

LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

Por José OVALLE FAVELA

Profesor de la Facultad de
Derecho de la UNAM

"... el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba".

Francesco Carnelutti¹

SUMARIO: 1. La unidad esencial del Derecho procesal. 2. La Teoría General del Proceso. 3. La Teoría General de la Prueba. 4. El Derecho Probatorio. 5. El contenido de la Teoría General de la Prueba. 6. Conclusiones.

1. *La unidad esencial del Derecho procesal*

Uno de los temas que más interesan al Derecho Procesal es, precisamente, el de su unidad o de su diversidad. Puede afirmarse que la tesis de la unidad viene siendo mayormente aceptada en la medida en que se desarrolla el procesalismo; al contrario, la subsistencia de la tesis diversificadora, implica una supervivencia de anacrónicos residuos del procedimentalismo. Sin embargo, el problema no debe plantearse en forma tan sencilla, pues requiere de ciertas aclaraciones, sobre todo en lo relativo al alcance de tal unidad.

La visión unitaria del Derecho procesal nos la expresa claramente Eduardo B. Carlos, cuando afirma: "La ciencia del derecho procesal estudia el conjunto de normas que regulan el proceso, por cuyo medio el Estado, ejercitando la función jurisdiccional, *asegura, declara y realiza* el derecho".² Sin embargo, esta unidad del Derecho Procesal no implica una identificación total, a tal grado que las confunda, de las diversas disciplinas procesales. El propio profesor argentino en cita, señala que el derecho procesal "constituye un tronco común el que a

¹ *La prueba civil*, trad. de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955, p. XVIII.

² CARLOS, Eduardo B., *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europea-América, Buenos Aires, 1959, p. 29.

cierta altura se diversifica en ramas particulares"; esto no niega, sino, por el contrario, afirma la existencia de "una base conceptual común que sirva a todas las ramas procesales en particular".³

El proceso tiene una estructura esencialmente igual en todas las disciplinas procesales: "Todo proceso, afirma Alcalá-Zamora, arranca de un presupuesto (litigio), se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento) y persigue alcanzar una meta (sentencia), de la que cabe derive un complemento (ejecución)".⁴

Todo Derecho Procesal particular parte de la existencia del proceso, como instrumento jurídico de solución a los conflictos intersubjetivos; de la acción, como derecho, facultad, poder o posibilidad jurídica de las partes para excitar la actividad del juzgador; y, por último, de la jurisdicción, como facultad estatal de decisión de un conflicto concreto planteado. La precisión de estos tres conceptos, a los que Podetti ha llamado la "trilogía estructural de la ciencia del proceso",⁵ es una de las tareas más importantes del moderno procesalismo, ya que sobre ellos se asienta ese tronco común de las disciplinas procesales, sin perjuicio de que existan además otras materias básicas, dentro de las cuales, por ejemplo, Alcalá-Zamora señala los actos procesales, *la prueba* y los recursos, que "brindan, singularmente, amplio margen para esta tarea unificadora. . ."⁶

La concepción unitaria de la ciencia y del derecho procesal, como ya quedó dicho, no implica que se nieguen las modalidades o caracteres propios que singularizan a cada uno de los procesos. "Las diferencias que los diversos procesos acusan entre sí y que imponen su necesaria desmembración en ramas (civil, penal, etc.), señala Eduardo B. Carlos, están dadas principalmente por la distinta naturaleza de las normas de derecho material (públicas o privadas) que el órgano jurisdiccional aplica en la sentencia. Pero la función judicial que se realiza por y sólo a través del proceso, consistente en la actuación del derecho objetivo, es siempre la misma e idéntica cualquiera que sea la norma jurídica de cuya aplicación se trate".⁷

En cuanto a los sostenedores de la diversidad del Derecho Procesal, Fix Zamudio⁸ precisa muy bien la posición de éstos, cuando señala que al afirmar la diversidad entre los procesos civil y penal, tal como

³ CARLOS, *ob. cit.*, pp. 42 y 43.

⁴ ALCALÁ-ZAMORA, *La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho Procesal*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", N° 1 de 1968, p. 30.

⁵ PODETTI, José Ramiro, *Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso*, en "Revista de Derecho Procesal", Argentina, 1948, pp. 115 y ss.

⁶ ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, *Veinticinco Años de Evolución del Derecho Procesal, 1940-1965*, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, México, 1968, p. 143.

⁷ CARLOS, *ob. cit.*, p. 281.

⁸ FIX ZAMUDIO, Héctor, *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1964, p. 12.

lo hacen Eugenio Florián⁹ y Vicente Manzini,¹⁰ hablan más bien de la autonomía del proceso penal como contrapuesto a su subordinación al proceso civil, sin contradecir la unidad del Derecho Procesal; y, por el contrario, "toman de esta disciplina genérica las teorías fundamentales ideadas para explicar la naturaleza y los fines del proceso". Por lo cual, el debate no se encuentra centrado en la unidad o diversidad del Derecho Procesal, sino más bien proviene de una confusión terminológica.

Si bien existen diversos procesos en función del derecho material que cada uno aplica,¹¹ aún es mayor la diversidad de los procedimientos, que no son sino los diferentes desarrollos formales de los procesos. Este recorrido externo del proceso puede variar en uno solo de éstos (por ejemplo, puede ser oral, escrito, sumario y ordinario, etc.) o bien, un solo tipo de proceso puede comprender varios procedimientos (por ejemplo, los procedimientos de conocimiento y ejecución). Por todo ello, pensamos que es completamente aceptable la conclusión a la que, sobre el tema que estamos tratando, llega el destacado profesor de Derecho Procesal Constitucional de nuestra Facultad de Derecho: *Unidad del Derecho Procesal, diversidad del proceso y multiplicidad del procedimiento*.¹²

Unidad esencial del Derecho Procesal con los alcances ya precisados, que permite la existencia de otras disciplinas procesales, autónomas en cuanto a las peculiaridades y regímenes especiales de los procesos que estudian y respecto de las demás disciplinas, pero unidas por un tronco común que es base y sostén de todas las ramas procesales; diversidad de procesos, fundamentalmente en razón de la índole del derecho sustantivo que aplican; y multiplicidad de procedimientos ya que éstos no son sino el desarrollo formal y externo del proceso, que toma en cuenta multitud de circunstancias; de ahí que exista una gran variedad de procedimientos.

2. La Teoría General del Proceso

Este tronco común constituido por los principios fundamentales del Derecho Procesal, es el que ha dado base a la construcción y desarrollo de la Teoría General del Proceso. Si bien cada disciplina procesal se ve influida, como ya quedó anotado arriba, por la naturaleza del derecho material que aplica, dicha influencia no impide esta construc-

⁹ FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1933, pp. 20 y ss.

¹⁰ MANZINI, Vicente, *Tratatto di Diritto Processuale Penale Italiano*, Torino, 1924, v. I, p. 29.

¹¹ Esta influencia del derecho sustantivo determina las peculiaridades propias de cada proceso, que Fix Zamudio, siguiendo a Millar y Couture, denomina "principios formativos". Cfr. FIX ZAMUDIO, *ob. y loc. cit.*

¹² FIX ZAMUDIO, *ob. cit.*, p. 13.

ción básica de los procesos: "Todos los procesos —afirma Gómez Lara— se rigen por esos mismos principios fundamentales, independientemente del contenido del litigio o controversia respectivos, y esos principios fundamentales no son otros que los que da la teoría general del proceso".¹³ Es decir, la influencia del derecho sustantivo no varía la naturaleza de los principios fundamentales del Derecho procesal.

La evolución histórica de los estudios procesales, que en mucho ha dependido del desarrollo de la doctrina que señala la autonomía de la acción, ha ido alcanzando cada vez una mayor sistematización, uno de cuyos logros actuales es precisamente la Teoría General del proceso. Alcalá-Zamora la conceptúa como "la exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento".¹⁴ De manera similar, Teitelbaum considera que "la 'Teoría General del Proceso' la constituyen determinados conceptos, fundamentos y principios generales que regulan el proceso, en su estructura y desarrollo, contenidos expresa o implícitamente en el Derecho Procesal".¹⁵

En cuanto a su aspecto académico, Flores García, al advertir la paradoja consistente en el avance científico alcanzado hasta nuestros días por el Derecho Procesal y el mantenimiento de los antiguos métodos de su enseñanza, anota: "Una de las pocas manifestaciones progresistas que en este sentido puede señalarse, es la Teoría General del Proceso, que, en primer lugar, consolida la irreversible marcha del procedimentalismo hacia el procesalismo, y, que después, proporciona al estudiante una visión más completa, una panorámica con mayor sistemática y un contenido que, captado, retenido y aplicado, tendrá una proyección más útil y funcional, no sólo desde el ángulo personal, sino social".¹⁶ Es decir, esa visión más completa del Derecho Procesal, a la vez que permita la comprensión de los conceptos, instituciones y principios de que nos habla Alcalá-Zamora, en su verdadero alcance, evitará la confusión que produce la creencia de que, al repetir estos temas en las diversas disciplinas del proceso, se hace una transposición de nociones que corresponden al Derecho Procesal Civil, a aquéllas.

Entre otras ventajas de la Teoría General del Proceso, además de las ya señaladas, existe la de índole legislativa, al permitir, en razón

¹³ GÓMEZ LARA, Cipriano, *La Prueba en el Derecho Mexicano del Trabajo*, en "Tercer Congreso Mexicano de Derecho Procesal", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, 1969, p. 69.

¹⁴ ALCALÁ-ZAMORA, *La teoría general del proceso*, cit., p. 11.

¹⁵ TEITELBAUM, Jaime W., *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*, en "Revista Iberoamericana del Derecho Procesal", año 1968, núm. 1, p. 149.

¹⁶ FLORES GARCÍA, Fernando, *Sobre la Teoría General del Proceso*, en "Jurídica" (Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana), T. I, núm. 1, julio de 1969, p. 112.

de su sistematización, el avance hacia la unificación legislativa de las disposiciones comunes a los diferentes tipos de proceso.¹⁷

La Teoría General del Proceso proporciona, pues, con su concepción unitaria del Derecho Procesal, una visión más completa de los conceptos, instituciones y principios que son comunes a las diversas ramas procesales. El estudio y la investigación procesales no deben diluirse exclusivamente en disciplinas particulares, porque esto propicia la repetición de las mismas nociones y principios en cada una; la asignación de campos de operación muy restringidos, y a menudo distintos, a conceptos que pueden aplicarse a todo tipo de proceso; y, por último, también propicia una investigación desproporcionada, cerrada, sin ubicación y hasta con resultados en ocasiones aparentemente contradictorios. Por eso estamos de acuerdo con Alcalá-Zamora, cuando escribe: "... el que se aísla en la contemplación de un territorio exiguo, además de exagerar a menudo su importancia, convirtiéndolo en ombligo del mundo, olvida la visión de conjunto y, con ella, la semejanzas e incluso identidades que presenta con campos colindantes".¹⁸

El esfuerzo por extraer y delimitar los diversos conceptos, instituciones y principios comunes, por otra parte, no debe ser motivo para alejarse del objeto a estudiar y entrar en disquisiciones innecesarias, en lucubraciones estériles que luego resultan inaplicables. Todo esfuerzo intelectual debe encaminarse directa o indirectamente a un fin realizable, que satisfaga verdaderos intereses sociales y contribuya de alguna manera a la solución de uno o varios problemas planteados. Así, el estudio del Derecho Procesal responde, sin lugar a dudas, a exigencias sociales, fundamentalmente a lograr una mayor fluidez, eficacia y justicia, dentro del marco jurídico existente, en la solución de los conflictos intersubjetivos que se realiza a través del proceso. De otra forma, la elaboración doctrinaria de conceptos y la investigación de principios institucionales carecería de sentido.

De este modo, pues, el procesalista ha de buscar un equilibrio entre la sistematización doctrinaria y la atención a los problemas concretos que el objeto de su estudio presenta en la realidad. Ya lo decía don José Castillo Larrañaga: "Apartar la mirada de la realidad puede conducirlo al logicismo procesal, o sea, a especulaciones vacías; pero limitar el objeto de esta disciplina a un cuerpo de normas positivas, lo llevaría a formular una exégesis sin contenido científico".¹⁹

¹⁷ ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años de evolución*, cit., p. 143, habla incluso de un código procesal único. Véase también: ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Unificación de los Códigos Procesales Mexicanos, tanto Civiles como Penales*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. X, enero-diciembre de 1960, Núms. 37-38-39-40.

¹⁸ ALCALÁ-ZAMORA, *La Teoría General del Proceso*, cit., p. 10.

¹⁹ CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Discurso Inaugural* al "Curso Colectivo acerca del Anteproyecto de Código Procesal Civil para el Distrito Federal", en "Revista de la

Sobre el peligro de la dogmática advertía Carnelutti cuando afirmaba que aquél consiste en "que se haga del mundo de los conceptos, más bien que del mundo de las cosas, el objeto del conocimiento". En seguida agregaba, con palabras que son producto de su amplia y fecunda experiencia docente: "No existe para nosotros, maestros del Derecho, un peligro más insidioso, precisamente porque no son más que conceptos los mandatos, o, si queremos, las normas jurídicas. Cuando establecemos estas últimas como lo que debemos hacer conocer, acabamos por confundir el mundo de los conceptos con el mundo de las cosas. Éste es el punto acerca del cual me tengo que separar de Filippo Grispigni... Él considera las normas jurídicas como aquello sobre lo que trabajaba; yo, como aquello con lo que trabajo. Sus libros más recientes han dado la medida de un ingenio extraordinariamente sutil y de una cultura increíblemente vasta; pero, al mismo tiempo, la impresión de un astrónomo enamorado del telescopio, en lugar de estarlo de las estrellas, que brillan en el inmenso cielo..."²⁰

Estas palabras, que deberían estar grabadas en la mente de todos los docentes del Derecho, tienen una especial aplicación en el ámbito de la Teoría General del Proceso, pues su contenido podría propiciar el peligro que certeramente el maestro italiano advierte. Con estas aclaraciones, la Teoría General del Proceso desempeñará un papel relevante en las diversas disciplinas procesales, esclareciendo y sistematizando los conceptos y principios generales, indispensables a los diversos procesos, a fin de que éstos puedan desarrollar con mayor eficacia sus funciones.

3. *La Teoría General de la Prueba*

Los autores también se han preguntado si, como ocurre en el Derecho Procesal en general, hay una unidad esencial en la prueba —lo que permitiría hablar de una Teoría General de la Prueba; o si, por el contrario, tal unidad no existe —lo que impediría tal supuesto.

En esta forma, el maestro Alcalá-Zamora,²¹ luego de explicar cómo brotó la discusión sobre el tema entre Florián (tesis dualista) y Carnelutti (posición unitaria), afirma que ésta no es sino un reflejo del problema de la unidad o diversidad del Derecho Procesal. Sintetizando dicho debate, el profesor hispano señala que las divergencias se buscan por tres lados: "a) utilización preferente de tal o cual medio de prue-

Escuela Nacional de Jurisprudencia", Tomo XII, julio-diciembre de 1950, Núms. 47-48, p. 17.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco, *La lucha del Derecho contra el mal*, publicado en el libro de Miguel Fenech, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor, Barcelona, 1961, v. I, p. 17.

²¹ *Introducción al estudio de la prueba*, en "Estudios de Derecho Probatorio", Concepción, Chile, 1965, pp. 115 y 116.

ba; b) criterio valorativo y c) ordenación procedimental. La utilización preferente, además de obedecer a consideraciones de derecho sustantivo relacionadas con la manera habitual de producirse el correspondiente conflicto, refleja tan sólo una tendencia, pero en manera alguna entraña una regla absoluta, según revela el hecho de que los códigos procesales civiles se ocupen de la prueba testifical y, a la inversa, los de enjuiciamiento criminal de los documentos. Por lo que concierne a la apreciación, el régimen de la prueba legal o tasada presenta los mismos rasgos sea cual fuere la zona en que se aplique, y otro tanto acontece con el de libre convicción, que, además, por su propia índole, escapa a toda normación jurídica y se contenta con remitirse a la conciencia judicial, y con el de sana crítica, que opera por igual respecto de toda suerte de contiendas. En cuanto a las discrepancias procedimentales, la circunstancia de que, verbigracia, tal o cual trámite referente a la recepción del testimonio o de la pericia en materia civil sea distinto de los seguidos en la esfera penal, no destruye la unidad esencial de uno y otra en ambos campos procesales”.

Por su parte, Devis Echandía piensa que “nada se opone a una teoría general de la prueba, siempre que en ella se distingan aquellos puntos que por política legislativa, ya no por razón de naturaleza o función, están o pueden estar regulados de diferente manera en uno u otro proceso”. “Existe, pues —concluye el procesalista colombiano—, una unidad general de la institución de la prueba judicial”.²²

Para los dos autores citados hay una unidad en el fenómeno probatorio, por lo que es dable hablar de una Teoría General de la Prueba. Como señala acertadamente Alcalá-Zamora, en el fondo lo que se discute, al hablar de la unidad o diversidad de la prueba, es, precisamente, la unidad o diversidad del Derecho Procesal, tema que ya tratamos previamente al de la Teoría General del Proceso, y que es punto de partida de ésta, así como de la Teoría General de la Prueba.

En relación a esta última, Alsina²³ contempla un aspecto distinto, como lo es el de la composición de la prueba, para destacar su importancia. El autor argentino se expresa en los siguientes términos: “. . . el conocimiento del juez no se forma, por lo regular, a través de un solo medio de prueba, sino que es consecuencia de una elaboración mental de reconstrucción mediante la confrontación de los distintos elementos de juicio que las partes le suministran. Una teoría general de la prueba permite establecer el modo como el juez va adquiriendo conocimiento de las cosas; explica la formación lógica de los distintos medios de prueba, y la vinculación que entre ellos existe, base de la

²² DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Edit. Temis, Bogotá, 1967, t.v., p. 28.

²³ *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar. Edits., Buenos Aires, 1961, t. III, p. 227.

prueba compuesta; suministra, por último, el criterio para la valoración de la prueba en la sentencia”.

Silva Melero ²⁴ considera como principales diferencias entre el régimen probatorio penal y el civil, el hecho de que en el primero existan dos fases perfectamente diferenciadas (la instruccional o sumarial y la del juicio oral), en el Derecho español vigente, y la pretendida distinción que mantienen los cultivadores del Derecho Procesal entre la verdad real, como perteneciente a su rama, y la verdad formal, como correspondiente en el proceso civil. De lo primero afirma que la prueba en su sentido procesal sólo tiene lugar en la fase del juicio oral, pues en la fase sumarial, se trata en realidad de una actividad preparatoria, que no por eso deja de tener importancia y trascendencia, pero que no puede servir como término de comparación con el proceso civil. Pero puede agregarse que, como bien ha precisado Alcalá-Zamora, las diferencias procedimentales para nada afectan la unidad esencial de la prueba.

En cuanto a la distinción entre verdad formal y verdad material, si bien tradicionalmente se ha referido la primera al proceso civil y la segunda al penal, esa distinción o, mejor dicho, esa división carece de una justificación sólida y no tiene por qué subsistir. Cualquier tipo de proceso debe procurar que el cercioramiento del juzgador corresponda realmente a la verdad; lo contrario es imponer expresas limitaciones al juez en su función. En este sentido, estamos de acuerdo con Devis Echandía cuando afirma: “... la verdad es sólo una y lo que varía es el sistema real o formal de investigarla: en ambos procesos el fin de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza o el convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos, lo cual puede coincidir o no con la realidad, aun cuando sin duda es más posible el error en un sistema de tarifa legal y sin facultades inquisitivas del juez”. El propio autor agrega: “En los países que conservan estas caducas limitaciones del proceso civil... sólo puede hablarse correctamente de que el convencimiento del juez se obtiene de manera formal y sobre el material suministrado por las partes que puede ser incompleto, en oposición a lo que ocurre en el proceso penal, que le permite llegar a un convencimiento subjetivo y real; pero es ilógico e injurídico hablar de verdad formal o real”.²⁵

Ya anteriormente, Furno²⁶ había criticado el empleo de estos dos términos, que en el fondo no se refieren sino a la certeza que se obtiene en el proceso. Por verdad material —escribía el autor italiano— se entiende la certeza histórica adquirida en el proceso a través de uno o

²⁴ SILVA MELERO, Valentín, *La Prueba Procesal*, t. I. (Teoría General), Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 46 y 48.

²⁵ DEVIS ECHANDÍA, *Ob. cit.*, T. V., pp. 29 y 30.

²⁶ FURNO, Carlo, *Contributo alla Teoria della Prova Legale*, CEDAM, Padova, 1940, pp. 20 y 21.

varios medios de prueba, cuyo resultado debe ser apreciado por el juez con absoluta libertad de criterio, sea que las partes faciliten el material probatorio o que el propio juez supla con su iniciativa las lagunas de la instrucción. Por el contrario, por verdad formal se entiende la certeza obtenida en el proceso, no por medio de una crítica libremente ejercida sobre los resultados de la prueba por el órgano jurisdiccional, sino en virtud de un sistema legal de fijación definitiva de los hechos, es decir, en virtud de un sistema de normas imperativas, las cuales, supliendo la libertad judicial de valoración, vinculan al juzgador a tener por ciertos los hechos demostrados, en el modo y forma correspondiente a la hipótesis prevista en abstracto por aquellas normas.

Con base en esta aclaración, el mencionado autor proponía que la expresión "verdad material" fuera sustituida por "certeza histórica judicial" y "verdad formal" por "certeza histórica legal", de tal modo que la distinción primeramente fundada en la "cualidad de la verdad" (material, formal) pase a designar simplemente "el modo" (judicial, legal) como la misma certeza histórica puede ser obtenida en el proceso.

Esta substitución nos parece correcta, ya que, en primer lugar, evita las complicaciones y mistificaciones que el empleo de dos verdades distintas trae consigo, y, en segundo término, centra perfectamente las diferencias en la forma de obtener la certeza histórica en el proceso, y no, como erróneamente se venía sosteniendo, en los tipos de "verdad" conseguidos.

El propio Silva Melero explica que esa terminología era corriente, especialmente en Alemania, en la época del renacimiento de los estudios procesales, y sin que, por otra parte, pueda decirse que haya caído en desuso totalmente, sobre todo para los procesalistas de la rama punitiva, a pesar de haberse observado que contraponer la verdad formal a la materia no era más que un juego de palabras. En forma convincente, concluye dicho autor: "Si, como escribe Carnelutti, 'la verdad es como el agua, o es pura o no es verdad',²⁷ no es ciertamente ésta la que trata de afirmarse en el proceso, porque la llamada verdad material se refiere a hechos ocurridos en el pasado, y no cabe identificarla ni con la verdad absoluta ni con la certeza matemática y hay que reducirlos prácticamente a la proposición modesta de la certeza empírica".²⁸

Sin dejar de reconocer la existencia de peculiaridades en cada régimen probatorio, Silva Melero concluye diciendo que cabe "mantener una unidad fundamental en ambos tipos de procesos en lo que afecta a la prueba, ya que tanto en el civil como en el penal, se trata de convencer al juez de la verdad o falsedad de los hechos que han de servir de base a la aplicación de la norma jurídica pertinente, y tanto da

²⁷ *La prueba civil, cit.*, p. 25.

²⁸ SILVA MELERO, *ob. cit.*, t. I, p. 38.

que se emplee la expresión de “valoración conforme a conciencia” del proceso penal, como de “la sana crítica”, de los artículos 609-632 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, sin duda, la conciencia del juzgador tampoco puede estar ausente en este tipo de proceso”.²⁹ No es que precisamente no tenga relevancia el sistema de apreciación en orden a la prueba, sino que la adopción de uno u otro, varía por razones de política legislativa e incluso de evolución de las instituciones probatorias, mas esto no viene a fijar diferencias esenciales que imposibiliten el tratamiento unitario de la prueba, pues —con mayor razón— permite un análisis comparativo de los diversos sistemas de apreciación probatoria, su evolución en el derecho —tanto histórico como vigente— y un balance de sus conveniencias e inconveniencias.

Por esto tiene razón Sentís Melendo cuando afirma que “se comete un tremendo error cuando se habla de *pruebas civiles* y de *pruebas penales* como cosas totalmente distintas; a lo sumo podrá hablarse de especies de un mismo género; y esto puede aplicarse a la distinción entre proceso civil y proceso penal. La función de juzgar es siempre la misma. . .”.³⁰

El profesor de la Universidad de La Plata nos proporciona un enfoque distinto para hablar de una Teoría General de la Prueba; señala que ésta ha de fundarse sobre una contemplación del proceso que, en orden a la actividad probatoria, no es sustancialmente diferente en uno y otro. El funcionamiento de las cargas, base para el mencionado procesalista de todo proceso, no debe verse de manera diferente en el proceso civil y en el proceso penal. Como quiera que el particular no pueda tomarse la justicia por su mano, y el Estado tampoco lo puede hacer, ya que su función no es tomarse la justicia, sino administrarla o impartirla, hay que cumplir con la carga de la acción, que consiste en ejercitarla, quien la tenga, ante los tribunales. El acudir a los tribunales civiles y el acudir a los penales no son fenómenos sustancialmente diferentes. La carga de la prueba no es sustancialmente diferente en el proceso civil y en el proceso penal.³¹

Sentís Melendo, al tomar como base para la doctrina general de la prueba, el concepto de carga, realmente trata de fundarse sobre uno de los puntos más discutidos en relación a la prueba, pues incluso hay quienes afirman que el concepto de carga de la prueba no se da en el proceso penal.³²

Pero independientemente de que esto sea falso, como lo veremos al hablar sobre la carga de la prueba, no es ésta la única ni la más firme

²⁹ *Ob. y loc. cit.*

³⁰ SENTÍS MELENDO, *ob. cit.*, p. 542.

³¹ SENTÍS MELENDO, *ob. cit.*, p. 546.

³² CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, t. III, p. III, FLORIÁN, *ob. cit.*, p. 323; en México, RIVERA SILVA, *ob. cit.*, p. 192.

base que nos permita hablar de una doctrina general de la prueba, sino que —al igual que en el Derecho Procesal en general—, hay una serie de conceptos, principios e instituciones en relación a la prueba que son de indiscriminada aplicación en los diversos procesos. La prueba siempre tendrá como fin la obtención del cercioramiento judicial acerca de los hechos indispensables para la aplicación de la norma jurídica pertinente; en cualquier proceso han de ser hechos en sentido general lo que se pruebe, aunque únicamente ciertos hechos los que deban serlo. La carga también opera en todo tipo de proceso, aun en los que rige, ya sea absoluta, preponderante o muy atenuadamente, el principio inquisitorio; igualmente, en todo proceso siempre hay sujetos de derecho que actúan en función de la prueba; para llegar al cercioramiento judicial, se emplean ciertos elementos denominados medios de prueba, cuyo empleo predominante en uno u otro proceso, como afirma Alcalá-Zamora, sólo implica una mera tendencia y no una regla absoluta, tendencia que obedece a consideraciones de derecho sustantivo relacionadas con la manera habitual de producirse el correspondiente conflicto.

En cuanto al procedimiento probatorio, también hay una serie de consideraciones que requieren un cierto tratamiento general, antes de entrar a concreciones positivas. Por último, en cualquier tipo de proceso se requiere que el juez aprecie o valore los medios de prueba ofrecidos u ordenados y desahogados, ajustándose a alguno de los sistemas existentes, o bien siguiendo un criterio mixto.

Por otra parte, hay un conjunto bien definido de principios sobre la prueba que son aplicables a cualquier proceso, ya sea civil, penal, laboral, constitucional, etc., lo que no implica desconocer las variantes y peculiaridades propias de cada régimen probatorio; no se trata de que exista una prueba civil, otra penal, otra laboral, etc., sino que la prueba, que es única, recibe un tratamiento legislativo que tiene ciertas características en cada tipo de proceso, pero que son irrelevantes en orden a su unidad.³³

Aunque históricamente los estudios probatorios se hayan desarrollado con cierta independencia del avance del procesalismo en general, e incluso algunos son anteriores al surgimiento de éste,³⁴ lógicamente la Teoría General de la Prueba constituye uno de los capítulos principales de la más amplia Teoría General del Proceso.³⁵ Consideramos que

³³ Un análisis muy amplio y exhaustivo sobre los principios generales de la prueba puede verse en DEVIS ECHANDÍA, *ob. cit.*, T. V., pp. 62 a 95.

³⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Sistema y Criterios para la Apreciación de la Prueba*, en "Estudios de Derecho Probatorio", Concepción, Chile, 1965, pp. 29 y 30.

³⁵ GÓMEZ LARA, *ob. cit.*, pp. 69 y 70. Así lo consideró también el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de nuestra Facultad de Derecho, aunque la incluyó con la terminología de Briseño Sierra, en el Temario de Teoría General del Proceso. Cfr. FLORES GARCÍA, *ob. cit.*, p. 115. En igual forma, aunque ya con terminología de Teoría General de la Prueba, ésta fue incluida en los respectivos temarios de las Uni-

dentro de ésta, el concepto de la prueba es equiparable a los que han sido considerados como *fundamentales*, tales como los de la acción, la jurisdicción y el proceso.

Desde un punto de vista lógico, no se puede concebir el proceso sin la prueba. Aun cuando se presente el *allanamiento*, y se supriman las etapas probatorias y de alegatos, no puede hablarse de un proceso sin prueba, sino más bien de una solución auto compositiva unilateral^{35 bis} homologada por el juzgador, figura que excluye la existencia del proceso. No hay prueba, pero tampoco hay proceso.

En relación a la importancia de la prueba, son clásicas estas palabras de Bentham: "... el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas".³⁶ Y es oportuno anotar que desde entonces el pensador inglés consideraba que sus estudios sobre la materia eran aplicables "tanto a la ley penal cuanto a la comúnmente llamada ley civil; ¿de qué se trata en lo penal?: de decidir si cierto hecho, llamado delito, está probado o no y, en consecuencia, si el individuo acusado debe ser sometido a la obligación de sufrir la pena correspondiente a ese hecho. Para todos esos problemas, el juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y otra parte, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza probatoria".³⁷

También Carnelutti considera esta importancia decisiva del fenómeno que estudiamos: "La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento".³⁸ Y Sentís Melendo afirma sin vacilaciones: "... un proceso sin prueba constituye una entelequia...".³⁹

En fin, si, como afirma Kisch,⁴⁰ la demanda es la proposición, la petición de sentencia, y ésta no es sino la respuesta a aquélla, el sentido de esa respuesta está condicionado por la actividad probatoria que se desarrolle en el proceso.

versidades Nacional de Guatemala y de El Salvador. Cfr. AGUIRRE GODOY, Mario, *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*, y UNCO, Guillermo Manuel, *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Núm. 1 de 1968, pp. 100 y 175, respectivamente. Por último, es muy digna de considerarse la proposición que hizo DEVIS ECHANDIA en el IV Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Cuernavaca, Mor., 17-20-IV-1969), en el sentido de incluir en los programas de estudio de las Facultades de Derecho, un curso anual separado de "Pruebas Judiciales", tal como ocurre en Colombia, desde hace cerca de un siglo. Cfr. *La Enseñanza del Derecho Procesal*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", enero-junio de 1970, Núms. 77-78, p. 364.

^{35 bis} Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa* (Contribución al estudio de los fines del proceso), UNAM, 1970, pp. 85-89.

³⁶ BENTHAM, *ob. cit.*, t. I, p. 10.

³⁷ BENTHAM, *ob. cit.*, y *loc. cit.*

³⁸ *La prueba civil, cit.*, p. XVIII.

³⁹ *Ob. cit.*, p. 549.

⁴⁰ KISCH, Wilhelm, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. de L. Prieto Castro, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 171.

En virtud de ese carácter general de la Teoría de la Prueba, ésta no puede entrar al análisis de las peculiaridades probatorias de los diversos tipos de proceso pues al intentar una teoría general de la prueba penal, por ejemplo, estaríamos ante una contradicción en el simple enunciado; en otras palabras, la Teoría General de la Prueba, por su propio carácter, no puede penetrar a las variaciones y detalles de la prueba. No agota, pues, el estudio cabal de ésta.

4. El Derecho Probatorio

La denominación "Derecho Probatorio" ha venido tomando carta de naturalización entre los procesalistas.⁴¹ En general, se entiende por Derecho probatorio "el estudio de las pruebas",⁴² pero también se dice que es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad demostrativa en el proceso.⁴³ Creemos que la denominación Derecho probatorio comprende todo el conjunto de normas jurídicas relativas a la prueba (entendida ésta en su sentido amplio), sin perjuicio de que su estudio debe partir necesariamente de la Teoría General de la Prueba. Con el empleo de los conceptos y los principios proporcionados por ésta, se logrará una mayor comprensión y sistematización.

De los principios de la Teoría General de la Prueba, que orientan tanto el estudio como la aplicación del Derecho probatorio, podemos destacar los siguientes:

a) *Principio de la necesidad de la prueba.* Los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, *necesitan* ser demostrados por las pruebas aportadas por cualquiera de las partes o por el juez, si éste tiene facultades.⁴⁴ Esta necesidad de la prueba tiene no sólo un fundamento jurídico, sino lógico, pues el juzgador no puede decidir sobre cuestiones cuya prueba no se haya verificado.

b) *Principio de la prohibición de aplicar el conocimiento derivado del juez sobre los hechos.* El juzgador no puede suplir las pruebas con con el conocimiento personal o privado que tenga de los hechos, porque sería desconocer la publicidad y contradicción indispensables para la validez de todo medio de prueba.⁴⁵

⁴¹ Esta denominación ha sido aceptada por ALCALÁ-ZAMORA, quien ha reunido una serie de ensayos sobre la prueba, bajo el título *Estudios de Derecho Probatorio*, obra que hemos citado; igualmente SENTIS MELENDO, en su estudio *Introducción al Derecho Probatorio*, también citado; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, cit., t. I, p. XIII, y, por último, DENTI, Victorio, *Evolución del Derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, traducción y notas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", Nueva Serie, Año II, Núm. 6, septiembre-diciembre de 1969, pp. 543-583, especialmente la p. 543, nota a, del traductor.

⁴² SENTIS MELENDO, *ob. cit.*, p. 549.

⁴³ SILVA MELERO, *ob. cit.*, t. I, p. 26.

⁴⁴ DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, t. V., pp. 62 a 65.

⁴⁵ DEVIS ECHANDIA, *ob. y loc. cit.*

En relación al conocimiento privado, de acuerdo con Alcalá-Zamora,⁴⁶ hay que distinguir dos aspectos: el jurídico y el psicológico. Por lo que toca al primero, afirma que desde este aspecto, es inadmisibles sentenciar con base en el conocimiento privado, por dos razones: primero, porque esa convicción extraprocesal del juzgador se sustrae a la discusión y a la contraprueba necesaria; segundo, porque no se puede ser testigo y juez en un mismo proceso. De ahí que si el juez conoce como particular determinados hechos del proceso, y su testimonio es único, insustituible y trascendente, debe comparecer como testigo e inhibirse de actuar como funcionario judicial en dicha causa. Si su testimonio no es indispensable, deberá desentenderse en absoluto de cuanto haya llegado a él extraprocesalmente y atenerse exclusivamente al resultado de la prueba.

Sin embargo, desde un punto de vista psicológico, la situación cambia por completo: el conocimiento privado con conciencia o sin conciencia del juez, puede influir en la ordenación, en la práctica y sobre todo en la apreciación de la prueba, muy singularmente cuando ésta se efectúa según la libre convicción *stricto sensu*. Esta contingencia es difícilmente evitable. No obstante, Alcalá-Zamora apunta que la sustitución de la libre convicción por la sana crítica, puede hacer que en la sentencia queden trazas de que el juzgador, al resolver, se sirvió, en mayor o menor medida, de su conocimiento privado, dándose así posibilidad de acudir al remedio oportuno. Advierte el citado tratadista que, a pesar de ello, la habilidad del funcionario puede llegar a disimular el verdadero móvil de su decisión, con sólo cargar el acento sobre las pruebas o indicios que coincidan con la opinión extraprocesal, en este caso elevada a convicción procesal, que se haya formado de los hechos.

c) *Principio de la adquisición de la prueba*. Según este principio, la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, y así debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla.⁴⁷

d) *Principio de igualdad de oportunidades para la prueba*. Significa que las partes dispongan las mismas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, sea que persigan o no contradecir las aducidas por el contrario.⁴⁸ Es obvio que la igualdad legal debe considerar las desigualdades reales, pues una igualdad formal que ignore los grandes desniveles existentes en cuanto a posibilidades reales, sería una verdadera ficción y por ello absurda, como ha ocurrido en el pasado y

⁴⁶ ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y Ricardo LEVENE (h), *Derecho Procesal Penal*, t. III, Buenos Aires, 1945, pp. 60 y 61.

⁴⁷ SILVA MELERO, *ob. cit.*, I, p. 27, y DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, pp. 66-67.

⁴⁸ DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, t. V., p. 74.

aún ocurre en el presente con las normas que hacen abstracción de las condiciones reales en que se desenvuelven los hombres. Por ende, la igualdad en materia probatoria, como en cualquier normación jurídica, debe procurar una verdadera igualdad material, que parta de las condiciones reales de vida, y no limitarse al concepto ya superado de la igualdad formal. En este sentido debe hablarse mejor del principio de *igualación* de oportunidades para la prueba.

e) *Principio de publicidad de la prueba*. El proceso ha de ser desenvuelto en tal forma, que sea posible a las partes y a terceras personas reconstruir las motivaciones que determinaron la decisión, con referencia al presente y al futuro.⁴⁹ El examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas por las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que le corresponde.⁵⁰

f) *Principios de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de prueba*. El juez debe ser quien dirija, de manera personal, sin mediación de nadie, la producción de la prueba, en la mayor medida posible. Si la prueba está encaminada a lograr el cercioramiento del juzgador, nada más lógico que el juez sea quien dirija su producción.

La dirección del debate probatorio otorga al juez un papel completamente activo, ya que lo provee de facultades para ordenar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias para su cercioramiento y para intervenir en las pruebas ofrecidas por las partes. Sin la dirección judicial, como dice Devis Echandía,⁵¹ el debate probatorio se convertiría en una lucha privada y la prueba dejaría de tener carácter de acto procesal de interés público.

Como puede desprenderse claramente de todo lo expuesto en este número, es indudable que la materia probatoria corresponde al Derecho Procesal; en otras palabras, la prueba, considerada desde el ángulo jurídico, queda comprendida en el Derecho Procesal, con la excepción que Alcalá-Zamora precisa: "... el Derecho probatorio pertenece casi exclusivamente al Derecho Procesal, sin más excepción que las que Chiovenda ha llamado normas probatorias especiales",⁵² que se presentan dentro de las legislaciones que acogen el sistema legal o tasado, y constituyen cortapisas o pautas marcadas por el Derecho sustantivo.

Si se habla de Derecho probatorio, no se pretende la existencia de nueva rama del Derecho en general, con autonomía e independencia del Derecho procesal. El agrupamiento de las normas relativas a la prueba bajo la denominación "Derecho probatorio", se hace en razón

⁴⁹ SILVA MELERO, *ob. cit.*, t. I, p. 28.

⁵⁰ DEVIS ECHANDÍA, *ob. cit.*, t. V, p. 75. Este principio desde luego tiene sus excepciones en la propia ley, cuando produce resultados contraproducentes.

⁵¹ *Ob. cit.*, t. V, p. 79.

⁵² *Derecho Procesal Penal, cit.*, t. III, p. 16.

de un criterio de especialización, para darle un tratamiento más sistemático a su estudio, pero no porque se piense que se trata de una disciplina autónoma. Como señala Sentís Melendo, el Derecho probatorio existe "como una parte o zona del Derecho procesal, no como un estudio independiente y autárquico".⁵³

Por último, queremos dejar precisado que el estudio completo de la prueba en sí, ya no sólo desde un ángulo normativo, indudablemente rebasa no solamente los límites del Derecho procesal, sino los del Derecho mismo, ya que implica toda una serie de conocimientos e investigaciones que corresponden a las más diversas disciplinas científicas, entre las cuales se pueden enunciar, sin pretensión de ser exhaustivos, la Criminalística, la Medicina forense, la Psiquiatría, la Psicología, la Lógica, la Sociología, y, en general, todas aquellas ciencias cuyas aportaciones pueden contribuir a la obtención de la prueba, fundamentalmente a través de la pericia y de la prueba documental científica; incluso, aquí cabe señalar que, en la medida en que esta participación verdaderamente científica sea mayor, como una consecuencia del mismo desarrollo de la ciencia en general, el cercioramiento del juzgador estará más orientado hacia la verdad, y probablemente en el futuro se llegará a hablar de un carácter objetivo de la prueba.

5. *El contenido de la Teoría General de la Prueba*

Según ha sido señalado anteriormente, hay una temática propia de la Teoría General de la Prueba, que requiere un deslinde, antes de realizar cualquier incursión sobre el Derecho probatorio, entendido como conjunto de normas relativas a la prueba, sin perjuicio de que se considere que aquélla queda comprendida dentro de éste.⁵⁴

a) *El concepto de prueba.* La palabra prueba tiene, aun extrayéndola de su empleo común⁵⁵ y ubicándola dentro del campo jurídico, toda una gama de significados, ya que se usa para designar objetos distintos, aunque conexos.⁵⁶

⁵³ *Introducción al Derecho probatorio*, cit., p. 549.

⁵⁴ Sobre el contenido de la Teoría General de la Prueba, puede verse: ALCALÁ-UAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Programa para un Curso sobre la Teoría General de la Prueba*, en "Estudios de Derecho Probatorio", cit., pp. 197 y 198; SENTÍS MELENDO, ob. cit., pp. 556 a 559, y FENECH, ob. cit., t. I, pp. 571 y 572.

⁵⁵ Devis Echadía afirma que la noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, y por ello hay una noción ordinaria al lado de otra técnica, y ésta varía según la clase de actividades o ciencias en que se aplique; según él, en las ciencias y actividades reconstructivas (que construyen el pasado) la noción de prueba adquiere el sentido que tiene en el Derecho. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, ob. cit., t. V, p. 2.

⁵⁶ "La palabra prueba trae su etimología, según unos, del adverbio probe, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende: o, según otros, de la palabra *probandum*, que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, según lo expresan varias leyes del Dere-

a') De este modo, la palabra prueba es empleada para designar los *medios* con los que se pretende probar, o sea, todos aquellos instrumentos que pueden lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los puntos controvertidos. En ese sentido, se habla, por ejemplo, de la "prueba confesional", la "prueba parcial", "la prueba documental", etcétera. Como peculiaridad de la referencia a este significado, Alcalá-Zamora y Levene señalan el empleo de la palabra en plural: se habla más de pruebas que de prueba, en el sentido de medios.⁵⁷

b') En segundo lugar, con la misma palabra se intenta denominar el *procedimiento probatorio*, es decir, al desarrollo formal de la fase probatoria del proceso, al encauzamiento fijado para la realización de la actividad probatoria. De ahí que algunos códigos procesales hablen de "abrir el pleito a prueba"⁵⁸ para indicar la iniciación del procedimiento probatorio, que se integra con los actos de ofrecimiento, admisión o rechazo, práctica y valoración de los medios de prueba.

c') El tercer lugar, con la palabra prueba también se hace referencia, al decir de Dellepiane, a la "*actividad de probar*, de hacer la prueba, como cuando se dice *actor probat actionem*, indicando que es esta parte la que debe suministrar los elementos del juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos alegados".⁵⁹ Carnelutti⁶⁰ distingue esta acepción cuando, después de observar que los actos de prueba pueden ser realizados tanto exclusivamente por quien efectúa la comprobación, como por otros junto a él, señala con agudeza que en el lenguaje corriente no sólo se llama prueba a la actividad de quien comprueba, sino también a la de quien da el modo o suministra los medios para comprobar.

Dentro de esta acepción, la mayoría de las leyes procesales expresan la necesidad que tienen las partes de probar sus respectivas proposiciones de hecho, y los hechos sobre los que el adversario tenga a su favor una presunción legal.⁶¹

d') Por último, el término prueba es usado para consignar el resultado producido por los medios de prueba ofrecidos y desahogados en el proceso. Ésta es una de las acepciones más difundidas y admitidas entre los procesalistas,⁶² y en este sentido la prueba vendría a ser "la

cho romano". DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico-crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, Tomo II, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1936, p. 133.

⁵⁷ ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal, cit.*, t. III, p. 17.

⁵⁸ Por ejemplo, los Códigos de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (artículos 271 y 277), de Zacatecas (artículos 253, III, y 254) y Federal (artículos 337 y 338).

⁵⁹ DELLAPIANE, A., *Nueva Teoría de la Prueba*, Edit. Temis, Bogotá, 1961, p. 13. *cit.* por BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1970, vol. IV, p. 318.

⁶⁰ CARNELUTTI, *La Prueba Civil, cit.*, pp. 40 y 41.

⁶¹ Cfr. arts. 260 del C.P.C. de Zacatecas y 281 del distrital.

⁶² Cfr. DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, t. V, pp. 181 a 184.

demostración misma de las proposiciones de las partes, la constatación de los hechos controvertidos, el reconocimiento mismo a la reproducción de los acontecimientos discutidos".⁶³ Este significado se puede ejemplificar en la acuñada frase de las sentencias tradicionales que reza: "... el actor probó su acción..." (es decir, probó los hechos del supuesto de la norma en que trata de fundar su pretensión, aunque hay que reconocer que con la misma frase también se expresa, a la vez, que el actor demostró la aplicabilidad de la norma a los hechos probados).

En resumen, podemos decir que la palabra prueba en el ámbito jurídico, y concretamente en el procesal, recibe un tratamiento diverso, según sea el objeto que se considere. Así, se emplea para designar a los medios, al procedimiento, a la actividad tendiente a probar y al resultado obtenido.^{64 65}

Nosotros pensamos que un concepto de prueba que pretenda ser válido para todo tipo de proceso, en términos de una *Teoría General de la Prueba*, ha de recoger todas sus manifestaciones, ya sea que éstas operen dentro del campo del principio dispositivo, ya sea que funcionen en el ámbito del principio inquisitorio. Una visión unilateral y, por ende, parcializada del fenómeno probatorio, queda al margen de la Teoría General de la Prueba y, consecuentemente, de la Teoría General del Proceso.

De los diversos enfoques expuestos, los más comprensivos del fenómeno que estudiamos, son los dos últimos, es decir, los que contemplan las actividades que se realizan con motivo de la prueba y el resultado obtenido. Por eso pensamos que, *en sentido estricto*, y siguiendo la terminología de Alcalá-Zamora,⁶⁶ la prueba es la obtención del cercioramiento judicial acerca de los hechos indispensables para la resolución del conflicto sometido a proceso. Probar es, pues, lograr efectivamente dicho cercioramiento, ya sea a través de la actividad de las partes o de los terceros (principio dispositivo), o ya sea por el juzgador directamente (principio inquisitorio). Ese cercioramiento judicial podrá obtenerse mediante un método que permita la valoración del órgano jurisdiccional, sea con libertad judicial, y entonces estaremos frente a lo que Fur-

⁶³ ZEPEDA, Jorge Antonio, *Sobre la Prueba en el Derecho Mexicano del Trabajo*, Comunicación presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal, publicado por la "Revista de la Facultad de Derecho de México", México, 1969, p. 92.

⁶⁴ Además, DEVIS ECHANDÍA señala que la palabra también es empleada para designar "los hechos que sirven de prueba a otros hechos", restringiendo así la noción de prueba; también se le identifica erróneamente con la materia que debe probarse o el objeto de la prueba y, por último, se define la prueba diciendo que es "el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los medios aportados se deducen". Cfr. *ob. cit.*, t. V, pp. 179 y 184.

⁶⁵ En nuestra tesis *Los sistemas de apreciación probatoria en el Derecho positivo mexicano*, México, 1971, pp. 10-33, hacemos un análisis de la elaboración conceptual en torno a la prueba, siguiendo los cuatro enfoques anotados.

⁶⁶ *Introducción al estudio de la prueba, cit.*, p. 111.

no llama la "certeza histórica judicial"; o bien, dicho cercioramiento se obtiene mediante una mera constatación de los medios de prueba con los valores (fuerza probatoria) previamente fijados o tasados, en la ley, y entonces estaremos frente a lo que el propio autor italiano llama "certeza histórica legal".

En sentido amplio, sin embargo, la prueba comprende todas las actividades procesales que se realizan a fin de obtener dicho cercioramiento, con independencia de que éste se obtenga o no. Este sentido amplio de la prueba es el que puede servir de base para el desarrollo de la Teoría General de la Prueba.

b) *El fin de la actividad probatoria*. El fin de la actividad probatoria viene a ser el mismo en cualquier tipo de proceso. Sobre este tema podemos manejar los conceptos que dimos de la prueba: el fin de la prueba (en sentido amplio) no es sino el de llegar a la prueba (en su significación estricta). Es decir, la actividad probatoria tiene como fin la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de las situaciones fácticas indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso.⁶⁷ Dicho cercioramiento no debe ser confundido con el capricho y la arbitrariedad de los jueces, sino que consiste en un criterio sólidamente fundado, que trata de acercarse, en lo más posible, a la verdad, ya sea que se trate de un proceso regido por el principio dispositivo, por el principio inquisitorio, o por una combinación de ambos.

En consecuencia, es inexacto que por medio de la actividad probatoria se busque la verdad en sí, sin perjuicio de que el criterio del juzgador debe orientarse por la búsqueda legítima de la verdad, que es objetiva y existe independientemente del sentido de las resoluciones judiciales; no obstante, éstas pueden coincidir con aquélla, lo que es muy deseable. La eficacia del proceso, como instrumento heterocompositivo de solución a los conflictos intersubjetivos,⁶⁸ depende en buena medida de que esa concurrencia de verdad y cercioramiento del juzgador, que puede lograrse merced al aprovechamiento del progreso científico y técnico.

c) *Objeto, necesidad y carga de la prueba*. Estos tres conceptos guardan estrechas relaciones, por lo cual es conveniente darles un tratamiento conjunto para precisarlos.⁶⁹

En cuanto al primero, esto es, al *objeto de la prueba*, consiste, en términos generales, en *lo que puede probarse*. Devis Echandía⁷⁰ caracteriza esta noción como puramente *objetiva* y *abstracta*, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las partes.

⁶⁷ ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal*, cit., t. III, p. 20.

⁶⁸ FLORES GARCÍA, Fernando, *Apuntes de clase*, Facultad de Derecho, UNAM, 1968.

⁶⁹ DEVIS ECHANDÍA, *ob. cit.*, t. V, p. 206.

⁷⁰ *Ob. cit.*, t. V, p. 205.

En cambio, la *necesidad de la prueba*, que consiste en lo que debe ser materia de la actividad probatoria por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, aunque es también una noción *objetiva*, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de un hecho o de alguno de ellos, es, para el autor citado, una noción no abstracta, sino *concreta*, porque recae sobre hechos determinados.

Por último, la *carga de la prueba*, que viene a ser una aplicación a la materia probatoria del concepto de "carga procesal",⁷¹ comprende dos aspectos: uno, *subjetivo*, en cuanto se refiere a la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiere prueba;⁷² este aspecto subjetivo es lo que Rosenberg llama "carga de la gestión probatoria". Consiste, según dicho autor, en "procurar (una de las partes) la prueba de un hecho controvertido mediante propia actividad, para sustraerse a la pérdida del proceso".⁷³

El otro aspecto de la carga de la prueba, el *objetivo*, inquiriere más bien en lo comprobado y no en quién ha comprobado. "Lo decisivo —apunta Rosenberg— no es la preocupación por la ejecución de la prueba, sino el peligro de la falta de la prueba".

Por otra parte, Devis Echandía⁷⁴ precisa que la noción de la carga de la prueba es, a la vez, *concreta y abstracta*; es concreta respecto a las partes, ya que se refiere a hechos precisos, y abstracta respecto del juez, porque es una regla de juicio de alcance general sobre la manera como debe decidir el juez a falta de prueba. Como puede verse, el carácter concreto se refiere al subjetivo y el abstracto al objetivo.

Pasamos ahora a desarrollar cada uno de estos conceptos.

En cuanto al *objeto de la prueba*, éste consiste en los hechos, entendidos en un sentido general que comprende incluso a la existencia de las máximas de la experiencia y preceptos jurídicos. Con razón ha afirmado Alcalá-Zamora: "... la prueba de normas jurídicas se traduce, en definitiva, en la prueba de un hecho: la de su existencia y realidad. . . , ya que una vez dilucidado este extremo, el juez se encuen-

⁷¹ COUTURE, *ob. cit.*, p. 211 define la carga procesal como "una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él".

⁷² En esta forma, aunque erróneamente se refieran en forma expresa a "obligación" y no a "carga", los artículos 81 y 82 del C.F.P.C., señalan reglas generales para la distribución parcial de la carga de la prueba; los artículos 83 y 84 del mismo ordenamiento, establecen reglas específicas. Igualmente, los artículos 281 y 282 del C.P.C. del Distrito prescriben las mismas reglas generales; también los artículos 1194, 1195 y 1196 del Código de Comercio. Con mayor técnica, el artículo 260 del C.P.C. de Zacatecas preceptúa que "las partes tienen la carga de probar sus respectivas proposiciones de hecho, y los hechos sobre los que el adversario tenga a su favor una presunción legal".

⁷³ ROSENBERG, *ob. cit.*, t. II, p. 223.

⁷⁴ *Ob. cit.*, t. V, p. 206.

tra frente al contenido del precepto incierto, y que ya ha dejado de serlo, en la misma situación que al Derecho nacional vigente y legislado".⁷⁵ Son, pues, en general los hechos el objeto de la prueba.

No obstante, por su calidad específica, la prueba que por excepción debe establecerse sobre hechos relativos a la existencia de determinados preceptos jurídicos, recibe un tratamiento especial. El principio *jura novit curia* no tiene aplicación tratándose de Derecho extranjero, consuetudinario, estatutario e histórico.⁷⁶ Importa destacar que, en México, el Derecho producido mediante el procedimiento jurisprudencial, que es un Derecho no legislado, no requiere prueba en virtud del carácter obligatorio que tiene para todos los órganos dedicados a realizar, en forma permanente y especializada, la función jurisdiccional, correspondan o no formalmente al Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas.⁷⁷ Esta obligatoriedad la establecen los artículos 192, 193 y 193 bis de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En cuanto a la *necesidad de la prueba*, también llamada obligatoriedad de la prueba, Rosenberg⁷⁸ escribe que se presenta según distintos presupuestos en un procedimiento con principio de disposición y en uno con principio inquisitorio. En primer término, en el ámbito del *principio dispositivo*, resuelve la conducta de las partes en amplia medida sobre la necesidad de prueba: de este modo, *no necesitan prueba* las afirmaciones admitidas, las no discutidas, además las notorias y las que cuentan con una presunción (nosotros preferimos decir los hechos afirmados que se han admitido como ciertos, los que no se han discutido, los notorios y los que cuentan con una presunción). Según esto, únicamente necesitan ser probadas las afirmaciones (hechos) discutidas y ni aun ellas cuando sean objeto de una presunción.

Por otra parte, en el campo del *principio inquisitorio* resuelve únicamente el Tribunal sobre la necesidad de prueba, haciendo exclusión de la notoriedad y de las presunciones —que también aquí eliminan la

⁷⁵ *Derecho procesal penal*, cit., t. III, p. 26.

⁷⁶ ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de la prueba*, cit., p. 118.

⁷⁷ En el mismo sentido, BECERRA BAUTISTA, José (*El Proceso Civil en México*, Editorial Porrúa, México, 1965, p. 72. Así lo consideran también De Pina y Castillo Larrañaga, cuando afirman: "...ni el Derecho consuetudinario, ni los principios generales de Derecho son objeto de prueba. El juez debe conocerlos y aplicarlos por las mismas razones que debe conocer y aplicar el Derecho escrito nacional", Rafael DE PINA y José CASTILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1966, p. 262. Por último, ALCALÁ-ZAMORA precisa que la jurisprudencia "no reclama propiamente pruebas y sí únicamente que se la refleje con exactitud y se la cite con precisión (en cuanto a fecha, tribunal de que emane y colección en que se inserte)". Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, *Examen crítico del Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua* (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales), Universidad de Chihuahua, 1959, pp. 70 y 71.

⁷⁸ *Ob. cit.*, t. II, p. 213.

necesidad de comprobación—, mientras que la conducta de las partes no tiene influencia.⁷⁹

Por último, en relación a la *carga de la prueba*, puede decirse que ésta tiene vigencia en cualquier tipo de proceso, invariablemente tratándose del aspecto objetivo y con algunas diferencias en su aspecto subjetivo. Micheli, quien se ha ocupado extensamente y con profundidad de la carga de la prueba, expresa: "...no cabe preguntar si el conferimiento de poderes inquisitorios al juez excluye la carga de la prueba, porque naturalmente en estos casos la estructura del proceso cambiará, pero subsistirá siempre, al menos como regla general, la cuestión acerca del modo de evitar un *non liquet*, cuando el juez no esté en situación de decidir por otra vía".⁸⁰ En este mismo sentido, Devis Echandía señala: "Las facultades inquisitivas del juez, sea civil, penal o de otra jurisdicción, pueden hacer menos numerosos los casos en que deba recurrirse a ella (la regla sobre la carga de la prueba), pero no los eliminan, pues siempre es posible que fracase la prueba y que el juez se encuentre ante una falta de certeza; por lo tanto, en estos procesos se conserva su vigencia e importancia".⁸¹

d) *Los sujetos de derecho probatorio*. En general, puede decirse, siguiendo a Kelsen,⁸² que en materia probatoria son sujetos los puntos de imputación o personificación del complejo de normas de Derecho probatorio. Y, así, dentro de este concepto, quedan comprendidos:

a') *El juzgador*, como centro de imputación de normas referentes a la ordenación de oficio de alguna prueba; la admisión de los medios de prueba ofrecidos; la dirección en su desahogo; la realización, tratándose de inspección judicial; la apreciación o valoración de los medios de prueba practicados; y, en fin, de normas que regulan la conducta del juzgador en materia probatoria.

b') *Las partes*, como puntos de imputación de las normas relativas al ofrecimiento de los medios de prueba y la práctica de los mismos en cuanto a ellas concierne, en especial, la declaración de parte y la confesión; también de las normas relativas a la distribución parcial de la carga de la prueba; y, en general, las que rigen la actividad que realizan las partes en función de la prueba.

c') *Los terceros*, en cuanto puntos de imputación de las normas probatorias, en especial, tratándose de las pruebas testifical y pericial.

d') *Los órganos de autoridad*, en cuanto colaboren a la obtención del cercioramiento judicial, v. gr., mediante la rendición de informes.⁸³

⁷⁹ ROSENBERG, *ob. cit.*, t. II, p. 221.

⁸⁰ MICHELI, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 247.

⁸¹ *Ob. cit.*, t. V, p. 623.

⁸² KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, U.N.A.M., México, 1969, pp. 109 y ss.

⁸³ Arts. 326 y 359 del C.P.C. del Distrito; 127 y 171 del Código Federal; 312 y 313 del de Zacatecas y 382 y 384 del de Tamaulipas.

De este modo se elude la distinción innecesaria y equívoca que se suele hacer entre órgano y sujeto de prueba.⁸⁴ Algunos autores, entre ellos Fenech⁸⁵ y Devis Echandía,⁸⁶ clasifican los sujetos de la prueba en función de los actos probatorios que realizan, y así hablan de sujetos de la proposición, sujetos de la admisión, de la ordenación, de la práctica, etcétera, pero, como es manifiesto, más que una clasificación de los sujetos de la prueba, es una clasificación de los diversos actos del procedimiento probatorio.

e) *Los medios de prueba*. Los medios de prueba son los instrumentos con los cuales se pretende probar, empleando esta palabra en su significación estricta.⁸⁷ No debe confundirse los medios de prueba con los sujetos de la prueba: los testigos y los peritos no son medios de prueba; son sujetos de Derecho probatorio. En cambio, el testimonio y el dictamen pericial sí son medios de prueba. La diferencia estriba en la imputación que se hace cuando se trata de los sujetos y el carácter meramente instrumental de los medios de prueba.

La precisión de los elementos de cada uno de los medios de prueba conocidos excede con mucho la extensión propuesta para este trabajo; por ello, nos concretamos a hacer un breve enunciado de los mismos.

a') *La confesión* —declaración vinculatoria de parte que contiene la admisión de que ciertos hechos son verdaderos—, otrora considerada como reina de las pruebas, se ha visto hoy reducida en su estimación, de tal modo que en el proceso penal se le atribuye carácter de mero indicio⁸⁸ y en el proceso civil tiende a ser sustituida por la simple declaración de parte libremente apreciada por el juez.⁸⁹ Se distingue entre confesión y declaración de parte con base en que aquélla es sólo una especie de ésta, sujeta a mayores formalidades, de carácter vinculatorio y consistente específicamente en la absolución de las posiciones articuladas por la contraparte.⁹⁰

⁸⁴ DEVIS ECHANDÍA, *ob. cit.*, t. V, pp. 361 a 364.

⁸⁵ *Ob. cit.*, t. I, pp. 584 y 590.

⁸⁶ *Ob. cit.*, t. V, pp. 364 y 372.

⁸⁷ Véase *supra*, inciso a) de este número.

⁸⁸ No obstante, advierte ALCALÁ-ZAMORA, algunos códigos anticuados le atribuyen valor de prueba plena, inclusive a la prestada ante la policía, y cita mediante nota al Código Federal de Procedimientos Penales (arts. 174, 177, 207 y 279) y al C.P.C. del Distrito (arts. 249 y 286). *La teoría general del proceso...*, *cit.*, p. 24.

⁸⁹ "Semejante solución —apunta ALCALÁ-ZAMORA— proviene de Inglaterra, donde prácticamente testigos y partes declarantes quedan sometidos a un mismo régimen probatorio, y de ella la trasplantó Klein al famoso código procesal civil austriaco de 1895... el cual repercutió sobre el alemán en la reforma de 1933... En América, la acoge el proyecto Couture de 1945 para Uruguay... y en México los códigos inspirados en el anteproyecto de 1948 para el Distrito (cfr. arts. 258-260), si bien los tres sin haberse decidido a eliminar, de paso, la confesión vinculatoria". *Examen crítico...*, *cit.* pp. 73 y 74. Aparte de dichos ordenamientos, actualmente podemos mencionar, entre otros, los Códigos de Procedimientos Civiles de Zacatecas (arts. 279-281) y Tamaulipas (arts. 313-323).

⁹⁰ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Pruebas Judiciales*, Editorial Temis, Bogotá, 1969, pp. 215 y ss.

b') *El testimonio* —declaración de un tercero ajeno a la controversia, acerca de hechos que a ésta conciernen, de los cuales el tercero ha tenido percepción directa—, también se encuentra desacreditada, tanto por la fiabilidad humana en la captación y recuerdo de los hechos que ocurren bajo los sentidos, como por las operaciones innobles a que se presta dicho medio de prueba.⁹¹

La fama pública no es sino una variante del testimonio, que según Alcalá-Zamora, “tiende a desaparecer en los códigos procesales, comenzando por no pocos mexicanos (Federal, Morelos, Nuevo León, Puebla, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, etc.)”.⁹² Por otra parte, dicho medio de prueba ha perdido “la importancia que históricamente tuvo en épocas en que no existían la fe pública, los diferentes registros oficiales, la policía y, en general, la tupida red administrativa de nuestros tiempos y en que, por tanto, ciertos hechos sólo eran acreditables mediante fama pública”.⁹³

El careo es una técnica que tiene ciertas implicaciones psicológicas,⁹⁴ empleada con mayor frecuencia en el proceso penal que en los otros tipos de proceso,⁹⁵ para clarificar y estimular las declaraciones tanto de las partes como de los terceros, cuando son contradictorias.⁹⁶ El fin del careo, según Fenech, “consiste en la obtención de los elementos para una recta valoración del resultado de la práctica de los medios de prueba, consistente en declaración del imputado o testigo”.⁹⁷

Como puede verse, en estos dos medios de prueba, las declaraciones

⁹¹ Reynolds narra varios casos reales en los cuales fueron encontrados testigos “profesionales”, “negligentes”, en fin, equivocados; recuerda el informe Wickersham, dado a la luz en los años 30, que fue “una acusación severa y espantosa” contra los métodos de la policía norteamericana; mostró cómo las confesiones “voluntarias” eran obtenidas por medio de la brutalidad, las drogas y otros métodos ilegales de “persuasión”. Cfr. REYNOLDS, Quentín, *Sala de Jurados* (la historia de Samuel S. Leybowitz), trad. de Carlos Gaytán, Editorial Constanza, México, 1969, pp. 200 y ss. En México, la cantidad de testimonios y confesiones ilegales o inexactos no debe ser menor.

⁹² *Examen crítico...*, p. 82.

⁹³ *Examen crítico...*, cit., p. 83.

⁹⁴ “... el juez debe aprovechar los momentos psicológicos de los careantes, en el calor de la discusión, para salvar al ingenuo y poder contener al falaz, mediante el juego de preguntas y contrapreguntas que mutuamente se hacen observando las turbaciones de ánimo, las reticencias y demás circunstancias que concurren en esta clase de diligencias”. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1967, pp. 377 y 378.

⁹⁵ DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de pruebas judiciales*, cit., p. 414, apunta que es indispensable el careo también en el proceso civil, cuando aparecen declaraciones de testigos que se contradicen entre sí; su importancia es enorme, ya que permite apreciar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que éstos precisen sus recuerdos, insistan en sus versiones o las corrijan. En materia procesal civil y laboral, en México, sí se ha establecido legislativamente la técnica del careo: Cfr. arts. 318 y 389 del C.P.C. del Distrito; art. 343, segundo párrafo *in fine*, del Federal; art. 279 del C.P.C. de Tamaulipas; art. 261, frac III, del de Zacatecas, y art 765 de la nueva Ley Federal del Trabajo.

⁹⁶ Cfr. arts. 228 del C.P.P. del Distrito y 265 del Federal.

⁹⁷ *Ob. cit.*, t. I, p. 695.

de parte y de terceros, el conocimiento de la Psicología por parte del órgano jurisdiccional resulta indispensable.

c') *Los dictámenes periciales*. Al contrario que los anteriores medios de prueba, los dictámenes rendidos por peritos, pese a que aún presentan múltiples deficiencias, ofrecen mejores perspectivas probatorias, en función del gran desarrollo de la ciencia y de la técnica. La preparación del juzgador no puede alcanzar todos los ámbitos del conocimiento científico y de la técnica y, sin embargo, muy a menudo, ha de resolver conflictos que presentan aspectos que requieren esos conocimientos y esa técnica. Por ello, es indispensable la participación de los peritos en el proceso, la cual se irá perfeccionando en la medida en que avance la ciencia y la técnica, proporcionando mayor objetividad a la prueba. Pensamos que será a través de este medio de prueba y de la documental científica, como se logrará un cambio en la naturaleza de la prueba, ya que de predominantemente subjetiva, como lo es ahora, dependiendo de un criterio subjetivo de valoración, habrá de alcanzar un nivel mayor de objetividad, que permitirá, a su vez, darle una mayor eficacia al proceso.

d') *Los documentos*. Este medio de prueba es el que mayor desarrollo ha tenido; por eso Alsina⁹⁸ ha dicho que el antiguo adagio forense "testigos vencen escritos", ha sido sustituido por el de "escritos vencen testigos". En cuanto a su concepción, también ha sufrido una evolución que va de la concepción estructural, que consideraba que documento era únicamente lo escrito, a la concepción funcional, que se funda en su carácter representativo; es decir, según esta concepción, documento es todo lo que se representa una idea.⁹⁹ En este sentido, Alsina escribe que "por documentos se entiende toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal".¹⁰⁰ Igualmente, Alcalá-Zamora distingue entre *monumenta e instrumenta*.¹⁰¹

Dentro de esta concepción tan amplia de documentos, caben las fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, los inventos de esta naturaleza que la ciencia y la técnica logren, en su sorprendente desarrollo.¹⁰²

Es pertinente aclarar, sin embargo, que en México las leyes procesales aún otorgan un tratamiento diverso a los documentos, según sean literales (públicos y privados) o materiales (en la especie de documental científica).¹⁰³ Por lo demás, pese a la evolución que ha experimentado

⁹⁸ *Ob. cit.*, t. III, p. 397.

⁹⁹ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 405 y 406.

¹⁰⁰ *Ob. cit.*, t. I, p. 392.

¹⁰¹ *Examen crítico...*, cit., p. 75.

¹⁰² ALCALÁ-ZAMORA, *Examen crítico...*, cit., p. 82.

¹⁰³ Cfr. arts. 129-142 y 188 y 189 del C.F.P. 327-345 y 373-375 del distrital; 282-289 y 309-311 del C.P.C. de Zacatecas, y 324-335 y 379-381 del de Tamaulipas. Los Códigos Federal y del Distrito de Procedimientos Penales no establecen reglamenta-

el concepto de documento, aún hay autores que, como Pallares,¹⁰⁴ estiman que documento es únicamente lo escrito.

e') *La inspección judicial*, a la cual ya Ricci negaba carácter de medio de prueba,¹⁰⁵ objeción que Alcalá-Zamora trata de salvar llamándole, en vez de medio, "especie de prueba". Otros autores, como Carne-lutti,¹⁰⁶ le llaman prueba directa, precisamente por carecer de esa naturaleza instrumental que tienen los otros medios de prueba. Por último, Briseño Sierra,¹⁰⁷ estima que se trata de un medio de mostración, como si sólo las partes pudieran mostrar y no el juez inspeccionar, sin que aquéllas se lo pidan.

Aunque la inspección judicial no es un medio de prueba, en el sentido de que carece del carácter de intermediario entre el hecho a probar y la percepción del juez, pues aquél es presentado directamente a éste, sí es ubicable entre los medios de prueba en cuanto que es en sí, un instrumento legal para lograr esa percepción directa. Precisamente, en atención a dicho carácter, debe eliminarse la práctica viciosa de designar para la ejecución del reconocimiento judicial, personas distintas de quienes van a valorar los medios de prueba, pues en este caso pierde su carácter de una verdadera inspección que proporciona una percepción directa de los hechos, y se convierte en documento público que los acredita.

f) Por último, en cuanto a *las presunciones*, Alcalá-Zamora ha precisado su verdadera naturaleza. Según el Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra Universidad Nacional, "o se trata de las denominadas *legales*, y entonces se conectan con la *carga de la prueba* (a título de exclusión las *iuris et de iure* o absolutas— o de inversión en cuanto a ella— las *iuris tantum o relativas*—), o bien de las llamadas *humanas*, y en tal caso se ligan con la *fuerza probatoria...*" y no son medios distintos de los que hemos referido brevemente, "sino los mismos, sólo que sin intensidad demostrativa *plena* (meras conjeturas o indicios)".¹⁰⁸

f) *El procedimiento probatorio*. El procedimiento probatorio comprende fundamentalmente los actos que constituyen el desarrollo formal de la fase probatoria del proceso, incluyendo la apreciación realizada en la fase resolutoria, sin dejar de considerar la posibilidad de que

ción específica para la prueba documental científica; su empleo, no obstante, queda permitido, en el Código Federal, por el art. 269, dentro del concepto amplio de documento y, en el Código del Distrito, por el art. 135.

¹⁰⁴ PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1965, p. 407.

¹⁰⁵ RICCI, FRANCISCO, *Tratado de las Pruebas*, trad. de Adolfo BUGLA y Adolfo POSADA, t. I, Madrid, s. j., p. 15.

¹⁰⁶ *La prueba civil*, cit., p. 54.

¹⁰⁷ *Derecho procesal*, CÁRDENAS Editor y Distribuidor, 1970, vol. IV, pp. 435 y ss.

¹⁰⁸ ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, Síntesis del *Derecho Procesal*, en "Panorama del Derecho Mexicano", t. II, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1965, p. 205.

algunos actos probatorios puedan realizarse en otras fases del proceso y aún fuera de éste, como ocurre, por ejemplo, con la presentación de documentos en la fase expositiva¹⁰⁹ o con las llamadas pruebas "para futura memoria",¹¹⁰ respectivamente.

Los momentos fundamentales del procedimiento probatorio, cualquiera que sea el tipo de proceso en que se realice: son a') la *proposición* u *ofrecimiento*, que corresponde a las partes; b') la *admisión* o *rechazo*, que hace el juzgador de los medios de prueba ofrecidos, o su *ordenación* por el mismo cuando proceda de oficio; c') la *preparación* de las pruebas admitidas u ordenadas; d') la *ejecución, desahogo* o *práctica*, en la que intervienen el propio órgano jurisdiccional, las partes y terceros (testigos, peritos, etc.); a este momento también se le llama *recepción*, pero esta palabra más bien indica una actitud pasiva del Tribunal, debiendo tener éste una actitud activa, además de que dicho término parece no considerar la actividad de las partes y los terceros; e') la *apreciación, valoración* o *valuación*, que consiste en la estimación que el juzgador hace de los medios de prueba practicados.¹¹¹ Como puede verse, todos estos actos se encuentran vinculados por su finalidad probatoria.

El tiempo en que se realizan estos cinco momentos es variable; en ocasiones, se destina un plazo o un término¹¹² a tal efecto para cada uno de ellos; ¹¹³ otras veces, se realizan conjuntamente con otros actos diversos; ¹¹⁴ en fin, pueden realizarse en forma concentrada.¹¹⁵ En cuanto

¹⁰⁹ Cfr. art. 324 del C.P.C. Federal; art. 266 del de Zacatecas, y 248 fracción II del de Tamaulipas.

¹¹⁰ Véase art. 193 fracciones I, VII y VIII del C.P.C. del Distrito; art. 92 del Código Federal; arts. 202, fracción I, y 269 del de Zacatecas, y 285 y 413 del de Tamaulipas.

¹¹¹ ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de la prueba, cit.*, p. 121; DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de Derecho procesal civil, cit.*, t. V, pp. 383 y ss., y FENECH, *ob. cit.*, t. I, pp. 576 y ss.

¹¹² "...el *plazo* encierra un *periodo de tiempo*, ... a todo lo largo del cual... se puede realizar válidamente la actividad procesal correspondiente; el *término*, en cambio, significa tan sólo el *punto de tiempo* para el comienzo de un determinado acto..." ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto *La regulación temporal de los actos procesales en el Código de 1932 para el Distrito Federal*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México, t. XVII, abril-septiembre, 1967, Núms. 66-67, pp. 356 y 357.

¹¹³ Es el caso del C.P.C. del Distrito y Territorios Federales, que para el juicio ordinario, señala un plazo para el ofrecimiento de pruebas (de 10 días: art. 290); un término par su admisión o rechazo ("al día siguiente en que termine el período de ofrecimiento de pruebas..."; art. 298); dos tipos de plazo para su ejecución (un ordinario de 30 días y otro extraordinario que varía según el lugar donde vayan a practicarse las pruebas: de 50, 100 y 120 días; arts. 300 y 303, respectivamente). La valoración se realiza en la sentencia, la cual debe dictarse dentro de los 8 días siguientes a la expiración del plazo de los alegatos (arts. 87 y 425).

¹¹⁴ En el juicio sumario que reglamentaba el C.P.C. distrital, suprimido por las reformas publicadas en el D. O. de 14-III-1973, el ofrecimiento se realizaba desde la presentación de los escritos que integraban la fase expositiva y el juez resolvía sobre su admisión o rechazo al acordar estos escritos (arts. 434 y 435).

¹¹⁵ El Art. 32 del Anteproyecto que Reforma el Régimen de la Prueba en el Código de Procedimientos de Honduras (art. 330 del Proyecto), obra de ALCALÁ-

a su forma, el procedimiento probatorio puede ser predominantemente escrito o bien predominantemente oral,¹¹⁶ pero por la misma naturaleza de los actos probatorios, es más recomendable la forma oral.

g) *La apreciación de la prueba.* “Por valoración o apreciación de la prueba judicial —escribe Devis Echandía— se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.”¹¹⁷ Se trata del momento decisivo de la actividad probatoria. La apreciación viene a ser a la prueba lo que la sentencia es al proceso. En este sentido apunta Fenech: “En la valoración radica la mayor dificultad del problema que plantea la prueba, constituyendo la operación más delicada a realizar por el juzgador...”¹¹⁸

Para realizar esta valoración se siguen diferentes sistemas, producto cada uno del desarrollo histórico y de las tendencias de la época. Sin embargo, es indiscutible que cualquiera de estos sistemas pueden funcionar en cualquier proceso, sin que exista una exclusividad prefijada de cierto sistema para determinado proceso. Con acierto señala Alcará-Zamora: “...cualquiera de los criterios valorativos rige indistintamente la materia civil o la penal, sin que, por tanto, ni histórica ni actualmente quepa asociar indisolublemente la libre convicción con el proceso penal y la apreciación legal o tasada con el civil, como tampoco con uno de ellos sólo la sana crítica, referible por igual a los distintos enjuiciamientos”.¹¹⁹ Todo esto sin perjuicio de que lo deseable es que los diversos procesos acojan, para la valoración de la prueba, el sistema que mayor eficacia otorgue al proceso y más acerque la prueba, por medio de una estimación que atienda las peculiares circunstancias que el caso concreto presenta en la realidad, a la objetividad de que hemos hablado antes.¹²⁰

6. Conclusiones

PRIMERA. Existe una unidad esencial del Derecho procesal, una diversidad de procesos y una multiplicidad de procedimientos.

SSGUNDA. La evolución histórica de los estudios procesales tiene como uno de sus logros actuales la Teoría General del Proceso, constituida

ZAMORA, establece una forma de ejecución concentrada de la prueba. Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Derecho Probatorio*, cit., p. 242.

¹¹⁶ En el C.P.C. distrital la ejecución de las pruebas podía realizarse en forma escrita u oral, según el juez lo decidiera o las partes lo propusieran, hasta antes de la reforma citada en la n. 114, en virtud de la cual se consagró como forma única, la oral.

¹¹⁷ *Compendio de pruebas judiciales*, cit., p. 107.

¹¹⁸ *Ob. cit.*, t. I, p. 577.

¹¹⁹ ALCALÁ-ZAMORA, *La Teoría General del Proceso*, cit., p. 24.

¹²⁰ Cfr. *supra*, inciso b), Nº 5.

por el conjunto de conceptos, principios e instituciones que son comunes a las diversas disciplinas procesales.

TERCERA. También hay una unidad esencial en la materia probatoria, que se estructura en una serie de conceptos, principios e instituciones de indiscriminada aplicación en los diversos sistemas probatorios. En esto consiste la Teoría General de la Prueba.

CUARTA. Dentro de la Teoría General del Proceso, el concepto de la prueba es equiparable a los que han sido considerados como *fundamentales*, tales como los de la acción, la jurisdicción y el proceso, ya que no es concebible lógicamente este último sin la prueba.

QUINTA. La denominación "Derecho probatorio" comprende todo el conjunto de normas jurídicas relativas a la prueba (entendida ésta en su sentido amplio), sin perjuicio de que su estudio debe partir necesariamente de la Teoría General de la Prueba.

SEXTA. Entre los principales temas que integran la Teoría General de la Prueba, se pueden señalar: el concepto de prueba; el fin de la actividad probatoria; el objeto, la necesidad y la carga de la prueba; los medios de prueba; el procedimiento probatorio, y la apreciación de la prueba.

SÉPTIMA. Para nosotros, en sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento jurisdiccional acerca de los hechos indispensables para la resolución del conflicto sometido a proceso.

OCTAVA. Sin embargo, en sentido amplio, la prueba comprende todas las actividades procesales que se realizan a fin de obtener dicho cercioramiento, con independencia de que éste se obtenga o no.

NOVENA. El fin de la actividad probatoria en cualquier tipo de proceso, consiste en la obtención de la prueba en su sentido estricto, la que puede o no coincidir con la verdad.

DÉCIMA. El objeto de la prueba alude a lo que se *puede* probar; la necesidad de la misma indica lo que se *debe* probar; y la carga de la prueba se refiere a *quién* debe probar.

DÉCIMA PRIMERA. Los sujetos de Derecho probatorio son los puntos de imputación o personificación del complejo de normas que constituyen dicha disciplina.

DÉCIMA SEGUNDA. Los medios de prueba son los instrumentos con los que se pretenden probar, entendida esta palabra en su significación estricta.

DÉCIMA TERCERA. El procedimiento probatorio comprende los actos que se desarrollan para lograr el cercioramiento jurisdiccional, que se realizan fundamentalmente en la fase probatoria, sin perjuicio de que algunos actos se puedan celebrar en otras fases del proceso y aún fuera de éste.

DÉCIMA CUARTA. En la valoración radica la mayor dificultad de la prueba: la apreciación viene a ser a la prueba, lo que la sentencia es

al proceso. El sistema que se adopte para apreciar a la prueba, debe procurar acercar, en la mayor medida posible, el cercioramiento judicial a la verdad objetiva.