinadores de la competencia. Por un lado encontramos aquellos criterios que se encuentran relacionados con el órgano jurisdiccional en sí, no importando su titular o titulares como personas, éstos son la materia, cuantía, el grado, el territorio, siendo los criterios afinadores la atracción, la prevención, la conexidad y el turno. Brevemente se dará una explicación de cada uno de ellos.

La materia se identifica según el contenido de las normas de derecho sustantivo que deben ser aplicadas al caso concreto controvertido, según correspondan a las diversas ramas del derecho tales como penal, civil, familiar, de arrendamiento inmobiliario, fiscal, administrativo, etc.

El criterio de la cuantía toma en consideración el monto de lo reclamado o valor pecuniario en el asunto. En materia penal se traduce en base a la dimensión de la pena aplicable.

El grado se toma en consideración según la instancia en la que se esté llevando el proceso. Así pues, se denomina juez de primera instancia o de primer grado, aquél que conoce por primera vez del asunto. En caso de que la sentencia definitiva o alguna resolución del juez de primera instancia sea impugnada por alguna de las partes que se crea agraviada en sus derechos, le corresponderá al superior jerárquico o de segundo grado quien deba resolver al respecto. También cabe la posibilidad de una tercera instancia que versará exclusivamente sobre aspectos constitucionales a través del juicio de amparo.

El territorio es el ámbito espacial dentro del cual se puede ejercer la función jurisdiccional por conducto del juez o magistrado según sea el caso, dividiéndose el territorio de la República Mexicana en circuitos y distritos en materia federal. En materia común, la competencia se fijará según los límites de cada estado.

El fenómeno de la atracción consiste en "la acumulación que debe realizarse de los juicios singulares que se sigan contra persona, al juicio universal que se promueve en caso de que dicha persona fallezca (juicio sucesorio), o sea declarada en estado de insolvencia (juicio de concurso mercantil, si es comerciante, o de concurso civil, si no lo es)."¹²⁴

¹²⁴ *Ibidem*, 141.

La prevención es un criterio afinador para determinar la competencia cuando se da el caso de que varios jueces competentes en relación a la materia, el grado y el territorio, conocen de manera simultánea del mismo proceso, por lo que será competente aquél que haya conocido en primer término. La prevención es un efecto del emplazamiento, por lo que será necesario que el juez no sólo haya admitido la demanda, sino que haya emplazado a juicio al demandado.

La conexidad se presenta "cuando dos o más litigios distintos, sometidos a procesos diversos, se vinculan por provenir de la misma causa o relación jurídica sustantiva (conexidad objetiva); o porque en ellos intervienen las mismas partes (conexidad subjetiva)", lo anterior para evitar que sobre dichos litigios se emitan sentencias contrarias.¹²⁵

Finalmente el turno consiste en una forma de distribuir la carga de trabajo cuando existan varios órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo territorio, grado y cuantía y dependerá en razón al orden de la fecha y hora de presentación de la demanda.

Por el otro lado están aquellos criterios determinadores de la competencia del juzgador en razón a su persona en sí y que pudieran afectar el principio de imparcialidad que todo juzgador debe seguir, de tal forma que pueda suponerse o presumirse la existencia de un interés particular por parte del juez en relación a la solución del litigio. Tal es el caso de que el juez de la causa tenga algún vínculo familiar de amistad o enemistad con una de las partes que pudiera afectar la imparcialidad del juzgador dentro del proceso. Las leyes establecen mecanismos para combatir esta posible afectación a la imparcialidad por medio de los impedimentos, la recusación y la excusa. Los impedimentos se encuentran consignados en los códigos procesales y prescriben situaciones de hecho o de derecho que pudieran vulnerar el principio de imparcialidad del juzgador. La excusa consiste en que el titular del órgano jurisdiccional, al percatarse de la existencia de un impedimento, hace del conocimiento de ella a las partes dejando de conocer el asunto. Por el otro lado, en caso de que no se percatare de ello, o bien, no quiera percatarse el juez de la existencia del impedimento, por medio de

¹²⁵ *Idem.*

la recusación, la parte que sí se percate o que se sienta afectada inicia el trámite de recusación para que el juez impedido, que no se haya excusado, sea separado del conocimiento del asunto.

3.1.3. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO

La etapa siguiente como presupuesto necesario para que pueda darse la posibilidad de que el juez ordene pruebas por propia iniciativa consiste en la delimitación del objeto del proceso. El juez debe hacer un juicio previo para el efecto de determinar cuáles son las peticiones (*petitum*) de las partes y cuáles son las bases de hecho y de derecho que razonan para fundamentar sus pretensiones, es decir, los hechos y títulos jurídicos en los que las partes fundamentan su pretensión (*causa petendi*).

De toda esta gama de pretensiones y hechos alegados por las partes, el juez debe extraer aquellos puntos que sean determinantes, es decir, aquellos que interesan al tema en concreto, eliminando aquellos elementos del objeto del proceso que sean accesorios e infructuosos que hayan sido aportados por error, ignorancia o malevolencia. Esta depuración lógica presupone una afirmación: el objeto del proceso se reduce a la existencia de un contrato y por consiguiente a su cumplimiento, al cambio de una situación jurídica, a la entrega de una cosa, al cumplimiento de una prestación, etc. Producido este juicio "previo", determinando los signos exteriores del objeto del proceso, permiten el "diagnóstico jurídico de la misma manera que en medicina se percibe la enfermedad a través de los signos exteriores del enfermo."¹²⁶

Así pues, el ámbito de aplicación de la iniciativa probatoria del juez en el proceso debe presentarse exclusivamente cuando haya realizado ese juicio previo que le permita delimitar el objeto del proceso, es decir, el fondo del asunto, del cual deberá pronunciarse al respecto mediante la sentencia.

¹²⁶ COUTURE, *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, op. cit. Pág. 66.

3.1.3.1. Determinación de los hechos cuyo esclarecimiento puede provocar el juez.

En un principio las afirmaciones de hecho que por su naturaleza no se pueden demostrar (hechos imposibles) y aquellas que por conveniencia general y economía procesal no sean necesarias probar (hechos notorios, hechos no controvertidos, presunciones legales que no admiten prueba en contrario), no pueden ser objeto de prueba oficiosa.

También puede admitirse que los hechos susceptibles de ser probados a iniciativa del juez son aquellos que se encuentran dentro de la litis, misma que se conforma mediante los hechos narrados tanto en la demanda como en la contestación, o en su caso, la reconvención. Como se ha estudiado, el objeto del proceso es un presupuesto necesario para que el juez pueda decretar pruebas de oficio, por lo tanto, debe considerarse como primera premisa que los hechos aportados por las partes fijen el margen de actividad del órgano jurisdiccional, lo que quiere decir que toda prueba emanada de las partes o del Juez, que vaya más allá del margen determinado por las partes, es inoficiosa y puede calificarse de impertinente.

Ahora bien, es necesario distinguir entre aquellos hechos que son constitutivos e identificadores de la pretensión y aquellos hechos que resulten accesorios de los mismos.¹²⁷

Partiendo de esta base, es indudable que existen alegaciones consideradas como accesorias o complementarias, las cuales, en lo individual, no constituyen una pretensión jurídica y que pueden ser objeto de prueba mediante la actividad oficiosa del juez. Es preciso aclarar que tales alegaciones consideradas como accesorias no carecen de relevancia, ni mucho menos son consideradas de menor importancia dentro del proceso, ya que si bien no constituyen propiamente una acción, pueden identificarla de tal forma, que logre convencer al juez de su legitimidad. Por tanto, aquellos hechos identificadores que propiamente no constituyan el ejercicio de una acción o identifiquen en su esencia a una pretensión, constituyen el parámetro para que el juez decrete comprobación de manera oficiosa.

¹²⁷ **NOTA:** Ver Supra Capítulo Primero, apartado 1.2.1.3.1. de este trabajo de Investigación.

3.1.3.2. Determinación de los criterios que tiene a su alcance el juez para su intervención de oficio en materia probatoria

La prueba por regla general, le incumbe a las partes y en forma excepcional al juzgador. La presente tesis estudia la excepción consistente en los momentos en que el juez puede decretar de manera oficiosa la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria. El criterio del legislador para otorgarle al juez iniciativa en materia probatoria puede ser fijado de la siguiente manera. En primer lugar el momento en el que el juez puede actuar de oficio es dentro del período probatorio y en especial al momento del desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes. En segundo término; el juez puede disponer en todo tiempo, en ejercicio de los artículos 278 y 279 del CPCDF, de la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria para el mejor conocimiento de los hechos controvertidos por vía de diligencias para mejor proveer. Debe entenderse la frase de "en todo tiempo", siempre y cuando sea después de que el juzgador haya delimitado el objeto del proceso y antes de que dicte sentencia definitiva. Finalmente se presentan aquellas pruebas que no puede ordenar ni dentro del período probatorio ni aún mediante diligencias para mejor proveer por no presentarse los presupuestos necesarios para que éstas puedan ser ordenadas.

3.1.4. HECHOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ

La correspondencia entre la iniciativa probatoria del juez y los poderes de las partes dentro del proceso civil originan la existencia de una zona limítrofe difícil de percibirse con claridad, ubicada entre los poderes del juez y las cargas procesales a las que están sujetas las partes. Las normas que pueden servir para delimitar cada esfera han de manejar forzosamente los conceptos más delicados y complejos del derecho procesal. En este caso, la determinación de los hechos

cuyo esclarecimiento puede ser provocado de oficio es uno de los temas que implican ser desarrollados con la mayor exactitud posible para lograr entender las finalidades de estas medidas. Se trata pues, de determinar un grado preciso o un conjunto concreto de hechos que puedan ser susceptibles de investigación de oficio.

Para la exposición de este razonamiento se debe comenzar con la aceptación de criterios provisionales que permitan obtener una idea más clara en relación a la naturaleza jurídica de la iniciativa probatoria del juez y de la significación que haya de atribuírsele con referencia al tema en comento.

En un sistema procesal de tipo inquisitorio, no puede haber duda al respecto de que todos los hechos sin excepción pueden y deben ser probados por el juzgador. Por el contrario, en un proceso rigurosamente dispositivo, tampoco cabe duda al respecto, ya que el juez no tiene ninguna facultad para procurar la prueba de algún hecho alegado por las partes. Sin embargo, debe admitirse que el sistema procesal en estudio tiene un carácter predominantemente dispositivo de carácter más social en donde el juez posee amplias facultades en materia probatoria.

Partiendo del supuesto consistente en que la iniciativa de las partes será la base limitadora de los poderes del juez, permite establecer diversas cuestiones que obliga adecuar al real contexto que el CPCDF otorga al principio dispositivo. De esta forma es necesario redefinir los verdaderos alcances de la máxima "*secundum allegata et probata*".

El punto de partida se ubica al indicar la necesidad de que todo proceso civil debe ser iniciado a través de un acto de voluntad extrajudicial por medio del ejercicio de una acción legítima. De esta forma, se parte del principal aforismo dispositivo "*nemo iudex sine actore*", por lo que se revela el límite inicial de la actividad probatoria. Como primer criterio de solución debe admitirse que el juez no podrá ordenar diligencias probatorias si no se refieren a hechos alegados y controvertidos en el momento procesal oportuno, esto es, al momento de la fijación de la cuestión.

En virtud de que las partes tienen el dominio de los hechos que conforman la litis y de que son éstos hechos los que fijan el margen de actividad del órgano

jurisdiccional, la sentencia no puede pronunciarse más que sobre esos hechos, por lo que toda prueba ordenada por el juzgador que vaya más allá del margen determinado por los hechos que conforman la litis, es consecuentemente inoficiosa e impertinente. A esta noción afirma Couture, se agrega la emanada del principio de la economía del proceso por lo que "una actividad dirigida a crear en el juicio una condición innecesaria a la sentencia, carece de sentido y debe rechazarse del cuadro de las soluciones."¹²⁸

Sin embargo, los criterios generales propuestos tienen sus excepciones. Existe la posibilidad de que el juez provoque por vía de diligencia para mejor proveer, el esclarecimiento de un hecho no articulado en los casos que exista un interés público superior al interés individual de las partes como se explicará más adelante. Tales son los casos de nulidades por vicios en el emplazamiento y depuración del proceso, en el caso de existir alguna excepción procesal que impida la continuación del juicio tales como la competencia y personalidad de las partes, así como los hechos probablemente delictuosos que puedan aparejar el ejercicio de una acción penal. En los dos primeros supuestos, por tratarse de presupuestos procesales que de no ser depurados por el juzgador, se corre el riesgo de viciar todo el procedimiento, sin que se pueda solucionar válidamente el fondo del asunto. En el último caso, el juzgador tiene el deber de darle vista al Ministerio Público.

Asimismo, pueden considerarse como hechos susceptibles de ser materia probatoria a iniciativa del juez, aquellos que estén implícitamente considerados en las alegaciones expresadas por las partes, es decir, aquellos que tengan consecuencia ordinaria de los hechos manifestados expresamente por las partes. Los hechos accesorios, es decir aquellos que forzosamente tienen que ser afirmados o negados por las partes por estar íntimamente ligados en su esencia a las afirmaciones que comprenden la litis en el proceso, es decir, aquellos que deben ser considerados como ciertos o inexistentes según sea el caso, también son objeto de prueba por parte del juzgador, en virtud de que su acreditación

¹²⁸ COUTURE, Eduardo J. *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, op.cit., Pág. 88.

podría inducir hacia la certeza o falsedad del hecho constitutivo del derecho del cual se solicita su tutela.

El artículo 288 del CPCDF establece que "Los hechos notorios no necesitan ser probados y el Juez puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes". Líneas arriba se comentó que la notoriedad es una característica de un determinado hecho en relación al tiempo y al espacio en que se actúa, por lo tanto, lo notorio puede ser muy variable.¹²⁹

Lo anterior en razón de que puede serle notorio al juzgador en virtud de la experiencia adquirida por el ejercicio de su profesión, pero para el resto de las personas definitivamente no es un conocimiento general, o viceversa, lo que puede serle notorio a las partes no forzosamente será de conocimiento general del juzgador, por lo que podría ordenar su acreditación mediante la práctica de alguna medida probatoria.

Finalmente, también son susceptible de probarse mediante la iniciativa probatoria del juez, la ley extranjera y la costumbre. En referencia al derecho extranjero puede darse el caso de que las partes tengan por probada la norma extranjera y el juez por el contrario, dude de su actual vigencia, por lo que nada obsta a que de oficio se procure la prueba de esa circunstancia. La prueba de la costumbre, en los pocos casos que la legislación se remite a ella, se halla en el mismo supuesto del derecho extranjero. En ambos casos se trata de una problemática de aplicabilidad de la norma jurídica.

Ahora bien, el problema planteado en sus términos generales puede enunciarse de la siguiente manera: "saber cuándo el arbitrio judicial *ayuda* a la actuación de una pretensión justa y cuándo, por el contrario, actuará el Juez falto de esta pretensión, es decir, sin que esté justificada su iniciativa."¹³⁰

Para entender con mayor claridad la problemática se plantea el siguiente caso práctico.

¹²⁹ **NOTA:** Ver Supra Capítulo Primero, apartado 1.2.1.3.2. de este trabajo de investigación.

¹³⁰ **GUASP, Jaime, "Juez y Hechos en el Proceso Civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del Proceso",** Bosh, Barcelona, 1943, Pág. 104.

Tiberio y Calgula, padre e hijo respectivamente, celebraran un contrato en donde el primero le transmite al segundo la nuda propiedad de un inmueble previamente especificado y delimitado, reservándose Tiberio el usufructo vitalicio y obligándose Calgula a depositarle mensualmente los frutos adquiridos por concepto de renta del inmueble a partir del día en que Tiberio cumpla 70 años. Llega el plazo y al momento de exigirle el pago de las rentas adquiridas, Calgula alega que el contrato quedó novado en virtud de otro compromiso posteriormente adquirido con su padre, por lo que éste decide requerirle los pagos de los tres primeros meses por vía judicial. Durante el desarrollo del proceso Tiberio no consigue sino desvirtuar insuficientemente las pruebas practicadas en relación a la supuesta novación alegada por su hijo, toda vez que el usufructo fue celebrado verbalmente por la confianza que Tiberio le tenía a su hijo.

Ahora bien, el juez de la causa, hombre con experiencia y culto se percató, mediante un juicio previo realizado al examinar las pruebas aportadas por las partes, que tal novación en realidad no existe, por lo que decide ordenar pruebas de oficio con fundamento en los artículos 278, 279 y 389 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que en este caso, se ordene la comparecencia de las partes ante el juzgador con el objeto de realizarles un interrogatorio exhaustivo e incluso carearlos en la misma audiencia. El juez comienza preguntándole al actor y posteriormente al demandado el motivo de la supuesta novación y el origen de la misma, sin desvirtuar o alterar en su esencia el objeto del proceso. Posteriormente se procede a realizarse el careo entre padre e hijo y éste termina por confesar la falsedad de la supuesta novación ya que su único propósito era continuar embolsándose las rentas del inmueble objeto del contrato, por lo que se le hizo fácil actuar de esa forma tan miserable. Es indiscutible que mediante el desahogo de estas pruebas ordenadas en forma oficiosa, el juzgador influye en la aportación de nuevos hechos al proceso, es decir, la confesión por parte del demandado, siendo este material probatorio reforzado ante la situación de que Calgula no aporta elementos probatorios que logran desvirtuar lo afirmado por su padre Tiberio.

He aquí un caso de actividad espontánea no limitada por la iniciativa privada, en virtud de que el juez actuó en base al ordenamiento procesal vigente, sin atentar en contra del principio dispositivo, ya que primeramente fue Tiberio quien acudió a la instancia judicial, y fueron también las partes quienes aportaron los hechos constitutivos de sus pretensiones.

En cambio, el juez, aún reconociendo la justicia de la demanda de Tiberio, condena a Calígula al pago únicamente de los tres meses solicitados por su padre, y no al pago de los demás meses que se fueron venciendo durante el desarrollo del proceso, a pesar de que efectivamente sea deudor de los meses subsiguientes. Lo anterior porque falta la pretensión necesaria para que actúe el órgano jurisdiccional, ya que en el supuesto de condenar a Calígula al pago de los meses ya vencidos pero no pretendidos por la actora en su escrito de demanda, estaría actuando *ultra petitum partium*, esto es, más allá de lo pretendido por las partes, y, consecuentemente, excediéndose en sus límites de actuación.

"Por consiguiente hay que separar la hipótesis en que el juez, aún sin excitación concreta de la parte, puede aportar hechos al proceso - y en su caso probarlos - y aquellos en que semejante aportación es incompatible con el principio *nemo iudex sine actore*." ¹³¹

Debe tenerse en claro que una cosa es que necesariamente tenga que existir el ejercicio de la acción del particular para solicitar la satisfacción de una pretensión, y otra muy diferente es que ésta petición haya de ser de tal modo perfecta y completa que cualquier omisión baste para que el juez deseché entrar al estudio del fondo del asunto.

"Lo que caracteriza al buen Juez es su esfuerzo por poner siempre en claro, ante todo, el fin económico que persigue el negocio jurídico de que se trata y por ayudar a las partes a alcanzarlo, a menos que la ley lo prohíba." ¹³²

Por consiguiente es necesario delimitar la actuación del juez y en consecuencia la aportación de los hechos por conducto del decreto de pruebas ordenadas de oficio en base a los siguientes supuestos:

¹³¹ *Ibidem*, Pág. 105.

¹³² *Ibidem*, citando al autor Danz E. Pág. 108.

A) Determinar cuando la alegación de un hecho constituye el ejercicio de un derecho (la presentación de una pretensión jurídica), y cuando, por el contrario, la actuación del juez contribuye a aclarar o comprobar la realidad del derecho previamente ejercitado o la pretensión ya solicitada ante el órgano jurisdiccional.

B) Diferenciar aquellos hechos considerados como de alegación forzosa por el actor y el demandado, en virtud de que son aquellos que individualizan la relación jurídica controvertida haciendo del conflicto planteado no una contienda abstracta, sino un litigio concreto y particular, y aquellos hechos que pueden ser aportados al proceso con posterioridad, que ayuden a delimitar, esclarecer, especificar, aclarar el objeto del proceso planteado por las partes. Los hechos encargados de fijar la litis serán aquellos de alegación inexcusable por el actor.

Lo que en suma ayuda a determinar la situación referente a si el hecho alegado constituye o no una pretensión resulta primeramente de la existencia de un previo acto de voluntad con un mínimo lógico de exteriorización y otro mínimo formal impuesto por la ley, que permita identificar el centro de gravedad del *petitum*. De esta base, identificando el negocio jurídico en cuestión, se podrán interpretar las alegaciones de las partes que constituyan los elementos de hecho y de derecho del negocio jurídico (*causa petendi*) y en consecuencia, mediante la actuación oficiosa del juez, aclarar o incluso investigar aquellos hechos que identifiquen al titular del derecho en cuestión.

Al respecto Jaime Guasp afirma: "Lo que el derecho objetivo debe pedir al Juez es que compruebe si existe efectivamente una concreta declaración de voluntad que pueda iniciar un proceso; es aquí donde el Juez no puede substituir a la parte ni ayudarla con su actividad. Pero superado este momento inicial la función de colaboración del órgano decisor debe ser ordenada con amplio criterio."¹³³

En resumen, para que el juez desarrolle su actividad oficiosa dentro del proceso, es necesario la existencia de una declaración previa de voluntad, en base a ciertos hechos que legitimen el ejercicio de la acción intentada. Consecuentemente, al

¹³³ *Ibidem*, Pág. 116.

momento de integrarse la litis mediante la contestación de la demanda, el juez debe hacer la función delimitadora e identificadora del objeto del proceso mediante un juicio previo en donde ponga de manifiesto la intención de las partes al querer ejercitar o excepcionarse de un derecho, hechos que forzosamente serán aportados por los contendientes, y aquellos hechos que puedan ser susceptibles de aclaración y que pueden ser traídos y probados al proceso por medio de la actividad jurisdiccional. Respecto a los elementos de hecho que sirven para comprobar la realidad, pudiendo ser aportados y comprobados de oficio por el juzgador, de aquellos otros constitutivos que solo pueden ser aportados por los contendientes, los principios dispositivo, de aportación de parte, de inmediación y dirección del proceso deben adoptarse a un criterio que haga compatible ambas actividades (tanto de las partes como del juez) con el objeto de convertir al juzgador en el director del proceso y en especial dentro del periodo probatorio, tal y como lo exige el artículo 60 del CPCDF ya citado.

Finalmente, hay que tomar en cuenta que el juez no tiene la obligación de formar su propia convicción psicológica en un proceso civil, pero su deber consiste en no deformarla y para ello el ordenamiento jurídico procesal debe concederle las facultades que le permitan reconocer la posibilidad de su actuación con el propósito verdaderamente noble de hallar dentro de cada litigio, el conocimiento material de los hechos, en apoyo a una verdadera administración de justicia.

3.1.5. FALTA DE PRECISIÓN DE UN HECHO

El resultado de cualquier medio de prueba dice Calamandrei, "no puede ser nunca un hecho, sino solamente un juicio sobre la existencia o sobre el modo de ser de un hecho; en efecto, el resultado de toda prueba no es mas que la expresión externa de una sensación producida por una circunstancia de hecho

sobre la mente de un observador, en la mente del cual el juicio de hecho se forma."¹³⁴

También puede ocurrir que ese observador sea un tercero ajeno al juicio, el cual, en forma mediata, refiera al juzgador el juicio de hecho realizado por él al observar el objeto en cuestión (perito).

El juez, de esta manera, se va formando una cantidad de juicios lógicos sobre la existencia o inexistencia de los hechos singulares. Algunos juicios han sido alegados propiamente por las partes, mientras que otros han salido originariamente del pensamiento del juez al situarse ante el hecho controvertido. Finalmente existe otra categoría de juicios que han sido referidos por personas ajenas (testigos, peritos, actuario). Ahora bien, es evidente que de estas categorías de juicios, el juzgador toma mucho más en cuenta aquellos sustentados en base a su propio criterio y a la aplicación de las máximas de la experiencia, de los cuales está en situación de apreciar hasta el máximo el significado y su posible credibilidad. Cuando el juez, vgr. por medio de una inspección ocular se ha formado un juicio sobre determinado objeto, teniendo perfectamente claro en su mente la extensión y el sentido de este juicio, podrá persuadirlo plenamente con la realidad objetiva. Por el otro lado, cuando un testigo afirma al juez que vio cómo cierto hecho se desarrolló de un modo determinado, al juez pueden quedarle dudas por dos motivos fundamentalmente:

- 1.- Por no comprender lo que el testigo ha querido decir en su disposición, es decir, lo que signifique el juicio de hecho emitido por aquél;
- 2.- Por no tener la certeza de que este juicio "objetivo" proveniente del tercero ajeno corresponda a la verdad material del hecho juzgado.

Los juicios de hecho resultantes de las pruebas aportadas por el juez que tengan como fin precisar la certeza del hecho controvertido, no se refieren a hechos constitutivos de la pretensión jurídica de los litigantes, sino a un hecho que forzosamente resultaría accesorio (lo cual no quiere decir que es de menor trascendencia) de aquél que es constitutivo.

¹³⁴ CALAMANDREI, Piero, "*Estudios sobre el proceso civil*" tr. Santiago Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, Pág. 379.

De esta forma, la falta de precisión de un hecho que puede ser trascendente o constitutivo de la pretensión, puede ser comprobado por el juez a través de su actividad probatoria, cuando éste ha establecido la certeza en cuanto al significado y la credibilidad de los juicios de hecho no inmediatamente relevantes (hechos accesorios), y mediante la vía de inducción partiendo de la comprobación de los hechos accesorios, llegar a la certeza y precisión de aquellos hechos constitutivos, no probados pero si alegados por las partes.

3.1.6. PREEMINENCIA DE UN INTERÉS PÚBLICO SUPERIOR

Al hablar del aumento de los poderes del juez, inmediatamente viene a la mente el posible efecto que puede causar su aplicación en perjuicio o detrimento de las partes, que pudiera violar el principio de imparcialidad del juez, en virtud de que su actividad pudiera beneficiar a uno de los litigantes y afectar al otro. Al respecto existe una Jurisprudencia de la quinta época la cual señala:

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER.

El uso que los tribunales hagan de la facultad que tienen de mandar practicar diligencias para mejor proveer, no puede considerarse como agravio para ninguno de los litigantes, ni altera las partes substanciales del procedimiento, ni deja sin defensa a ninguna de las partes contendientes.

205 Quinta Época:

No obstante, el problema debe ser analizado desde varios puntos de vista. Como principio general debe adaptarse el hecho de que la administración e impartición de justicia es una función del Estado realizado especialmente por conducto de uno de los Poderes de la Unión que es el Poder Judicial. Lo anterior hace presuponer que se trata de una función pública y que, por lo tanto, existe un Interés superior

por parte del Estado, de que esa función conduzca a una verdadera búsqueda de soluciones lo más allegadas a la verdad material, y consecuentemente, más justas y objetivas.

La aplicación de la justicia corresponde al Estado, por lo que éste tiene el interés de que las sentencias que sean dictadas por los jueces y magistrados, sean congruentes con las peticiones de los litigantes, logrando una solución definitiva en relación al objeto del proceso configurado por ellas.

Si bien es cierto que el poder de iniciar la actividad jurisdiccional corresponde única y exclusivamente al particular, ya que es él quien finalmente decide su deseo de pedir la tutela de sus derechos subjetivos, éste, mediante el ejercicio de la acción, accede a que sea un juez (funcionario del Estado), quien tenga el poder de decisión final respecto a la controversia planteada. Lo anterior indica la confianza de los litigantes en que dicha administración de justicia sea lo más apegada a derecho en base a las pretensiones de las partes, razón por la cual, es el Estado quien debe conservar esa "confianza" para que los particulares continúen sometiendo sus conflictos ante los órganos jurisdiccionales, en beneficio de la armonía y la paz social.

Los procesos mal llevados, suponen una pérdida de tiempo y de dinero que pueden llevar a las partes a enfrentamientos con graves repercusiones de la sociedad. Asimismo, su falta de solución afecta a la economía nacional, en virtud de que impide la rentabilidad de los bienes que se encuentran paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. "Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotando de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad."¹³⁵

¹³⁵ MONTERO Aroca, Juan, "Los poderes del juez en el proceso civil", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria, No. 3/2001, Pág. 264.

Éste es el interés público del Estado en relación al proceso, por lo que debe procurar la buena administración de justicia en atención al bien de la comunidad y que esa administración sea lo más equitativa posible.

De una u otra forma, debe destacarse una pretendida función social del proceso.

"El juez es el órgano al que el Estado confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento... no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez, impotente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora."¹³⁶

Tal situación es precisamente la que debe procurar el Estado, por lo que el legislador pretende equilibrar la disposición del objeto del proceso que tienen las partes, con el otorgamiento de facultades en base a los principios de inmediatez y dirección del proceso.

En estos casos, el principio dispositivo no limita el interés público, en virtud de encontrarse pendiente la aplicación de una norma vinculada a intereses de orden superior.

3.1.7. LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN APORTADOS POR LAS PARTES SON FALSOS, IMPERFECTOS O INCOMPLETOS.

Las medidas probatorias ordenadas por el juez sólo pueden tener por objeto mejorar la información respecto a los hechos controvertidos que se encuentran configurados dentro del objeto del proceso, ya que de modo alguno se trata de suplir la deficiencia del litigante ni la falta de pericia del abogado por no ofrecer el material probatorio idóneo que acredite la legitimidad de la pretensión planteada. El CPCDF es claro en ese sentido al señalar en su artículo 281 lo siguiente: "Las

¹³⁶ *Ibidem*, Pág. 274.

partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones."

Por lo tanto, el juez no está facultado para sustituir su actividad a la que a las partes les corresponde dentro de la carga de la prueba, siempre y cuando, se trate, como lo señala el artículo citado, de los hechos constitutivos de sus pretensiones.

Hay que tener muy claro que el sistema adoptado por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal descansa sobre la noción del *onus probandi* a cargo de los litigantes, por lo que únicamente por excepción el juez debe complementar la prueba. El juzgador no está facultado para producir íntegramente la prueba que el litigante debió haber ofrecido en tiempo y que por indolencia o falta de interés dejó de hacerlo.

El ejercicio de las facultades probatorias por parte del juzgador, mediante el decreto de diligencias para mejor proveer, parten del presupuesto consistente en un estudio previo que hace el juez respecto del material de conocimiento en donde determinará si los elementos probatorios suministrados por las partes son suficientes para causarle convicción o certeza en relación a la existencia o inexistencia de un hecho controvertido, o bien, ese material probatorio resulta insuficiente, imperfecto o Incompleto para pronunciar un fallo, debido a que el desahogo de las pruebas aportadas por las partes no fue el apropiado o idóneo para obtener el conocimiento de la verdad material.

El juez, al tener a la vista el material probatorio, debe hacer un análisis previo en donde concluya si tiene los suficientes elementos de convicción para dictar una decisión que cumpla con las expectativas de toda sentencia, que sea lo más justa, equitativa y apegada a la verdad material de los hechos. En caso de percatarse de la insuficiencia de las pruebas, resulta necesaria la aportación de nuevos elementos de constatación que hagan posible el perfeccionamiento de los demás medios probatorios. Producidas y desahogadas estas pruebas, el juzgador mejorará su condición intelectual para formular un juicio crítico en relación a los hechos planteados.

Ahora bien, hay que tomar en consideración que dentro de un litigio, siempre hay posiciones contrarias, por lo que al final del proceso necesariamente una parte acreditará la legitimidad de su pretensión y la contraparte será desmentida en cuanto a los hechos presuntamente argumentados como válidos. Lo anterior quiere decir que normalmente una parte afirmará hechos que efectivamente existieron, mientras que la contraparte tratará de desvirtuarlos mediante la alegación de hechos falsos, y consecuentemente, aportará material probatorio que posiblemente se encuentre manipulado para tratar de crearle un falso ánimo de convencimiento al juzgador.

Luego entonces, al percatarse el juez de que el material probatorio puede resultar defectuoso y/o manipulado en virtud de la notoria oposición que resulta de las pruebas aportadas, es cuando debe ordenar el desahogo de medios de convicción que esclarezcan lo que le es ocultado. De aquí el deber que lo conlleve a que todo el material probatorio sea complementado dando cabal cumplimiento al deber de dirección del proceso y haciendo efectiva la igualdad de las partes, puesto que es deber del juzgador el hecho de regularizar cualquier prueba que bajo su criterio estime manipulada, o de alguna manera incompleta, ya que de no hacerlo estaría actuando en forma parcial hacia la parte oferente bajo la supuesta protección del principio dispositivo y de aportación de parte.

Un claro ejemplo se presenta cuando los peritos ofrecidos por los litigantes rinden dictámenes totalmente contradictorios. Al respecto el artículo 349 primer párrafo del CPCDF señala lo siguiente:

"Cuando los dictámenes rendidos resulten substancialmente contradictorios de tal modo que el juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción; primeramente de oficio, dará vista al C. Agente del Ministerio Público para que éste, integrando la averiguación previa correspondiente, investigue la probable comisión del delito de falsedad en

declaraciones ante autoridad judicial, por parte de aquel perito, auxiliar de la administración de justicia, que haya dictaminado y que resulte responsable, y en segundo término, el propio Juez designará un perito tercero en discordia..."

Del artículo citado se puede encontrar un claro ejemplo de la actividad probatoria del juez. Evidentemente, el hecho de encontrarse ante dos dictámenes substancialmente contradictorios, en modo alguno podrá crearse convencimiento respecto a la verdad de los hechos, de tal forma que es necesaria la actividad del juez para perfeccionar y esclarecer los hechos que conforman la litis. En primer lugar, el juzgador debe hacer del conocimiento del Ministerio Público la probable comisión del delito de falsedad en declaraciones ante la autoridad judicial, toda vez que es de presumirse, al existir dos dictámenes totalmente contradictorios, el hecho de que uno de los peritos está emitiendo un dictamen en base a supuestos falsos o manipulados. En segundo término, el juez designa de oficio un perito tercero en discordia, ajeno al negocio planteado y a las partes, quien será el encargado de emitir un nuevo dictamen en base a los hechos y documentos aportados al proceso. Por último, para comprender los dictámenes de los tres peritos, podrá en términos del artículo 350 del CPCDF, ordenar su comparecencia al juzgado con el fin de celebrar una junta de peritos en donde todos los litigantes podrán formular sus Interrogatorios.

Este es un claro ejemplo de los poderes del juez en materia probatoria. Como se puede comprender, en momento alguno existe parcialidad del juez en cuanto a su actuación, ya que la designación del perito tercero en discordia la realiza en uso exclusivo de sus facultades, en virtud de suscitarse el presupuesto relativo a la existencia de un material probatorio falso, imperfecto o incompleto. Tampoco significa que esté actuando en beneficio de una de las partes, ya que, en el mayor de los casos, el dictamen emitido por parte del perito tercero en discordia coincidirá en su esencia con el peritaje de uno de los litigantes, y por consiguiente, será contrario al de la otra parte.

Producido el dictamen del perito tercero y realizada la audiencia en donde se haya celebrado la junta de peritos, el juez habrá mejorado su condición intelectual que le permita realizar un juicio crítico y objetivo del hecho en cuestión. Lo que era confuso e impreciso ha sido aclarado por medio de la iniciativa probatoria del juez.

3.2. MECANISMO PROCESAL

3.2.1. MOMENTO PROCESAL EN EL QUE EL JUZGADOR PUEDE DECRETARLAS.

El artículo 279 del CPCDF claramente señala que. "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...".

Ahora bien, es necesario interpretar lo que quiere decir el legislador al referirse "en todo tiempo". Literalmente debe entenderse como cualquier etapa en la que se esté desarrollando el proceso hasta antes de haberse dictado sentencia. No obstante a lo anterior y dada la naturaleza probatoria del tema en estudio, se debe entender al momento en que se encuentre configurada la litis, y, en forma más concreta, a partir del momento en que el juez abra el juicio a prueba, puesto que es hasta esa etapa del proceso cuando el juez se percató de la idoneidad del material probatorio aportado por las partes, encontrándose facultado para complementarlo hasta antes de emitir sentencia definitiva.

Ahora bien, al hablar de las características de la iniciativa probatoria del juez se comentó que su decreto debe ser ordenado en forma oportuna, por lo que es necesario que el juez pueda ejercer esa potestad principalmente durante toda la etapa probatoria.¹³⁷

¹³⁷ **NOTA:** Ver Supra, Capítulo Primero, apartado 1.2.2.4.4.

En consecuencia, no puede existir mejor oportunidad de interrogar libremente a las partes y a los testigos, que al momento del desahogo de las pruebas confesional o testimonial respectivamente.

En relación a la prueba pericial, el momento procesal oportuno es cuando el juzgador se percató de que los dictámenes emitidos son substancialmente contradictorios, teniendo la facultad de ordenar un perito tercero en discordia, así como ordenar la celebración de una audiencia con el fin de interrogar a los peritos respecto a los métodos y técnicas utilizados que motivaron sus conclusiones.

Así pues, dependerá de cómo se vaya desahogando el material probatorio ofrecido por las partes, para que el juez, en forma oportuna, ordene la práctica de una diligencia que logre aportar o complementar algún elemento probatorio.

Sin embargo, debe resaltarse una excepción en cuanto al tiempo procesal para ordenar la práctica de alguna de estas diligencias la cual consiste al momento de la celebración de la audiencia previa de conciliación y de excepciones procesales. En la citada audiencia, hayan o no asistido las partes, y siendo el caso de que éstas se hubieren tenido por inconformes en llegar a cualquier arreglo conciliatorio, el juzgador procederá a depurar el procedimiento. Así pues, señala el artículo 272 A del CPCDF en su último párrafo: "En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y el Juez, que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará, en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento."

Por lo antes expuesto, no existe impedimento alguno en que el juez ordene la práctica de alguna diligencia probatoria con la finalidad de acreditar la existencia de una excepción procesal que impida la continuación válida del proceso. Posteriormente, ya que se haya depurado el procedimiento, podrá pasarse al estudio del fondo del asunto.

3.2.2. RÉGIMEN DE PROCEDIMIENTO

Para reemplazar el silencio del legislador existe un principio general de orientación constituido por una afirmación adoptada por la teoría general del

proceso: "a falta de normas especiales, debe admitirse que todo el ordenamiento general de la materia es norma de derecho subsidiario aplicable."¹³⁸

En consecuencia, al no existir un régimen probatorio específico en cuanto a las pruebas ordenadas de manera oficiosa, en principio, el régimen de procedimiento que debe regirse tiene que adecuarse a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dentro del capítulo II del Título Sexto el cual regula a la prueba en lo general, así como en lo prescrito en el propio CPCDF referente a cada prueba en lo particular, dependiendo el medio de convicción que haya sido decretado. Lo anterior, siempre y cuando no alteren en su esencia la naturaleza jurídica de estas facultades probatorias del juzgador. En resolución, cualquier medida probatoria ordenada por el juez para mejor proveer, debe estar regulada conforme a los principios del sistema probatorio común.

La anterior conclusión reconoce tres excepciones: a) la emanada de que el medio de convicción proviene a iniciativa del Juez y no de las partes; b) la característica de que para el juzgador no corre término probatorio alguno; y c) la modificación en cuanto al régimen de contralor de las partes.

La primera excepción se explica en virtud de que las características de la iniciativa probatoria del juez hacen innecesarias las garantías de reserva que el ordenamiento procesal concede a los litigantes. Así por ejemplo, resultaría absurdo la notificación personal de las partes en caso de que el propio juez decida interrogarlas libremente en la misma audiencia de desahogo de pruebas, si previamente ya fueron notificadas y apercibidas al momento de que cada parte preparó la prueba confesional a cargo de su contraria, así como también resultaría absurdo citar de nueva cuenta a los testigos para que sean interrogados por el juez en la misma audiencia si previamente ya lo fueron para el desahogo de la prueba testimonial a su cargo.

La segunda excepción manifestada emerge en atención a que el término de prueba es sólo una garantía de las partes en atención a la distribución equitativa de actividades dentro del proceso y al hecho de otorgarles recíproca seguridad con el fin de evitar peticiones inoportunas y sorpresivas fuera de los tiempos

¹³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, José, op. cit., Pág. 125.

procesales que violen las garantías de igualdad y de audiencia. De esta forma, el plazo dentro del cual deben llevarse a cabo las diligencias de actuación por parte del juez puede correr desde el momento en que se abra el juicio a prueba y hasta antes de dictar sentencia con excepción de tratarse del estudio de una excepción procesal, situación en la cual se proveerá dentro de la audiencia previa de conciliación y de excepciones procesales.

En cuanto al régimen contralor de las partes, debe admitirse que éstas no pierden ni se les limita su derecho de prueba. Ellas seguirán actuando en la etapa probatoria de acuerdo al régimen probatorio establecido en el código. Algunos intérpretes consideran como criterio diferencial el que las diligencias de prueba ordenadas por las partes se decretan con citación a las mismas, esto es, que la parte contraria tiene el derecho de oponerse y objetar las pruebas ofrecidas por su contraparte, mientras que por otro lado, las pruebas ordenadas de oficio por parte del juez son decretadas con noticia de las partes, por lo que consecuentemente, no podrán ser objetadas, en base al principio de imparcialidad del juez en sus actuaciones, lo cual supone que su actuación es a favor de la justicia y de la búsqueda de la verdad material. La consecuencia de esta diferenciación radica en la constante oposición a las pruebas que pueden argumentar las partes dilatando el proceso en forma innecesaria.

En relación a las pruebas ofrecidas por los contendientes, éstos podrán formular observaciones e incluso impugnaciones que el juez apreciará hasta el momento de dictar sentencia. En el caso de que la prueba de oficio sea ordenada con noticia de las partes, no habrá otro propósito que el dar conocimiento a los interesados de la medida. Lo anterior no quiere decir que las partes pierdan los recursos y medios de impugnación que el ordenamiento procesal les confiere en defensa de sus intereses. En tal caso, será el superior jerárquico quien estudie si la actuación del juez fue realizada conforme a derecho, o bien, causó agravio a la parte recurrente.

3.2.3. EFECTOS SOBRE LA MARCHA DEL PROCEDIMIENTO

Existe una laguna legal en torno a los efectos que sobre la marcha del proceso tienen los decretos del juez que ordenan la práctica de cualquier medida probatoria. Cabe preguntarse si su diligenciación puede retardar el tiempo que tiene para dictar sentencia. Mas adelante se estudiará los posibles efectos en cuanto a la celeridad del proceso. Por el pronto, debe razonarse que mediante la complementación probatoria que haga el juez respecto del material probatorio aportado por las partes, éste podrá realizar un juicio crítico más profundo y completo en cuanto a la existencia o inexistencia de los hechos alegados, de modo que podrá tener mayores elementos que le generen convicción, adquiriendo mayor certeza jurídica para dictar una sentencia lo más equitativa y apegada a la verdad.

En cuanto al valor o apreciación de las pruebas obtenidas de oficio, es preciso aclarar que los medios probatorios ordenados por el juez pueden afectar el funcionamiento del desahogo de las pruebas aportadas por las partes, pero en ningún momento afectarán su contenido. La información obtenida por estos medios deberá ser apreciada en su conjunto con el resto del materia probatorio aportado al proceso.

En la valoración de la prueba, afirma Couture, "el Juez puede apreciar los detalles del material que halla en los autos, calificando su espontaneidad, la posible independencia con respecto al interés de las partes, o la mayor o menor fuerza de convicción que puede fluir de las condiciones en que ha depuesto el testigo o se han expedido los peritos. Pero fundamentalmente, el contenido probatorio no se altera. Como toda prueba, será esta apreciada libremente, en ocasión de la sentencia, en cuanto a su eficacia y a su pertinencia."¹³⁹

3.2.4. INFLUENCIA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

Admitiendo el hecho de que el sistema probatorio en el proceso civil es predominantemente dispositivo, en virtud de que las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones, no es posible afirmar que

¹³⁹ COUTURE, Eduardo J. *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, op.cit., Pág. 162.

el ejercicio de las facultades para ordenar pruebas de oficio por parte del juez afecta el principio de la distribución de la carga de la prueba. Partiendo del hecho consistente en que la prueba debe ser generada por los litigantes, también el juzgador posee facultades para aportar elementos probatorios en términos de los artículos 278 y 279 del CPCDF. Esto último no quiere decir que exista proplamente alteración al principio de carga de la prueba establecido en el artículo 281 del CPCDF, sino que la iniciativa probatoria del juez ayuda a complementar el citado principio en atención a la distribución de la carga de la prueba entre los litigantes y la función de director del proceso que tiene el juzgador con el fin de allegarse de mayores elementos de convicción.

El propósito radica en armonizar los artículos 60 y 281 del CPCDF, ya que por un lado el juez es el director del proceso teniendo el deber de presidir el desahogo de las pruebas bajo su más estricta y personal responsabilidad, y por el otro, las partes adquieren la carga procesal de probar sus afirmaciones.

Debe aceptarse que el sistema adoptado por el código procesal vigente no les permite a las partes la libre disposición del proceso, otorgándole al juez amplias facultades de dirección e investigación de los hechos alegados en defensa del interés del Estado consistente en la buena administración de justicia y al bien común.

Así pues, al ordenarse la práctica de una prueba no propuesta por las partes no significa en modo alguno que se esté supliendo la carga de la prueba de una parte, la deficiencia o pasividad del litigante, sino que el juzgador está actuando en base a la función de director del proceso.

La iniciativa probatoria del juez debe entenderse en su verdadero entorno sin dejar que la interpretación de estas facultades alteren su esencia. De este modo, es necesario comprender que la función de la prueba ordenada para mejor proveer es simplemente complementaria a todas y cada una de las pruebas producidas por las partes. Así, "los jueces no pueden, con medidas para mejor proveer, suplir la negligencia de las partes en la producción de la prueba que les interesa, ni ordenar una diligencia de prueba que se dejó sin efecto por negligencia de una de

las partes, o aquella en cuyo cumplimiento ha sido el litigante declarado rebelde."¹⁴⁰

Dentro del sistema probatorio en estudio y tomando en consideración los principios procesales que lo regulan, no es válido afirmar que la prueba ordenada de oficio modifica la estructura de la carga de la prueba, toda vez que la propia legislación adjudica al actor y al demandado la carga procesal de aportar los elementos de convicción que acrediten sus afirmaciones. Una vez ofrecida y desahogadas las probanzas aportadas por las partes, el Juez tiene el deber de allegarse de nuevos elementos en caso de encontrarlas un tanto incompletas o insuficientes.

En resumen no puede afirmarse categóricamente que la actividad probatoria del juez modifique la distribución de actividades en la carga de la prueba ya que ésta no puede ser objeto de modificación. Sin embargo, la naturaleza jurídica del sistema procesal en estudio permite que el juez sea copartícipe en la función probatoria de tal manera que pueda complementar las pruebas producidas por las partes. El hecho de establecer hasta cuando el juzgador debe detenerse en su función probatoria para no sustituir con su actividad la de las partes, es materia demasiado sutil en la que no podrá encontrarse un criterio absoluto para su entendimiento. Vuelvo hacer referencia a la tesis aislada anteriormente citada para comprender mejor los alcances de dichas medidas.¹⁴¹

3.2.5. DETERMINACIÓN DE LOS JUICIOS EN QUE PUEDEN SER DICTADAS.

3.2.5.1. Jurisdicción Voluntaria

Se trata de un concepto polémico visto desde cualquier punto, ya que su propia denominación genera discusiones. Algunos autores señalan que no puede

¹⁴⁰ *Ibidem*, Pág. 160.

¹⁴¹ *Ver Supra*, Capítulo Primero, Apartado 1.2.2.2. Tesis Aislada "DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER. LA FACULTAD PARA REALIZARLAS ERA DISTINTA AL PODER ACTUAL DE LOS JUZGADORES PARA ALLEGARSE PRUEBAS."

hablarse de jurisdicción, ya que en modo alguno se está resolviendo un conflicto de intereses. Incluso se llega a afirmar que ni siquiera es voluntaria, ya que se trata de una formalidad o requisito que impone la ley, para el ejercicio de determinadas actuaciones procesales en un futuro. Lo indiscutible consiste en que la denominada jurisdicción voluntaria es una función del órgano jurisdiccional con el objeto de dar certeza o fe de la realización de un acto procesal que por su naturaleza y por disposición de la ley debe efectuarse por conducto de un juez. El juez no soluciona conflicto alguno, sino que se trata de la actividad del órgano jurisdiccional que controla, verifica o autentifica la celebración de un hecho. "Se trata, pues, sin duda, de una actividad de naturaleza administrativa, que por razones de política judicial se encomienda, o se pone en las manos de los tribunales, con objeto de que a través de esa intervención se certifique, se sancione, se de fe de ciertos hechos o actos jurídicos, más que nada como requisito formal y en muchas ocasiones de autenticidad y de garantía de legalidad."¹⁴²

Sin embargo, a pesar de que se traten de actos materialmente administrativos, la ley les confirió una regulación especial por tratarse de actos que requieren una formalidad y mayores garantías de autoridad, por lo que su actuación es confiada al Estado por conducto del órgano jurisdiccional. Esto quiere decir que el legislador ha reservado el conocimiento de estos actos que, por su naturaleza, es necesario el control y vigilancia por parte del Estado.

Ahora bien, con la advertencia de que la ley impone el conocimiento de determinados asuntos de carácter esencialmente administrativos al juzgador atendiendo a la importancia que el Estado otorga a la función del juez, así como a las garantías que deben seguirse dentro del proceso, es imprescindible, para cumplir plenamente con la intención del legislador, que la actividad del juez funcione poniendo en juego todas las garantías que le son inherentes y entre ellas se encuentran las diligencias decretadas para mejor proveer. Lo anterior aunado a que no se opone a lo establecido por los artículos 278 y 279 del CPCDF, ni mucho menos a su naturaleza jurídica.

¹⁴² GÓMEZ Lara, Cipriano, *"Derecho procesal civil"*, 6a Edición, Oxford, México, 2001, Pág. 372.

Este razonamiento se refuerza, si se piensa que aún interviniendo vía Jurisdicción voluntaria, el Juez, como titular de un órgano jurisdiccional y como servidor público, debe contar, para el adecuado ejercicio de su actuación, con todas las facultades que les son conferidas por representar un querer jurídico del Estado. Mejor proveer, afirma Couture, "significa, por tanto, mejor preparar el pronunciamiento del querer jurídico del Estado, cualquiera sea la naturaleza de la función en que intervenga el agente llamado a querer por el Estado dentro las actividades del órgano jurisdiccional."¹⁴³

En conclusión, las facultades probatorias del juez deben ser consideradas como elementos inherentes a la función del juzgador, por lo que en consecuencia, deben hacerse extensivas a los actos de jurisdicción voluntaria.

3.2.5.2. En los juicios especiales, incidentes y en segunda Instancia

Partiendo del principio consistente en que "el que puede lo más, puede lo menos" es inobjetable que el juzgador se mantiene plenamente con la potestad de ejercitar su actividad probatoria dentro del desarrollo de los juicios especiales, siempre y cuando no exista una norma expresa que indique lo contrario o que su ejercicio contravenga a la naturaleza del juicio especial de que se trate.

De esta forma, si en algunos casos resulta indispensable la iniciativa probatoria del juez, es en aquellos procesos especiales en donde son más restrictivos los medios de convicción que las partes pudieran aportar, por lo que en ocasiones se requiere de la actividad complementaria del juez.

Un claro ejemplo se verifica en el Juicio ejecutivo, el cual no podrá iniciarse sin la presentación del documento que de conformidad con el artículo 443 del CPCDF traiga aparejada ejecución. No obstante al citado presupuesto, es decir, la existencia de un título ejecutivo, el juzgador puede ordenar de oficio la producción de una prueba con el fin de perfeccionar el documento base de la acción, en caso de que tenga duda respecto a su autenticidad en cuanto a su contenido y firma.

¹⁴³ Couture, Eduardo J., *"Teoría de las diligencias para mejor proveer"*, op. cit. Pág. 96.

En relación a los demás juicios especiales regulados en el CPCDF, la acción rescisoria, el juicio hipotecario y el juicio especial de desahucio, debe hacerse extensivo el razonamiento planteado respecto a que el juez podrá en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, ordenar la práctica de cualquier diligencia probatoria, siempre y cuando no lo prohíba una norma expresa, o bien, que atente contra la naturaleza jurídica del juicio especial en cuestión.

Respecto a los incidentes tampoco considero que exista duda. Como incidente debe entenderse un procedimiento adyacente al proceso principal en cuestión. Por lo que no existe impedimento legal alguno en razón a que si el juzgador puede ordenar la producción de una prueba dentro del proceso principal, no lo pueda hacer dentro del incidente, ya que la existencia del segundo dependerá siempre del desarrollo y validez del principal, con la salvedad de la denominada nulidad de actuaciones.

Nada impide que en segunda instancia, la sala determine la práctica de una diligencia para mejor proveer, siempre y cuando se trate de un hecho superveniente o bien, que se encuentre relacionada a un agravio alegado por la parte apelante, no pudiendo en modo alguno resolver sobre cuestiones que estén fuera de los escritos de agravios y contestación de agravios formulados por la parte apelante y la contraria respectivamente.

3.2.6. MEDIOS DE PRUEBA QUE PUEDE DISPONER DE OFICIO EL JUEZ.

3.2.6.1. Típicos

Algunas legislaciones determinan de manera expresa cuáles son los medios de prueba que puede utilizar el juez para su intervención probatoria. Es el caso que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es omiso sobre el particular por lo que en términos generales puede llegarse a la conclusión de que puede valerse de cualquier medio que cause convicción con la salvedad de que no esté prohibido por la ley ni sea contraria a la moral y a las buenas costumbres.

Sin embargo, no es suficiente este razonamiento para la solución del problema planteado, puesto que es necesario determinar de qué forma puede intervenir el juzgador respecto de cada uno de las pruebas reguladas en el código.

En cuanto a la inspección o reconocimiento judicial puedo afirmar sin temor a equívocación que la decisión de observar en forma personal el estado de las cosas, presenta los mejores elementos para la realización posterior de un juicio objetivo y crítico.

En relación a la prueba confesional el artículo 318 del CPCDF establece que "Absueltas las posiciones, el absolvente tiene el derecho a su vez de formularlas en el acto al articulante si hubiere asistido. El tribunal puede, libremente, interrogar a las partes sobre hechos y circunstancias que sean conducentes a la averiguación de la verdad". Asimismo el artículo 366 del propio CPCDF prescribe que "El tribunal tendrá la más amplia facultad para hacer a los testigos y a las partes las preguntas que estime conducentes a la investigación de la verdad respecto a los puntos controvertidos."

De los anteriores artículos citados se puede apreciar las amplias facultades del juez en torno a las pruebas confesional y testimonial. Sin embargo, resulta criticable que el juez haga uso de esas facultades en caso de que dichas probanzas no hayan sido ofrecidas por las partes, es decir, que proplamente el juez ordene el desahogo de la prueba confesional o testimonial en caso de que no haya sido previamente preparada por los litigantes, ya que podría hablarse de una suplencia en la deficiencia o negligencia de la actuación procesal. No obstante, como se ha estado afirmando, no existe ordenamiento alguno que impida que el juez ordene la práctica de la prueba confesional o testimonial, siempre y cuando sea conducente a la averiguación de los hechos controvertidos, y, al tratarse de la prueba testimonial, sean testigos mencionados en las mismas alegaciones de las partes. De una armónica interpretación entre los artículos 278, 279 y los artículos que se tipifican a cada prueba en lo particular, se concluye que tanto la prueba testimonial como la confesional pueden ser ordenadas de oficio bajo el supuesto de la falta de existencia de elementos probatorios que le permitan crear convicción

al juez. De esta forma, no se estaría actuando en perjuicio del principio de igualdad de partes ni el juez vulneraría su imparcialidad.

En lo referente al asesoramiento de peritos, en virtud de requerirse el conocimiento de una ciencia, arte, técnica u oficio, no existe duda alguna de la necesidad en designar un perito tercero en discordia en el caso de que los dictámenes presentados por los peritos de las partes resulten substancialmente contradictorios. El dictamen pericial, por así decirlo, más que un medio de prueba, resulta ser un medio de integración de la capacidad subjetiva y cognoscitiva del juez en atención a la formación intelectual de un juicio previo que lo ayude a emitir una sentencia. Por consecuencia, el juez tiene el deber de designar un perito de oficio, o bien un perito tercero en discordia, en caso de requerir el conocimiento de una ciencia, arte, técnica que le permita crearse convicción respecto a la litis planteada. Finalmente en el artículo 344 se establece que "El Juez podrá hacer por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y apreciará el resultado de esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de aquellos, y aun puede ordenar que se repita el cotejo por otros peritos".

El juramento estimatorio o mejor conocido como la protesta de decir verdad dentro del juicio debe entenderse como un medio que puede utilizar el juez en razón a la falta de elementos probatorios para acreditar un hecho alegado por el litigante. Este medio, cuya eficacia puede ser discutida, puede generar la confesión de un hecho, tratándose de una persona que posteriormente pueda cargar un peso de conciencia y culpabilidad en caso de declarar falsamente ante una autoridad, además de la posible comisión del delito de falsedad en declaraciones ante autoridad judicial en la que pueda incurrir, pudiendo ser efectivo para impedir la alegación de hechos falsos dentro del proceso.

En relación a la prueba instrumental está claro que el juez, para crearse convicción respecto a los hechos controvertidos, podrá valerse de cualquier cosa o documento. Tratándose de documentos públicos o privados que hayan sido objetados en cuanto a su autenticidad, su contenido, o su firma, el juez puede solicitar la compulsión o cotejo con los protocolos y archivos en donde se halle la

matriz en presencia de las partes. Respecto a los Instrumentos privados, puede solicitar su perfeccionamiento mediante el reconocimiento de los mismos en términos de los artículos 338, 339, 340 y 341 del CPCDF. También puede darse el caso de que las partes no hayan aportado al proceso la prueba Instrumental que puede ser decisiva para la solución del conflicto. En este caso, el juez debe ordenar su agregación por vía de diligencias para mejor proveer.

La agregación de expedientes es en sentido estricto, un modo de prueba Instrumental. Nada dice el legislador respecto a las limitaciones a esta agregación, a pesar de que pudiera comprometer intereses de terceros, por lo que su ordenación puede ser jurídicamente riesgosa. Es necesario, pues, distinguir entre agregación y acumulación. Procede la agregación de un expediente cuando este se encuentre en estado, esto es que haya causado ejecutoria y tenga por objeto incorporarlo al proceso como un medio de prueba. En caso de que no se hallara en estado, sería necesaria la expedición de copias certificadas respecto de los puntos que interesen al juez requiriente. En cambio, si la finalidad radica en resolver procesos con identidad de acciones, personas o cosas con el fin de evitar sentencias contradictorias, se estará hablando de una acumulación de autos en consecuencia a una excepción de conexidad de la causa, y por consiguiente, no podrá ser practicada de oficio, sino únicamente a instancia de parte, por estar comprometidos intereses de terceras personas.

3.2.6.2. Atípicos

Los medios de convicción admitidos por la ley pero que no tengan una regulación específica dentro del código tienen un régimen de funcionamiento de acuerdo a una armónica aplicación supletoria de las normas procesales que regulen casos similares. El régimen probatorio estipulado dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal permite la recepción y práctica de otras pruebas no tipificadas propiamente, siempre y cuando se hallen revestidas de las garantías legales necesarias. De tal forma que el juez podrá ordenar la práctica de radiografías, análisis físicos, químicos, bacteriológicos, de sangre e

Incluso genéticos para el conocimiento de los hechos. Obviamente en determinadas casos, según el tipo de prueba, deberán ser practicadas con autorización de la parte que participe en su desahogo. En virtud de que el sistema de ley no fija el valor probatorio de dichos medios, ya que todos los elementos de convicción serán valorados en su conjunto de conformidad a las reglas de la sana crítica, la práctica de los mismos debe realizarse con absoluta racionalidad y en aplicación de las disposiciones legales que rigen a los medios de prueba similares. Admitido lo anterior, nada impide que el juzgador se procure de estos medios de información, sin perjuicio de reconocer a las partes la ingerencia necesaria para dotarles el máximo de garantía y eficacia jurídica.

3.2.7. INTERVENCIÓN DE LAS PARTES

3.2.7.1. Derechos de las partes frente al juez

La parte que desee dar inicio al proceso tiene indiscutiblemente el monopolio del ejercicio de la acción para solicitar la tutela de sus derechos subjetivos. Al mismo tiempo el demandado tiene el derecho de oponer las excepciones que considere ajustadas a derecho, allanarse a las pretensiones del actor, o bien concluir el litigio por medio de una transacción. Ambas partes también tienen derecho de aportar cualquier medio probatorio que consideren idóneo para acreditar la legitimidad de sus pretensiones. Ahora bien, cabe preguntarse si ese derecho habilita a las partes para influir en el juzgador frente a su iniciativa probatoria.

Debe considerarse que no existe impedimento legal para que las partes pudieran solicitar la intervención oficiosa del juez, ya que se estaría violando al derecho de petición consagrado en el artículo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El hecho de que el litigante tenga el derecho a solicitarlo no es discutible. La problemática se presenta cuando el juez contesta su petición rechazándola, en base a que su decreto es absolutamente potestativo y a criterio del juez. ¿Podría ser impugnada esta resolución por causarle agravio al

peticionario? La respuesta es que definitivamente no, en virtud de tratarse de potestades exclusivas del juez, que no proceden a instancia de parte.

También debe destacarse que el uso exclusivo de estas facultades exige una valoración previa, tanto del material probatorio aportado al proceso, como de los presupuestos procesales, atribuciones que le conciernen únicamente al juez, de tal forma que será el único facultado para decretar pruebas para mejor proveer.

Las partes tienen todo el derecho de aportar el material probatorio para comprobar sus afirmaciones, de tal modo que no hay razón para que el juez ordene la práctica de medidas probatorias a instancia de parte. Si bien es cierto que la parte peticionaria, confiesa la insuficiencia de las pruebas al solicitar la intervención oficiosa del juzgador, es función exclusiva del juzgador el valorarlas y considerar que el material probatorio aportado al proceso es suficiente o insuficiente para emitir un juicio al respecto.

3.2.7.2. Límites dentro del cual pueden actuar.

Aclarado el hecho de que el ejercicio de las facultades en estudio proceden de manera exclusiva a instancia del juzgador, es preciso determinar los alcances de actuación de las partes cuando éstas medidas han sido decretadas por el juez. En términos más claros, ¿procede la tacha de testigos, la recusación de peritos, impugnación de documentos, etc. contra las pruebas ordenadas de oficio por el juzgador?. No existe artículo expreso que solucione el planteamiento, sin embargo habrá que razonar la respuesta mediante la interpretación del artículo 279 del CPCDF el cual ordena: "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."¹⁴⁴ Lo anterior hace presumir las siguientes consideraciones: En primer

¹⁴⁴ Lo resaltado es mío.

lugar, se presume la buena fe y la imparcialidad del juez al ordenar la práctica de esta clase de medidas, por tal situación debe considerarse que su actuación es realizada con fundamento a la ley y no con el objeto de agraviar o beneficiar a una de las partes. En segundo término, las partes tienen derecho a ser oídas por el juez por lo que podrán alegar lo que a su derecho convenga al momento del desahogo de la prueba ordenada de oficio, sin que la misma pueda ser objetada en atención a que es una prueba ordenada a instancia del Jurisdicente y no de la contraparte, además de que se alargaría el procedimiento en forma innecesaria, ya que por un lado el Juzgador ordena la práctica de una prueba y por el otro las partes la objetarían. En tercer lugar, las partes pueden Impugnar la resolución que ordene la práctica de alguna prueba de oficio ya que permanece Intacto el principio de Impugnación, por lo que será el superior jerárquico quien confirmará, modificará o revocará la resolución emitida por el a quo.

Respecto a la actuación de las partes durante el desarrollo de estas medidas, es evidente que pueden y deben estar presentes al momento de su desahogo ya que tienen derecho de hacer manifestaciones sobre el particular, así como también pueden ser ellas quienes Intervengan de manera directa durante la práctica de la prueba oficiosa.

Finalmente debe hacerse hincapié que la Intervención oficiosa del Juez no debe afectar el principio de igualdad de parte, por lo que su afectación no podrá darse si al momento del decreto de una prueba oficiosa, el Juez ordena también la participación de las partes. De este modo, no existiría alteración a las formalidades del procedimiento puesto que el Juez, mediante el uso de las libertades que les son conferidas por el legislador en cumplimiento al principio de inmediación y dirección del proceso, es quien ordena la Intervención de las partes para el desahogo de la prueba con el fin de perfeccionar su instrucción y observar las manifestaciones juiciosas de las partes que el propio sentenciador puede tener interés en conocer. Privar a las partes para que sean oídas durante este tipo de actos probatorios significa la violación al principio de imparcialidad y equidistancia en el proceso, y contra esos principios no puede actuar el juez.

En conclusión, la naturaleza de la acción y el principio dispositivo consienten la ingerencia de las partes dentro de las diligencias probatorias que ordene el juzgador. Sin embargo, la actitud del juez respecto a la denuncia de las partes, quedará librada a su criterio por tratarse de una prueba aportada por él, de modo que no se le puede exigir que de curso a las objeciones. La participación de las partes será finalmente valorada a criterio del juzgador, teniendo las más amplias facultades para dictar las medidas necesarias con el objeto de no lesionar el derecho de las partes y procurando en todo su igualdad.

3.2.7.3. Deberes de las partes respecto al juez

El problema en turno radica en la colaboración que debe prestarse al juzgador en todos aquellos actos que considere necesarios para la producción de la prueba complementaria. No estando justificadamente impedidas, las partes deben concurrir a las diligencias y audiencias que fueren notificadas toda vez que el juez tiene poderes disciplinarios sobre las partes. Entre los deberes de acatamiento se encuentra también el de aceptar la resolución que deje sin efecto las multitudes medias en tanto no se haya verificado su diligenciamiento, en virtud de que son disposiciones que proceden únicamente a Instancia del Juez y éste puede dejarlas de ordenar en caso de que aún no hayan sido producidas.

3.2.7.4. Derechos y deberes de terceros

Los problemas planteados sobre el particular tienen menor trascendencia y una fácil solución. Consisten vgr., en que los testigos tienen el deber de comparecer bajo el apercibimiento de arresto o multa, los peritos deben dar cabal cumplimiento a las formalidades exigidas para la aceptación del cargo y cumplir con las exigencias de se leal desempeño. Los archivos y las Instituciones deben facilitar los documentos y la información que les sean requeridos El Ministerio Público debe comparecer cuando el juez lo requiera así como contestar cuando le

mande dar vista respecto alguna actuación o hecho suscitado. En resumen, los derechos y deberes de los terceros frente al juez no cambian mediante el decreto que ordene el desahogo de una prueba oficiosa. Las actuaciones y comportamientos deben ser las mismas que las ordenadas durante el desarrollo de un acto procesal ordinario.

3.2.8. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Conviene ahora estudiar cual medio de Impugnación es el procedente para impugnar una resolución que ordene la práctica de una diligencia probatoria a instancia del juez. Primeramente hay que identificar qué tipo de resolución se trata, de esta manera, el artículo 79 del CPCDF establece lo siguiente:

"Las resoluciones son:

- I.- Simple determinaciones de trámite y entonces se llamarán decretos;
- II.- Determinaciones que se ejecuten provisionalmente y que se llaman autos provisionales;
- III.- Decisiones que tienen fuerza de definitivas y que impiden o paralizan definitivamente la prosecución del juicio, y se llaman autos definitivos;
- IV.- Resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenando, admitiendo o desechando pruebas, y se llaman autos preparatorios;
- V.- Decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, que son las sentencias interlocutorias;
- VI.- Sentencias definitivas."

Es de concluirse que las resoluciones que ordenen una prueba para mejor proveer encuadran dentro de la fracción IV del artículo citado ya que ordenan la preparación de una media probatoria.

Ahora bien debe comprenderse que hay ocasiones en que el juzgador no requiere de una resolución previa para actuar de manera oficiosa, tal es el caso cuando decide interrogar libremente a las partes, testigos o peritos, al momento de la celebración de la audiencia de desahogo de pruebas, en donde su actuación se justifica, en absoluto uso de sus facultades y sin la necesidad de emitir un auto previo. Evidentemente el juez deberá ordenar que el resultado de esas actuaciones quede asentada en el acta que se levante con motivo de la verificación de la audiencia.

Habiendo determinado que se trata de un auto preparatorio, ahora debe buscarse qué medio de impugnación es el procedente por lo que el artículo 685 del CPCDF establece: "En los juicios en que la sentencia definitiva sea apelable, la revocación es procedente únicamente contra determinaciones de trámite en los términos del artículo 79 fracción I de este código. En aquellos casos en que la sentencia no sea apelable, la revocación será procedente contra todo tipo de resoluciones con excepción de la definitiva..."

Lo anterior hace concluir que siempre y cuando se trate de un proceso cuya sentencia definitiva sea apelable, procederá el recurso de apelación. Por el contrario, si la sentencia definitiva no es apelable, el recurrente podrá interponer el recurso de revocación con fundamento en el artículo 685 del CPCDF.

En caso de que el juez negare el recurso de apelación bajo el argumento de que es soberano dentro del ejercicio regular de estas diligencias, el apelante puede interponer el recurso de queja por denegada apelación ante el superior jerárquico en términos de los artículos 723, 725 y demás relativos al CPCDF, en cuyo caso se abocará al conocimiento del asunto, y ordenará al juez que remita su informe con justificación acompañando las constancias procesales respectivas y resolverá si la resolución impugnada es irregular y arbitraria o no lo es. En el primer supuesto, debe ordenar que el inferior suspenda la práctica de la medida ordenada; en el segundo supuesto, debe resolver que el a quo ha actuado dentro de sus funciones y desechar el recurso de queja.

CAPÍTULO CUARTO

LIMITES A LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ Y BENEFICIOS

4.1. PRINCIPIOS RECTORES

4.1.1. PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN DE LA PRUEBA POR PARTE DEL JUEZ

"La prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones." ¹⁴⁵

Vista desde el punto de vista de los litigantes, la prueba, en sí misma, consiste en la aportación de cualquier elemento que pueda causarle convicción al juez mediante las cuales se pretende la demostración de la afirmaciones de hecho manifestadas en los escritos de demanda, contestación y/o reconvencción según sea el caso. Ahora bien, no puede entenderse que la función del juez consiste exclusivamente en manifestarse conforme a lo que se dice probado por las partes, ya que es indiscutible que la prueba va dirigida al juez puesto que el objetivo de la etapa probatoria consiste en demostrarle la certeza de las declaraciones formuladas por las partes, que le permita crearse un juicio en relación a los acontecimientos de hecho que conforman la causa de pedir.

No es posible afirmar que las partes tengan el monopolio del material probatorio y que la función del juez se reduzca exclusivamente a emitir una sentencia de acuerdo a las probanzas ofrecidas por los litigantes. Como se ha podido constatar durante el desarrollo de este trabajo de investigación, el poder de disposición de la

¹⁴⁵ CONVERSEY, J.M. op.cit. Pág. 603.

prueba no es exclusivo de las partes, sino que es el juzgador quien tiene plena responsabilidad, poder de disposición y dirección de todos los medios de convicción aportados al proceso en base al principio de adquisición de la prueba al proceso y con fundamento en los artículos 60, 278 y 279 del CPCDF.

El principio de adquisición "provoca que una vez exhibida una constancia en el proceso o desahogada una prueba, ésta no pertenezca a la parte oferente, sino al proceso; por tanto, la prueba quedará en él aunque en lugar de favorecerle le haya perjudicado." ¹⁴⁶

Ahora bien, la función del juez consiste en allegarse de todo el material probatorio posible ofrecido por las partes y valorarlo en su conjunto conforme a las reglas de la lógica y experiencia, de tal manera que tendrá que "reconstruir" los hechos controvertidos tratando de encontrar una idea de cómo ocurrieron realmente los hechos, como si se tratara de un crucigrama por descifrar. Deberá, pues, darle el valor probatorio que a su juicio considere adecuado a cada prueba en lo particular y en su conjunto, fundamentando y motivando su decisión. De lo anterior, se percibe la plena disposición que tiene el juez del material probatorio para calificarlo según las reglas de la sana crítica y de su experiencia privada que como funcionario público ha adquirido.

La ley, por razones de conveniencia y celeridad procesal considera idóneo que sean las partes las encargadas de acreditar sus dichos por lo que se les atribuye la carga procesal de probar los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos de sus pretensiones. Mientras que el poder de aportación de la prueba por parte de los litigantes está dado por razones de conveniencia, derivadas de la circunstancia de que la parte está en mejores condiciones que el juez para poder demostrar con claridad los razonamientos en los que fundamentan sus alegaciones, no por ello se considera que los litigantes son quienes monopolizan la prueba dentro del proceso, ya que es el juez quien tendrá plena disposición de la misma, en virtud de que está dirigida a él.

Finalmente será el tribunal quien tenga la decisión en cuanto al valor probatorio que deba atribuírsele a la probanza, pudiendo complementar la información por

¹⁴⁶ TORRES Estrada, Alejandro, *"El juicio ordinario civil"*, Oxford, México, 2001, Pág. 82.

propia iniciativa con el fin de esclarecer cualquier duda respecto al esclarecimiento de los hechos.

El poder de disposición de la prueba por parte del juzgador está basado también en el principio de inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba y se fundamenta en el artículo 60 del CPCDF el cual señala que "Los Jueces y magistrados a quienes corresponda, recibirán por sí mismos las declaraciones, y presidirán todos los actos de prueba bajo su más estricta y personal responsabilidad". Del mismo modo señala el artículo 395 del código en cita: "Los tribunales deben dirigir los debates previniendo a las partes se concreten exclusivamente a los puntos controvertidos, evitando digresiones. Pueden interrumpir a los litigantes para pedirles explicaciones, e interrogarlos sobre los puntos que estimen convenientes, ya sobre las constancias de autos o ya sobre otros particulares relativos al negocio."

De la cita de éstos dos artículos se puede percibir quién es el que finalmente dispone del material probatorio. Si bien es cierto que son las partes quienes en un principio producen las pruebas que les pudieran favorecer, será finalmente el juez quien admita o deseche la prueba, ordene y dirija su desahogo, y, en caso de así creerlo conveniente, la complemente por propia iniciativa mediante el uso exclusivo de las facultades que le confiere el código.

"Así y no obstante que la vigencia estricta del principio dispositivo requeriría que se confiase exclusivamente a la iniciativa de las partes la posibilidad de suministrar la prueba indispensable para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, la generalidad de las leyes procesales, inclusive las más firmemente adheridas a dicho principio, admiten, en mayor o menor medida, que el material probatorio incorporado al proceso por los litigantes sea complementado o integrado por propia iniciativa del órgano judicial. (...)Es hasta cierto punto ilógico que el Juez carezca del poder indispensable para guiar hacia la verdad cualquier hecho en el que él haya

percibido la necesidad de una prueba más adecuada. La sentencia debe ser siempre la expresión de la verdad y de la justicia; si la primera no se ha esclarecido en el juicio, fatalmente la sentencia será injusta." ¹⁴⁷

Por ello, el juez debe tener el poder de disposición de la prueba para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando en todo momento el derecho de defensa de las partes así como de los principios rectores de la prueba procesal.

En resumen, quien en definitiva tiene el poder de disposición de la prueba es el juzgador, en virtud de que es su función presenciar las declaraciones, testimonios y cualquier diligencia de carácter probatorio, así como otorgarle el valor que le corresponde a cada prueba tanto en lo particular como en su conjunto.

El principio de disposición de la prueba por parte del juez consiste en que tenga pleno ejercicio de dirección y valoración de los medios de convicción aportados al proceso, no importando de qué forma hayan sido integradas dichas probanzas, ya sea a instancia de las partes o de él mismo. Este poder será limitado en la medida en que el principio rector de adquisición de la prueba al proceso lo permita. Lo anterior quiere decir que una vez ofrecidas las pruebas que los litigantes consideren idóneas y pertinentes, éstas pasarán a formar parte integral del proceso, por lo que, el juez, quien es el encargado de dirigirlo, asumirá el control absoluto del material probatorio pudiendo admitir aquellas pruebas que a su criterio sean idóneas y pertinentes, dirigir y ordenar su desahogo, con amplias facultades para complementarias total o parcialmente, y por último, otorgándole el valor probatorio correspondiente a todos y cada uno de los medios de convicción, primero en lo individual y luego en su conjunto.

4.1.2. NO DEBEN CONSTITUIR LA PRETENSIÓN DE UNA DE LAS PARTES

Para que la iniciativa probatoria del juez no genere como efecto contrario a la justicia el hecho de que mediante su ejercicio se constituya proplamente la

¹⁴⁷ CONVERSEY, J.M, op. cit., Págs. 600 y 601.

pretensión de alguna de las partes, debe plantearse primeramente si es factible la coexistencia del principio dispositivo junto con los poderes del juez. La problemática a resolver radica en que una vez que el legislador ha proveído de poderes tan amplios al juez, como los ya analizados artículos 278 y 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, éste tenga límites que lo detengan en sus investigaciones, o bien, si por el contrario, su intervención no se encuentra limitada en razón de que su función es la de representar al Estado en la administración de justicia.

De esta manera, es necesario determinar si esa compatibilidad permite una armónica estancia entre el principio dispositivo y las facultades probatorias del juzgador dentro del proceso.

En primer lugar no se viola el aforismo denominado *nemo iudex sine actore*, relativo a la ausencia del proceso cuando no existe demanda previa, o no haya una acción ejercitada por aquella persona que pretenda hacer valer un derecho subjetivo. Se considera total y absolutamente contrario a la naturaleza tanto del proceso en sí, como del derecho subjetivo material, la posibilidad de que el juez inicie oficiosamente un proceso civil. Al respecto señala el artículo 1o del CPCDF: "Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario. Podrán promover los interesados, por sí o por sus representantes o apoderados, el Ministerio Público y aquellos cuya intervención esté autorizada por la Ley en casos especiales."

Del anterior artículo se pone de manifiesto que el juzgador no puede iniciar un proceso sin que previamente no se haya ejercitado una acción por alguna persona que pretenda hacer valer un derecho subjetivo material, en virtud de la falta de interés jurídico existente para resolver una controversia. Por tal situación, si no existe acción previa, el juez estará impedido para iniciar un proceso.

En segundo lugar debe hacerse notar que la configuración del objeto del proceso corresponde únicamente a las partes, quienes aportarán todos y cada uno de los hechos que sean objeto de prueba, así como aquellos fundamentos y bases de derecho que a su juicio legitimen el ejercicio de su acción. Esto quiere decir que el

Juzgador no puede aportar en forma directa un hecho principal que no sea alegado por al menos una de las partes. Las facultades probatorias no podrán ser ejercitadas fuera del ámbito del objeto del proceso, el cual es configurado exclusivamente por los litigantes en atención al principio dispositivo. "Tal principio es recogido por el derecho contemporáneo: en un determinado momento procesal deben quedar fijados, por las partes, los hechos sobre los cuales debe pronunciarse el Juez. Esta fijación vincula al Juez en cuanto a los límites de su pronunciamiento."¹⁴⁸

Es de concluirse, como se manifestó líneas arriba¹⁴⁹ que la carga de concretar lo que se pide, debe incumbirle al actor o bien al demandado en caso de que presente una reconvencción, en virtud de que "una demanda sin petición o sin petición determinada - por ejemplo, la de que se resuelva "lo que en derecho proceda" o algo semejante - no es admisible en nuestro sistema jurídico (y en prácticamente todos los del llamado mundo occidental)."¹⁵⁰

Lo anterior no significa una imposición al actor a la sujeción de severas formalidades para que manifieste lo que pretende, pero si es necesario establecer la carga de pedir una concreta tutela jurisdiccional al momento de iniciar el proceso, ya que de lo contrario el juzgador se vería imposibilitado para dictar una sentencia congruente a las peticiones de las partes.

Por consiguiente, la demanda, la contestación de la demanda y en su caso la reconvencción determinan los únicos momentos procesales en los cuales las partes pueden hacer alegaciones relativas al fondo del negocio, teniendo el juzgador el deber de sujetarse a lo narrado en los citados escritos.

En tercer lugar debe advertirse la inviolabilidad del aforismo *Ne eat iudex ultra petitia partium*, es decir, que el juez no puede excederse en su decisión, ya que no está facultado para decidir más allá de lo solicitado (*ultra petitia*), ni otorgar una prestación distinta a la solicitada por los contendientes (*extra petitia*).

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ, José op.cit., Pág. 9.

¹⁴⁹ Ver Supra, Apartado 2.1.1.3.1. de este trabajo de Investigación.

¹⁵⁰ DE LA OLIVA, Santos, Andrés e Ignacio Díez Picazo Giménez, *"Derecho procesal: el proceso de declaración"*, op.cit. Pág 6.

Así, puede afirmarse que no existen violaciones considerables al principio dispositivo, ya que en todo momento mediante el ejercicio de las facultades probatorias del juez, se respeta el derecho subjetivo de la persona.

Permitirle al Juzgador que inicie de oficio un proceso, sería acabar con la base misma del principio en comento. Igualmente, la imposibilidad de que el juez incurra en *ultra o extra petita* otorga una garantía de que la actividad probatoria no constituya propiamente la pretensión de una de las partes, en virtud de que no pueden cambiarse los términos del objeto del proceso.

La necesidad de la afirmación unilateral y la suficiencia de la afirmación bilateral para que un hecho sea puesto en la sentencia es realmente, por lo que atañe al hecho principal, un reflejo del principio *ne procedet iudex ex officio y ne eat iudex ultra petita partium*. Principalmente, porque la afirmación del hecho constituye el presupuesto de la norma a realizar, debe contenerse éste en la demanda o en la contestación, por lo que el juez que ponga en la sentencia un hecho constitutivo y no afirmado, "realizaría una norma sin demanda, o según la expresión de la ley, *pronunciaría sobre cosa no demandada.*"¹⁵¹

Sin embargo, la problemática se desarrolla al referirse al aforismo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, esto es, que el juez debe decidirse según lo alegado y probado por las partes. Lo anterior debe aceptarse como una generalidad ya que son las partes las encargadas de probar los hechos constitutivos de sus pretensiones. No obstante, la naturaleza de la iniciativa probatoria del juez es propiamente la de complementar el material probatorio, por lo que debe aceptarse como excepción siempre y cuando se presenten los presupuestos y requisitos necesarios para su ordenamiento.

Calamandrei ha planteado el problema refiriéndose a que el apotegma citado "afiora la descomposición del trabajo que la parte debe realizar para obtener el juicio definitivo del Juez sobre la verdad de los hechos en dos momentos lógicos y cronológicamente distintos: primero alegar los hechos como ya ocurridos, describiéndolos en sus circunstancias; y después, en un segundo tiempo,

¹⁵¹ CARNELUTTI, Francesco, op.cit. Pág. 12.

probarlos, es decir, demostrar al Juez que la alegación corresponde a la verdad"¹⁵² de esta manera, continúa, "la posibilidad de la descomposición de la actividad de las partes en dos momentos, comienza por hacernos dudar de la exactitud de un principio que pretende envolver con una sola regla dos situaciones sustancialmente distintas."¹⁵³

En efecto, son sustancialmente distintas el deber de las partes de alegar los hechos constitutivos y del juez de pronunciarse sobre ellos, a la circunstancia de que el propio tribunal deba sentenciar exclusivamente conforme a lo acreditado mediante las pruebas ofrecidas por las partes.

Por lo anteriormente expuesto, es factible la coexistencia armónica del principio dispositivo con la actividad oficiosa del juzgador, y por consiguiente, el ejercicio de sus facultades probatorias no constituirán propiamente la pretensión de alguna de las partes, siempre y cuando, sean respetados los presupuestos necesarios para su decreto y desahogo. La participación activa del juez no es en modo alguna excluyente al principio dispositivo y de aportación de parte, toda vez que están claramente definidas las funciones de las partes y del juzgador. Las primeras deben aportar el material probatorio y demostrar los hechos constitutivos o impositivos de sus pretensiones; mientras que el segundo debe disponer del material probatorio y de ser necesario, complementarlo, para dictar una sentencia justa.

4.1.3. NO DEBE SUPLIR LA DEFICIENCIA O NEGLIGENCIA DE LAS PARTES

La institución de la suplencia de la deficiencia de la demanda pertenece al genero *iura novit curia*, es decir, que el juez conoce el derecho y debe aplicarlo aun cuando las partes no lo invoquen con la finalidad de corregir los excesos que implicaba el que el juzgador se sujetase estrictamente a los términos de la demanda sin poder ampliar ni suplir nada en ella. Se puede definir a la suplencia de la queja como "el conjunto de atribuciones que se confieren al juez ... para

¹⁵² Citado por RODRÍGUEZ, José. op. cit., Pág. 12.

¹⁵³ Idem.

corregir los errores o deficiencias en que incurran los reclamantes que por su debilidad económica y cultural, carecen de un debido asesoramiento, y que puede extenderse, como ocurre en el proceso social agrario, a los diversos actos procesales de la parte débil incluyendo el ofrecimiento y desahogo de los medios de prueba." ¹⁵⁴

No toda deficiencia (omisión o imperfección) de una demanda comenta Burgoa, "es susceptible de suplirse por el órgano de control en ejercicio de la facultad respectiva, sino sólo cuando es deficiente (omisa o imperfecta) en lo que concierne a las consideraciones impugnativas de los actos reclamados, o sea, en el aspecto que se refiere a la argumentación jurídica..." ¹⁵⁵

En materia de amparo, una demanda únicamente puede ser suplida en lo que atañe a los conceptos de violación, bien sea que no estén debida, clara o completamente desenvueltos o que falten total o parcialmente.

Por ende, la suplencia de una queja deficiente importa para el juzgador, la potestad de perfeccionar, aclarar o completar los hechos y fundamentos expuestos por alguna de las partes, o de formular consideraciones oficiosas de los hechos y pretensiones reclamadas que no se contengan en la demanda. La facultad de suplir la deficiencia de la queja no comprende por consiguiente, la de perfeccionarla o integrarla en aquellos aspectos que no se refieran a los argumentos de hecho y de derecho expuestos por las partes, o sea, que el órgano de control no debe, a pretexto o con motivo de su ejercicio, ampliar la demanda. Además, comenta Burgoa, "si la finalidad de la suplencia de la queja deficiente consiste en la concesión del amparo por consideraciones oficiosas que se formulen en la sentencia constitucional, es evidente que su ejercicio supone necesariamente la procedencia del juicio de garantías de que se trate. Dicho de otra manera, en un amparo afectado por cualquier causa de improcedencia, no se puede desplegar la consabida facultad por el órgano de control, ya que este sólo es susceptible de desempeñarse en cuanto a la cuestión constitucional planteada

¹⁵⁴ **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO**, Tomo P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 11a Ed., Porrúa, México 1998, UNAM, Pág. 3017.

¹⁵⁵ **BURGOA**, Orhuela Ignacio, "*Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*," 6a Ed. Porrúa, México, 2000, Pág. 414.

para otorgar la protección federal, cuestión que nunca puede abordarse en Juicio de garantías improcedente. En conclusión, la citada facultad no autoriza al juzgador de amparo para salvar ninguna causa de improcedencia." ¹⁶⁶

Lo que se pretende dejar comprendido mediante el estudio analógico entre la suplencia de la queja en materia de amparo y la suplencia de la deficiencia o negligencia de una parte en el proceso civil, es el hecho de que la actividad probatoria de los jueces en el proceso civil siempre debe tener lugar a partir de las pruebas que fueron previamente ofrecidas por las partes, por lo que la idea de aportar oficiosamente una probanza sin que medie una razón de complementar o esclarecer algún otro medio probatorio significaría ya no el ejercicio de la iniciativa probatoria del juez, sino la de suplir la deficiencia o negligencia de los litigantes. Lo anterior no es aplicable en materia de familia, puesto que el propio CPCDF en su artículo 941 expresamente permite la suplencia de las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho.

Por otro lado, para Sentís Melendo, la negligencia de una parte no puede obligar al Juez a abstenerse de la verificación de la verdad de sus proposiciones ya que "el Juez no debe contemplar el interés de la parte, sino el de la justicia. Y si cree que una medida puede contribuir a esclarecer la verdad de los hechos, no debe detenerlo el pensamiento de que con ello está supliendo la negligencia de una de las partes." ¹⁶⁷

Así pues, debe tenerse mucho cuidado al delimitarse el ámbito de actuación del juzgador. Si no existen los presupuestos y requisitos necesarios, la actividad probatoria del juez no puede llevarse a cabo, de la misma manera en que deben reunirse determinados presupuestos procesales para que, en materia de amparo, pueda emplearse al suplencia de la queja.

La función del juez no consiste en suplir la actividad negligente del litigante, sino complementar los medios de prueba que le permitan dictar una sentencia justa, apegándose estrictamente al objeto del proceso, esclareciendo las dudas que le surjan durante el desarrollo de la instrucción.

¹⁶⁶ *Ibidem*, Pág. 415.

¹⁶⁷ Citado por RODRÍGUEZ, José. op. cit., Pág. 64.

La suplencia de la deficiencia de la demanda es posible cuando en el asunto se vean afectados el interés de un incapaz, el interés del Estado, o bien, al resolverse una controversia familiar.

4.1.4. EL JUZGADOR NO DEBE INTRODUCIR HECHOS QUE NO ESTÉN DENTRO DEL OBJETO DEL PROCESO

El tribunal puede aportar hechos nuevos que no hayan sido alegados formalmente por ellas en los escritos introductorios del proceso, mediante el decreto de una prueba de oficio, siempre y cuando sean hechos accesorios, es decir, que en sí no sean constitutivos de la pretensión, sino que puedan ser de alguna manera deducidos de otros hechos ya alegados. Es preciso aclarar que el medio para aportar tales hechos denominados también como accesorios, no es el juez en sí mismo, sino la prueba oficiosa. Lo anterior quiere decir que la aportación de hechos secundarios dependerá del resultado de la práctica probatoria que haya sido ordenada por el jurisdicente, siempre y cuando estos hechos puedan ser deducidos de aquellos considerados como constitutivos, impeditivos o extintivos y que se encuentran configurados dentro del objeto del proceso. De esta forma:

“Es preciso reconocer sin tapujos que el Juez mediante las medidas para mejor resolver, incursiona activamente en el campo de los hechos, sin dejarse arrastrar por la relación que de ellos le expongan las partes litigantes. (...) Ante los hechos no alegados formal y expresamente por las partes, pero que constaren de los autos y fueren justificativos de la pretensión o de su oposición y no constitutivos de nuevas pretensiones u oposiciones, el juez podría hacer uso de las medidas para mejor resolver para la prueba de ellos, teniendo en vista la solución justa de un conflicto. (...) Ciertamente que los hechos secundarios o alegaciones equivalentes podrán aparecer con motivo de las pruebas decretadas por el magistrado, pero

siempre en la medida que tales pruebas hayan sido ordenadas en casos de pruebas oscuras o dudosas previamente rendidas por los litigantes. O sea, estimamos que la finalidad esclarecedora se mantiene." ¹⁵⁸

El medio idóneo para hacer ingresar a los hechos secundarios es precisamente la prueba. Pero hay que determinar si sólo es posible Ingresarlos a través de la prueba ofrecida por los litigantes, o bien, también pueden ser ingresados por medio de la prueba decretada de oficio por el tribunal. Uno de los más fervorosos partidarios de que los hechos secundarios puedan ser allegados a la causa en forma directa por medio de la actividad probatoria del tribunal es el colombiano Hernando Devis Echandía quien afirma lo siguiente: "En el sistema colombiano puede decirse que la presentación o solicitud de prueba, por cualquiera de las partes sobre los hechos accesorios que fundamentan las peticiones de la demanda y todos los que configuran excepciones, significa su alegación oportuna: cuando el juez las practique de oficio, no existe alegación implícita y sólo cabe hablar de que la prueba suple su afirmación" ¹⁵⁹

De conformidad a lo postulado por Devis Echandía, el juzgador podría decretar las pruebas de oficio que considere oportunas para acreditar tanto hechos considerados como accesorios como aquellos que sean constitutivos de la pretensión, siendo esto último incorrecto, ya que las acciones y excepciones que sean impeditivas o extintivas deberán ejercitarse u oponerse y, consecuentemente, probarse por la parte interesada. Otra cosa sería en caso de que, habiendo sido ejercitada oportunamente la acción, o bien, opuesta la excepción, ésta no haya sido claramente acreditada por alguno de los medios probatorios producidos por la demandada, situación que coloca al juzgador en posibilidades para solicitar la ampliación o complementación de la prueba, y , ahora sí, aportando material probatorio que permita aclarar un hecho extintivo o impeditivo de la acción intentada en juicio.

¹⁵⁸ MENESES Pacheco, Claudio, *"Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil"* Jurídica Conosur Itda, Santiago de Chile, 2001, Pág. 138-139.

¹⁵⁹ DEVIS Echandía, Hernando, *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, op.cit. Pág. 190.

No puede aceptarse que el juzgador ordene este tipo de prácticas probatorias en total ausencia de la actividad probatoria de las partes, ya que ello significaría una suplencia a la deficiencia o negligencia de ellas, además de que se le estaría dejando la puerta abierta a los jueces para que pueden investigar cualquier hecho que creyeran conveniente. Con ello, se desplomaría el sistema predominantemente dispositivo que rige al proceso en estudio y lo más probable es que también se vería afectada la imparcialidad del juez. Como bien indicó Sentis Melendo: "el juez no debe plantearse problemas sino resolver los que, en uso de su perfectísimo derecho y en virtud de que no se puede tomar la justicia por su mano, los litigantes le someten."¹⁶⁰

En efecto, el deber del juzgador es conocer las contiendas para resolverlas conforme a derecho, y con el fin de conocerlos mejor es que existen las potestades probatorias. Esto es diferente a que directamente puedan incorporar hechos a la causa, desentendiéndose por completo del objeto del proceso.

Los hechos secundarios puedan ser ingresados por medio de las pruebas de oficio bajo los presupuestos ya estudiados, siempre y cuando se hayan producido por los contendientes pruebas relacionadas con los hechos principales, y que del resultado de ellas, se ordene de oficio la ampliación o esclarecimiento de un hecho accesorio que pueda ser deducido del principal.

Los hechos constitutivos, extintivos o impeditivos de la pretensión, únicamente podrán ser materia de prueba de oficio, mediante la complementación del juez de las pruebas aportadas previamente por las partes al juicio y que los hechos por confirmar hayan sido alegados por las partes.

4.1.5. RESGUARDAR EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PARTES

El juez, al disponer de las diligencias probatorias, debe respetar el derecho de defensa de las partes. Este derecho de defensa se respeta precisamente mediante el control que tienen las partes sobre el trámite de sus propias pruebas

¹⁶⁰ Citado por RODRÍGUEZ, José. op. cit. Pág. 65.

aportadas, así como de la facultad de aportar prueba en contrario (principio de contradicción) y de su derecho a impugnar las resoluciones dictadas por el juez.

La iniciativa probatoria del juez, considerada como un medio de salvaguarda de los intereses públicos tales como la búsqueda de la verdad y de la emisión de una sentencia más acorde con la realidad, no tiene por qué desvirtuar la naturaleza de los derechos procesales de los litigantes.

"La afirmación de que las partes son las que están más próximas a sus derechos y a los hechos, no conlleva a negar la participación del juez en la actividad probatoria, puesto que ello se ha reconocido al establecer la carga de la prueba (...) y porque la actividad del juez en materia de prueba no perturba la mejor posición que puedan tener las partes." ¹⁶¹

Dentro del proceso el juez no puede adoptar una posición pasiva presenciando como la parte más habilidosa para manipular los medios de prueba en perjuicio de la contraparte y de la verdad material, obtiene mejores resultados, bajo el resguardo de la supuesta igualdad de las partes y de la imparcialidad del juzgador. No es posible afirmar que el juez actúa en forma imparcial y con apego al principio de igualdad, habiéndose percatado de las manipulaciones de las pruebas producidas, sin hacer nada al respecto, o bien, cuando a su criterio, la prueba aportada no esclarece el punto controvertido en cuestión.

Al regular el CPCDF la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional, no se está actuando en contra de los derechos de las partes, toda vez que el reconocimiento de ese derecho no importa el otorgamiento de un monopolio respecto a la prueba en el proceso. "La índole de las acciones deducidas determina que las facultades del Juez deban adaptarse a la clase de derecho subjetivo material que se debate en juicio. Es decir, que el mecanismo del proceso ha de estar condicionado por el carácter de los derechos particulares que se hacen valer en el mismo. (...) Si es cierto que el resultado de una medida puede perjudicar a una parte, no lo es menos que al interés de la justicia no le resulta perjudicial conocer la verdad." ¹⁶²

¹⁶¹ CONVERSEY J.M., op. cit. Pág. 606.

¹⁶² RODRÍGUEZ, José. op. cit. Pág. 54 y 55.

Para Colombo "lo que interesa a la ciencia procesal contemporánea no es la relación jurídica-material hecha valer en juicio, la cual puede tener las implicaciones que se quiera, sino la relación jurídico-procesal, la cual siempre será pública, sin posibilidad de derogación alguna a este principio."¹⁶³

La conclusión que se deriva de esta premisa consiste en que dependerá del caso concreto controvertido, es decir, de la configuración del objeto del proceso examinando, la relación de derecho material que ha sido sometida a su conocimiento, para determinar en qué forma puede el juzgador hacer uso de sus facultades sin que su ejercicio conlleve a la afectación de los derechos de los particulares.

4.1.6. OBSERVAR LA MAS ESTRICTA IMPARCIALIDAD

La credibilidad del proceso como instrumento de solución de conflictos de intereses depende esencialmente de su capacidad para ofrecer a los respectivos titulares una perspectiva de ecuanimidad. La igualdad de partes se debe traducir en igualdad de riesgos y de ventajas para alcanzar la victoria.

"En el desarrollo de la actividad procesal, la tónica de nuestra problemática recae sobre la igualdad de oportunidades. Hay que asegurar a ambas partes el poder de influir igualmente en la marcha y en el resultado del pleito. Por ende, ambas deben tener las mismas posibilidades de actuar y también quedar sujetas a las mismas limitaciones."¹⁶⁴

La imparcialidad del juzgador no puede significar indiferencia ni mucho menos pasividad en cuanto a su actuación, ya que no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa. Consecuentemente, está obligado a utilizar los medios necesarios para decidir bien. Carece de argumento la afirmación de que el juez viola el principio de imparcialidad al ordenar una prueba de oficio, ya que solamente está ejerciendo los poderes otorgados por el código. El deber del

¹⁶³ Citado por *Ibidem*, Pág. 57.

¹⁶⁴ BARBOSA Moreira, José Carlos *"La igualdad en el Proceso Civil"*, en *"Estudios en Homenaje al Doctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas"*, Tomo III, UNAM, México, 1998, Pág. 1650.

juzgador consiste en todo momento en respetar las garantías de defensa de las partes. De esta forma, el juzgador debe tomar las iniciativas que le parezcan indispensables en miras a la aclaración de los hechos, a pesar de que el éxito de las providencias de Instrucción por él ordenadas venga a beneficiar, en definitiva, a uno de los litigantes. De lo contrario, también la abstención del órgano judicial, comprometería su imparcialidad, en tanto y en cuanto resultaría benéfica para la otra parte su pasividad. Así:

"consideran que la protección de la imparcialidad del juez es el fundamento más serio que justifica la actitud pasiva del juez para practicar pruebas no propuestas por las partes. Ahora, no cabe duda alguna de que el juez debe ser imparcial en la decisión. Esa imparcialidad es consustancial al concepto de jurisdicción y no puede asimilarse al de neutralidad, que coloca al magistrado como un mero espectador en el proceso, a las resultas de la actividad de las partes. La imparcialidad asegura una sentencia justa, mientras que la neutralidad solamente garantiza el mero control del juez, sin que ello implique la justicia del acto. (...) En primer lugar cuando el juez decide llevar a cabo esa actividad no "se pone" a favor o en contra de una de las partes, pues no sabrá a quien beneficia ni perjudica, sino que su objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional que la Constitución le asigna. Si el juez ordena la prueba pericial no sabe cual va a ser su resultado, o si llama a prestar declaración testimonial no sabe que va a declarar el testigo. El fundamento de ésta iniciativa probatoria se encuentra en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, en la búsqueda de la convicción judicial, es decir de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio." ¹⁶⁵

¹⁶⁵ CONVERSEY, J.M. op. cit. Pág. 604.

4.1.7. DEBER DEL JUZGADOR DE OBSERVAR LAS REGLAS GENERALES EN MATERIA PROBATORIA PARA QUE LA PRUEBA APORTADA POR ÉL SEA CONSIDERADA COMO VÁLIDA

Debe concebirse que la prueba debe ser reglamentada de manera que se le otorgue tan solo valor a aquellos elementos de convicción que lleguen al proceso mediante el procedimiento que ordena la ley. El tema de este apartado consiste en plantear cuáles son las formalidades y requisitos que deben ser respetados para que la prueba aportada por el juez sea considerada como válida. En este sentido, la problemática se plantea desde dos puntos: uno general y otro especial o particular. El primero se presenta en relación al conjunto de reglas comunes para la aportación de la prueba en general. El segundo consiste en el mecanismo procesal que requiere cada prueba en lo particular.

De esta manera, todo lo relativo a la aportación de la prueba, su oportunidad para recibirla, idoneidad, eficacia y pertinencia constituyen los requisitos generales, mientras que el funcionamiento de cada medio de prueba en lo particular, ya sea instrumental, confesional, testimonial, inspección, etc. constituye el aspecto particular del problema.

En primer lugar, se tiene comprendido que el procedimiento probatorio se divide en las siguientes etapas: ofrecimiento, admisión, preparación, desahogo y valoración. El ofrecimiento de prueba consiste en "un anuncio de carácter formal...No existe para tal actitud una fórmula sacramental."¹⁶⁶

Según Goldschmidt la proposición de la prueba "es el ofrecimiento formulado por una parte de probar un hecho concreto mediante determinado medio de prueba."

¹⁶⁷

La aportación de la prueba se puede dividir en proposición y producción de la misma. Los actos por los cuales se preparan los medios de prueba, no son parte de la aportación de la prueba, sino que su finalidad es su adecuado desahogo. "Estos actos preparatorios no son actos de obtención, es decir: no han de influir

¹⁶⁶ COUTURE, Eduardo J., *"Fundamentos de derecho procesal civil"*, op.cit., Pág. 205.

¹⁶⁷ GOLDSCHMIDT, James, *"Teoría General del Proceso"*, Labor, Madrid, 1936, Pág. 132.

psíquicamente sobre el juez, sino que son actos reales (por ej. la presentación de documentos) o participaciones de voluntad (por. ej. la citación de los testigos). Es decir, son actos de causación, sean de las partes o del juez." ¹⁶⁸

En cuanto a la admisión de una prueba aportada por alguna de las partes para el estudio de su contenido, puede ser denegada por el juez en los casos de incumplimiento de alguna formalidad o carga procesal que como presupuesto sea necesaria. De este modo, la exhibición de documentos generalmente no es admisible después de la presentación de la demanda o de la contestación, salvo el caso de consistir prueba superveniente. Asimismo, el código procesal dispone de un término probatorio para realizar formalmente el ofrecimiento de los medios de convicción.

En el caso de la prueba de oficio, la aportación y producción probatoria por parte del juzgador no está sujeta a término probatorio alguno, siempre y cuando no se haya dictado sentencia. Los requisitos de admisibilidad se limitan a que la prueba verse sobre algún hecho narrado en los escritos de integración de la litis y que sea derivada en forma inmediata de una prueba aportada por los litigantes. Tales son los casos cuando el juez pregunta libremente a las partes o a testigos, o bien realiza preguntas a los peritos sobre los dictámenes emitidos.

Para el caso de la prueba aportada por el juez, ésta se considera ofrecida, al momento en que el juez da noticia o anuncio a los demás sujetos procesales, de que su práctica ha sido ordenada. Ahora bien, respecto a los requisitos de admisibilidad, no es necesario que la relacione en forma pormenorizada con los hechos que desea demostrar tal y como lo prescribe el artículo 291 del CPCDF mismo que en su primera parte así lo estipula en relación a las pruebas ofrecidas por los litigantes: "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..."

Es el caso que el juez no tiene esta carga procesal debido a la naturaleza complementaria de la actividad probatoria que tiene a su cargo y de que en momento alguno puede tener certeza del hecho a probar. "La proposición del

¹⁶⁸ *Idem.*

medio probatorio no contiene tampoco una afirmación, es decir, una participación del conocimiento de ciertos hechos, sino a lo sumo la promesa tácita de que la producción de la prueba propuesta confirme el hecho a probar." ¹⁶⁹

Quizás pueda tener el juez alguna idea del resultado de la prueba, pero definitivamente no tiene certeza de cuál será el hecho a probar, en razón de que no tiene conocimiento de la veracidad de los hechos controvertidos. Lo esencial para una petición de prueba, concluye Goldschmidt, "es únicamente, la proposición del hecho a probar, la cual admite, ciertamente, un juicio de concluyencia, pero no con respecto a la petición de prueba, y, además, la proposición del medio probatorio, la cual no admite un juicio de concluyencia (diagnóstico hipotético), sino de idoneidad (pronóstico). En suma, a la llamada petición probatoria se aplican los principios que rigen las proposiciones de prueba." ¹⁷⁰

En consecuencia, la misión del juez no es en sí demostrar hechos en forma directa, supliendo la actividad probatoria de los litigantes, sino complementar o adicionar la información que parte inicialmente de las partes. Serían casos de extraordinaria excepción el que el juzgador ordene la práctica de una prueba que no parta inicialmente del material proporcionado por los contendientes, tales son los casos en que pudiera verse afectado directamente un derecho de un incapaz, en materia de derecho de familia o bien de la preeminencia de un interés superior del Estado.

El petitorio o solicitud de admisión de un medio probatorio, dice Couture, "responde al concepto de que la prueba se obtiene por mediación del juez. Éste es el intermediario obligado en todo el procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin la participación del magistrado." ¹⁷¹

Siendo obvio que en este caso es el propio juez quien aporta la prueba, resultaría incongruente que posteriormente la deseche. En conclusión, para que una prueba oficiosa pueda ser aportada válidamente al proceso, únicamente debe ser

¹⁶⁹ Goldschmidt James, op. cit. Pág. 144.

¹⁷⁰ *Ibidem*, Págs. 144-145.

¹⁷¹ Couture Eduardo J., *"Fundamentos de derecho procesal civil"*, op. cit., Págs. 205 y 206.

mencionada y anunciada por el juez, dándole noticia a las partes, para que se puedan presentar al momento de su desahogo, siendo factible que su práctica sea ordenada en el mismo momento en que las partes comparezcan en la audiencia de desahogo de pruebas.

Expuesto lo anterior, continúa el estudio en razón a la fiscalización de la prueba de oficio, el cual consiste en los aspectos de oportunidad, congruencia, eficacia, idoneidad, inmediatividad, pertinencia y fundabilidad que debe contener la prueba que es ofrecida por el juzgador. Por un lado, la oportunidad de la prueba radica en el momento procesal en que debe ser ordenada. Un ejemplo radica en las preguntas que el juez puede hacerle a las partes, testigos y peritos, en el preciso momento en que son desahogadas dichas probanzas. Posiblemente resultaría cansado y tedioso para el buen desarrollo del proceso y afectando el principio de economía procesal, el hecho de que el juez vuelva a ordenar la comparecencia de los testigos, peritos o bien de las partes, si pudo haber ejercitado su actividad probatoria al momento de la primera comparecencia de aquellos.

Ahora bien, para que la prueba oficiosa resulte válidamente aportada a los autos, debe partirse de que la prueba primaria aportada por una de las partes, de donde sea consecuencia la función complementaria del juez, haya cumplido con los requisitos formales estipulados para su admisión. Resulta claro, que las formalidades en razón a los requisitos de admisibilidad de las pruebas rigen únicamente a las partes y no al juez, no obstante, si el juez desechó previamente la prueba del litigante, resultaría incongruente su actuación si decidiese complementarla.

La eficacia de la prueba de oficio constituye otro requisito indispensable para la validez de la prueba del juez y consiste en que no sea aportada y producida a espaldas de los litigantes, es decir, que no sea violado el principio contradictorio, en razón de que sea posible la oposición de la parte que eventualmente puede ser perjudicada, es decir, que se le permita ser oída y oponerse a la misma.

La prueba oficiosa será idónea siempre y cuando ésta pueda demostrar lo que se pretende, esto quiere decir que tengan la suficiente fuerza para crearle convicción al juzgador respecto a un hecho controvertido. Así pues, no sería idóneo el simple

testimonio respecto a la autenticidad de una firma plasmada en un documento cuando ésta es objetada, sino que será preciso crearse convicción mediante un peritaje en materia de caligrafía y grafoscopía.

La inmediatitud consiste en que el recibimiento a prueba requiere de que los medios de convicción, así como todos los medios probatorios que vayan a tener contacto con el juez, deben ser producidos en forma directa ante el juez.

La pertinencia radica en razón de que la prueba oficiosa debe referirse de manera correcta a hechos controvertidos, esto quiere decir, que no se refiera a hechos notorios, hechos confesados o hechos constitutivos o impeditivos que no se encuentren delimitados dentro del objeto del proceso. "Por tanto se puede decir que la pertinencia de los hechos afirmados constituye la *causa efficiens* del carácter concluyente de una petición y la *condicio sine qua non* respecto a la idoneidad de una proposición de prueba. El requisito de que las proposiciones de prueba hayan de ser idóneas es correlativo del requisito establecido para las peticiones, que necesitan ser concluyentes, y para las afirmaciones que han de ser pertinentes." ¹⁷²

La fundabilidad se considera cuando un medio probatorio es apropiado para crear convicción al juzgador según Goldschmidt, "Se entiende fundada una producción de prueba, es decir, apropiada por su contenido para obtener la resolución judicial apetecida, cuando es convincente, esto es, cuando el medio de prueba aducido para el hecho a probar tiene fuerza probatoria. La fuerza probatoria de la producción de la prueba cumple el segundo requisito de la fundabilidad de la aportación de la prueba, la cual corresponde a la comprobación de las peticiones y afirmaciones. La decisión sobre la fundabilidad de una producción de prueba coincide con la apreciación judicial de la misma y se hace en los motivos de la resolución que decide el procedimiento probatorio, por lo regular en los de la sentencia." ¹⁷³

¹⁷² GOLDSCHMIDT James, op. cit. Págs. 141-142.

¹⁷³ *Ibidem*, Pág. 147.

En resumen, la fundabilidad se compone del conjunto de todos los requisitos anteriormente enunciados: oportunidad, congruencia, eficacia, idoneidad, inmediatez y pertinencia.

La etapa del desahogo o diligenciamiento podría resumirse como "el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para trasladar hacia el expediente los distintos elementos de convicción propuestos por las partes."¹⁷⁴

Finalmente, dentro de los caracteres generales e inherentes a todos los medios de prueba, existen requisitos particulares del procedimiento respecto a cada medio de prueba en lo particular. De esta forma, es suficiente con analizar los elementos esenciales de cada uno de los medios probatorios y advertir cuáles son las circunstancias especiales de fiscalización. Así pues, no es posible cuestionar a un testigo o perito, si el primero no fue citado legalmente y el segundo no haya protestado su cargo y leal desempeño.

En conclusión, serán tan diferentes los procedimientos particulares que puedan hacerse valer en razón a los medios de prueba que pueden ser proporcionados al proceso. "Los poderes de fiscalización de que ya se ha hablado, se ejercen de diferentes maneras en uno y otro caso, porque también diferentes son los riesgos y la eficacia de cada uno de esos medios de prueba."¹⁷⁵

4.2.- ALCANCES

4.2.1. COMPLEMENTAN Y ESCLARECEN LAS PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

Los jueces deben partir siempre de la prueba rendida u ofrecida por las partes, ya que de lo contrario operarían en el ámbito correspondiente a los litigantes supliendo la deficiencia o negligencia de uno de los contendientes.

¹⁷⁴ Couture, Eduardo J., *"Fundamentos de derecho procesal civil"*, op. cit., Pág. 207.

¹⁷⁵ *Ibidem*, Pág. 209.

"Creemos que un juez que ejerce potestades para probar cuestiones respecto de las cuales los justiciables no han rendido prueba alguna, correrá el grave riesgo de producir prueba inoportuna y de baja calidad, además de abandonar la imparcialidad. (...) El objeto de la iniciativa del jurisdicente no puede estar constituida por hechos dudosos u oscuros, ya que en tal caso, se abrirían las puertas para que aquel interviniera en la prueba en los mismos términos que los litigantes. Bastaría que el juez estimara que los hechos son dudosos u oscuros, al margen de toda prueba, para que ejerciera sus potestades probatorias, las cuales no estarían esclareciendo sino probando (verificando la alegación) tal como lo deberían hacer las partes litigantes." ¹⁷⁶

De ahí que es preciso determinar lo siguiente: una situación es que, para el juez, los hechos controvertidos presenten obscuridades o arrojen dudas como consecuencia de la existencia de probanzas oscuras dudosas o incluso manipuladas. Ello es de todo lógico y comprensible. Si el testigo declara en forma ambigua, el Juez tendrá dudas en cuanto a los hechos materia de la prueba. Pero la ambigüedad proviene de la prueba no de los hechos. "Lo que buscamos dejar por establecido, es que la actividad probatoria de los jueces siempre debe tener lugar a partir de las pruebas rendidas por las partes, por lo que la idea de los hechos oscuros o dudosos no debe ser el pretexto para romper este esquema."¹⁷⁷

4.2.2. IDENTIFICAN LAS PRUEBAS MANIPULADAS O LOS ACTOS SIMULADOS POR LAS PARTES

¹⁷⁶ MENESES Pacheco, Claudio, op.cit., Pág. 116.

¹⁷⁷ Idem.

No existe duda alguna de que las partes tienen un gran interés en presentar cualquier prueba que tenga relación con los hechos que han sentado como bases de sus pretensiones y defensas. Sin embargo, afirma Michele Taruffo:

"la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes. Por una parte, no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento desinteresado y objetivo de la verdad: en realidad, practican un tipo muy diferente de juego de sumatoria cero con el objeto de ganar su caso a cualquier costo, y desde luego - si es necesario - al costo de la verdad. (...) Más aún, las partes pueden tener intereses convergentes en no desarrollar, respecto de los hechos relevantes, un análisis completo o una prueba global, o incluso más, pueden tenerlo en esconder algunos hechos de los ojos del tribunal."¹⁷⁸

Asimismo, una resolución del Pleno de la Corte Suprema de Chile, determinó que la inactividad de los magistrados causó agravio en virtud de no haber utilizado las facultades probatorias con el objeto de desvirtuar los actos y pruebas simulados por los contendientes. Parte de la resolución se transcribe a continuación:

"Que la pasividad establecida por la ley en las contiendas adscritas a la jurisdicción del orden civil *no es absoluta*, pues el artículo 159 del Código de Procedimientos Civil es explícito cuando estatuye que, puesto en estado de sentencia un proceso, los tribunales para mejor resolver pueden ordenar de oficio, alguna o algunas medidas que enumera (...) Que las características que rodearon al juicio sumario ya descrito y en el

¹⁷⁸ TARUFFO, Michele, *"Investigación Judicial y Producción de Prueba por las partes"*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, Vol. XV, Diciembre 2003, Págs. 209 y 210.

que recayó la sentencia expedida por los jueces recurridos los colocaba frente a la *necesidad ineludible de ejercitar la facultad, desconocida erróneamente por ellos, y disponer la práctica de las diligencias que les permitan desentrañar la confabulación tramada por los litigantes del recordado juicio sumario (...)* Que puntualizando lo que se acaba de expresar, *en resguardo de la recta administración de Justicia; los Ministros recurridos estuvieron en la obligación de cerciorarse, en uso de sus facultades, de la simulación del juicio promovido por don C.P.M. a través de medidas para mejor resolver. (...)* Que de lo señalado se desprende que los Ministros señores C. G. y M. Incurrieron en falta al dictar la sentencia a que se ha venido haciendo referencia con inexplicable negligencia al no hacer uso de las medidas que claramente surgían del mérito del proceso sometido a su decisión, permitiendo con esa conducta proveer de legalidad a un procedimiento que sería simulado con los preseñalados.¹⁷⁹

Se entiende pues que el tribunal usará sus poderes autónomos cuando resulte que una de las partes, o ambas, no presenten toda la prueba relevante. En otros términos, se supone que el tribunal debe ayudar a las partes, complementando su presentación insuficiente de pruebas. Consecuentemente, el rol del tribunal no es tomar el lugar de las partes en la producción de la prueba, ni menos impedir que las partes presenten su prueba. Si las partes son exitosas en el ofrecimiento de toda la prueba disponible, el tribunal puede no hacer uso en absoluto de sus poderes. Es sólo cuando la actividad de una de las partes, o ambas, resulta insuficiente, incompleta, oscura o dudosa en la presentación de prueba para establecer la verdad de los hechos, que el tribunal debiera jugar su rol activo.

¹⁷⁹ Citado por MENESES Pacheco, Claudio, op.cit. Pág. 90, Fallo de Pleno pronunciado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile el 20 de mayo de 1987 en la queja disciplinaria Rol. No. 3.3.04-PR del Banco Hipotecario de Fomento Nacional y otro, publicada en la Gaceta Jurídica No. 83, año 1987, p.p. 23-30, la parte transcrita en p.p. 27 y 28.

4.2.3. EL JUZGADOR SE ALLEGA DE MAYORES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

La iniciativa probatoria del juez debe ser entendida en forma amplia, dándole una mayor latitud a las potestades del juez. Éstas deben ser utilizadas cuando existan dudas u obscuridades en la prueba de la causa, pero también frente a las dudas u obscuridades que pueda tener el juzgador en cuanto a los hechos que se pretenden probar mediante las pruebas ofrecidas por las partes. Cuando el juez por mucho esfuerzo intelectual que haya realizado, no pueda comprender la prueba, o bien, no logre descifrar lo que quiso declarar el testigo o el absolvente, aparecerá la iniciativa probatoria como elemento de gran utilidad dentro del proceso de cognición que lo conlleve al mejor entendimiento y valoración de la prueba. Así pues, éste es el campo que debe entenderse para que el juez ejercite su actividad probatoria. "Entenderlo de otro modo sería pedirle al juez que conozca una contienda y la falle en medio de lo inteligible." ¹⁸⁰

4.2.4. PERMITE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD MATERIAL

Los sistemas de litigio civil están enfocados a la resolución de disputas por medio de decisiones justas, por lo que la búsqueda de la verdad de los hechos del juicio adquiere un carácter esencial. Así, "se establecen como principios de que en la interpretación de las normas del procedimiento se deberá procurar que la verdad material prevalezca sobre la verdad formal; que los tribunales pueden impulsar el procedimiento y en cualquier estado o instancia del proceso tienen las más amplias facultades para ordenar la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos por ellas afirmados." ¹⁸¹

Lo que se pretende comprobar en este apartado es cómo la regulación jurídica del proceso de búsqueda de los hechos controvertidos, no consiente en rigor que se

¹⁸⁰ MENESES Pacheco, Claudio, op. cit. Pág. 114.

¹⁸¹ REYNOSO Dávila, Roberto, *"La Misión del Juez ante la Ley Injusta"*, 3a Ed., Porrúa, México, 2004, Pág. 6.

considere la *búsqueda de la verdad en el caso particular*, como finalidad, o mejor dicho, como el resultado del proceso mismo. Sea cual fuere el modo en que pueda verificarse con los medios indicados, ese propósito no impide que, considerado frente al caso singular, el sistema de los límites a la búsqueda judicial reaccione profundamente sobre el resultado mismo de la búsqueda.

"El concepto de esta reacción se resume por lo general, en la antítesis significativa entre verdad material y la verdad formal o jurídica; el resultado de la búsqueda jurídicamente limitada o regulada no es, pues, la verdad material o, como diríamos mediante una eficaz redundancia, la verdad verdadera, sino una verdad convencional, que se denomina verdad formal, porque conduce a una indagación regulada en las formas, o verdad jurídica, porque se la busca mediante leyes jurídicas y no sólo mediante leyes lógicas, y únicamente en virtud de esas leyes jurídicas reemplaza a la verdad material. Pero sin duda no se trata aquí más que de una metáfora; en sustancia, es bien fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de tal modo que, o la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad, de tal modo que sin metáfora, el proceso de búsqueda sometido a normas jurídicas que constriñen y deforman su pureza lógica, no puede en realidad ser considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino para una *fijación o determinación de los propios hechos*, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y que permanece por completo independiente de ellos."¹⁸²

¹⁸² CARNELUTTI, Francesco, op.cit. 20-21.

La prohibición de que el juez utilice para el conocimiento del hecho controvertido percepciones que haya obtenido fuera del proceso o, como suele decirse, de valerse de su saber privado, puede llevar siempre al resultado de que permanezca desconocido en el proceso un hecho cuyo conocimiento únicamente podría ser suministrado por medios que no estén a disposición del juez en el proceso, y por tanto, en aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba, que sirven precisamente para regular la fijación de los hechos controvertidos desconocidos para el juez (no fijables por ninguno de los medios determinados por la ley); que el hecho mismo sea considerado de modo distinto a la verdad, es decir, se le repute existente cuando no existe, o viceversa.

Como es natural, idéntica puede ser la consecuencia de la otra prohibición de utilizar para el conocimiento de los hechos controvertidos, fuentes de prueba no propuestas por las partes. Más destacado todavía se presenta el efecto respecto de las reglas impuestas al juez acerca de la utilización de las fuentes de conocimiento de que dispone en el proceso, y principalmente acerca de la deducción de un hecho desconocido extraída de uno conocido. Siempre es posible, y acaso más frecuentemente de lo que parece, que si el juez fuese libre en el empleo del medio, y más especialmente en la deducción, llegase al descubrimiento de la verdad que a él se le oculta por la necesidad de atenerse a la regla jurídica de la búsqueda.

Debe tenerse en claro que "es muy fácil para un mal Juez, escudarse en un extremoso formalismo procesal, desechando pruebas, aunque éstas evidencien la verdad real y material de los hechos materia del debate y dictar fallos abiertamente injustos porque no corresponde a la verdad, supuestamente para acogerse a un distorsionado concepto de la Justicia, como si la verdad estuviese reñida con la Justicia. Cuando un juez desatiende las constancias procesales, tergiversa los principios esenciales del Derecho y dicta fallos arbitrarios, incurre en grave responsabilidad e incurre en delito contra la administración de Justicia." ¹⁸³

4.2.5. ECONOMÍA PROCESAL

¹⁸³ REYNOSO Dávila, Roberto, op. cit. Pág. 7.

El tiempo significa un aliado importante para una buena impartición de justicia por lo que la lentitud de los procesos es un grave problema que puede conllevar a la falta de poder ejercitar los derechos subjetivos que se pretenden tutelar por medio del proceso.

"Son reiteradas las afirmaciones de que la justicia lenta no es justicia. Couture decía al respecto, en una recordada página, que el tiempo en el proceso, más que oro es justicia. (...) Por eso entre los remedios contra la demora se ha buscado no solo la economía de esfuerzos y gastos, sino también (y a esto en definitiva conduce la abreviación) la supresión de incidencias y recursos que no tienen otro fin que la dilación del proceso. Así se ha proclamado la perentoriedad de los plazos, el impulso de oficio, el aumento de poderes del juzgador, especialmente para imprimir al procedimiento una marcha adecuada, rechazar incidencias, recursos y pruebas de simple fin dilatorio (...) Sin embargo, en la búsqueda de una justicia rápida no debemos olvidar las debidas garantías procesales." ¹⁸⁴

El uso adecuado de las facultades probatorias del juzgador influirán necesariamente en la celeridad del proceso. El juez podrá asentar en los autos el resultado de las prácticas ordenadas por su iniciativa, teniendo un mejor conocimiento de los hechos planteados, esclareciendo y complementando aquellos que le resultaron dudosos u oscuros, desvirtuando pruebas simuladas que pudieran influir en su decisión, obteniendo mayor acercamiento al objeto del proceso, lo que concluirá en que tendrá más facilidad para crearse un criterio y dictar una sentencia pronta y expedita. Un exitoso desarrollo y desenvolvimiento del procedimiento probatorio, con ayuda de la intervención del juzgador, concluirá indiscutiblemente en una sentencia rápida, más justa y equitativa, en beneficio de la administración de justicia.

4.2.6. INMEDIACIÓN Y DIRECCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO

¹⁸⁴ Citado por VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1984, Pág. 68.

La Inmediación supone "la participación del juez en el procedimiento, convirtiéndose, también, en un protagonista, lo cual lo hace intervenir directamente en su desarrollo; esto lleva, como decimos equivocadamente a pensar que puede perder su imparcialidad." ¹⁸⁵ Por el contrario, "resulta difícil, dice Peyrano, concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica, que conferir al oficio el derecho-deber de observar y escuchar a los litigantes, a sus defensores y a los testigos y peritos. Y agrega que solo cuando el proceso es "vívido" por el juez, puede este ponderar las reacciones y gestos de las partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de los dichos." ¹⁸⁶

Algunos autores insisten en que la iniciativa probatoria del juez es ubicada permanentemente dentro del ámbito de poder comprobar directamente las alegaciones de las partes, aun cuando no hayan aportado prueba alguna que acredite la legitimidad de su pretensión. De esta manera se llega a afirmar en forma exagerada que "el Juez está facultado y debe, es obligatorio, decretar pruebas para demostrar los hechos alegados por las partes, de manera que estamos refiriéndonos a las pruebas que tienden a demostrar los hechos alegados. Y como único límite, se halla la congruencia, que el Juez no se salga de los hechos propuestos por las partes. Pero del resto, va a buscar la verdad." ¹⁸⁷

Lo anterior desvirtúa la esencia esclarecedora y complementaria que contienen las potestades del juez para ordenar la práctica de una prueba para mejor proveer. La iniciativa probatoria requiere del presupuesto de duda u oscuridad no de los hechos constitutivos o impositivos de la pretensión, sino de aquellas dudas que emerjan de los mismos elementos probatorios aportados por los litigantes, para que de esta manera, en atención al principio de dirección e Inmediación del proceso, el juez pueda y deba ejercer las potestades probatorias que les han sido conferidas. De lo contrario, el juez pasaría del ejercicio de una potestad directorial a una potestad dictatorial e Inquisitiva. "Los Jueces poseen iniciativa probatoria permanente en virtud de su carácter de director procesal, el que sólo podrá ser

¹⁸⁵ *Ibidem*, Pág. 60.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ Meneses Pacheco, Claudio, op. cit., Pág. 117.

desempeñado con fidelidad en la medida que opere sobre la base de dudas u oscuridades. Lo contrario podría transformar al juzgador en un dictador procesal y eso hasta ahora no ha sido aspiración de nadie."¹⁸⁸

Si el juez, frente a una demanda recién notificada y sin ninguna duda u oscuridad acontecida, a consecuencia de una actividad probatoria, decrete, en atención al principio de dirección e inmediatez del proceso, el desahogo de un informe pericial, una prueba confesional o testimonial, lo más probable es que se encuentre actuando en forma inquisitiva y negligente, entorpeciendo el curso del proceso e invadiendo el ámbito de la carga de la prueba que les corresponde a cada una de las partes. En cambio, si el mismo juez utiliza sus potestades probatorias cuando existen dudas u oscuridades emanadas de manera directa de las propias pruebas ya producidas previamente por los litigantes, estará actuando como un verdadero director procesal, interviniendo en el momento oportuno, sin que de modo alguno altere las actividades de las partes y procediendo a aclarar lo que sea necesario para el buen transcurso del proceso y mejor delimitación del objeto del proceso. "Así cuando la ley exige que los hechos no estén probados, debemos entender que se trata de hechos (alegaciones de hechos) sobre los cuales no exista prueba clara, es decir, en relación a los cuales se rindió prueba por las partes, aunque tal prueba es oscura o arroja dudas. La diligencia probatoria buscará, pues, disipar la duda o aclarar la oscuridad."¹⁸⁹

4.2.7. PRECISA EL OBJETO DEL PROCESO AL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA

Su perfecta delimitación permite dotar de orden y fluidez al debate procesal a partir del momento de fijación de la litis para que el asunto se encuentre claramente delimitado y el tribunal pueda verse en la posibilidad de dictar una sentencia conforme a derecho, evitando cualquier situación de desventaja entre las partes y procurando que no se vean sorprendidas con algún cambio de

¹⁸⁸ *Ibidem*, Pág. 118

¹⁸⁹ *Ibidem*, Pág. 120.

planteamiento generado por la contraria. Asimismo ayuda a evitar que cualquier sujeto jurídico sea condenado varias veces respecto de la misma tutela jurisdiccional pretendida, con lo cual ayuda a evitar a su vez el riesgo de que procesos semejantes concluyan con sentencias contradictorias. Mediante la actividad probatoria del juzgador, se podrá precisar el objeto del proceso, ya que los hechos constitutivos que no fueron debidamente acreditados podrán ser esclarecidos de oficio por el juez, siempre y cuando haya habido una prueba previa que deba ser complementada. Asimismo, los hechos secundarios podrán ser deducidos y verificados a través de la prueba oficiosa. Consecuentemente, se identificará plenamente el *petitum* o lo que es igual, la concreta tutela que se pide. Como se ha mencionado, el *petitum*, asumirá en concreto, dos aspectos diversos, uno en vía inmediata y otro en vía mediate. En vía inmediata la demanda se dirige al juez al que se pide una resolución concreta: la condena al demandado, la mera declaración de un derecho o bien, el cambio de una situación jurídica. En vía mediate es dirigida contra el demandado, del que se pide obviamente la sujeción a la sentencia dictada por el juzgador que le condene a la entrega de una cosa, a la satisfacción de una prestación o abstención o al cumplimiento de una obligación. En base a una delimitación más profunda de lo que se pide mediante la iniciativa probatoria del juez se identificará la legitimación de la acción ejercitada y en consecuencia, la forma de la resolución judicial concretada en el fallo de la sentencia será con apego a la realidad de los hechos.

4.2.8. PRODUCCIÓN PROBATORIA EQUILIBRADA

Puede entenderse que la lucha por la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos entre las partes y el juez traiga consigo una problemática planteada de manera tal, que si a las partes se les dan muchas facultades, quedarán pocas que pudiera ejercer el tribunal, y por el contrario, siendo el caso que se le den amplias facultades al juez, quedarán muy pocas para que sean ejercitadas por los litigantes. Sin embargo, la distribución de facultades probatorias no son repartidas de manera proporcional, sino de manera en que unas y otras se complementen.

En realidad no hay un parámetro que indique cuál debe ser la división de estas facultades, en virtud de que los roles del juez y de las partes no son sustitutos unos con otros, sino que se complementan entre sí. Cada sujeto procesal tiene una función distinta. Las partes deben acreditar los hechos constitutivos de sus pretensiones, mientras que el juez debe resolver quien tiene en definitiva la razón en base a la valoración de las pruebas que acrediten los hechos controvertidos o dudosos.

"No es verdad que incrementar el papel del tribunal en la producción de prueba implique una reducción proporcional del derecho de las partes a la prueba, ni es verdad que ampliar el derecho de las partes a presentar prueba implique una consecuente restricción del papel del tribunal."¹⁹⁰

Las actividades de las partes y del juzgador pueden desarrollarse en vías paralelas sin interferir la una con la otra y consecuentemente, en atención a las finalidades de cada uno de los sujetos procesales. Incluso debe entenderse que ambos aspectos se apoyan y complementan uno con otro, de tal modo que las actividades probatorias queden equilibradas en beneficio del proceso.

Por un lado, las garantías procesales de las partes requieren un completo y activo control por el tribunal a efectos de ser concretadas, así como para impedir su abuso; por otro lado, las facultades activas del tribunal requieren fuertes garantías de las partes, para no degenerar en arbitrariedad y abuso de poder.

De esta forma la función esclarecedora del juez puede ser equilibrada con la plena posibilidad de las partes en desarrollar sus propias defensas y ofrecer las pruebas idóneas y pertinentes en vista de conseguir la más objetiva y fidedigna reconstrucción de los hechos. Si esto ocurre, la actividad probatoria del juez ya no sería requerida.

¹⁹⁰ TARUFFO, Michele, op. cit. Pág. 212.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es falso que el hecho de otorgar facultades al juez para modificar las resultancias probatorias en el proceso civil implique una reducción proporcional del derecho de las partes para la aportación de las mismas. Tampoco es verdad que ampliar el derecho de las partes reduzca significativamente las facultades del juzgador. Ambas actividades lejos de limitarse, se complementan, de tal manera que la función activa del juez se verá restringida en la manera en que las partes aporten el material probatorio idóneo y completo para demostrar los hechos alegados. De esta manera, la investigación probatoria de oficio puede ser combinada con la posibilidad de las partes para desarrollar su propia defensa con la finalidad de lograr mayor objetividad en la reconstrucción de los hechos que conforman el objeto del proceso.

SEGUNDA.- Las potestades atribuidas a los órganos jurisdiccionales les son concedidas para que se ejerciten conforme a los deberes inherentes a su oficio con la finalidad específica que la propia norma prevé. La aplicación de las normas que confieren a los jueces iniciativa probatoria, quedará supeditada a los presupuestos de existencia o inexistencia necesarios para su ejercicio. Existiendo estos presupuestos, es decir, finalidad concreta de la facultad y congruencia con la función pública del juzgador, en caso de no ser ejercitada dicha potestad, el juzgador estará actuando en contra de la norma que le concede la misma, y, por ende, las normas procesales que conceden a los jueces facultades para ordenar una prueba oficiosa, sí pueden ser infringidas o violadas. Consecuentemente, la falta de aplicación de éstas potestades, cumplidos los requisitos previos, deviene forzosamente en un incumplimiento de la norma jurídica procesal por parte del juzgador, y, en consecuencia, su conducta va en contra de las formalidades del proceso civil en el Distrito Federal.

TERCERA.- La iniciativa probatoria del juez en el proceso civil, en atención al principio de inmediación y dirección del proceso, permitirá que el juzgador desde el inicio del pleito se encuentre en constante interacción con los litigantes, lo que indiscutiblemente ocasionará que al momento de su decisión final, tenga los suficientes elementos probatorios para considerar su decisión, mejorando la calidad de la justicia y realizándose el proceso en forma dialogal y triangular. Esto producirá un acortamiento en los plazos para la solución de los conflictos, aumentándose la celeridad en la administración de justicia y reduciéndose considerablemente el promedio de tiempo de resolución de los asuntos de primera y segunda Instancia.

CUARTA.- El uso de los poderes probatorios del juez impedirá que las reticencias y mentiras (fraude a la ley o mala fe procesal) realizados por los litigantes y abogados infrinjan constantemente las normas del procedimiento, aprovechándose del juez pasivo y aislado que se limita a leer lo establecido en el expediente sin mirar las caras y conductas de las partes al momento del desahogo de las pruebas. Mediante el uso razonable de estas facultades, el juzgador entrará en contacto directo con los litigantes (inmediación) teniendo el deber de exhortar a las partes para que aclaren su conducta y a que refuten a cara abierta cualquier contradicción de sus declaraciones.

QUINTA.- No es concebible afirmar, que, al decretarse pruebas de oficio, el juez asumirá la carga probatoria de los hechos que no fueron probados por las partes, ya que dichas potestades significan una iniciativa probatoria que la ley expresamente otorga al juzgador para esclarecer los hechos controvertidos y complementar el material probatorio aportado por los litigantes.

SEXTA.- La disposición de la prueba por parte del juez será limitada en la medida en que el principio de adquisición de la prueba al proceso lo permita. Lo anterior quiere decir, que una vez ofrecidas las pruebas que los litigantes consideren idóneas y pertinentes, éstas pasarán a formar parte integral del proceso, por lo

que el juez, como director del mismo, asumirá el control absoluto del material probatorio con amplos poderes para admitir aquellas probanzas que a su criterio sean idóneas y pertinentes, dirigir y ordenar su desahogo y complementar aquellas que estime insuficientes, otorgándole el valor probatorio correspondiente a todos y cada uno de los medios de convicción previamente desahogados, tanto en lo individual como en su conjunto.

SÉPTIMA.- Las facultades probatorias del juez no podrán ser ejercitadas fuera del ámbito del objeto del proceso, el cual es configurado exclusivamente por los litigantes en atención al principio dispositivo. Consecuentemente, al momento de integrarse la litis mediante la contestación de la demanda, el juez debe hacer la función delimitadora e identificadora del objeto del proceso mediante un juicio previo en donde ponga de manifiesto los hechos que forzosamente serán aportados por los contendientes, y aquellos hechos que puedan ser susceptibles de aclaración y que pueden ser traídos y probados al proceso por medio de la actividad jurisdiccional. El ámbito de aplicación de la iniciativa probatoria del juez en el proceso debe presentarse exclusivamente cuando haya realizado ese juicio previo que le permita delimitar el objeto del proceso. Por tanto, aquellos hechos identificadores que propiamente no constituyan el ejercicio de una acción o que no identifiquen en su esencia a una pretensión, constituyen el parámetro para que el juez decrete comprobación de manera oficiosa.

OCTAVA.- La actividad probatoria del juez en el proceso civil tiene lugar a partir de las pruebas que fueron previamente ofrecidas por las partes, por lo que la idea de aportar oficiosamente una probanza sin que medie una razón de complementar o esclarecer algún otro medio probatorio significaría ya no el ejercicio de la iniciativa probatoria del juez sino la de suplir la deficiencia o negligencia de los litigantes. Lo anterior, con excepción de que resulte afectado el interés de un incapaz, el del Estado, o bien se trate de una controversia de orden familiar en atención a lo dispuesto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

NOVENA.- Para el decreto de una prueba a instancia del juez es necesario que tenga relación directa o indirecta con los hechos controvertidos y que dicha medida tenga por objeto la regularización, corrección o complementación de los mismos medios de convicción ya aportados por las partes para evitar un desahogo incompleto o la mala fe de los litigantes al pretender manipular los medios de prueba. Esto permitirá que las pruebas adquieran la suficiente fuerza para que el juzgador se vea posibilitado en emitir una sentencia más apegada a la verdad material.

DÉCIMA.- El tribunal está facultado para aportar hechos nuevos que no hayan sido alegados formalmente por las partes en los escritos introductorios del proceso, mediante el decreto de una prueba de oficio, siempre y cuando sean hechos accesorios, es decir, que en sí no sean constitutivos de la pretensión, sino que puedan ser de alguna manera deducidos de otros hechos ya alegados por los contendientes. Lo anterior quiere decir que la aportación de hechos secundarios dependerá del resultado de la práctica probatoria que haya sido ordenada por el jurisdicente, siempre y cuando estos hechos puedan ser deducidos de aquellos considerados como constitutivos, impeditivos o extintivos y que se encuentran configurados dentro del objeto del proceso. Los hechos secundarios aparecerán con motivo de los medios probatorios decretados por el juzgador siempre en la medida en que tales probanzas se deriven de pruebas oscuras o dudosas previamente rendidas por los litigantes.

DÉCIMA PRIMERA.- La subjetividad del juez actúa constantemente en su modo de dirigir y de fallar por lo que dicha circunstancia es parte integral del proceso. Si las partes son exitosas en el ofrecimiento de toda la prueba disponible, el juzgador no hará uso de sus poderes. Sólo cuando la actividad probatoria de una de las partes, o de ambas, resulte insuficiente, incompleta, oscura o dudosa para establecer la verdad de los hechos controvertidos, el tribunal jugará su rol activo dentro del proceso.

DÉCIMA SEGUNDA.- El uso adecuado de las facultades probatorias del juzgador influirán necesariamente en la celeridad del proceso. El juez debe asentar en el expediente el resultado de las prácticas ordenadas mediante su iniciativa, teniendo un mejor conocimiento de los hechos planteados, esclareciendo y complementando aquellos que le resultaron dudosos u oscuros, desvirtuando pruebas simuladas que pudieran influir en su decisión, obteniendo mayor acercamiento al objeto del proceso, lo que concluirá necesariamente en mayor facilidad para formarse un criterio y dictar una sentencia pronta y expedita. De esta manera, un exitoso desarrollo y desenvolvimiento del procedimiento probatorio, con ayuda del juzgador, concluirá indiscutiblemente en una sentencia rápida, más justa y equitativa, en beneficio de la administración de justicia.

DÉCIMA TERCERA.- Las partes tienen todo el derecho de aportar el material probatorio posible para comprobar sus afirmaciones, de tal modo que no hay razón para que el juez ordene la práctica de medidas probatorias a instancia de parte. Si bien es cierto que la parte peticionaria, pudiera confesar la insuficiencia de las pruebas al solicitar la intervención oficiosa del juzgador, es función exclusiva del juzgador el valorarlas y considerar que el material probatorio aportado al proceso es suficiente o insuficiente para emitir un juicio al respecto.

DÉCIMA CUARTA.- La iniciativa probatoria del juez no viola las garantías procesales de las partes ya que la buena fe y su imparcialidad al ordenar esta clase de medidas debe presumirse. Por tal situación, es de considerarse que su actuación se realiza con fundamento a la ley y no con el objeto de agravar o beneficiar a una de las partes. En segundo lugar, las partes tienen derecho a ser oídas por el juez por lo que podrán alegar lo que a su derecho convenga al momento del desahogo de la prueba ordenada por el juez. Finalmente, permanece intacto el principio de impugnación, por lo que será el superior jerárquico quien confirmará, modificará o revocará la resolución emitida por el a quo.

DÉCIMA QUINTA.- Se propone reformar el artículo 279 del CPCDF de la siguiente manera:

"Los jueces y magistrados decretarán en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria bajo los siguientes límites y presupuestos:

I.- No podrán ser ejercitadas fuera del ámbito del objeto del proceso conformado por las partes.

II.- El juzgador, después de haber depurado el procedimiento, delimitará el objeto del proceso identificando los hechos que forzosamente deben ser aportados por los contendientes; los hechos secundarios derivados de aquellos, podrán ser objeto de prueba oficiosa.

III.- Los hechos identificadores que proplamente constituyan el ejercicio de una acción o identifiquen en su esencia una pretensión, no podrán ser acreditados mediante prueba oficiosa a menos que hayan sido previamente alegados y exista un medio de prueba idóneo ofrecido por alguno de los litigantes que permita la actuación oficiosa del juez.

IV.- Tendrá lugar forzosamente a partir de las pruebas que fueron previamente ofrecidas y preparadas por las partes, a excepción de que resulte afectado el interés de un incapaz, el del Estado, o bien se trate de una controversia de orden familiar en atención a lo dispuesto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en donde el juzgador tendrá la más amplia facultad para decretar la medida probatoria que considere idónea para el esclarecimiento de cualquier hecho controvertido.

V.- Que dicha medida tenga por objeto la regularización, corrección o complementación de los propios medios de convicción ya aportados previamente por las partes para evitar un desahogo incompleto o la mala fe de los litigantes al pretender manipular los medios de prueba.

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.

BIBLIOGRAFÍA

BURGOA, Orihuela Ignacio, "Diccionario de Derecho Constitucional. Garantías y Amparo", 6a Ed. Porrúa, México, 2000.

CALAMANDREI, Piero, "Estudios sobre el proceso civil" tr. Santiago Sentis Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

CAPPELLETTI, Mauro, "Iniciativas probatorias del juez y bases prejurídicas de la estructura del proceso" en La oralidad y las pruebas en el proceso civil, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1994.

----- "La oralidad y las pruebas en el Proceso Civil" traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1972.

CARNELUTTI, Francesco, "La prueba civil", traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2a Ed., Depalma, Buenos Aires, 1982.

COUTURE, Eduardo J. "Teoría de las diligencias para mejor proveer", Casa A. Barreiro Ramos., Montevideo, 1932.

-----, "Fundamentos de derecho procesal civil", 4a Ed. B de f., Montevideo, 2002.

DE LA OLIVA, Santos, Andrés, "Derecho procesal. Introducción", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

----- e Ignacio Díez Picazo Giménez, "Derecho procesal: el proceso de declaración", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

-----, Julio Banacloche Palao (et al) "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", Civitas, Madrid, 2001.

DEVIS Echandía, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", T. I. 2a Edición, Víctor P. de Zavallúa, Buenos Aires, 1972.

DÍAZ Cabiale, José Antonio, "Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez", Comares, Granada, España, 1996.

ESGUERRA Samper, José María, "Apuntes de Derecho Probatorio" Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe de Bogotá Colombia, 1994.

FERNÁNDEZ Barreiro, Alejandro, "Estudios de derecho procesal civil romano." Universidad de Coruña Servicio de Publicación, Coruña, 1999.

GÓMEZ Lara, Cipriano, "Teoría general del proceso", 9a Ed., Oxford, México, 2000.

-----"Derecho procesal civil", 6a Ed., Oxford, México, 2001.

GOLDSCHMIDT, James, "Derecho procesal civil", colección Clásicos del Derecho, T.S.J.D.F., Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 2003.

-----, "Teoría General del Proceso", Labor, Madrid, 1936.

GUASP, Jaime, "Juez y Hechos en el Proceso Civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del Proceso", Bosh, Barcelona, 1943.

JUNOY, Joan Picó I. "El derecho a la prueba en el proceso civil" J.M. Bosch, editor, Barcelona, 1996.

LAZZARONI, Luis J., "El conocimiento de los hechos en el proceso", Abeledo-Perrot, Argentina, Buenos Aires, 1992.

LORCA Navarrete, Antonio María, José Martín Ostos, (et al), "Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", T. 2, 2a Ed., Lex Nova, Valladolid, 2000.

MARGADANT S., Guillermo F., "Derecho Romano", Esfinge, México, 1960.

MENESES Pacheco, Claudio, "Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil" Jurídica Conosur Ltda, Santiago de Chile, 2001.

MONTERO Aroca, Juan y otros, "Derecho Jurisdiccional" Tomo I, Parte General, José María Bosh Editor, Barcelona, 1991.

----- y otros, "La prueba en el proceso civil", 2a. Ed., Civitas, Madrid, 1998.

OVALLE Favela, José, "Teoría General del Proceso" 6a Ed. Oxford, México, 2005.

PIEDRABUENA Richard, Guillermo, "Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

RODRÍGUEZ, José "Autoridad del Juez y Principio Dispositivo", Instituto de Derecho Privado y Comparado, Valencia, Venezuela, 1998.

SENTIS Melendo, Santiago, "La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio", EJEA, Buenos Aires, 1978.

STEIN, Friedrich, "El conocimiento privado del juez", traducción de Andrés De La Oliva Santos, 2a Ed., Temis, Bogotá, 1988.

REYNOSO, Dávila Roberto, "La Misión del Juez ante la Ley Injusta", 3a Ed. Porrúa, México, 2004.

TAPIA, Fernández, Isabel, "El objeto del Proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada", La Ley, Madrid, 2000.

TAVOLARI Oliveros, Raúl, "Diligencias para mejor proveer: antiguos y nuevos problemas", RDJ. T. LXXXVIII, Santiago, 1991.

TORRES Estrada, Alejandro, "El juicio ordinario civil", Oxford, México, 2001.

VESCOVI, Enrique, "Teoría General del Proceso", Temis, Bogotá, 1984.

OTRAS FUENTES

ABAL Ollú, Alejandro, "Estudios del Código General del Proceso" T.I, 2a Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

BARBOSA Moreira, José Carlos, "Restricciones a la Prueba en la Constitución Brasileña" Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol. II, Librería del Profesional, Nos. 21-22, Colombia, 1997.

-----, "La igualdad en el Proceso Civil", "Estudios en Homenaje al Doctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas", Tomo III, UNAM, México, 1998.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Tomo P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 11a Ed., Porrúa, México 1998, UNAM.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la, nº 78/02, caso 11.335 fondo Guy Malary, Haití 27 de diciembre de 2002. Dado y firmado en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de Washington, D.C., a los 21 días de octubre de 2002. (Firmado): Juan E.

Méndez, Presidente; Marta Altolaquirre, Primera Vicepresidenta; José Zalaquett, Segundo Vicepresidente; Robert K. Goldman, Julio Prado Vallejo, Clare K. Roberts y Susana Villarán, Comisionados.

CONVERSET, J.M. "Poderes del juez en el proceso civil". *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, T. XV, Septiembre, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003.

DE LA OLIVA, Santos, Andrés, "Racionalidad y Normatividad", Ponencia presentada al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en México D.F., el día 10 de febrero de 2004.

MONTERO Aroca, Juan, "Los poderes del juez en el proceso civil" *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, No. 3/2001.

LAFONT, Planetta Pedro, "Aspectos Jurisprudenciales sobre las Pruebas de Oficio". Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

NATARÉN Nandayapa, Carlos F., "Principio de justicia rogada y facultades jurisdiccionales para apreciar hechos no alegados por las partes", Universidad Complutense de Madrid, *Tribunales de Justicia* No 4, abril 2002.

TARUFFO, Michele, "Investigación Judicial y producción de prueba por las partes", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, Vol. XV, Diciembre 2003.

VESCOVI, Enrique, "Nuevas tendencias y realidades del proceso civil" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* No. 4, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994.

JURISCONSULTA. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. C.D. Software Visual, Septiembre 2004.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, editorial Alfaro, México, 2005.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en Agenda Civil del Distrito Federal 2005. Compendio de Leyes, Reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. Ediciones Fiscales ISEF.

Código de Procedimiento Civil Italiano, Exposición de Motivos, traducción de Francisco de Cillis y Julio Dassen, Depalma, Buenos Aires, 1944.

LORCA Navarrete, Antonio María, José Martín Ostos, (et al), "Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", T. 2, 2a Ed., Lex Nova, Valladolid, 2000.

PEÑA, Peña, Enrique R., "Código de Procedimiento Civil. Concordancias, comentarios, Indices", 4a Ed., ECOE, Santa Fé de Bogotá, 1998.

INTERNET

- www.secretariasenado.gov.co

- www.info4.jurfdicas.unam.mx

- www.scjn.gob.mx