

# X Congreso Mexicano de Derecho Procesal

HERNANDO MORALES MOLINA

**Tema I: Bases Generales para el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco.**

## Capítulo Inicial de Pruebas.

**Doctor Hernando Morales Molina**, Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Profesor de Derecho Procesal Civil en las Universidades Nacional, del Rosario y Externado, Bogotá, Colombia.

1. Como sincera colaboración al Congreso, y con mucho temor pues ciertos lineamientos de las leyes dependen de la idiosincrasia del país y aún del lugar donde han de regir, de sus tradiciones y costumbres, pero gracias a que el punto contiene premisas de recibo común en el área latinoamericana, me permito formular sugerencias sobre bases para el Régimen Probatorio, en cuanto a sus disposiciones generales se refiere, ya que algunas de ellas figuran en Códigos locales, como en el proyecto de "Bases Uniformes" que se discute en las Jornadas propiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

2. Que existan ciertas bases uniformes o en vía de serlo, no quiere decir que se desconozcan aquellas modalidades y figuras jurídicas, arraigadas en los sistemas procesales regionales, pues la uniformidad no significa la adopción de un texto en que queden sometidas a una misma pauta las diferencias y peculiaridades existentes en los distintos países en materia procesal civil. Lo que se persigue es reunir en un sistema las orientaciones generales del pensamiento procesal latinoamericano, en cuanto signifiquen una continuidad de las concepciones heredadas del derecho hispano, combinadas con los principios aportados en este hemisferio. Así, las bases lejos de ser limitadas, contribuyen a la integración jurídica, en defensa de comunes intereses, a fin de que la justicia pueda administrarse con mayor eficacia, seguridad y certeza y sea plenamente accesible a todas la colectividad, sin discriminación alguna.

3. La primera base sería el mantenimiento del principio dispositivo procesal, pues guarda íntima relación con el derecho sustancial que mantiene el mismo principio, como regla general, por lo cual la carga de la prueba corresponde a las partes y, concretamente, en cuanto a los hechos constitutivos de la pretensión a aquella que le formula, y a los modificativos o extintivos, a la que excepciona.

Lo que no es incompatible con el principio de la prueba de oficio respecto a los hechos que las partes han afirmado, o sea que pertenezcan al **thema decidendum**, con lo cual se respeta la congruencia y se evita caer en el proceso inquisitivo integral. Vale decir, que la prueba oficiosa se dirige a la demostración de los hechos materia del litigio, a fin de buscar la verdad real y evitar sentencias inhibitorias, o sea que no se pronuncien sobre el mérito de la cuestión.

Dentro de los poderes del juez como director del proceso, debe incluirse el de decretar pruebas de las pretensiones y excepciones de las partes, reemplazándose así el sistema de diligencias para mejor proveer, dirigido solo a disipar las dudas provenientes del resultado de las pruebas pedidas por las partes.

El principio dispositivo establece que el juez civil decide exclusivamente sobre las pretensiones de las partes, y según su rígida acepción tradicional, se entienda que con fundamento en las pruebas suministradas por ellas (*secundum allegata e probata*). Lo primero es indiscutible, pues en el período expositivo las alegaciones son un resumen de las pretensiones y por lo mismo del derecho material. Pero este alcance no puede extenderse al manejo de la técnica del proceso que es de orden público, de modo que mal podría quedar a la discreción de los particulares.

Por ello, la segunda parte del postulado no puede ser cierta, ya que la prueba no pertenece al género de lo normativo sino de lo informativo, su aportación por las partes no es una emanación del derecho sustancial, ni por tanto un derecho disponible. La prueba tiende a convencer al juez y no a que quede vinculado por ella, de manera que nada se opone a que: "El mismo pueda buscar elementos de convicción por su propia iniciativa, siempre y cuando, claro está, su búsqueda se oriente a la recolección exclusiva de elementos tendientes a convencerlo de lo que ha sido alegado por las partes", tal cual lo expresa Mauro Cappellotti (Declaración de parte... Pág. 373).

En suma, a las partes corresponde fijar el tema de la decisión y la instrucción debe limitarse a los hechos alegados por las partes, quienes continúan con la carga de desplegar en su propio beneficio la actividad probatoria plena; pero si la ausencia o deficiencia de ella llega a sembrar la desinformación del juzgador, como quiera que este no puede pronunciar un **non liquet**, él debe proponder al descubrimiento de la verdad, que no puede ser de dos categorías o sea la llamada verdad verdadera y la denominada verdad formal, sino de una sola. El Código

de Procedimiento Civil de 1932 para el Distrito Federal y los territorios mexicanos dispone que el juez puede llamar a las partes o terceros a declarar con el objeto de conocer la verdad, y al mismo efecto puede valerse de cualquier cosa o documento que pertenezca a las partes o terceros, y de cualquier otra prueba que no sea contraria a la moral o a que esté prohibida por la ley (Art. 279).

4. Respecto de los medios de prueba, debe terminarse la limitación o **numerous clausus**, con el fin de pasar al principio de la libertad de medios que prevalece en los códigos modernos. Las partes y el juez deben utilizar los medios típicos y los demás que no estén prohibidos por la legislación o violen los derechos humanos, y que para la práctica de aquéllos no regulados se aplicarán las normas que disciplinan los especialmente previstos. Sirven como medios de prueba la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez, quien practicará las pruebas no previstas específicamente de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes.

Si lo que se debe perseguir es la demostración de los hechos que sustentan las pretensiones y excepciones de las partes, no debe haber limitación sobre los medios adecuados para ello, máxime cuando en la época de los inventos éstos para entrar al proceso requieren dicha libertad, pues es forzado a veces hacerlos llegar a través de los medios tradicionales, que por su tipicidad y rigorismo imposibilitan el aprovechamiento de un campo tan amplio en la vida actual. Lo trascendental en esta materia es establecer la forma de producción de los nuevos medios de prueba, lo que debe hacerse con el criterio de la analogía para que las partes sepan a qué atenerse en materia que exige la exclusión de toda sorpresa o engaño, y la inclusión de los principios generales de publicidad y controversia de la prueba.

5. Cabe observar que no debe figurar el juramento decisorio por desueto, ya que son contados los casos en que se hace uso de él por las partes. Además, como bien lo dice un autor, "es irrazonable que el juez deba sin más tomar como base de la propia decisión el hecho de que la parte haya jurado en favor propio, aun cuando el comportamiento de quien jure, el conjunto de circunstancias de la causa y las nuevas pruebas ofrecidas por la otra parte hagan dudar de la verdad del juramento", opinión tanto más justificada en el nuevo sistema de la prueba oficiosa, que es incompatible con la falta de toda prueba.

Las presunciones como medio de prueba, en realidad no lo son, puesto que implican una dispensa de la carga de la prueba directa, fuera de que constituyen inferencias que operan sobre otra prueba, que son los indicios.

La tradicional prueba de posiciones debe sustituirse por el interrogatorio de parte, acojiendo la tendencia de la doctrina actual; el inte-

rogatorio libre permite una declaración más amplia, fuera del "corset" de la pregunta asertiva, e impide que la parte se libere con solo declarar que "no es cierta la pregunta en la forma en que está redactada", y que con fundamento en reales o supuestas reservas mentales, viole el juramento prestado de decir la verdad.

6. En cuanto a la apreciación de la prueba, debe prevalecer por sobre el sistema de la tarifa legal el de la persuasión racional, conforme a la tendencia contemporánea, ratificándose que envuelve la evaluación de la prueba en conjunto, mediante las reglas de la sana crítica, y con expresión razonada del mérito que el juez concede a cada prueba.

La tarifa o prueba tasada por la ley, sin que el juez pueda apartarse de ello, lleva a la mecanización probatoria y a la disociación entre la persona del juez y el juez mismo, quien muchas veces debe someterse a la tabla prefijada, así alguna prueba que según ella no alcanza la categoría de plena, en su concepto, de acuerdo con las reglas de experiencia y conforme a lo que generalmente sucede (**ex eo quod plerumque fit**), esté convencido de lo contrario.

Y si bien la tarifa les dio garantía a las partes contra la omnipotencia del juez en alguna época histórica, es cierto que con la implantación de la publicidad probatoria y la controversia de los medios de prueba, dejó de tener actualidad ante el movimiento predominante de la subjetivación en la aplicación del derecho.

Conviene establecer principios tan importantes como el adquisitivo o de comunidad de las pruebas, que impide desistir de una producida, pues ya pertenece al proceso y no a la parte que la pidió, y el de que para la práctica de pruebas se limite la comisión o delegación, que es opuesta a la intermediación procesal de tanta utilidad.

7. La petición o postulación de las pruebas conviene hacerse en la demanda y en la contestación, en el escrito que propone un incidente y en su respuesta, en guarda de la lealtad procesal y con el fin de evitar las sorpresas para la contraparte, así como de llegar a un término preclusivo sobre práctica de pruebas en pro del orden del procedimiento. Además, si las partes deben tener la carga de colaborar en la producción de las pruebas, les está vedado obstruirla, y si así se comportan su inconducta implica un indicio en su contra, apreciable con las demás pruebas en la sentencia o en la providencia que decida el incidente en que la inconducta se produjo, según fuere el caso.

9. Igualmente, en busca de la economía procesal debe disponerse el rechazo **in limine** no solo de las pruebas legalmente ineficaces (las distintas a las que la ley sustancial ordena en ciertos casos como en los actos solemnes) y las prohibidas por la ley, sino las notoriamente impertinentes, mal llamadas inconducentes, es decir las que versen sobre hechos que no son objeto del debate y, lo más importante, las manifiestamente superfluas, o sea las que tienden a probar hechos probados por otros medios, no solo por economía procesal, sino para evitar la formación de expedientes innecesariamente voluminosos.