

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

CONSIDERACIONES EPISTEMOLÓGICAS RESPECTO DEL RESGUARDO
CAUTELAR DE LA PRUEBA.

Adrián Polanco Polanco¹

“Proclamo en voz alta la libertad de pensamiento y muera el que no piense
como yo”

Voltaire

“Opinions are like assholes. Everybody's got one and everyone thinks everyone
else's stinks.”

Anónimo.

¹ Licenciado en Derecho, titulado con mención honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestro en Derecho, titulado con mención honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México; ha sido Profesor de Asignatura, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en Especialidad del Posgrado de la misma institución; en Maestría en la UNAM, así como en diversas instituciones privadas y en países como Colombia. Correo electrónico: polanco_adrian@hotmail.com

SUMARIO: I. *Nota Introdutoria*. II. *Planteamiento del problema*. III. *Aproximación inicial a la figura resguardo cautelar probatorio*. IV. *Vicisitudes epistemológicas del resguardo cautelar probatorio*. V. *Conclusiones*. VI.- *Bibliografía*.

Resumen.

El resguardo cautelar de los medios probatorios, es una figura jurídica que surge desde el periodo de las acciones de la ley del Derecho Romano, pero en la actualidad, esta figura, ha adquirido un tinte autoritario, que violenta los derechos fundamentales de contradicción, audiencia y defensa, este parangón legislativo, se debe a justificaciones extra legales, que pretenden la justicia y la paz social, es decir el utilitarismo del Derecho, con el que se pretende proporcionar una legalidad, completamente falaz.

Palabras clave: derechos fundamentales, garantismo, vigencia, valides, semántica, razonabilidad procesal, hechos jurídicos, contradicción,

Abstrac.

The precautionary shelter save of the evidence is a legal concept that arises from the time of the actions of the law of the Roman law, but today, this figure has acquired an authoritarian dye, which violates the fundamental rights of contradiction, audience and defense, this legislative unparalleled, due to extra-legal justifications that seek social justice and peace, ie utilitarianism of law, with which it is intended to provide legal, completely fallacious.

Keywords: fundamental rights, garantismo, effect, validity, semantic, procedural fairness, legal facts, contradiction

I. NOTA INTRODUCTORIA.

Para poder analizar la figura Jurídica de la prueba anticipada o resguardo cautelar de la prueba en el Derecho Procesal, es necesario señalar en primer lugar, que la palabra prueba, tienen muy diversos significados en su aplicación práctica y dogmática; en segundo lugar, resulta claro que el estudio de la figura jurídica de la prueba en el Derecho Procesal, se limita a un simple repertorio de temas no unificados aún del todo.

En este ensayo vamos a seguir un método *epistémico de simplificación*, en el cual tratare de descifrar qué clase de reglas procesales y probatorias se pueden emplear para satisfacer el cumplimiento de los derechos fundamentales de las partes que interviene en un proceso. Posteriormente con el resultado de dicho análisis se comparara el sistema vigente de reglas y procedimientos con el sistema hipotético construido, siempre usando el método axiomático considerado como óptimo desde el punto de vista del garantismo, con el cual se esbozará una hipótesis aplicada al aspecto procedimental, es decir un modelo elemental que sirva de guía para el razonamiento judicial empleado en el momento de practicar el resguardo cautelar de la prueba, es por ello que tomaremos en cuenta en campo probatorio y sus aspectos de validez y vigencia de las normas, conforme al paradigma del Estado constitucional de derecho democrático, que existe en la

actualidad, en toda su variedad y desorden, a continuación, se propondrá un modelo unificador que permita la aplicación fáctica y respetuosa de los derechos fundamentales de la valoración de los medios de prueba, teniendo siempre como faro, la validez lógico formal de la decisión procesal, mismas que se convierten en fuente de legitimidad de la actividad jurisdiccional, asimismo empleare la *contrastación deductiva de teorías*, para poder determinar la falsabilidad de nuestras conclusiones obtenidas por el procedimiento anterior, es decir, el respeto de los derechos fundamentales en el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, con base a una relación comunicativa, sistémica y auto determinante, en virtud de su propia clausura operativa, considerando que con ello se permite sentar las bases de una teoría probatoria integral y epistémica, para ello, debemos en primer lugar, extraer conclusiones de los muy diversos estudios hechos de la prueba forense, por medio de la deducción lógica, estas conclusiones iniciales serán comparadas entre sí y con otros enunciados pertinentes, como lo son las diversas teorías que han tratado de explicar nuestro tema tratado desde el enfoque argumentativo del Derecho, con el sólo objeto de hallar las relaciones lógicas que existan entre ellas, para ello seguiremos el siguiente procedimiento: a) la comparación lógica de las conclusiones unas con otras, realizando un contraste de la coherencia interna del sistema. b) el estudio en forma lógica de la teoría, con el objeto de determinar su carácter, como teoría empírica, c) enseguida realizaremos la comparación con otras teorías, para poder determinar si la teoría propuesta constituye un avance científico, y d) por último contrastamos de modo empírico las conclusiones que pueden deducirse de ella, de este modo se permitirá descubrir hasta qué punto las nuevas conclusiones propuestas, satisfacen los requerimientos de la práctica.

Con base en el procedimiento indicado, se pretende realizar una correcta demarcación de nuestro objeto de estudio, que permita proporcionar un criterio que distinga entre las ciencias empíricas y los sistemas metafísicos, para ello emplearemos a la falsabilidad como criterio de demarcación.

La pregunta que se pretende contestar con estas consideraciones teóricas, ha inquietado el pensamiento procesal a lo largo de siglos, es decir, ¿El trato

actual que se le brinda al resguardo cautelar de las pruebas, respeta los derechos fundamentales consagrados por todas las constituciones políticas modernas, de los Estados democráticos? Esta interrogante ha sido motivo de los más diversos estudios y a su vez de las más contradictorias respuestas.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Actualmente, existe un innegable vacío entre los últimos desarrollos de la ciencia procesal y el grupo de hombres que debía aprovecharla, es decir, vemos que la doctrina sigue cometiendo los viejos errores, el proceso penal sigue siendo la cenicienta del derecho, el proceso administrativo, divorciado del proceso civil, el proceso laboral, sigue sin volverse clínico, escudándose en la sencillez del mismo, el proceso civil, estancado en doctrinas con más de 80 años de antigüedad; las nociones primitivas y hartamente superadas de contienda y conflicto de intereses, son la base de todo proceso jurisdiccional de cognición contencioso, que se realice, aunado a la conciencia ingenua y al subconsciente de los juristas, que usan como muletilla pseudocientífica, frases sacramentales que perturba todo conocimiento cabal del proceso, la acción sigue concibiéndose como actividad, a más de siglo y medio de saberla que es una facultad, la jurisdicción contenciosa, mantiene un decoroso ostracismo, se habla de obligaciones procesales como si existieran, se nota un estancamiento de la ciencia procesal, que trae como resultado que se revivan teorías que se pensaban superadas, para regularla nuevamente, se deja de hablar de proceso, y regresamos al procedimiento, o peor aun al juicio, ya no se elaboran sistemas procesales, ni tratados respecto la teoría del proceso.

Parece que la gran doctrina del proceso se ha detenido, las ideas de Carnelutti, Chiovenda, Calamandrei, mismas que siguen siendo utilizadas, y

enseñadas, para explicar el proceso, pero se utilizan de igual manera los errores en ellas contenidas.

El aspecto dogmático de la prueba en el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, es un tema que ya no se discute, no se escribe sobre él, se repite una y otra y otra vez, lo mismo: “la prueba es el alma del proceso”, “la prueba tiene como objeto encontrar la verdad”, “valorados los medios probatorios en su conjuntos y de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia jurídica se llega a la siguiente conclusión:...” parece que no importa saber que es la prueba en el Derecho Procesal, y mucho menos que es esa figura del resguardo cautelar de los medios de prueba y la idea filosófica y política que tienen dicho instituto; a los estudiantes no les interesa saber qué es el proceso, sino únicamente cómo se hace el mismo, a los juzgadores no les importa, la naturaleza de la relación que surge entre él, y las partes, sino aplicar justicia, encontrar la verdad, o lo que es realmente importante para el órgano jurisdiccional dictar la sentencia (o si es posible no llegar a dictarla) y descargar el trabajo de su juzgado, a las partes, no les motiva buscar la verdad, sino que condenen a su contraparte, los doctrinarios ya no les llama la atención, escribir sobre la prueba forense y la epistemología jurídica, incluso se señala de modo indebido que ya está todo dicho.

Al no entender la naturaleza epistémica de la prueba en materia procesal, se reglamenta mal, poniendo parches legales y regresando a errores que ya se han cometido, se habla de volver orales, a los procesos, o de hacerlos en línea, de realizar tutelas jurisdiccionales urgentes, pero se pierde de vista el objeto del proceso, y se piensa que con una reforma legislativa se puede acabar con los problemas facticos del procedimiento probatorio, en la práctica cada juzgador hace su propio proceso, por los poderes discrecionales que les conceden las normas procesales, cada parte interpreta las normas procesales a su gusto para justificar su pretensión, el derecho probatorio es un tópico procesal que ya no se estudia, todo se resuelve con formatos preestablecidos e inmutables, las pruebas se valoran de modo indebido, pero de acuerdo al sistema de libre apreciación, sin importar realmente los estándares de prueba que existen en el Derecho.

Parece ser que no se ha entendido que el Derecho es complicado, complejo y sistémico, estas líneas pretenden sentar las bases de una naturaleza del proceso, como comunicativa, autopoietica, para lo cual, estableceremos la clausura operativa que permita su autodeterminación, situación que pretende ser de utilidad para la ciencia procesal, y a su vez para los impartidores de justicia y la sociedad, por cuanto se refiere a la pretensiones de validez de las pruebas procesales.

III. APROXIMACIÓN INICIAL A LA FIGURA RESGUARDO CAUTELAR PROBATORIO.

El resguardo cautelar de los medios de confirmación en materia civil, es el objeto de análisis de este apartado, para lo cual enfocare el análisis en el sistema normativo positivo mexicano, realizando una breve referencia a la terminología empleada en el ámbito internacional, seguido de el mismo estudio realizado en las normas procesales civiles y mercantiles así como algunos aspectos jurisprudenciales, vigentes en la republica mexicana, pero antes de realizar el análisis de la norma vigente, estableceré la evolución de la figura en los antecedentes históricos nacionales, para poder comprender cabalmente la figura.

El tema de estudio ha sido motivo de los más diversos y contradictorios análisis, en la mayoría de los códigos procesales civiles, se les ha denominado de diversas maneras como diligencias preliminares², en el título de las pruebas, bajo el rubro de pruebas anticipadas³, retardo judicial⁴, o medidas cautelares⁵, por cuanto hace al sistema del *civil law*.

² Véase por ejemplo artículo 326 del Código Procesal Civil Y Comercial de la Nación (Argentina); artículo 98 Código Procesal Civil y Mercantil (Guatemala); artículo 306 Código General del Proceso (Uruguay); artículo 273 Código de Procedimiento Civil (Chile).

³ Véase artículo 294 Código de Procedimiento Civil (Colombia); artículo 270 Código Procesal Civil (Paraguay); artículo 284 Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (Perú); artículo 293 Ley de Enjuiciamiento Civil (España), en esta norma se indica la practica contradictoria de la prueba anticipada siempre con citación de contraparte.

⁴ Véase por ejemplo artículo 813 del Código de Procedimiento Civil (Venezuela), es importante recalcar que en este ordenamiento expresamente se señala que la prueba confesional no se puede tramitar por este procedimiento especial.

⁵ Artículo 245 Código Procesal Civil (Costa rica); artículo 374 *Codice di Procedura Civile* (Italia).

Por otro lado en el sistema del *common law*, nuevamente cambia la denominación de la figura estudiada y el procedimiento para obtenerla refiriéndose como *discovery*⁶, en la etapa del *pre trial*⁷, del proceso civil federal de los Estados Unidos de Norte América.

Además en el sistema socialista se les da la denominación de los actos preparatorios⁸, en el en el apartado de proceso de conocimiento.

En el ámbito internacional público se denomina como obtención de pruebas por funcionarios diplomáticos o consulares y por comisarios⁹, mediante el empleo de carta rogatoria¹⁰, esta terminología es empleada por la Conferencia de la Haya¹¹.

Como es común en el Derecho Procesal, se usa por el legislador diversos nombres para designar al mismo fenómeno jurídico, todos los términos que he señalado solo de modo ejemplificativo, pretender regular la misma figura.

Lo mismo ocurre en México, de los 31 Estados soberanos que conforman la república mexicana 24 de ellos¹² y un Distrito Federal¹³, es decir en 25 códigos de procedimientos civiles locales, se emplea el termino de *actos prejudiciales* para reglamentar esta figura, sin embargo en el Código Federal de Procedimientos

⁶ *Rule 26 Federal Rules of Civil Procedure.*

⁷ Es un procedimiento conocido en los países de *common law*, que cubre pedidos de pruebas requeridos después de iniciada la acción pero antes de la audiencia final que resuelve sobre el fondo del asunto

⁸ Artículo 216 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (Republica de Cuba).

⁹ Artículo 15 del Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

¹⁰ Artículo 1 y muy especialmente el artículo 3 del Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

¹¹ La Conferencia de La Haya tiene actualmente 77 Miembros: 76 Estados y 1 Organización Regional de Integración Económica, información tomada de la página oficial del organismo internacional: <http://www.hcch.net/>

¹² Aguascalientes: Título Quinto, Capítulo Primero; Baja California: Título Quinto, Capítulo Primero; Baja California Sur: Título Quinto, Capítulo Primero; Campeche: Título Quinto, Capítulo Primero; Colima: Título Quinto, Capítulo I, Chiapas: Título Quinto, Capítulo I, Chihuahua: Título Quinto, Capítulo I, Durango: Título Quinto, Capítulo I, Hidalgo: Título Quinto, Capítulo I, Jalisco: Título Quinto, Capítulo I, Michoacán: Título Cuarto, Capítulo I, Morelos: Título Sexto, Capítulo I, Nuevo León: Título Sexto, Capítulo I, Oaxaca: Título Quinto, Capítulo I, Querétaro: Título Quinto, Capítulo I, Quintana roo: Título Quinto, Capítulo I, San Luis Potosí: Título Quinto, Capítulo I, Sinaloa: Título Quinto, Capítulo I, Sonora: Título Quinto, Capítulo I, Tamaulipas: Título Sexto, Capítulo I, Tlaxcala: Título I, Capítulo I, Veracruz: Título Quinto, Capítulo I, Yucatán: Título Cuarto, Capítulo I, Zacatecas: Título Quinto, Capítulo I.

¹³ Título Quinto, Capítulo I.

Civiles¹⁴, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato¹⁵ la misma figura está reglamentada en el título correspondiente a las *medidas preparatorias*, el Código de Comercio¹⁶, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México,¹⁷ del mismo modo el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nayarit¹⁸ emplean el termino *medios preparatorios del juicio*, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Coahuila los denomina como *Formas de preparar el proceso*¹⁹, también se emplea el termino *actos preparatorios al juicio*²⁰

Resulta claro que no existe uniformidad en la denominación de la institución analizada, y por consecuente encontramos reglamentaciones de las más diversas, esta situación complica mucho la determinación y alcances del resguardo cautelar de la prueba.

Es necesario analizar la evolución de esta figura en el ordenamiento mexicano, para poder entender su actual reglamentación.

Los actos prejudiciales o procedimientos auxiliares del proceso, tienen su origen en las acciones del derecho romano, donde existió la figura de la *ad exhibendum*²¹, esta acción simplemente preparatoria, tenía como finalidad que el demandado exhibiera ante el juez la cosa respecto la cual recae la pretensión del actor, para identificarla de modo adecuado, así como preparar las pruebas respectivas, de igual modo correspondía a los legatarios cuando existía en el testamento disposición de escoger respecto la masa hereditaria su legado, es decir correspondía esta acción a cualquier persona que tuviera interés o derecho en la cosa pretendida.

¹⁴ Título Cuarto, Capítulo Único.

¹⁵ Título Cuarto, Capítulo Único.

¹⁶ Título Primero, Capítulo X.

¹⁷ Título Segundo, Capítulo I

¹⁸ Título Cuarto, Capítulo I

¹⁹ Título Segundo, Capítulo Primero.

²⁰ Título Primero, Capítulo Primero, Código Procesal Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Capítulo Cuarto, Sección Primera, Código Procesal Civil del Estado Libre y Soberano de Puebla, Título Primero Capítulo Primero, Código Procesal Civil del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

²¹ Confróntese con BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El Juicio Ordinario Civil (doctrina, legislación y jurisprudencia mexicanas)* México, Trillas, 1975. T.I. pp.28- 29.

En virtud de este lejano antecedente que se encuentra en las propias leyes españolas que tuvieron aplicación por más de tres siglos²² en el territorio mexicano, por lo cual en el periodo de 1821 a 1872²³ se habla de actos perjudiciales.

...que tenían lugar en tres casos: cuando alguien pretendía ser declarado libre y no esclavo de otro, o este se declarara ingenuo y no liberto o aforado de otro o viceversa, y cuando entre el marido y la mujer o entre el padre y el hijo se discutía si uno era o no hijo del matrimonio, en cuyo caso se percibía el perjuicio que producía la decisión a los que no litigaban.²⁴

Esta reglamentación española contemplada en las siete partidas, seguía vigente en México, a pesar de la independencia ya consumada, se les dio el nombre de actos perjudiciales, toda vez, que el resultado de ellos perjudicaba al objeto pretendido, en este caso, un esclavo, un hijo ilegítimo.

La denominación de actos perjudiciales, duro hasta 1871, fecha en la que se expide el primer código distrital mexicano, con este código se inicia el movimiento procesal mexicano, ya que a través de él se derogaron las normas españolas que se aplicaban hasta ese momento; en dicho ordenamiento se reglamentó del siguiente modo:

El título V se llamó de los actos prejudiciales y comprendió materias que hoy han pasado a otros sectores, pero también algunas que se han mantenido con especial referencia a la preliminaridad procedimental. El capítulo I se refirió a la habilitación para litigar por causa de pobreza²⁵, el II a la conciliación, el III a los medios preparatorios del juicio ordinario, el IV a los medios preparatorios del

²² 1521 a 1821, periodo del virreinato de España en México.

²³ Confróntese BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, pp.28- 29.

²⁴ BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, p. 29.

²⁵ Figura el día de hoy por completo derogada del sistema normativo mexicano, incluso resulta incomprensible para el grueso de los estudiosos de la norma mexicana, en virtud de la prohibición constitucional expresa del cobro de costas judiciales (artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)

juicio ejecutivo, el V a las providencias precautorias, y el VI a las informaciones *ad perpetuam*.²⁶

El segundo código distrital de 1880, reproducen los procedimientos anteriores, pero incorpora la anticipación de la prueba testimonial cuando existiera urgencia de ello a criterio del juez y fueran necesarios dichos testimonios para sostener la acción, de igual modo se reglamentó el reconocimiento de documentos que justificaran las pretensiones del actor, pero se estableció de modo claro que como en el proceso ordinario el reconocimiento de documentos se puede hacer en el plazo probatorio, el demandado podía rehusarse a dicho reconocimiento, sin que ello de significare perjuicio alguno, no existía recurso alguno contra la determinación judicial que autorizara la diligencia precautoria, pero procedía el recurso de apelación contra la negativa del juzgador, se establece que se debe citar a la contraparte a la práctica de las diligencias, y ante su rebeldía dar representación al Ministerio Público, tratándose del caso de exhibir cosas, si existiere la negativa de la exhibición por la parte requerida, se tramitara incidente donde se expongan las causas de la negativa y sus pruebas, con vista a la contraparte, para el caso del juicio ejecutivo se estableció de la confesión fuera siempre expresa y voluntaria prohibiéndose el apercibimiento de citar a ella con el apercibimiento de dar con confeso al que no compareciera, lo mismo ocurría con el reconocimiento de documento privado.²⁷

El código de 1884, estableció los parámetros de lo que se convertiría en la actual reglamentación de la figura, el primer cambio significativo se encuentra en la preparación del juicio ejecutivo mercantil, ya que este código estableció que se daría por reconocido el documento siempre que citado dos veces no compareciere o requerido dos veces en la diligencia no contestare si la firma es suya o no, este es un primer cambio en la filosofía de los medios ya que como establecimos en el código anterior se prohibía expresamente esta circunstancia.

El proceso ordinario tenía los siguientes medios preparatorios:

²⁶ BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, p. 29.

²⁷ Confróntese BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, p. 31.

...1. La declaración bajo protesta del futuro demandado, acerca de algún hecho relativo a su personalidad; 2. La exhibición de cosa mueble que sería objeto de pretensión real; 3. La exhibición de las cosas cuando el legatario o cualquier otro sujeto tuvieren derecho a elegir una o más; 4. La exhibición del testamento, solicitud que debe hacerla quien se creyere heredero, coheredero o legatario; 5. La exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida, a petición del comprador o del vendedor en caso de evicción (y aquí se olvidaron las consideraciones hechas por la Comisión del anterior código, en el sentido de que el vendedor no podía demandar al comprador en esta hipótesis); 6. La presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, al consocio o condueño que las tuviere en su poder (art. 305), a petición de un socio o comunero.

Después se agregó la preparación por medio de testigos en casos de edad avanzada, en peligro de muerte o proximidad de ausentarse a un lugar con el que fueran morosas o difíciles las comunicaciones, si no podía deducirse la pretensión por depender de un plazo o condición no cumplidos (art. 306) lo mismo se dijo para probar una defensa (art. 307).²⁸

Todas las diligencias mencionada era indispensable practicarlas con citación de la parte contraria a quien se le correría traslado de la solicitud y quien podía intervenir en las diligencias, pudiendo incluso tachar testigos si lo consideraba pertinente.

Esta forma de reglamentar la figura en estudio se sigue aplicando con diversos nombres, pero siempre como procedimientos auxiliares del proceso de conocimiento. Es así que llegamos a los códigos procesales vigentes aplicables en México, refiriéndonos en este apartado solamente al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio, también de aplicación federal, así como al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación

²⁸ BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, p. 31.

local para la capital de la Republica Mexicana, en virtud que como hemos indicado la mayoría de los códigos diversos códigos estatales, siguen alguna de estas tres reglamentaciones.

En el Código Federal de Procedimientos Civiles Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934 (en vigor a partir de 1 de octubre de 1934), reglamenta de la siguiente manera:

Para el proceso ordinario civil.

...TITULO CUARTO

CAPITULO ÚNICO

Medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias

ARTÍCULO 379.- Cuando una parte requiera indispensablemente, para entablar una demanda la inspección de determinadas cosas, documentos, libros o papeles, la autoridad judicial puede decretar su exhibición, previa comprobación del derecho con que se pide la medida y de la necesidad de la misma.

ARTICULO 380.- Si la persona de quien se pide la exhibición se opusiere a ella, se substanciará su oposición por el procedimiento incidental.

ARTICULO 381.- En caso de incumplimiento de la persona obligada a la exhibición, sea que se haya opuesto y no haya prosperado su oposición o que no haya habido ésta, el tribunal hará uso de los medios de apremio para hacer cumplir su determinación.

ARTICULO 382.- La resolución que conceda o niegue la medida es apelable.

ARTICULO 383.- La solicitud de exhibición interrumpe la prescripción de la acción, siempre que se presente la demanda correspondiente dentro de los cinco días siguientes al en que se efectúe la exhibición, o dentro de los cinco siguientes al en que judicialmente conste que aquélla no puede efectuarse.

ARTICULO 384.- Antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Estas medidas se decretarán sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno. La resolución que niegue la medida es apelable.

ARTÍCULO 385.- La parte que tenga interés en que se modifique la situación de hecho existente, deberá proponer su demanda ante la autoridad competente.

ARTICULO 386.- Cuando la mantención de los hechos en el estado que guarden entrañe la suspensión de una obra, de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato, la demanda debe ser propuesta por la parte que solicitó la medida, dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en que se haya ordenado la suspensión.

El hecho de no interponer la demanda dentro del plazo indicado, deja sin efecto la medida.

ARTICULO 387.- En todo caso en que la mantención de las cosas en el estado que guarden pueda causar daño o perjuicio a persona distinta de la que solicite la medida, se exigirá, previamente, garantía bastante para asegurar su pago, a juicio del tribunal que la decrete.

ARTICULO 388.- La determinación que ordene que se mantengan las cosas en el estado que guarden al dictarse la medida, no prejuzga sobre la legalidad de la situación que se mantiene, ni sobre los derechos o responsabilidades del que la solicita....

Es interesante que en el Código Federal de Procedimientos Civiles, no se reglamentan como pruebas anticipadas o medios preparatorios al proceso, la confesión, el reconocimiento, la testimonial y la pericial, por considerar que dichas probanzas pueden desarrollarse con total oportunidad en el desarrollo del proceso ordinario respectivo, con lo cual de acuerdo a los antecedentes históricos nacionales, referidos, el legislador considero que no es permitido para el proceso ordinario civil federal, dichos medios probatorios, porque se violenta el derecho al contradictorio del posible demandado.

Es así que este ordenamiento federal contempla únicamente a la inspección judicial, que se deberá hacer en el tribunal, en este supuesto la persona obligada a exhibir cosas, documentos, libros o papeles, puede oponerse a ello, tramitando el incidente respectivo, de este modo se ve que la determinación judicial puede ser objetada, por la parte que se ve afectada en sus derechos o posesiones, todo esto de acuerdo con el derecho a contradecir.

Otro aspecto muy peculiar de este código es que la resolución que concede o niega la medida en donde se solicita la exhibición de cosas, es apelable, lo cual proporciona tanto a quien solicita dicho acto, así como quien va a resentir y sufrir la medida propuesta, consagrando la igualdad de las partes.

Los requisitos para ordenar esta exhibición son de acuerdo con la ley son dos:

- a) Previa comprobación del derecho con que se pide la medida
- b) De la necesidad de la misma

Estos requisitos son los mismos que vienen reglamentándose desde siempre por nuestros códigos procesales, ahora bien estos términos son tan abstractos que no permiten su debida interpretación ocasionando dos problemas el primero hermenéutico²⁹ y el segundo de carácter epistémico.

Estos requisitos son pedidos por todos los códigos procesales a veces con otros nombres, pero siempre empleando los términos ambiguos, por tal motivo en los siguientes códigos analizados no se mencionaran dejando su desarrollo para el apartado respectivo.

Del mismo modo por lo que se refiere a los medios preparatorios del proceso ejecutivo civil³⁰, se reglamenta por este código del siguiente modo:

...ARTICULO 408.- El reconocimiento sólo puede pedirse de la persona obligada, del albacea de su sucesión, del representante legítimo del obligado, del representante de un ausente o ignorado, del gerente, presidente o director de una sociedad o asociación, del que lleve la firma social y del mandatario con poder bastante.

ARTICULO 409.- Promovido el reconocimiento, se mandará citar a la persona de quien se pretenda, para que comparezca, el día y hora que se le señale, a decir si reconoce como expedido por ella o por su representado, el documento, y como suya o de su representado, la firma con que esté subscripto, apercibida de que, si no comparece, se tendrá por reconocido, cuando se trate de la persona misma del signatario. El mismo apercibimiento procederá cuando el documento esté firmado a ruego de la persona que debe reconocerlo.

ARTICULO 410.- Cuando, a la diligencia de reconocimiento de un documento, comparezca la persona a quien se atribuya su expedición, o a cuyo ruego haya sido expedido, deberá decir categóricamente si lo reconoce o no, así como la firma con que esté suscrito, si es la propia.

En caso de que reconozca como suya sólo parte del documento o sólo la firma, se hará constar, con toda claridad, cuál es la parte del documento reconocida y cuál no.

²⁹ Por los alcances del presente análisis no profundizare en esta problemática, limitándome a establecer, que la ambigüedad y vaguedad de la proposición normativa legal, provoca la comprensión de un problema jurídico depende de la comprensión del trasfondo del que surgió, las cuestiones comprendidas no son un mero objeto de conocimiento, se convierten en verdaderas preguntas repensadas en el momento actual, en virtud del cual se puede interpretar de modo adecuado la norma jurídica, en sus dimensiones semántica, pragmáticas y sintácticas, a estas cuestiones las denomino como el problema hermenéutico del derecho procesal véase: GADAMER, Hans- Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1999, T.I, colección Hermenéutica pp. 378- 415.

³⁰ En los Estados Unidos Mexicanos la materia mercantil se encuentra reglamentada por el Código de Comercio, por lo cual este código solamente reglamenta la figura de los títulos ejecutivos civiles, que cabe destacar que son figuras que no se utilizan en la práctica diaria forense, incluso me atrevo a decir que son desconocidas por el grueso de los abogados postulantes y de los jueces debido a la falta de su utilización.

ARTÍCULO 411.- Se tendrá por reconocido un documento:

I.- Cuando no comparezca el signatario del mismo o la persona que debe reconocerlo, cuando otra haya firmado a su nombre, y

II.- Cuando las personas señaladas en la fracción anterior no contesten categóricamente si reconocen o no el documento.

El reconocimiento ficto se rige por las reglas de la confesión ficta.

ARTICULO 412.- Es tribunal competente, para conocer del reconocimiento, el que lo sea para conocer del juicio.

La citación, para el reconocimiento de un documento, se hará en la forma prescrita para la confesión.

ARTÍCULO 413.- El documento que no haya sido reconocido en su totalidad, no es ejecutivo....

En este tipo de procedimiento estamos en presencia de una especie de procedimiento monitorio hoy completamente extinto de los códigos procesales mexicanos quedando únicamente estos vestigios, que francamente solo se revela la inutilidad de dicho procedimiento.

Este medio preparatorio sigue las reglas de la confesión, y existe el apercibimiento de no comparecer se tendrá por reconocido el documento en cuestión, pero únicamente tendrá valor de una confesión ficta, lo cual resulta una adecuada valoración de dicho medio de confirmación, ya que la confesión ficta, es solamente un indicio, que debe de administrarse con otros medios de confirmación para tener algún valor, de lo contrario no produce confirmación alguna, además admite prueba en contrario, este criterio desde mi punto de vista correcto, recoge los criterios de la evolución histórica en México, en el cual se consideró que el simple hecho de no comparecer a reconocer un documento no lo puede volver plenamente ejecutivo, por una mera ficción legal, la Suprema Corte de Justicia Nacional, máximo intérprete de la constitucionalidad se ha pronunciado respecto el tema en el siguiente sentido:

CONFESIÓN FICTA. PUEDE POR SÍ SOLA PRODUCIR VALOR PROBATORIO PLENO, SI NO SE DESTRUYE SU EFICACIA CON PRUEBA EN CONTRARIO.

La correcta valoración de la prueba de confesión ficta debe entenderse en el sentido de que establece una presunción favorable al articulante y contraria a los intereses de la absolvente, que debe de ser destruida con prueba en contrario y en tanto no se advierta algún elemento de convicción que desestime la confesión ficta, ésta puede adquirir la eficacia suficiente para demostrar los hechos que se pretendieron probar en el juicio respectivo, sin que sea obstáculo a lo anterior la

circunstancia de que al contestar la demanda la parte demandada hubiera negado los hechos en que se apoyó esa pretensión, toda vez que el silencio del absolvente quien se niega de alguna manera por su incomparecencia a ser interrogado y a prestar espontáneamente su declaración en relación con los hechos sobre los que se le cuestionan, es demostrativo de la intención de eludir la contestación de hechos fundamentales controvertidos en el juicio respectivo.

Amparo directo 2393/93. Everardo Vidaurri Lozano. 6 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

Amparo directo 64/2007. Ana María Morales Vega. 8 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretario: V. Óscar Martínez Mendoza.

Amparo directo 509/2007. María del Rosario González Villaseñor. 11 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Socorro Álvarez Nava.

Amparo directo 623/2008. Telma Retarder de México, S.A. de C.V. 28 de noviembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Socorro Álvarez Nava.

Amparo directo 115/2009. ***** 26 de marzo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Socorro Álvarez Nava.

Nota: Por ejecutoria de fecha 6 de abril de 2005, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 81/2004-PS en que participó el presente criterio.³¹

CONFESIÓN FICTA, PRUEBA DE LA. REQUISITOS PARA SU VALORACIÓN (LEGISLACIÓN CIVIL DE LOS ESTADOS DE MÉXICO, PUEBLA Y JALISCO).

De conformidad con diversas disposiciones de los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla y Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México (y que estuvieron vigentes hasta diciembre de dos mil cuatro y julio de dos mil dos, respectivamente), y de Jalisco (vigente) la prueba de la confesión ficta, produce presunción legal cuando no exista prueba en contrario y en este caso se le debe conceder pleno valor probatorio, para que adquiera dicho carácter, ya que su valoración en esta precisa hipótesis no queda al libre arbitrio del juzgador, porque se trata de una prueba tasada o legal; sin que esto implique que si se ofrecen o se llegaren a ofrecer otras pruebas, éstas puedan ser apreciadas por el juzgador para desvirtuar dicho medio de convicción, ya que en ese supuesto la propia ley le otorga el carácter de una presunción juris tantum.

Contradicción de tesis 76/2006-PS. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito; Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito; Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito; Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito; Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito (antes sólo Primero del Sexto Circuito); Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Quinto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y Sexto Tribunal

³¹ Época: Novena Época Registro: 167289 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIX, Mayo de 2009 Materia(s): Civil Tesis: I.3o.C. J/60 Página: 949

Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 8 de noviembre de 2006. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

Tesis de jurisprudencia 93/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha ocho de noviembre de dos mil seis.³²

CONFESIÓN FICTA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL. LA FALTA DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA NO IMPLICA LA ACEPTACIÓN DE LAS PRETENSIONES RECLAMADAS POR LA ACTORA, SINO SÓLO UNA PRESUNCIÓN QUE, PARA CONSTITUIR PRUEBA PLENA, DEBE ADMINICULARSE CON OTROS MEDIOS PROBATORIOS.

La falta de contestación de la demanda, no implica la aceptación de las pretensiones reclamadas por la actora, sino que sólo se trata de una presunción, la cual para constituir prueba plena debe ser adminiculada con otros medios que la favorezcan, dado que si bien es cierto que a la confesión derivada de la falta de contestación no debe negársele valor probatorio, también lo es que no puede reconocerse que, por sí sola sea bastante para justificar la acción ejercitada pues, un indicio de esa naturaleza, originaría que se tuvieran por reconocidos presuntivamente los hechos aducidos no contestados, cuando esa situación no es suficiente para dar fundamento a cada uno de los elementos de la referida acción y, por tanto, tampoco puede tenerse por probada únicamente con dicha confesión.

Amparo directo 3360/95. Ramón Palma Nava. 12 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretario: Cuauhtémoc González Álvarez.

Amparo directo 2996/2002. Rodolfo García. 23 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Miguel Hernández Sánchez.

Amparo directo 4316/2004. Raymundo Galicia Bizueto. 1o. de julio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Carlos Alberto Hernández Zamora.

Amparo directo 4966/2004. Rosalinda Arias Orozco. 27 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Abraham Mejía Arroyo.

Amparo directo 548/2006. Fidel Martínez Cortés. 20 de septiembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Rafael García Morales.³³

Estos criterios son de observancia obligatoria³⁴ por todos los juzgadores tanto locales como federales, por lo cual tiene mucha importancia el sentido en

³² Época: Novena Época Registro: 173355 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Febrero de 2007 Materia(s): Civil Tesis: 1a./J. 93/2006 Página: 126

³³ Época: Novena Época Registro: 173803 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIV, Diciembre de 2006 Materia(s): Civil Tesis: I.6o.C. J/51 página: 1104.

³⁴ La Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y107 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 217, establece: La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los

el que se ha pronunciado la Suprema Corte nacional, toda vez, que establece un estándar de valoración respecto de la confesión ficta, que puede acontecer por el silencio de alguna de las partes, con lo cual se potencializa las reglas de valoración de dicho medio probatorio.

Resulta un importante avance en materia procesal, la exigencia epistemológica del estándar de prueba establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que considero que con estas reglas se establecen parámetros más adecuados a garantizar el contradictorio procesal.

El trascendental el trato que se le da a la confección ficta, como una mera ficción legal y no una presunción *iuris tantum* como se ha pretendido valorar por algunos ordenamientos procesales a dicha abstención.

Una presunción...*iuris tantum* son normas jurídicas que, para garantizar determinados valores, obligan a reconocer una situación como verdadera en circunstancias específicas y ausencia de prueba en contrario. Más exactamente, instauran una regla de juicio o de decisión que indica al juez cuál debe ser el contenido de su sentencia cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos. Su peculiaridad frente al resto de normas estriba en que estas presunciones garantizan esos valores regulando de la carga de la prueba, lo que puede concretarse en eximir a aquellos en cuyo beneficio funcionan de la carga de probar los hechos litigiosos (así sucede en las presunciones formales, por ejemplo la de inocencia) o en modificar el objeto de prueba para el beneficiario de la presunción, que tendrá entonces la carga de probar ya no los hechos litigiosos sino otros hechos o estado de cosas que se conectan a aquéllos (así sucede en las presunciones materiales, por ejemplo la de paternidad).³⁵

tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

³⁵ GASCON ABELLADAN, Marina, *La prueba de los hechos*, México, Instituto Federal Electoral, 2004, pp. 79-80.

Esta figura es completamente distinta a las ficciones legales, por otro lado “...es una ficción científica, idéntica en su principio a las ficciones de la teoría del conocimiento...”³⁶ el objetivo de las ficciones es conocer la realidad, pero lo hace dando un rodeo, como un concepto auxiliar, con una construcción lógica, es por ello que se refiera a un término gnoseológico, con repercusiones epistémicas, en la aplicación del problema hermenéutico de la razonabilidad como procedimiento de los medios de razonabilidad procesal, es por ello que siempre el silencio en el debate procesal debe tomarse como una ficción legal y no como una presunción legal.

En el Código de Comercio Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de octubre de 1889 (en vigor a partir de 1 de enero de 1890), reglamenta de la siguiente manera:

...Medios Preparatorios del Juicio

Artículo 1151.- El juicio podrá prepararse:

I.- Pidiendo declaración bajo protesta el que pretenda demandar, de aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo a su personalidad o a la calidad de su posesión o tenencia;

II.- Pidiendo la exhibición de la cosa mueble, que en su caso haya de ser objeto de acción real que se trate de entablar;

III.- Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador en el caso de evicción, la exhibición de títulos ú otros documentos que se refieran a la cosa vendida;

IV.- Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad y comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder.

V. Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con el cual sean difíciles las comunicaciones y no sea posible intentar la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía;

VI. Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior;

VII. Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero, y

³⁶ KELSEN, Hans, et, alt. *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, tercera edición, 2013 p.25.

VIII. Pidiendo el juicio pericial o la inspección judicial cuando el estado de los bienes, salud de las personas, variaciones de las condiciones, estado del tiempo, o situaciones parecidas hagan temer al solicitante la pérdida de un derecho o la necesidad de preservarlo.

Artículo 1152.- Al pedirse la diligencia preparatoria debe expresarse el motivo porque se solicita y el litigio que se trata de seguir o que se teme.

Artículo 1153.- El juez puede disponer lo que crea conveniente, ya para cerciorarse de la personalidad del que solicita la diligencia preparatoria, ya de la urgencia de examinar a los testigos. Contra la resolución del juez que conceda la diligencia preparatoria no cabe recurso alguno. Contra la resolución que la deniegue habrá el de apelación en ambos efectos si fuere dictada por un juez de primera instancia, o el de revocación si fuere dictada por juez menor o de paz.

Artículo 1154. La acción que puede ejercitarse, conforme a las fracciones II y III del artículo 1151, procede contra cualquier persona que tenga en su poder las cosas que en ellas se mencionan. Mediante notificación personal se correrá traslado por el término de tres días a aquel contra quien se promueva, para que manifieste lo que a su derecho convenga, exponiendo en su caso las razones que tenga para oponerse a la exhibición o que le impidan realizarla. En dichos escritos deberán ofrecerse las pruebas, las que de admitirse se recibirán en la audiencia que debe celebrarse dentro del plazo de ocho días, y en donde se alegue y se resuelva sobre la exhibición solicitada. En caso de concederse la exhibición del bien mueble o de los documentos, el juez señalará día, hora y lugar para que se lleve a cabo ésta, con el apercibimiento que considere procedente. La resolución que niegue lo pedido será apelable en ambos efectos y la que lo conceda lo será en el devolutivo, de tramitación inmediata.

Artículo 1155.- Cuando se pida la exhibición de un protocolo o de cualquier otro documento archivado en oficina pública, si el juez concede la diligencia preparatoria, mandará que se practique por el actuario, ejecutor o secretario, acompañado del peticionario, en el domicilio del notario, corredor o de la oficina respectiva, dejándoseles a estos, cédula de notificación en la que se transcriba la orden judicial, para que se realice la inspección, sin que en ningún caso salgan los originales. De ellos se expedirán copias certificadas por duplicado, a costa del solicitante, autorizadas por el notario, corredor o servidor público correspondiente, con la anotación de haberse extendido por mandamiento judicial, señalando la fecha del mismo, datos de identificación del procedimiento y fecha de expedición, de las cuales una se entregará al solicitante, mediante razón de recibo en autos, y la otra quedará agregada al expediente.

Artículo 1156.- Las diligencias preparatorias a que se refiere la fracción III del artículo 1151, de encontrarse ajustada la petición del promovente, así como acreditada su calidad de socio o condueño, se admitirán de plano, y se ordenará, mediante notificación personal a aquel contra quien se pide, que exhiba los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, en el día y hora que al efecto se señale, para que se reciban por el tribunal, con el apercibimiento que de no realizarlo se le aplicará alguna de las medidas de apremio que autoriza la ley.

Artículo 1157.- Las diligencias preparatorias de que se trata en las fracciones V a VIII del artículo 1151 se practicará con citación de la parte contraria, a quien se correrá traslado de la solicitud por el término de tres días, y se aplicarán las reglas establecidas para la práctica de las pruebas testimonial, pericial o la inspección judicial, según sean los casos.

Artículo 1158.- El juez podrá utilizar sin limitación de ninguna especie, toda clase de apercibimientos de los que permite la ley para hacer cumplir las determinaciones que dicte en toda clase de medios preparatorios a juicio.

Artículo 1159.- En todos los casos en que las partes interesadas no comparezcan a los procedimientos de que se trata en este capítulo, se procederá en su rebeldía, sin necesidad de nueva búsqueda.

Artículo 1160.- Es obligación del tribunal ordenar se expidan copias certificadas de todo lo actuado en los medios preparatorios a juicio de que se trate.

Artículo 1161.- Promovido el juicio las partes podrán exhibir las copias certificadas a que se refiere el artículo anterior, o solicitar que se agreguen las actuaciones originales de los medios preparatorios que se hubieren tramitado, para lo cual deberá hacerse la petición desde el escrito de demanda o contestación y de no hacerse así no se recibirán dichos originales, al igual que cuando se hubieren extraviado o destruido.

Artículo 1162.- Puede prepararse el juicio ejecutivo, pidiendo al deudor confesión judicial bajo protesta de decir verdad, para lo cual el juez señalará día y hora para la comparecencia. En este caso el deudor habrá de estar en el lugar de la citación cuando se le haga la citación, y ésta deberá ser personal, expresándose en la notificación el nombre y apellidos del promovente, objeto de la diligencia, la cantidad que se reclame y el origen del adeudo, además de correrle traslado con copia de la solicitud respectiva, cotejada y sellada.

Artículo 1163.- Si el deudor fuere hallado o no en su domicilio y debidamente cerciorado el notificador de ser éste, le entregará la cédula en la que se contenga la transcripción íntegra de la providencia que se hubiere dictado, al propio interesado, a su mandatario, al pariente más cercano que se encontrare en la casa, a sus empleados, a sus domésticos o a cualquier otra persona que viva en el domicilio del demandado, entregándole también copias del traslado de la solicitud debidamente selladas y cotejadas.

Artículo 1164.- Si no comparece a la citación, y si se le hubiere hecho con apercibimiento de ser declarado confeso, así como cumplidos los requisitos a que se refieren los artículos anteriores, y la exhibición del pliego de posiciones que calificadas de legales acrediten la procedencia de lo solicitado, se le tendrá por confeso en la certeza de la deuda, y se despachará auto de embargo en su contra, siguiéndose el juicio conforme marca la ley para los de su clase.

Artículo 1165.- El documento privado que contenga deuda líquida y sea de plazo cumplido, permitirá al acreedor, promover medios preparatorios a juicio, exhibiendo el documento al juez a quien se le hará saber el origen del adeudo, solicitándole que ordene el reconocimiento de la firma, monto del adeudo y

Para tal fin, el juez ordenará al actuario o ejecutor que se apersona en el domicilio del deudor para que se le requiera que bajo protesta de decir verdad, haga reconocimiento de su firma, así como del origen y monto del adeudo, y en el mismo acto se entregue cédula de notificación en que se encuentre transcrita la orden del juez, así como copia simple cotejada y sellada de la solicitud.

De no entenderse la diligencia personalmente con el deudor cuando se trate de persona física o del mandatario para pleitos y cobranzas o actos de dominio tratándose de personas morales o del representante legal, en otros casos, el actuario o ejecutor se abstendrá de hacer requerimiento alguno, y dejará citatorio para que ese deudor, mandatario o representante legal, lo espere para la práctica de diligencia judicial en aquellas horas que se señale en el citatorio, la que se practicará después

de las seis y hasta las setenta y dos horas siguientes. También el actuario o ejecutor podrá, sin necesidad de providencia judicial, trasladarse a otro u otros domicilios en el que se pueda encontrar el deudor, con la obligación de dejar constancia de estas circunstancias. Si después de realizadas hasta un máximo de cinco búsquedas del deudor éste no fuere localizado, se darán por concluidos los medios preparatorios a juicio, devolviéndose al interesado los documentos exhibidos y dejando a salvo sus derechos para que los haga valer en la vía y forma que corresponda.

Cuando fuere localizado el deudor, su mandatario o representante, e intimado dos veces rehúse contestar si es o no es suya la firma, se tendrá por reconocida, y así lo declarará el juez. Cuando reconozca la firma, más no el origen o el monto del adeudo, el actuario o ejecutor lo prevendrá para que en el acto de la diligencia o dentro de los cinco días siguientes exhiba las pruebas documentales que acredite su contestación. De no exhibirse, el juez lo tendrá por cierto en la certeza de la deuda señalada, o por la cantidad que deje de acreditarse que no se adeuda, al igual que cuando reconozca la firma origen o monto del adeudo.

Cuando el deudor desconozca su firma se dejarán a salvo los derechos del promovente para que los haga valer en la vía y forma correspondiente pero de acreditarse la falsedad en que incurrió el deudor, se dará vista al Ministerio Público.

Lo mismo se hará con el mandatario o representante legal del deudor que actúe en la misma forma que lo señalado en el párrafo anterior.

Cuando se tenga por reconocida la firma o por cierta la certeza de la deuda, se ordenará la expedición de copias certificadas de todo lo actuado a favor del promovente y a su costa.

El actor formulará su demanda en vía ejecutiva, ante el mismo juez que conoció de los medios preparatorios acompañando la copia certificada como documento fundatorio de su acción, copias simples de éstas y demás que se requieran para traslado al demandado, y se acumularán los dos expedientes y en su caso se despachará auto de ejecución.

Cuando se despache auto de ejecución, se seguirá el juicio en la vía ejecutiva como marca la ley para los de su clase.

La resolución que niegue el auto de ejecución será apelable en ambos efectos y, en caso contrario, se admitirá en el efecto devolutivo de tramitación inmediata.

Artículo 1166.- Puede hacerse el reconocimiento ante notario o corredor, ya en el momento de su otorgamiento o con posterioridad, de aquellos documentos que se hubieren firmado sin la presencia de dichos fedatarios, siempre que lo haga la persona directa obligada, su representante legítimo o su mandatario con poder bastante.

El notario o corredor harán constar el reconocimiento al pie del documento mismo, asentando si la persona que lo reconoce es el obligado directo, o su apoderado y la cláusula relativa del mandato o el representante legal, señalando también el número de escritura y fecha de la misma en que se haga constar el reconocimiento.

Los documentos así reconocidos también darán lugar a la vía ejecutiva.

Artículo 1167.- Si es instrumento público o privado reconocido o contiene cantidad líquida, puede prepararse la acción ejecutiva siempre que la liquidación pueda hacerse en un término que no excederá de nueve días.

En el Código de Comercio, cuya aplicación en todo el territorio mexicano y existe concurrencia competencial material y territorial, respecto de su aplicación, lo que quiere decir que los procedimientos por el regulados pueden ser del conocimiento tanto de jueces locales como de jueces federales; los medios preparatorios se refieren a los procesos ordinarios mercantiles y los ejecutivos mercantiles, analicemos en primer término los que se refieren al proceso ordinario, en ellos tenemos las siguientes hipótesis normativas, nuevamente tomadas de los antecedentes históricos ya señalados:

a) La declaración bajo protesta de la persona que se pretenda demandar acerca de algún hecho relativo a su personalidad o a la calidad de su posesión o tenencia.

En este medio preparatorio solamente se puede pedir la declaración de la contraparte respecto de los hechos relativos a la personalidad o calidad de posesión o tenencia respecto del objeto pretendido, por lo cual no se puede pedir esta diligencia para acreditar ningún otro presupuesto procesal, con lo cual se acota el medio de confirmación, en su desarrollo, y nuevamente se establece que la contumacia del presunto demandado solamente produce una confesión ficta respecto de los hechos que se pretenden acreditar, con el debido estándar de valoración confirmatorio que hemos establecido.

En este caso contra la resolución que concede la diligencia no procede recurso alguno, contra el que la niega si procede el recurso respectivo.

b) Pidiendo la exhibición de la cosa mueble, que en su caso haya de ser objeto de acción real que se trate de entablar;

c) Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador en el caso de evicción, la exhibición de títulos ú otros documentos que se refieran a la cosa vendida;

En estas dos hipótesis normativas se encuentra la exhibición de documentos y cosas por quien las tenga en su poder, pero se establece nuevamente el proceso de negación a exhibir dichas cosas, con el tramite respectivo y el ofrecimientos admisión y desahogo de pruebas, con lo cual el juzgador de determinar si es procedente la exhibición requerida, con lo cual se respeta los derechos fundamentales de ambas partes.

En este caso contra la resolución que admite o niega los medios preparatorios procede recurso de apelación con su respectivo trámite.

d) Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad y comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder.

En este caso es indispensable acreditar la calidad de ambas partes, la cual es examinada de oficio por el Juzgador antes de ordenar la exhibición de los documentos siguiendo las reglas indicadas en la fracción anterior para el caso de oposición a la exhibición.

e) Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con el cual sean difíciles las comunicaciones y no sea posible intentar la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía;

f) Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior;

g) Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero, y

h) Pidiendo el juicio pericial o la inspección judicial cuando el estado de los bienes, salud de las personas, variaciones de las condiciones, estado del tiempo, o situaciones parecidas hagan temer al solicitante la pérdida de un derecho o la necesidad de preservarlo.

En los tres supuestos referentes a las pruebas testimoniales, periciales e inspección judicial, siempre se tramitara con citación del contrario y siguiendo las reglas para el desahogo de dichos medios de confirmación establecidos por el propio código, es decir con total intervención de la contraparte, para realizar tachas, observaciones o proponer su propio perito.

Estas reglas tan simples le otorgan a este resguardo cautelar una naturaleza muy distinta a lo que ocurre en otros países³⁷, en los que los medios

³⁷ Véase como ejemplo el artículo 327 del Código Procesal Civil Y Comercial de la Nación (Argentina), que señala lo siguiente: “En el escrito en que se solicitaren medidas preliminares se indicará el nombre de la futura parte contraria, su domicilio si fuere conocido y los fundamentos de la petición. El juez accederá a las pretensiones si estimare justas las causas en que se funda, repeliéndolas de oficio en caso contrario. La resolución será apelable únicamente cuando denegare la diligencia. Si hubiese de practicarse la prueba se citará a la contraria, salvo cuando resultare imposible por razón de urgencia, en cuyo caso intervendrá el

de convicción se pueden realizar, bajo el simple argumento de la urgencia, y con la intervención del representante oficial de los ausentes, con lo cual parece obvio que se pueden violar los derechos de una de las partes que se puede ver afectada por la probanza y en el caso de pericial, se hará mediante perito único nombrado de oficio, con la correspondiente limitación al contradictorio y a las reglas de la probanza pericial.

Por lo que respeta a la preparación del proceso ejecutivo mercantil el código analizado indica los siguientes supuestos:

Reconocimiento bajo protesta de decir verdad ante el juez o fedatario público, respecto de deuda líquida contenida en documento en el que sea necesario su reconocimiento o el protesto para su ejecución.

En este procedimiento desde los antecedentes indicados, se estableció que no se puede aperebrar al deudor con la ficción de reconocimiento en caso de rebeldía, ya que la diligencia siempre se entenderá con el deudor de manera personal, y si no se le localiza en cinco ocasiones se darán por terminados los medios preparatorios, pero en el caso que se localice al deudor y se niegue en dos veces a manifestar si la firma que calza el contenido y firma del documento que le proponen para reconocimiento se le tendrá por fictamente reconocido y se tramitará proceso ejecutivo.

Estos medios preparatorios están prácticamente en desuso en la práctica forense ya que los títulos de crédito se reglamenta por ley específica, y son considerados prueba pre constituida por lo cual no requieren del protesto como requisito de procedencia, en el único caso que se exige el protesto es la letra de cambio, que en la práctica mercantil no se usa desde hace más de veinte años, por la prohibición legal de establecer intereses convencionales, limitándose al interés legal del 6% anual, por lo cual dicho título de crédito, no es utilizado, por nadie, por lo cual estos medios preparatorios se limitan a las facturas de índole

defensor oficial. El diligenciamiento se hará en la forma establecida para cada clase de prueba, salvo en el caso de la pericial, que estará a cargo de un perito único, nombrado de oficio.”

comercial, que en la práctica normalmente contienen inserto un pagare que les otorga el título de ejecutivo referido.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1931 (en vigor a partir de 1 de octubre de 1932), norma de aplicación en el Distrito federal capital de los Estados Unidos Mexicanos se reglamenta para el proceso ordinario civil de la siguiente manera:

...TITULO QUINTO

Actos Prejudiciales

CAPITULO I

Medios de preparatorios del Juicio en General

Artículo 193.- El juicio podrá prepararse:

I. Pidiendo declaración bajo protesta, el que pretenda demandar, de aquél contra quien se propone dirigir la demanda, acerca de un hecho relativo a su personalidad o a la calidad de su posesión o tenencia;

II. Pidiendo la exhibición de la cosa mueble que haya de ser objeto de la acción real que se trate de entablar;

III. Pidiendo el legatario o cualquier otro que tenga el derecho de elegir una o más cosas entre varias, la exhibición de ellas;

IV. Pidiendo el que se crea heredero, o coheredero o legatario, la exhibición de un testamento;

V. Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador, en el caso de evicción, la exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida.

VI. Pidiendo a un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder;

VII. Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con el cual sean tardías o difíciles las comunicaciones y no pueda deducirse aún la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía;

VIII. Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior;

IX. Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero.

Artículo 194.- Al pedirse la diligencia preparatoria debe expresarse el motivo por que se solicita y el litigio que se trata de seguir o que se teme.

Artículo 195.- El juez puede disponer lo que crea conveniente, ya para cerciorarse de la personalidad del que solicita la diligencia preparatoria, ya de la urgencia de examinar a los testigos. Contra la resolución que concede la diligencia preparatoria, no habrá ningún recurso. Contra la resolución que la niegue procederá la apelación en el efecto devolutivo de tramitación inmediata, si fuere apelable la sentencia del juicio que se prepara o que se teme.

Artículo 196.- La acción que puede ejercitarse conforme a las fracciones II, III y IV del artículo 193 procede contra cualquier persona que tenga en su poder las cosas que en ellas se mencionan.

Artículo 197.- Cuando pida la exhibición de un protocolo o de cualquier otro documento archivado, la diligencia se practicará en el oficio del notario o en la oficina respectiva, sin que, en ningún caso, salgan de ellos los documentos originales.

Artículo 198.- Las diligencias preparatorias de que se trata en las fracciones II a IV y VII a IX del artículo 193 se practicarán con citación de la parte contraria, a quien se correrá traslado de la solicitud por el término de tres días, y se aplicarán las reglas establecidas para la práctica de la prueba testimonial.

Artículo 199.- Promovido el juicio, el tribunal, a solicitud del que hubiere pedido la preparación, mandará agregar las diligencias practicadas para que surtan sus efectos.

Artículo 200.- Si el tenedor del documento o cosa mueble fuere el mismo a quien se va a demandar, y sin causa alguna se negare a exhibirlos, se le apremiará por los medios legales, y si aun así resistiere la exhibición o destruyere, deteriorare u ocultare aquéllos, o con dolo o malicia dejare de poseerlos, satisfará todos los daños y perjuicios que se hayan seguido, quedando, además sujeto a la responsabilidad criminal en que hubiere incurrido. Si alegare alguna causa para no hacer la exhibición se le oirá incidentalmente...

Como se aprecia en la reglamentación local los medios preparatorios al proceso ordinario civil, es muy similar a la del Código Comercial, ya que se establece que la práctica de las testimoniales se hará con citación a la contraria, y siguiendo el trámite del desahogo de la prueba siempre con contradictorios de parte.

La confesional nuevamente solo tendrá el carácter de confesión ficta.

Y no se reglamenta ni la pericial, ni la inspección judicial como medios preparatorios, siguiendo los parámetros del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por lo demás la reglamentación es similar a los comentarios realizados y que no merecen repetirse.

Así mismo esta norma local reglamente los medios preparatorios al proceso ejecutivo mercantil del siguiente modo:

...CAPITULO II

Medios preparatorios del Juicio Ejecutivo

Artículo 201.- Puede prepararse el juicio ejecutivo, pidiendo al deudor confesión judicial bajo protesta de decir verdad y el juez señalará día y hora para la comparecencia. En este caso el deudor habrá de estar en el lugar del juicio cuando se le haga la citación, y ésta deberá ser personal, expresándose en la notificación el objeto de la audiencia, la cantidad que se reclame y la causa del deber. Si el deudor no fuere hallado en su domicilio, la notificación se hará en los términos del artículo 116. Se tendrá por confeso en la certeza de la deuda a aquel deudor que habiendo sido citado no comparezca a la diligencia mencionada en el primer párrafo de este artículo ni pruebe justa causa que se lo haya impedido.

Artículo 202.- Se tendrá por reconocido el documento privado que contenga deuda líquida y sea de plazo cumplido, cuando el deudor reconozca su firma ante la presencia judicial o cuando requerido para ello rehuse contestar si es o no suya la firma y cuando deje de asistir a la audiencia de reconocimiento sin justa causa.

Artículo 203.- Puede hacerse el reconocimiento de documentos firmados ante notario público, ya en el momento del otorgamiento o con posterioridad, siempre que lo haga la persona directamente obligada, su representante legítimo o su mandatario con poder bastante. El notario hará constar el reconocimiento al pie del documento mismo, asentando si la persona que reconoce es apoderado del deudor, y la cláusula relativa.

Artículo 204.- Si es instrumento público o privado reconocido y contiene cantidad ilíquida, puede prepararse la acción ejecutiva, siempre que la liquidación pueda hacerse en un término que no excederá de quince días. La liquidación se hace incidentalmente con un escrito de cada parte y la resolución del juez, contra la cual no procederá recurso alguno....

El procedimiento para el proceso ejecutivo civil, sigue las pautas del Código Federal de Procedimientos Civiles, ya comentado.

De lo hasta aquí expuesto es válido concluir que la figura del resguardo cautelar de la prueba, medios preparatorios o perjudiciales, o prueba anticipada, ha tenido una reglamentación y cambios doctrinarios vacilantes, en el que se va "...de un régimen romano a base de "acciones" entendidas como derechos sustantivos, se pasó a procedimientos anómalos o indeterminados, para caer en unos medios preparatorios, probablemente tomados de los artículos 222 y 223 de

la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, inspirada a su vez en la Tercera Partida, título 10, ley 1º y título 16 ley 2º.”³⁸

Como he establecido a lo largo de estas líneas es claro que no existe uniformidad en cuanto a la reglamentación de la figura jurídica del resguardo cautelar de los medios de confirmación, “Habitualmente, toda la doctrina que se ocupa de este tema en América lo estudia bajo la denominación de medidas cautelares o precautorias, de muy antigua raigambre legislativa. También se las conoce como acciones cautelares, y como acciones asegurativas, y como acciones garantizadoras, y como procesos cautelares y como providencias cautelares.”³⁹

Me parece claro que no es adecuado que se reglamente con distintas denominaciones a la misma figura jurídica, parece existir acuerdo en que se trata de una instancia, pero es necesario determinar a qué especie de las diversas instancias pertenecen el resguardo cautelar de los medios probatorios.

“Para la mejor comprensión de lo que antecede, es conveniente recordar que por proceso sólo ha de entenderse aquella institución que aplica los principios directrices de la bilateralidad de la instancia, la imparcialidad jurisdiccional y la transitoriedad temporal.”⁴⁰

Existen dos especies de instancias legales:

1. Las que inician los órganos estatales, para la comprobación del cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos, como lo son todos los procedimientos fiscales de comprobación y auditoria, “...La circunstancia de que sea la autoridad quien comienza un procedimiento reglado o discrecional, explica que la intervención o participación del justiciable constituya por lo general una instancia.”⁴¹

³⁸ Ibídem. p. 40.

³⁹ Alvarado, Adolfo, y Guido, Aguila, *Lecciones de derecho procesal civil*, 2ª edición, Lima, EGACAL, 2011. p. 769.

⁴⁰ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T.I p. 68.

⁴¹ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T.II, p. 169.

2. Las instancias que inician siempre a petición del ciudadano y que están debidamente reglamentadas por los diversos ordenamientos legales, con lo cual siempre se genera un procedimiento legal, y son seis: Petición, Denuncia, Querrela, Acción Procesal, Reacertamiento y Queja.⁴²

Es claro que el resguardo cautelar de los medios de confirmación, no son instancias de las que se puedan iniciar de oficio por la autoridad jurisdiccional, en todas las reglamentaciones siempre es necesario que se promueva por la parte interesada, y exponga la causa de pedir, que pretende justificar, y la urgencia de la medida que solicita.

Por lo cual debemos de tratar de localizar en cuál de las seis instancias que pueden ser promovidas por los particulares.

- a) La denuncia consiste en: un procedimiento donde quien insta "...no pretende que se acceda a lo pedido, simplemente hace saber a la autoridad la realización de un hecho o de un acto, a los que la ley condiciona la emisión de una resolución."⁴³

Los medios preparatorios a proceso, no pueden ser clasificados como una denuncia ya que es claro que existe una pretensión por quien promueve el resguardo cautelar de los medios de confirmación, que es precisamente que se genere el desahogo de probanzas en virtud de la urgencia del caso concreto, o perfeccionar un documento para hacerlo ejecutivo, o tener una declaración respecto de la calidad o personalidad de alguien que será posiblemente demandado.

- b) La querrela es el "...acto provocatorio, y es manifiesto que su pretensión contiene una declaración de voluntad, puesto que el querellante ejerce la instancia para propiciar que se aplique una sanción al querrellado."⁴⁴

Tampoco es posible encuadrar la figura como una querrela, ya que este procedimiento tiene como finalidad que se abra un proceso que puede ser

⁴² Confróntese, *Ibíd.* pp.173- 178.

⁴³ *Ibíd.* p. 173.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 174.

concluido por medio del perdón, figura que no se aplica de ningún modo en los medios cautelares.

- c) La queja es siempre una instancia impugnativa“...es también declaración de voluntad, pues la pretensión es disciplinaria. Normalmente la queja aparece cuando se acude al superior para que imponga una sanción al funcionario incumplido.”⁴⁵

Esta es una instancia secundaria que necesita forzosamente de otra instancia para poder existir en el plano jurídico, además de la pretensión en este caso es una sanción para un funcionario público, es notorio que el resguardo cautelar no tiene ninguna de estas características, ya que es una instancia primaria y su pretensión no es de sanción.

- d) El reacertamiento es “...una declaración de voluntad, persigue la revocación del acto de autoridad...”⁴⁶

Este procedimiento es secundario y pretende revocar un acto de autoridad que puede estar provocando lesiones a un particular en concreto, los actos preparatorios al proceso no cumplen con estas características, ya que no se pretende la revocación de nada con la promoción de la instancia motivo de este estudio.

- e) Acción procesal, “...tiene la inconfundible proyección que enlaza tres sujetos: actor, juez y demandado.”⁴⁷

Esta instancia es la única en la que existe proyección entre el actor para el juez y de este para el demandado y viceversa, siguiendo los principios directrices de la bilateralidad de la instancia, la imparcialidad jurisdiccional y la transitoriedad temporal, es obvio que en el resguardo cautelar de los medios de confirmación no estamos en presencia de estos supuestos.

⁴⁵ Ibídem. p.176.

⁴⁶ Ibídem. p. 177.

⁴⁷ Ibídem. p.178.

La acción procesal es la única instancia que genera un proceso, y toda la doctrina y los códigos en general señalan que el reguardo cautelar de los medios probatorios, se realizan siempre antes del proceso.

f)La petición "...una declaración de voluntad, porque el particular ha de expresar por escrito su solicitud, a fin de que la autoridad responda."⁴⁸

Por último el reguardo cautelar es una instancia primaria, es decir no requiere de la presencia de otra para existir en el plano jurídico, y tiene un contenido pre tensional, que puede ser variado, dependiendo la cautela solicitada, que puede ser concedida o negada por la autoridad a la que se le pide.

Por lo tanto el reguardo cautelar de los medios de confirmación es siempre una petición, es decir un procedimiento legal, que no genera un proceso, sino que pretende en un futuro poder impactar en el proceso, por lo cual es un procedimiento auxiliar del proceso, por lo tanto lo correcto es emplear siempre el termino de petición de pretensión preparatoria del proceso.

En México, a este tipo de instancias a lo largo de los años, por medio de los criterios jurisprudenciales, se ha establecido que las personas que pudieran resentir como actos de molestia las diligencias que se puedan afectar sus derechos fundamentales o sus derechos patrimoniales, tienen derecho al amparo, que es proceso que tiene como finalidad la inmediata protección de los derechos fundamentales, humanos, colectivos, sociales, procesales, civiles y políticos, por lo cual se ha determinado que la falta de citación a los medios preparatorios resulta un acto que merece la protección del amparo, esto tiene como finalidad garantizar el derecho de defensa, contradicción y audiencia bilateral de las partes que intervienen.

Sirve de ejemplo este reciente criterio jurisprudencial que unifica criterios en el sentido descrito:

"MEDIOS PREPARATORIOS A JUICIO, ES PROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO DE CONFORMIDAD CON LA FRACCION III DEL ARTICULO 114 DE LA LEY DE LA MATERIA CUANDO SE RECLAMA LA FALTA DE EMPLAZAMIENTO A LOS MISMOS.

⁴⁸ Ibídem. p. 173.

Siendo los medios preparatorios a juicio, determinadas diligencias que preparan la acción para promover un juicio, generalmente pre constitutivas de pruebas, y que las mismas no forman parte del juicio, ya que como su nombre lo indica preparan, pero no son el mismo, aunque sirvan de apoyo a la acción o excepción que se intente, la falta de emplazamiento a tales medios preparatorios, debe estimarse como un acto ejecutado fuera de juicio, ya que éste debe entenderse como el procedimiento contencioso desde que se inicia en cualquier forma hasta que se dicta sentencia definitiva, y contra esa irregularidad es procedente el amparo indirecto en los términos del artículo 114, fracción III de la Ley de Amparo, habida cuenta que la falta de emplazamiento resulta ser una violación que de resultar fundada deja sin defensa al quejoso ante tales diligencias previas. Sin que sea obstáculo para su procedencia el que la falta de emplazamiento no sea un acto de imposible reparación, pues no se trata de actos realizados dentro del juicio como lo establece la fracción IV del artículo 114 de la ley de la materia, interpretada a contrario sensu.

Contradicción de tesis 39/95. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 21 de agosto de 1996. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jesús Enrique Flores González.

Tesis de jurisprudencia 23/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros: presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo, previo aviso a la Presidencia.⁴⁹

Después de analizar de modo muy somero los antecedentes históricos, la reglamentación nacional e internacional, así como los criterios doctrinales y jurisprudenciales del resguardo cautelar de los medios de confirmación, estableciendo su naturaleza procedimental y presupuestos básicos, ahora analizare el problema epistémico de dicha figura procedimental, para poder extraer conclusiones de aplicación práctica, pero con sustento lógico formal, basado en los principios del garantismo.

IV. VICISITUDES EPISTEMOLÓGICAS DEL RESGUARDO CAUTELAR PROBATORIO.

⁴⁹ Novena Época Registro: 200392 Instancia: Primera Sala Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo IV, Septiembre de 1996 Materia(s): Civil Tesis: 1a./J. 23/96 Página:21.

En general la doctrina al momento de estudiar el t3pico del resguardo cautelar de las pruebas, se ha limitado a dos aspectos generales, en primer lugar: desde el punto de vista del positivismo utilitario, con fines extra legales la aplicaci3n de esta figura, buscando justificaciones fuera del plano jur3dico para exponer las razones pol3ticas, de justicia, econ3micas, incluso morales, por las cuales es buena la figura jur3dica; en segundo t3rmino: se limita a establecer las reglas sobre la prueba propias de cada ordenamiento⁵⁰, olvid3ndose de los problemas epistemol3gicos de la prueba, limit3ndose a establecer una concepci3n dominante psicologuita o persuasiva⁵¹.

1.- La justificaci3n ideol3gicas doctrinales del resguardo cautelar de los medios de confirmaci3n.

Como ya he indicado existen diversas formas para justificar la figura del resguardo cautelar probatorio, violando las garant3as de una de las partes, analizare en este apartado estas ideas, para poder indicar como el paradigma del estado constitucional de derecho, en el cual se basan las consideraciones garantistas en virtud de ellas, no es v3lido que se tramite un anticipo probatorio, sin la presencia de ambas partes, as3 como tampoco puede valorarse como una presunci3n *iuris tantum*, el resultado de un medio de razonabilidad procesal.

Existe una teor3a dominante que ha tenido una gran recepci3n por todo el mundo, en virtud de su discurso y sus justificaciones, sustentadas en aspectos extra legales, pero populistas, con lo cual pretenden legitimar, el uso de figuras que violentan los derechos fundamentales y las garant3as tanto de primer como de segundo orden.

La teor3a dominante tiene dos partes y mantiene la independencia entre ellas. La primera es una teor3a sobre lo que es el derecho; dicho de manera m3s informal, es una teor3a sobre las condiciones necesarias para que una proposici3n de derecho sea

⁵⁰ Tal y como lo he intentado en el punto anterior.

⁵¹ Este fen3meno ocurre en los c3digos de ascendencia romano- germ3nica y en los sistemas anglosajones, para una mayor comprensi3n del tema v3ase: TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2^a edici3n, trad. Jordi Ferrer Beltr3n, Madrid, Trota, 2005, colecci3n, Estructuras y procesos. Pp. 327-435.

válida. Ésta es la teoría del positivismo jurídico, que sostiene que la verdad de las proposiciones legales consistente en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas, y en nada más. La segunda es una teoría sobre lo que debe ser el derecho y sobre cómo deben ser las instituciones legales conocidas. Tal es la teoría del utilitarismo, que sostienen que el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general nada más.⁵²

Con base a esta división la doctrina dominante pretende justificar el uso de diversas instituciones procesales, o implementarlas en los ordenamientos legales si es que no existe siempre pretendiendo legitimar la violación de derechos de un grupo de ciudadanos, los malos, los feos, los incumplidos, los deudores, los que usan el derecho como arma, para no cumplir con lo que ordena la ley; creando de este modo un derecho procesal del enemigo, los argumentos son en un tono como este:

La diferenciación de tutelas constituye un ingrediente básico del fenómeno de adaptación del derecho procesal a las nuevas realidades sociales y jurídicas, en el contexto del pasaje de la rigidez propia del derecho liberal clásico a una configuración elástica del proceso. Diferenciar tutelas aparece entonces como la cristalización de una búsqueda por la armonía en la relación entre las formas y el derecho material. En este salto evolutivo se intenta superar los vicios de aquel primer paso de distanciamiento que diera el proceso con relación al derecho material, en cuyo tránsito hacia el exceso, la realidad perdió relevancia. En efecto, la Escuela Sistemática ha logrado despegar al derecho de acción del derecho material y consagró su autonomía, con la desvalidos consecuencia de incurrir en otro exceso tan reprochable como el anterior: el de la sobrevaloración de las formas. Pendular movimiento mediante, se procuró resguardar a los ciudadanos de cualquier invasión estatal y se concibió al proceso

⁵² DWORKIN Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p.31.

como una suerte de cápsula aséptica, y desinvolucrada de las situaciones vitales en juego. El mayor cuidado de las formas preservaría la impecabilidad de ese bastión. Con el paño de la “autonomía” del derecho de acción, se taparon los ojos a la diosa justicia y el proceso mutó a indiferencia. Empero, una justicia vendada carece de la sabiduría que los hechos aportan, esa, la indispensable para discernir los repartos, para penetrar en la realidad y distinguir qué es “lo suyo” para dar a cada uno. Una justicia vendada equivale a justicia vedada. Es que en esta historia de dicotómicos apegos y desapegos, en la que el proceso -inicial y simbióticamente ligado al derecho material- se desgarrara de éste sin admisión de zonas intermedias y se adhiriera con fervor a lo ritual, el temor operó como acicate. Lo cierto es que construir sobre el miedo limita, mientras que edificar sobre las posibilidades facilita, resuelve, y le devuelve su significado vital a la función jurisdiccional. El derecho material no es el derecho de acción, claro está, pero perder de vista que este último se encamina hacia su realización es discapacitarlo, es privarlo de su primigenio y final sentido de “afianzar la justicia”. El proceso no puede recortar al derecho a su medida para que éste pueda circular por él, pues se desvirtúa su misión instrumental. Ese derecho procesal timorato, resguardado tras un diseño uniformado de formas y uniformante de realidades, para defenderse de un Estado fantasmal, de la figura demonizada de un juez “invasivo” es el que estamos dejando atrás al tiempo que recorremos caminos evolutivos que permiten abrir los ojos a la diversidad de derechos, a los rasgos particulares de cada situación de conflicto, a las premuras y a la prevención de los daños. Un derecho procesal que privilegie el derecho de audiencia por sobre el derecho, v.gr., a la vida y a la salud es una peligrosa deformación derivada del abuso del poder propio del proceso. De hecho, cientos de páginas vertidas en torno a una cuestión de fondo pueden desintegrarse fantásticamente entre los vericuetos del rito. El proceso es poderoso, sí. Posee las llaves de todo el derecho de fondo: decide la vida o la muerte del derecho.

Abusar de ese poder equivale a dar por tierra los fundamentos del derecho sustantivo mismo. Otorgarle superpoderes al proceso al extremo de convertirlo en renegatorio de la realidad concreta, y ciego a lo excepcional, a lo urgente, desconoce el mandato fundamental de “afianzar la justicia”. Si resignificamos al proceso en tanto realizador del derecho sustantivo y propendemos a sofisticarla como herramienta, se tornará elástico y adaptable para que todas las necesidades de los justiciables encuentren amparo ante los estrados. Sofisticar los instrumentos procesales supone concebirlos a la medida de las posibilidades de tiempo y de costos que el justo resguardo de los derechos sea capaz de sostener. Mas, elastizar no significa banalizar. Elastizar supone madurez, requiere crecimiento y conciencia de las propias posibilidades. Elastizar admite al temor sólo como sistema de alerta pero no como su fundamento y base. Elastizar es evolucionar hacia un pluralismo en el acceso a la justicia.⁵³

Los argumentos vertidos pretenden una justificación fuera del proceso y del derecho mismo, se habla de necesidades sociales apremiantes, de verdadera justicia, es claro que el discurso de la de hacer elástico el Derecho, con base al ideal del utilitarismo y del positivismo de la idea dominante se ha convertido en la idea hegemónica, en virtud a las decisiones institucionales de los tribunales de todo el orbe mundial tienden a ser cada día más poderosas, autoritarias, impartir justicia y lograr la paz social, mediante procedimientos, evitando emplear ese instrumento que estorba e incómoda llamado proceso de cognición, hay que ser intolerantes con las ideas hegemónicas aún más si las mismas se basan en el utilitarismo, Zizek (2010) “...cualquier concepto ideológico de apariencia o alcance universal poder ser hegemonizado por un contenido específico que acaba [ocupando] esa universalidad y sosteniendo su eficacia”⁵⁴ es decir el discurso del utilitarismo procesal sirve de *soma*⁵⁵ para dar la apariencia de un mundo feliz.

⁵³ EGUREN Carolina, Las Medidas Autosatisfactivas: El gran salto evolutivo del Derecho Procesal Contemporáneo, en Activismo y Garantismo Procesal, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. pp. 121-122.

⁵⁴ ZIZEK Slavoj. *En defensa de la intolerancia*, trad. Javier Eraso Caballos y Antonio Fernández,

Parece que el paradigma procesal dominante, trae más problemas de los que pretende solucionar, es decir el discurso institucional y estatal, nos dice que se está velando por la protección de los Derechos Humanos, por una tutela jurisdiccional efectiva, por la justicia y por la paz nadie puede hacerse justicia por su propia mano, sin embargo hoy más que nunca existe una inconformidad monstruosa por la actividad del Estado y las resoluciones de estos Tribunales impartidores de justicia pronta y expedita, que se ha dedicado a satisfacer los cotos de poder de la clase dominante, hace más de tres siglos Votaire señaló de modo magistral:

Donde el peligro y la ventaja son iguales, cesas el asombro y hasta la compasión se debilita; más si un padre de familia inocente es entregado a las manos del error, o de la pasión, o del fanatismo; si el acusado no tiene más defensa que su virtud; si los árbitros de su vida no corren más peligro al degollarle que el de equivocarse; si pueden matar impunemente con una sentencia, entonces se alza el clamor público, cada cual teme por sí mismo, se ve que nadie tiene a salvo su vida ante un tribunal erigido para velar por la vida de los ciudadanos, y todas las voces se unen para pedir venganza.⁵⁶

Es por ello que estas justificaciones del utilitarismo, que se basan en el supuesto bienestar común y el mantenimiento de la paz; criticando la propuesta de los derechos fundamentales, por considerarlos una figura fantasmal y abstracta, sin darse cuenta que los términos de bien común y paz social, son igualmente de fantasmales y abstractos; aclarado que la noción de derechos fundamentales, que impera en un estado constitucional democrático, no tiene nada de abstracta y es producto de muchos años de esfuerzos sociales, que se

España: Diario público, 2010. p.13.

⁵⁵ El soma es una droga que se menciona en la novela *Un Mundo Feliz*, de Aldous Huxley; en esa novela esta sustancia es proporcionada a los habitantes para tenerlos controlados y con el cerebro adormecido para que pueda mantenerse el orden y la paz que quiere el Estado.

⁵⁶ VOLTIERE, *Tratado de sobre la tolerancia*, trad. Mauro Armíño, España: Diario público, 2010, p. 81.

pretende tirar por la borda con los argumentos de la doctrina dominante, debemos recordar que “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por algún razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio.”⁵⁷

Es por ello que el garantismo se opone a la discrecional judicial, así como la intromisión de el poder ejecutivo y legislativo por medio de actos de autoridad, en la esfera de lo indecible, es decir en los derechos fundamentales, esto en una primera acepción, y en segundo término, es claro que cuando existen normas procesales que no respetan el derecho fundamental al contradictorio procesal, es un problema normativo de vigencia o validez de las normas secundarias, por encontrarse en disputa ya sea por laguna legal o por antinomia.

Según una primera acepción, garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» SG propio del estado de derecho, que en él la no epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas *tout court*, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema.⁵⁸

⁵⁷ DWORKIN Ronald, op. cit. nota 52, p.37.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, (Teoría del garantismo penal), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío

En una segunda acepción, garantismo designa una teoría jurídica de la «validez» y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el «ser y el deber ser» en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos...⁵⁹

El garantismo propone una visión integral del fenómeno jurídico y no meramente utilitario o legalista, para lo cual se emplea el método axiomático, es decir la dimensión sintáctica de la teoría, que comprende tres esferas la semántica, la pragmática y la sintáctica. “La primera está dedicada al contenido empírico e informativo de la teoría en relación con el derecho positivo que forma su universo de discurso. La segunda está dedicada a la finalidad explicativa de la teoría y al papel crítico y prospectivo que ésta plantea respecto del derecho, pero a partir del propio derecho. La tercera, finalmente, está dedicada a las relaciones sintácticas entre los signos de la teoría tal como resultan del método axiomático utilizado para la formación de sus conceptos y proposiciones.”⁶⁰

El lenguaje del derecho es artificial y abstracto, y su valoración debe realizarse siempre teniendo en cuenta ese aspecto, para poder hacer una debida separación entre el ser y el deber ser, esto no se puede perder de vista para justificar la vigencia de una norma y no exponer argumentos extra jurídicos como lo es una tutela urgente, o que se diga que el proceso de cognición estorba, no utilizar los criterios del garantismo, proporcionan la coherencia y el sistema del derecho, es decir se proporciona la clausura operativa de el Derecho; la semántica del derecho tienen una triple interpretación:

Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995, colección: Estructuras y procesos serie Derecho, p. 854.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, *La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos*, sin trad. http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_teoría_del_derecho_saberes_jur_dicos.pdf, p. 1.

- a) La interpretación empírica que resulta del análisis de las normas jurídicas, tal como lo desarrolla la *dogmática jurídica*, este debe de basarse en las ideas de vigencia, validez y efectividad de las normas jurídicas en un plano vertical de superior a inferior, aquí nos encontramos en el campo de la deontología, analizando el Derecho desde el punto de vista interno.
- b) La interpretación empírica que resulta de la investigación sobre los comportamientos regulados por las normas, tal como la desarrolla la *sociología del derecho*, en este aspecto se analizan los comportamientos humanos de los que las normas hablan, constatando el grado de efectividad de las normas, analizando el Derecho desde el punto de vista externo.
- c) La interpretación axiológica expresada por la valoración y la proyección del derecho, tal como propone la *filosofía política*, en este campo se analiza el derecho desde sus puntos interno y externo, para comprender si la norma jurídica no se ve afectado por problemas de antinomia o laguna, conforme al paradigma constitucional.⁶¹

Con base a estos parámetros resulta completamente contrario al estado de derecho constitucional, que se proponga evitar el proceso de cognición, es claro que esa propuesta únicamente propicia el decisionismo judicial, y con ello se violan las garantías primarias y secundarias de los gobernados, es claro que el proceso es una ciencia formal, al igual que todo el Derecho, y no es válido el argumento que el formalismo es un obstáculo para la impartición de justicia o para la tutela efectiva del Derecho, o pretender que el proceso es una estrategia que usa el demandado para retardar o no pagar las obligaciones contraídas, con estos argumentos solamente se propone un derecho procesal del enemigo, la propuesta del garantismo respecto del proceso:

Se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización resulta de la

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, (Teoría del derecho y de la democracia), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2007, t.I teoría del derecho, colección: Estructuras y procesos serie Derecho, pp. 3-57.

adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas:

A1 *Nulla poena sine crimine.*

A2 *Nullum crimen sine lege.*

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*

A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*

AS *Nulla iniuria sine actione.*

A6 *Nulla actio sine culpa.*

A7 *Nulla culpa sine iudicio.*

A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*

A9 *Nulla accusatio sine probatione.*

A10 *Nulla probatio sine defensione.*⁶²

Con base a estos parámetros la práctica de una prueba anticipada, que se hace en un procedimiento de petición, sin la citación de la contraparte, o sin su intervención efectiva, respetando los límites fijados, viola de modo claro el axioma de ninguna prueba sin defensa.

Por otro lado la doctrina dominante indica que en utilidad al bien común o la paz, se pueden establecer este tipo de figuras jurídicas, y las normas que las instituyan tendrán legitimación de toda la sociedad, este argumento es también inválido y peligroso. “Los fundamentos de la legitimidad del Poder Judicial y de su separación e independencia de los poderes políticos se identifican en suma con el doble papel de la jurisdicción: la verificación de la verdad, que requiere el carácter necesariamente libre y desinteresado de la búsqueda de lo verdadero a través de pruebas y contrapruebas; la tutela de las *libertades* —desde la libertad personal hasta la libertad de pensamiento, desde los derechos de defensa hasta las libertades políticas—, las cuales equivalen todas a otros tantos derechos de los individuos contra el poder y los intereses de la mayoría.”⁶³

⁶² FERRAJOLI, Luigi, op. cit. nota 58, p. 93.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, trad. Miguel Carbonel, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/15/pjn/pjn2.pdf>, p. 11.

Además es claro que los derechos patrimoniales del actor no pueden estar por encima de los derechos fundamentales del demandado, aclarando que los derechos patrimoniales no pueden ser considerados como fundamentales, en virtud que los derechos patrimoniales son transigibles, alienables, prescriptibles, atributos que no tienen los derechos fundamentales los que se definen como:

...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status*, de personas de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor los actos que son ejercicio de estas.⁶⁴

Con lo expuesto queda claro que la justificación extra legal, con la cual se pretende justificar el empleo de las pruebas anticipadas sin el debido derecho a la contradicción, se traduce en una violación a los derechos fundamentales, que deslegitima la actuación de los tribunales, además de proporcionar un nivel de discrecionalidad judicial, que se traduce en autoritarismo.

Es oportuno recordar que la elección de la formulación normativa (del enunciado legislativo, como diría Tarello, que resulta de la operación de fragmentación y recomposición del discurso legislativo) a la que hay que hacer referimiento para la calificación jurídica del caso, depende también de, y puede variar en relación a, posibles interpretaciones y valoraciones diversas de las pruebas y de los indicios que conciernen la *quaestio facti*.⁶⁵

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, (Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Cordoba, Marcos Criado, y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, cuarta edición, 2009, colección: Estructuras y procesos serie Derecho, p. 19.

⁶⁵ MAZZARESE Tecla, *Lógica Derecho, derechos*, sin trad. México, Fontamara, 2012, colección: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, p. 85.

2.- Cuestión de hecho o cuestión de derecho.

Una vez aclarado que no son válidos los argumentos políticos para justificar la institución del desahogo de pruebas, fuera del proceso, sin el contradictorio de ambas partes, ahora tenemos que hablar del problema epistemológico del proceso, la falta de atención por parte de la doctrina a este tema ha traído como consecuencia hablar únicamente del aspecto persuasivo de los medios probatorios de lo cual se desprenden las siguientes características: “a) sostiene que el objetivo fundamental de la prueba es producir el convencimiento del juzgador (o persuasión o su íntima convicción); b) defienden una concepción fuerte y excluyente del principio de inmediación, de modo que nadie que no haya tenido acceso inmediato a las pruebas puede valorarlas o revisar su valoración; c) limita las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales a los aspectos propiamente jurídicos, no fácticos, del razonamiento y d) excluye la posibilidad de controles sobre la corrección del razonamiento probatorio en sede de recurso.”⁶⁶

Este enfoque ha causado un serio problema respecto de la epistemología jurídica, y se discute sobre los aspectos de la prueba sin bases firmes y generalmente exponiendo razones políticas o ideológicas, pero debemos tomar en cuenta que en esta apartado estamos ante dos aspectos básicos del derecho procesal, como analizamos la norma jurídica y como se interpretan los hechos.

Respecto a la proposición normativa el problema de su interpretación consiste en primer lugar en comprender que es una proposición “consideremos la comprensión como lo esencial y los signos como algo secundario.”⁶⁷ Es por ello que “...todo razonamiento no consiste más que en la comparación y en el descubrimiento de las relaciones constantes o inconstantes que dos más

⁶⁶ LAUDAN Larry, *Verdad, error y proceso penal, (Un ensayo sobre epistemología jurídica)*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons, 2013, colección Filosofía y Derecho, p.17.

⁶⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Gramática Filosófica*, trad. Luis Felipe Segura, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2007, colección Filosofía contemporánea p. 1.

objetos mantienen entre sí.”⁶⁸ En este caso es la relación hechos y derecho, recordemos que los medios de prueba tienen una bifurcación natural, por un lado son abstracciones formales y artificiales que el Derecho emplea en su aspecto epistemológico y por el otro son representaciones del mundo objetivo que impacta la realidad, “las definiciones no son hipótesis, porque no dicen que las cosas definidas existan o no existan.”⁶⁹ Esta ambivalencia es notoria en el problema de la epistemología del resguardo cautelar de las pruebas en el que la norma exige en todos los códigos del sistema del *civil law*, dos requisitos: la comprobación del derecho con que se pide la medida y la necesidad de la misma, concentrándose en ellos la discusión hermenéutica de este procedimiento.

...la decadencia de la técnica procesal basada en la iniciativa autónoma de las partes- a tenor de la cual, la prueba debería ser, según la expresión, *l'oeuvre des parties réalisée contradictoirement*- no es sólo el reflejo de la publicización del derecho privado, sino también la consecuencia de una situación político-social que tiene entre sus componentes, por un lado, el status burocrático de los juzgadores (con todos los fenómenos conexos) y, por otro, la creciente tendencia de los particulares a fiarse en el paternalismo estatal. Se ha observado justamente, que “todo paso realizado en la dirección de la publicización del proceso...es valorado con el metro de la oportunidad...”⁷⁰

La evolución del derecho probatorio, ha tenido como consecuencia la burocratización del pensamiento judicial, por lo que se refiere a la comprobación de los hechos y del derecho, sin embargo en la postura ideológica se justifica la búsqueda de la verdad de los hechos, sin proporcionar los cánones para lograr tan ambiciosa pretensión.

⁶⁸ HUME David, *Del conocimiento*, Sin Trad. España, Globus comunicaciones, 2013, Colección Filosofía hoy: los grandes pensadores, p.85.

⁶⁹ ARISTOTELES, *Tratados de Lógica, (El Organón)* México, Porrúa, decimotercera edición, 2011, colección “Sepan cuantos...” p. 231.

⁷⁰ DENTI Vittorio, *Evolución del Derecho Probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/6/art/art1.pdf>.

...De modo que la epistemología jurídica, concebida apropiadamente, consta de dos proyectos: a) uno de carácter descriptivo, consistente en determinar cuáles de las reglas vigentes promueven facilitan la verdad y cuáles la obstaculizan, y por otro b) normativo, consiste en proponer cambios en las reglas existentes al efecto de modificar o eliminar aquéllas que constituyan impedimentos graves para la búsqueda de la verdad.⁷¹

Es común preguntarnos qué es más importante en para autorizar el reguardo cautelador de las pruebas, los fundamentos de Derecho, o los hechos no jurídicos (físicos), o los hechos jurídicos, dependiendo donde centremos nuestro faro, será el tipo de proceso que tendremos; ahora bien, este mismo enfoque nos lleva a la idea de la verdad en el proceso, existen posturas que sostienen que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad, por el contrario otras concepciones niegan esa posibilidad.

Una de esas consecuencias es que nos podemos preguntar si, y eventualmente, en qué medida, se puede el proceso como un instrumento epistemológicamente válido y racional, esto es, si en sí mismo, el proceso es un instrumento o un método eficaz para el descubrimiento y determinación de la verdad de los hechos en los que se funda la decisión.⁷²

Existen tres razones por las cuales se sostiene que no se puede conseguir la verdad en el proceso, las razones teóricas "...suelen ser consecuencia de un escepticismo filosófico que niega la posibilidad del conocimiento general..."⁷³ esta postura es radical y no me parece adecuada, ya que se refiere al viejo problema del existencialismo, relativismo y la subjetividad cognoscitiva; es el análisis realizado desde la perspectiva del discurso de la modernidad, en mi opinión la verdad si puede ser alcanzada, no con ello quiero decir que este sea el fin del proceso ni mucho menos, pero "...es evidente que existe la verdad, porque quien niegue su existencia concede que existe, ya que, si la verdad no

⁷¹ LAUDAN Larry, op. cit. nota 65, p.23.

⁷² TARUFFO Michelle, *Simplemente la verdad*, (El juez y la construcción de los hechos), trad. Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010, colección: Filosofía y Derecho, p. 155.

⁷³ GONZÁLEZ Lagier, Daniel, *Quaestio facti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*, México, Fontamara, 2013, colección, Biblioteca de ética, filosofía y política, p.16.

existiese, sería verdad que la verdad no existe, y claro está que si algo es verdadero, es preciso que exista la verdad.”⁷⁴

Existen también las razones ideológicas que se “...basan en la idea de que la verdad no debe ser perseguida en el proceso (normalmente se refieren al proceso civil), y suelen tener detrás alguna concepción del mismo en la que la búsqueda de la verdad no cumple un papel relevante o positivo.”⁷⁵ Esta postura me parece adecuada ya que en el proceso no se busca la verdad o por lo menos no es la finalidad del mismo.

Por último las razones técnicas “...se basan en la imposibilidad fáctica de encontrar la verdad a través del proceso, bien porque el juez no puede tener conocimiento directo de la realidad, o bien por limitaciones de tiempo o circunstancias de este estilo.”⁷⁶

La oposición hasta ahora ilustrada entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal corresponde, pues, a una alternativa entre dos epistemología judiciales distintas: entre cognoscitivismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad. Si una justicia penal completamente «con verdad» constituye una utopía, una justicia penal completamente «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad.⁷⁷

Realizadas las precisiones respecto de la verdad y el proceso, continúa aquejado la interrogante de que hechos son los que vamos a probar en el proceso, es decir cuál es el objeto de la confirmación procesal.

Si la discusión se centrara exclusivamente en el concepto de prueba, realmente sería razonable que solo los hechos fueran el objeto de la misma. Pero entonces acontecería que se ha cometido una contradicción al incluir el derecho extranjero, las reglas de

⁷⁴ DE AQUINO, Tomas, *Suma Teológica*, (tomo I), Perú, Universo S.A., 1970, p. 26.

⁷⁵ GONZÁLEZ Lagier, Daniel, op. cit. nota 73, p.16.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit. nota 58, p. 45.

experiencia y las costumbres, porque ninguno de ellos se prueba. No el derecho porque todo lo más: se constata o interpreta. No las reglas de experiencia que se acreditan o se llevan en el convencimiento. No la costumbre por ser derecho como el extranjero. Ni siquiera los hechos futuros, como el cálculo del lucro cesante por actividades posteriores, ya que aquí no hay prueba sino eso: cálculo, es decir, operaciones técnicas paralelas a la construcción de una casa, a la siembra de un campo, a la invariación de normas en el contrato. Operar simbólica o materialmente para lograr un fin, sólo puede ser prueba cuando se realiza una función de interdependencia: confirmar calculando el daño cuantificado de antemano; pero calcular para el futuro es solamente calcular. Que el cálculo puede ser objeto de prueba es algo diverso y para ello se acude a las reglas matemáticas.⁷⁸

En el proceso existe un sistema preestablecido de validez formal de las pretensiones realizadas por las partes, este se encuentra reglamentado en los códigos procesales y se le conoce técnicamente como sistemas de valoración de las pruebas, pero por regla general dicho sistema de validez se refiere a las condiciones formales que debe contener el medio de confirmación procesal; y existe la incertidumbre de qué hacer con los hechos, lo cual se traduce sin lugar a dudas en una crisis del derecho procesal en su faceta de impartición de justicia.

Riprendendo qui il discorso appena svolto sulle garanzie fondamentali del processo, si potrebbe dire infatti che vi é crisi tutte le volte e nella misura in cui queste garanzie non vengono attuate nella realtà pratica. in questo modo la durata eccessiva del processo si configura certamente come una ragione importante di crisi, in quanto implica la violazione della garanzia del processo costituita dalla rapidità, dalla semplicità e dalla efficienza del procedimento. poiché, effettiva, e chiaro che la durata eccessiva del

⁷⁸ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T. IV. p. 355.

*procedimiento produce una crisi di effettivita del sistema processuale.*⁷⁹⁸⁰

He establecido que existen distintos tipos de hechos, pero al proceso solo le importan los hechos jurídicos, y no así los hechos no jurídicos (físicos), y no todos los hechos jurídicos, el proceso centra su atención en los hechos jurídicos voluntarios, ya sean intencionales o no; para con ello poder establecer los efectos jurídicos de dichos actos.

En el debate procesal, las partes son las que le exponen al órgano de decisión, los hechos jurídicos que motivan sus respectivas pretensiones, es así en todo proceso, estos hechos son el sustento de la decisión, ahora bien es ilógico que se pretenda que el proceso fije su atención a los hechos no jurídicos, es decir lo que realmente ocurre o hechos que no tienen trascendencia en el mundo jurídico. “La finalidad de las tareas hermenéuticas es conocer el sentido de las normas que pretenden aplicar a situaciones particulares.”⁸¹ La norma, el hecho jurídico, sus efectos jurídicos y la causa de los mismos, será entonces el contenido de la decisión procesal, tomemos en cuenta que debemos referirnos al aspecto puramente la de lógica formal, cuando hablamos de dicha determinación procesal, tomando este enfoque es posible que la sentencia tome un nuevo aspecto y no una verdad formal, como indican la mayoría de los códigos procesales.

Debe reconocerse que al proceso, en la demanda o en la acusación, se llevan hipótesis que deberían ser probadas y que, ante la imposibilidad de hacerlo, se acude a otros expedientes como la convicción, la mostración, o el acreditamiento. Pero cuando se

⁷⁹ TARUFFO Michelle, *Riflessioni su garantismi e garantie*, en *Garantismo y Crisis de la Justicia*, Medellín, Universidad de Medellín, 2010, p. 330.

⁸⁰ Recuperar el discurso aquí sólo hecho de las garantías fundamentales del proceso, de hecho, se podría decir que hay crisis en todo momento y en la medida en que estas medidas de seguridad no se aplican en la realidad práctica. de esta manera la excesiva duración del proceso sin duda se configura como una razón importante para la crisis, ya que implica la violación de la garantía constituida por la rapidez del proceso, desde la sencillez y la eficiencia del proceso. Porque, en realidad, es evidente que la duración excesiva del proceso produce una crisis de efectividad de la estructura del sistema. Traducción hecha por el autor, por lo que se disculpa por cualquier error en ella.

⁸¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Fontarama, 2007, colección Argumentos, p. 19.

podría probar toda hipótesis implicada en una pretensión procesal, se tendría la seguridad de que las sentencias estarían verdaderamente motivadas en lo fáctico. El dueño del apartamento dice Sttebing que habiendo formulado la hipótesis de que le han robado, efectúa una búsqueda a fin de descubrir si sus cubiertos de plata han desaparecido, está probando experimentalmente en cuando verifica la desaparición. Desde el punto de vista lógico, se debe reconocer que hay experimento ahí donde haya observación deliberada de resultados esperados. El razonamiento, es decir el desarrollo deductivo de las hipótesis, debe ser probado recurriendo a la experiencia. Si una hipótesis conduce a la conclusión de que, en ciertas condiciones, algún acontecimiento definido tendrá lugar, se pueden producir esas condiciones interrogando a la naturaleza. Las preguntas son agudas cuando se espera ya la respuesta.⁸²

Debemos tomar a los hechos jurídicos afirmados por las partes como los únicos hechos que son importantes para el proceso, y dichos hechos deben calificarse como proposiciones desde el punto de vista lógico formal, para evitar el problema hermenéutico que lleva inmerso decidir en la sentencia, ya que esta "...puede referirse a hechos independientes de la conducta o de cualquiera intención significativa; entonces se trata de entender acontecimientos o fenómenos a los que no se halla ligado el propósito de expresar algo, pero que, no obstante encierran para nosotros un significado."⁸³

Parece entonces claro que en el proceso se va a debatir respecto de los efectos jurídicos que tienen determinados hechos jurídicos afirmados por las partes, de este modo las decisiones judiciales tomaran un nuevo sentido así como la elaboración de los respectivos escritos iniciales no tendrá caso más hablar de hechos notorios, o debatir respecto de hechos físicos, podremos centrar el debate y su decisión únicamente en los efectos jurídicos que producirán o no los hechos jurídicos debatidos.

⁸² BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 78, p. 357.

⁸³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, op. cit. nota 81, p. 19.

Teniendo como base lo manifestado me parece que los hechos jurídicos afirmados en el proceso los podemos dividir a su vez en los siguientes:

a) Hecho jurídico constitutivo: Es el que sostiene la causalidad entre el hecho jurídico y sus efectos jurídicos, es decir en virtud del hecho jurídico la ley asigna las consecuencias del mismo.⁸⁴

b) Hecho jurídico extintivo: En este la relación de causalidad del hecho jurídico tiene una consecuencia liberatoria de obligaciones normativas.⁸⁵

c) Hecho jurídico invalidativo: Este tipo de hecho se refiere a las consecuencias jurídicas de los hechos jurídicos extintivos, en virtud de las cuales no se extingue la obligación.⁸⁶

d) Hecho jurídico convalidativo: este hecho se refiere exclusivamente a la parte deóntica de las normas jurídicas en virtud de la cual, una permisión es cancelada por un hecho jurídico posterior, este hecho tiene efectos jurídicos constitutivos.⁸⁷

e) Hecho jurídico impeditivo: Es el que produce efectos jurídicos respecto de la propia relación jurídica y sus consecuencias, con relación a la propia existencia del negocio jurídico, delito, acto administrativo, relación laboral, sanción administrativa, o del propio proceso y de sus vicios formales de constitución legal.⁸⁸

Con esta clasificación de los hechos resulta fundamental y necesario cambiar nuestro enfoque de los hechos jurídicos y su prueba en el proceso, en primer lugar se debe de abandonar la conceptualización de prueba, que no constituye avance alguno, sin importar el enfoque que se le pretenda otorgar: *acreditación, verificación, comprobación, búsqueda de la verdad real, de certeza, convicción, confirmación*, etcétera, ya que esta concepción de la prueba ocasiona que las sentencias emitidas en proceso partan de "...la

⁸⁴ Confróntese con ALVARADO, Adolfo, y Guido, Aguila, op. cit. nota 39. pp. 486- 488.

⁸⁵ Confróntese ídem.

⁸⁶ Confróntese ídem.

⁸⁷ Confróntese ídem.

⁸⁸ Confróntese ídem.

asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empírico alguno.”⁸⁹ Motivo por el cual es imposible que el Juez, descubra la verdad de los hechos que ante él se presentan, notemos la contradicción; por un lado se nos indica que la prueba tiene como finalidad descubrir la verdad; y por otro se nos dice que el proceso nunca tiene por objeto descubrir la verdad, sino resolver conflictos intersubjetivos, por medio de una sentencia.

3.- Epistemología de los medios de razonabilidad procesal.

Conceptualizar la palabra prueba y su resguardo cautelar desde el punto de vista del Derecho Procesal, es una de las tareas más complejas, es por ello que múltiples autores han realizado los más diversos estudios al respecto, realizando una rápida y superficial revisión de dichos estudios podemos indicar que hay doctrinarios que le otorgan un exacto significado científico, en tanto que otros hablan de:

1. *acreditación* (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
2. *verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de
3. *comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de
4. *búsqueda de la verdad real, de certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
5. *convicción* (resultando de precisar a uno. con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras.

⁸⁹ TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2ª edición, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trota, 2005, colección, Estructuras y procesos, p.33.

aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera.⁹⁰

Resulta claro que no existe una idea generalizada respecto de la palabra prueba, lo cual ocasiona múltiples problemas, en el proceso jurisdiccional, cognitivo contencioso, es decir al no saber qué es la prueba, el juzgador interpreta de distinto modo, que las partes, los elementos fundamentales para acreditar las pretensiones solicitadas en el proceso.

Una de las primeras objeciones que realizamos respecto al estudio actual de la prueba, es que en la práctica forense, no se aplica nada de lo que nos dice la doctrina, es decir, la dogmática de modo general establece que el objeto de la prueba es descubrir la verdad, pero las partes en el proceso y el juzgador, saben que la sentencia no contiene verdad, respecto de los hechos debatidos, es por ello que de modo general en existe repudio social, por las decisiones jurisdiccionales.

Pero, ¿Qué debemos entender por prueba? La conceptualización general del vocablo nos indica que es: “un procedimiento adecuado para establecer un saber, esto es, un conocimiento válido”⁹¹ de esta idea se parte al hablar de la prueba en el derecho procesal, ya que de acuerdo con la misma, las pruebas nos permiten establecer la verdad de un conocimiento, en este caso los hechos manifestados por las partes, es esta la idea que diversos autores toman como válida ⁹², pero la conceptualización de la palabra abarca mucho más aspectos que el indicado, la prueba es un término más amplio que el de demostración, que usualmente se usa como sinónimo, es decir “...las demostraciones son pruebas, pero no todas las pruebas son demostraciones.”⁹³ Es claro que la

⁹⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. p. 13.

⁹¹ ABBAGANANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2ª. ed., trad. de Alfredo N. Galletti, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 963.

⁹² Véase Devis Echandía, Hernando, *Compendio de pruebas judiciales*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1984, T. I, pp. 25- 28. también Framarino dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2006, T.I, colección Clásicos del Derecho, pp. 20-22.

⁹³ ABBAGANANO, Nicola, op. cit., nota 1, p. 963.

conceptualización de la palabra prueba presenta dificultades enormes, que no son examinadas en la materia procesal.

Aristóteles indica que "...prueba es lo que produce el saber..."⁹⁴, es por ello que en su obra filosófica distingue entre prueba e indicio⁹⁵, señalando que los segundos no son pruebas, sino meras suposiciones, sin embargo, se puede constatar que en cualquier código de procesal que los indicios constituyen pruebas, ¿Porqué ocurren estas contradicciones? ¿Por qué la doctrina procesal ha perdido el rumbo lógico filosófico? Siguiendo la evolución del concepto prueba, observamos que Locke define a la prueba del siguiente modo:

...estas ideas intervinientes que sirven para mostrar el acuerdo entre dos ideas se llama prueba y cuando, por medio de esas pruebas, se percibe llana y claramente el acuerdo o desacuerdo, a eso se llama demostración, puesto que dicho acuerdo o desacuerdo le ha sido mostrado al entendimiento y a la mente se le hace ver así es y no de otro modo.⁹⁶

Como se puede apreciar en este acercamiento somero, la idea de prueba, es siempre que produce un conocimiento verdadero, o que no admite discusión, situación que no es aplicable al proceso cognitivo jurisdiccional, ya que en el proceso no tiene como finalidad descubrir la verdad⁹⁷.

Resulta claro que en el proceso nunca se llega a establecer la verdad⁹⁸ en una sentencia, las partes en el proceso *afirman mentiras*, con la finalidad de acreditar sus dichos y la sentencia sea favorable, los testigos siempre declaran a favor de la parte que los presenta, las confesionales provocadas mediante la absolución de posiciones, generalmente en el desahogo de la prueba las partes

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Véase ARISTÓTELES, *Metafísica*, 3a. edición, México, 1973, colección "Sepan Cuantos...", pp. 31-34

⁹⁶ ABBAGANANO, Nicola, op. Cit., nota 93, p. 963.

⁹⁷ Cfr. ALVARADO, Adolfo, y Guido, Aguila, op. cit. nota 39, pp. 17-19.

⁹⁸ No existen diversos tipos de verdad, como se afirma por diversos procesalistas, es decir no existe verdad formal y material, la verdad es única y de modo muy somero se indica que ella, es la adecuación del pensamiento con la experiencia objetiva respecto de las cuestiones fácticas; por ello indicamos que la verdad formal que en esencia es una verdad falsa (vaya contradicción), ya que su propia definición indica que no se corresponde con la verdad material.

niegan todos los hechos que se les imputas, los peritos técnicos⁹⁹, presentan sus dictámenes y conclusiones siempre en a favor de la parte que lo ofrece y cubre sus honorarios, motivos por los cuales resulta ingenuo creer que en las sentencias se establece verdad como afirma la doctrina dominante.

En nuestra opinión, el conflicto de la prueba, el proceso y la verdad, consiste en un problema de adquisición de conocimiento, es decir de *epistemología*, ya que es claro que el paradigma dominante en la dogmática jurídica procesal, construida alrededor de una filosofía que "...se ha vuelto insostenible, y, sin embargo a ella permaneció ligada todavía la vieja Teoría Crítica."¹⁰⁰ Es claro que el pensamiento jurídico procesal actual en nuestro país, tiene una clara construcción epistemológica, realista, estructuralista- individualista¹⁰¹, transcendental¹⁰², en virtud de esta construcción del conocimiento y a su vez de la realidad, es que se afirma que el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, construye decisiones no verdadera (verdad formal), a las que llamadas por nuestros códigos como presunciones de verdad¹⁰³, en virtud de la cual, lo dicho y decidido en el proceso se vuelve por arte de magia, en verdad, esta concepción, impacta directamente en el estudio de los medios probatorios, que en el proceso, tienen como finalidad (según la doctrina dominante) descubrir la verdad, analicemos un segundo, esta situación con un ejemplo un poco extremo pero que lo consideramos ideal para los propósitos de estas líneas, recordemos que ocurrió en el proceso de Galileo Galei, que en el año de 1635, fue juzgado por el Tribunal de la Inquisición, por haber cometido el pecado, de postular una doctrina distinta a la aceptada por la Iglesia, en el sentido que es el Sol el

⁹⁹ Realizamos la división entre peritos científicos: que son aquellos que realizan sus dictámenes con base a métodos estrictos y que son reproducibles, de modo tal que sus conclusiones se pueden repetir en circunstancias similares, motivo por el cual tienen un alto grado de aceptabilidad, como ejemplo de ellos tenemos dictámenes en ADN, en química sanguínea, etcétera; los peritos técnicos, son aquellos en los que se emite solamente una opinión, respecto al problema planteado, como ejemplo tenemos dictámenes en grafoscopia, documentoscopia, tránsito terrestre, etcétera, por lo común son estos últimos los más empleados por las partes en el proceso.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa II (crítica de la razón funcionalista)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1992, p. 562.

¹⁰¹ Altamente influenciado por la forma de percibir la sociedad de Max Weber.

¹⁰² Sin duda por una mala interpretación de los postulados filosóficos de Imanuel Kant y Hegel, respectivamente.

¹⁰³ Esta teoría es la más aceptada a nivel mundial, en los países donde su ascendencia jurídica es la romano- francesa, como es el caso de México, es la primera idea que se concibió, para tratar de explicar la naturaleza de la cosa juzgada, podemos afirmar que los romanos lograron impedir que lo resuelto en juicio pudiera nuevamente revisarse.

centro de nuestro sistema planetario y la Tierra se mueve alrededor de él, una vez sometido a proceso Galileo, en confesión, indica, que abandonaba por completo la falsa opinión de que el Sol era el centro del mundo y permanece inmóvil mientras la Tierra no se halla en el centro y se mueve, con base a esta prueba el Tribunal de la Inquisición, absolvió de su pecado a Galileo, y en su resolución indicó que el Sol gira alrededor de la Tierra, según la teoría de la presunción de verdad, lo declarado por esa sentencia es verdadero formalmente, es decir, *el sol gira en torno a nuestro planeta*, es claro que resulta ilógico tratar de fundamentar que cada vez que se emita un fallo con base a los medios probatorios que obran en el expediente, deba crearse una ficción de verdad, donde lo falso se convierte en cierto, lo negro en blanco, lo grande en pequeño; lo cual no puede sostenerse por ningún argumento lógico o jurídico, en esto, al igual que la teoría de la presunción de verdad, Ambas doctrinas, coinciden en que la cosa juzgada es el equivalente de la verdad.

Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben de producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero del Derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto epistemológico.¹⁰⁴

Resulta fundamental y necesario cambiar nuestro enfoque de la prueba en el proceso, en primer lugar se debe de abandonar la conceptualización de prueba, que no constituye avance alguno, sin importar el enfoque que se le pretenda otorgar: *acreditación, verificación, comprobación, búsqueda de la verdad real, de certeza, convicción*, etcétera, ya que esta concepción de la prueba ocasiona que las sentencias emitidas en proceso partan de "...la asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empírico alguno."¹⁰⁵ Motivo por el cual es imposible que el Juez, descubra la verdad de los hechos que ante él se

¹⁰⁴ TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, trad. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez- Jara Díez, Lima, Ara editores, 2005, colección, Teoría de sistemas y sistema jurídico, p. 29.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michelle, op. cit. nota 89, p. 33.

presentan, notemos la contradicción; por un lado se nos indica que la prueba tiene como finalidad descubrir la verdad; y por otro se nos dice que el proceso nunca tiene por objeto descubrir la verdad, sino resolver conflictos intersubjetivos, por medio de una sentencia.

Una vez sentado lo anterior nos resulta claro que no debemos hablar de prueba en el proceso jurisdiccional, sino emplear el término de *razonalidad procesal*, que tiene menos que ver con el conocimiento o con la adquisición de conocimiento, que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento, resulta claro que el proceso no es una serie de relaciones jurídicas como nos indica la mayoría de los doctrinarios, sino que es un *proceso comunicativo, autopoietico*¹⁰⁶, *con la clausura operativa*¹⁰⁷ *que permita su autodeterminación*¹⁰⁸ *y lo vuelva sistémico*¹⁰⁹.

En el discurso de racionalidad empleado por las partes para justificar sus aseveraciones procesales y a su vez por el juzgador para comunicar su dicho tiene tres vertientes que pasan desapercibidas generalmente la *argumentación forense como proceso*, trata de reconstruir las condiciones generales de simetría que todo hablante competente tiene que dar por suficientemente satisfechas en la medida en que cree entrar genuinamente en una argumentación¹¹⁰, la *argumentación forense como procedimiento*, se trata de una forma de interacción intraprocedimental, sometida a una regulación normativa legal y discursiva especial, es decir el debate argumentativo, respecto de las pretensiones de validez de los argumentos vertidos entre las partes procesales; y por último la *argumentación como producto*, que tiene como finalidad producir argumentos pertinentes, que convenzan, al juzgador y a las partes, en virtud de sus propiedades intrínsecas, con los cuales se pueda desempeñar o rechazar las pretensiones de validez¹¹¹.

Con base a lo expuesto se propone que en lugar de medios probatorios

¹⁰⁶ Afirma que sin clausura operativa no podría darse la autodeterminación.

¹⁰⁷ Enlace selectivo que cualifica los elementos y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema, o de diferenciación

¹⁰⁸ Señala que ninguna estructura que provenga de fuera del sistema puede alertar la reglamentación del mismo.

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005, pp. 61- 77.

¹¹⁰ Véase HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I (racionalidad de la acción y racionalización social)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1987, pp. 43-63.

¹¹¹ Entiéndase por ellas la pertinencia de las razones que exponen un argumento.

procesales, nos refiramos a medios de razonabilidad procesal, entendiéndose por ellos, todos aquellos elementos, objetivos y subjetivos, empleados por las partes procesales, en el proceso jurisdiccional cognitivo, para producir *racionalidad* procesal ¹¹², en virtud del sistema normativo legal, preestablecido de pretensiones de validez argumentativas, para calificar el discurso forense.

Analicemos los problemas técnicos de la razonabilidad procesal, siguiendo el camino trazado por el maestro Coture y enriquecido por Sentis Melendo,

2. *Que es objeto de la razonabilidad procesal.*

Es común que se nos diga que “...se prueban los hechos. No. Los hechos no se prueban: los hechos existen. Lo que se prueban son afirmaciones, que podrán referirse a los hechos.”¹¹³ En el proceso cognitivo jurisdiccional, son objeto de prueba los hechos alegados por las partes.

Así tenemos que en el proceso jurisdiccional existe siempre *argumentaciones*, realizadas por las partes, con las cuales se conforma el tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez, que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos, para obtener una sentencia favorable.

En el proceso no se probaran hechos, ya que recordemos que se discuten hechos pasados, en el tiempo presente, para regular el futuro.

3. *Con que se produce la razonabilidad procesal.*

Existen dos tipos de elementos para producir razonabilidad procesal, las

¹¹² Entendida como la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene un habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas.

¹¹³ SENTIS MELENDO, Santiago, *La prueba (los grandes temas del derecho probatorio)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1979, colección Ciencia del proceso, p. 12.

fuentes de razonabilidad y los medios de razonabilidad¹¹⁴, las fuentes son los elementos que existen antes del proceso y con independencia de éste (el testigo, documentos, la cosa litigiosa, las partes) los medios son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso por medio de un conjunto de reglamentaciones positivas, principios y doctrina, que regulan el proceso y establecen un sistema de pretensiones de validez para resolver el debate. Las fuentes pertenecen a las partes, y los medios son el resorte de del juez¹¹⁵.

4. Quien ha de producir la razonabilidad procesal.

Este aspecto resulta como regla general, que quien afirma está obligado a probar, para poder realizar esta actividad, se indica que son las partes y únicamente las partes las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones, para ello se han establecido un sistema probatorio, que es el conjunto de medios de prueba que se autorizan emplear a las partes en los procesos; el legislador ha establecido los medios probatorios para encontrar la verdad en la secuela procedimental, debiéndose usar únicamente los reglamentados por la ley; en las leyes procesales se delimitan con nombres específicos los medios probatorios, o solamente lo autorizan genéricamente sin establecer cuales ni cuantos y algunas leyes procesales abarcan cuanto la enumeración como la libertad probatoria, de lo dicho se desprende que existen los sistemas legal y lógico de los medios probatorios.

Existe el sistema legal, se refiere a la reglamentación taxativa que hace la ley respecto a los medios probatorios a emplear en el transcurso del procedimiento penal, sin que permita otros medios probatorios, el *sistema lógico*, consiste en que la propia ley deja abierta la posibilidad de hacer use de cualquier elemento probatorio durante el procedimiento; por consiguiente, el sistema lógico de los medios de la prueba que deja libertad al oferente para utilizar todos los elementos probatorios, con la finalidad de justificar sus

¹¹⁴ Cfr. ibídem, p. 14.

¹¹⁵ Ibídem, p. 16.

aseveraciones respecto al hecho ilícito punible, sus circunstancias o modalidades, debe considerarse bajo el presupuesto de que estos medios aportados sea idóneos para justificar los objetivos del interesado, porque de no ser pertinentes, carecerán de utilidad en el proceso, estos sistemas constituyen los límites *de la argumentación*, que son el marco dentro del cual se puede llevar una argumentación, que se condiciona por elementos internos y externos del auditorio, el emisor y el mensaje, que son fijados por la norma procesal, la razonabilidad procesal únicamente se presenta con base al acuerdo, que es el convenio entre los participantes de una argumentación que limita el debate, se da con los escritos de demanda y contestación de la demanda, ya que como regla general existe un sistema de litis cerrada procesal, una vez establecido el acuerdo o límites de la argumentación procesal, ocurre por las partes la *presentación de datos*, es la forma en que se otorga el respaldo y la garantía de los argumentos presentados con la finalidad de convencer y respaldar nuestras pretensiones y lograr razonabilidad en el juzgador.

5. Procedimiento de la razonabilidad procesal.

Para producir razonabilidad procesal, solamente se puede hacer por medio de procedimientos previamente establecidos por la norma procesal, si no se cumplen con los presupuestos otorgados por la ley procesal, las fuentes de razonabilidad no podrán convertirse en medios de razonabilidad.

Este es el elemento formal de la razonabilidad, sino se hacen llegar los medios de razonabilidad, del modo rígido establecido por la norma los mismos no pueden ser tomados en cuenta al momento de resolver el fondo del debate.

6. Para quien se produce la razonabilidad procesal.

La razonabilidad procesal, no se produce para las partes, ni para el juzgador, el principio de adquisición nos indica que las fuentes de razonabilidad,

dejan de ser de las partes, para existir en el proceso.¹¹⁶

7. Valor de la razonabilidad procesal.

Qué valor se le va otorgar a los elementos de razonabilidad procesal, es una cuestión por demás complicado, este tema es normalmente estudiado como los *sistemas de valoración de las pruebas*, "Cuando las pruebas se han adquirido, hay que valorarlas, en el momento solemne del proceso para llegar a la sentencia, para construir ésta definitivamente."¹¹⁷

Aunque la mayoría de los autores incluyen en sus conceptos los elementos, actividad mental del juzgador, finalidad, convicción o certeza, para llegar a la verdad, por medio de la valoración de la prueba¹¹⁸, existen diversos sistemas para valorar las fuentes de razonabilidad, de modo general señálanos los siguientes, *el sistema tasado*, también conocido como sistema legal; en él se fijan reglas legales para el convencimiento del juzgador, por lo que la ley le fija valor a los medios prueba en forma taxativa, este sistema de valoración tasada lo acoge de modo general la mayoría de los códigos procesales, de nuestro país, ya sea local o federal, en todas las materias, *el sistema de libre apreciación*, en este sistema el juzgador no se rige por ningún criterio establecido con antelación en la ley, puesto que lo dejan en libertad de aplicar su propio juicio, de acuerdo a lo que considere adecuado, por lo tanto, él mismo le fija el valor a la prueba; a este sistema también se le conoce como libre convencimiento; *el sistema mixto* es el producto de la combinación de los sistemas: tasado y el de libre apreciación, sin embargo, muchos autores niegan su existencia, en virtud del principio lógico de tercero excluido como lo manifiesta Hernando Devis Echandía, cuando afirma que:

No hay sistemas mixtos o el juez tiene libertad de apreciación, o no la tiene; no existe libertad a medias. Cuando la ley impone reglas de valoración para ciertas pruebas y deja al juez el

¹¹⁶ Ibídem. 20.

¹¹⁷ Ibídem 20-21.

¹¹⁸ Confróntese POLANCO BRAGA, Elías, *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*, México, Porrúa, 2012, pp.9-38.

determinar la fuerza de convicción de otras o le permite calificar su contenido para rechazarlas a pesar de que formalmente reúnan los requisitos para su obligatoriedad... existen atenuaciones al sistema de la tarifa legal y no un sistema mixto.¹¹⁹

Por último el sistema de la sana crítica, en este sistema es requisito fundamentar el por qué le formo convicción al juzgador los medios de pruebas en su conjunto, puesto que no se debe dejar de valorar los que existan en el proceso, con la debida aplicación de la experiencia jurídica, puesto que los juzgadores son peritos en derecho y por último, que su resolución sea lógica con las constancias del expediente; en síntesis, se le debe dejar al juzgador discernir con absoluta libertad para tener por probados los hechos ilícitos con sus circunstancias o modalidades con los medios de prueba que existen en autos, con la única limitación que razone el por qué le produjeron convicción para apreciar la verdad y poder condenar o absolver.

Ahora bien es necesario hablar del sistema de *racionalidad cognitivo-instrumental*, que es aquel que a través del empirismo ha dejado una profunda impronta en la autocomprensión de la modernidad, es decir es la posibilidad de manipular infamadamente y de adaptarse inteligentemente a las condiciones de un entorno, este tiene como base las *pretensiones de validez* de los argumentos vertidos por las partes en el proceso, valorando con ello la pertinencia de las razones que exponen un argumento, realizando con estas pretensiones preestablecidas por el código procesal se produce la *acción comunicativa en la sentencia* como forma de pensamiento que permite una categorización del plexo de la vida social, con la que se puede dar razón de las paradojas de la modernidad y proporcionar decisiones razonables para las partes que intervienen en el proceso, y los terceros que no fueron parte, en virtud del acuerdo argumentativo.

¹¹⁹ *Ibidem.* p. 44.

V. Conclusiones.

Primero La naturaleza del proceso jurisdiccional, es comunicativa, autopoiética, con clausura operativa que permite su autodeterminación, con pretensiones de validez previamente preestablecidas, de los medios y fuentes de razonabilidad.

Segundo Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben de producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero del Derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto epistemológico.

Tercero Resulta claro que no debemos hablar de prueba en el proceso jurisdiccional, sino emplear el término de *razonabilidad* procesal.

Cuarto En el proceso cognitivo jurisdiccional, son objeto de prueba los hechos alegados por las partes.

Quinto Es Violatorio de Derechos fundamentales el desahogo de un medio de razonabilidad procesal sin la intervención de ambas partes.

Sexto La legitimación de las decisiones procesales y de los institutos procesales, no depende del consenso popular, sino de la vigencia y validez de las mismas, respetando siempre el debido proceso como esfera de lo indecidible.

Séptimo . Existen dos tipos de elementos para producir razonabilidad procesal, las fuentes de razonabilidad y los medios de razonabilidad, las fuentes son los elementos que existen antes del proceso y con independencia de éste (el testigo, documentos, la cosa litigiosa, las partes) los medios son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso por medio de un conjunto de reglamentaciones positivas.

Octavo Son las partes y únicamente las partes las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones.

Noveno Existen límites *de la argumentación procesal*, que son el marco dentro del cual se puede llevar una argumentación, que se condiciona por elementos internos y externos del auditorio, el emisor y el mensaje, que son fijados por la norma procesal.

Décimo La razonabilidad procesal únicamente se presenta con base al acuerdo, que es el convenio entre los participantes de una argumentación que limita el debate, se da con los escritos de demanda y contestación de la demanda, ya que como regla general existe un sistema de litis cerrada procesal.

Undécimo La *presentación de datos*, es la forma en que se otorga el respaldo y la garantía de los argumentos presentados con la finalidad de convencer y respaldar nuestras pretensiones y lograr razonabilidad en el juzgador.

Duodécimo La razonabilidad procesal, no se produce para las partes, ni para el juzgador, el principio de adquisición nos indica que las fuentes de razonabilidad, dejan de ser de las partes, para existir en el proceso.

Decimotercero En la actualidad es necesario hablar del sistema de *racionalidad cognitivo-instrumental*, que tiene como base las *pretensiones de*

validez de los argumentos vertidos por las partes en el proceso, valorando con ello la pertinencia de las razones que exponen un argumento, con lo cual se produce la *acción comunicativa en la sentencia* como forma de pensamiento que permite una categorización del plexo de la vida social, con la que se puede dar razón de las paradojas de la modernidad y proporcionar decisiones razonables para las partes que intervienen en el proceso, y los tercero que no fueron parte, en virtud del acuerdo argumentativo.

VI.- Bibliografía.

- ABBAGANANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2ª edición, trad. de Alfredo N. Galletti, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, colección El derecho y la justicia.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- ALVARADO, Adolfo, y Guido, Aguila, *Lecciones de derecho procesal civil*, 2ª edición, Lima, EGACAL, 2011.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, 3a. edición, México, Porrúa, 1973, colección “Sepan cuantos...”.
- ARISTOTELES, *Tratados de Lógica, (El Organón)* México, Porrúa, decimotercera edición, 2011, colección “Sepan cuantos...”.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1971, colección Clásicos del derecho procesal.
- BRISÑO SIERRA, Humberto, *El Juicio Ordinario Civil (doctrina, legislación y jurisprudencia mexicanas)* México, Trillas, 1975. T.I.
- BRISÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T.I.

- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T.II.
- Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T. IV.
- CALAMANDREI, Piero, *Providencias Cautelares*, trad. Santiago Sentís Meleno, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Meleno, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1972, colección Ciencia del proceso.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2005, T.II, colección Clásicos del derecho.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2008, T.III, colección Clásicos del derecho.
- COUTURE, J. Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª edición, México, Editorial Nacional, S.A, 1981.
- De Aquino, Tomas, *Suma Teológica*, (tomo I), Perú, Universo S.A., 1970.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de pruebas judiciales*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1984, T. I.
- DÖHRING, Erich, *La prueba (su práctica y apreciación)*, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1972, colección Ciencia del proceso.
- DWORKIN Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.
- EGUREN Carolina, *Las Medidas Autosatisfactivas: El gran salto evolutivo del Derecho Procesal Contemporáneo, en Activismo y Garantismo Procesal*, Cordoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, (Teoría del garantismo penal), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino,

Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995, colección: Estructuras y procesos serie Derecho.

FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, (Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Cordoba, Marcos Criado, y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, cuarta edición, 2009, colección: Estructuras y procesos serie Derecho.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, (Teoría del derecho y de la democracia), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2007, t.I teoría del derecho, colección: Estructuras y procesos serie Derecho, pp. 3-57.

FRAMARINO DEI, MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2006, T.I, colección Clásicos del derecho.

GADAMER, Hans- Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1999, T.I, colección Hermenéutica.

GASCON ABELLADAN, Marina, *La prueba de los hechos*, México, Instituto Federal Electoral, 2004.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, S.A., 1936.

González Lagier, Daniel, *Quaestio facti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*, México, Fontamara, 2013, colección, Biblioteca de ética, filosofía y política.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez, (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*, 4ª edición, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005.

-----, *Teoría de la acción comunicativa I (racionalidad de la acción y racionalización social)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1987.

-----, *Teoría de la acción comunicativa II (crítica de la razón funcionalista)*,

- Barcelona, Taurus Ediciones, 1992.
- HUME David, *Del conocimiento*, Sin Trad. España, Globus comunicaciones, 2013, Colección Filosofía hoy: los grandes pensadores.
- KELSEN, Hans, et, alt. *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, tercera edición, 2013.
- LAUDAN Larry, *Verdad, error y proceso penal, (Un ensayo sobre epistemología jurídica)*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons, 2013, colección Filosofía y Derecho.
- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad, 2ª edición, trad. Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005.*
- MAZZARESE Tecla, *Lógica Derecho, derechos*, sin trad. México, Fontamara, 2012, colección: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- POLANCO BRAGA, Elías, *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*, México, Porrúa, 2012.
- ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba, 3ª edición*, Buenos Aires, B de F Ltda, 2002, colección, Maestros del derecho procesal.
- SENTIS MELENDO, Santiago, *La prueba (los grandes temas del derecho probatorio)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1979, colección Ciencia del proceso.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos, 2ª edición*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trota, 2005, colección, Estructuras y procesos.
- TARUFFO Michele, *Simplemente la verdad*, (El juez y la construcción de los hechos), trad. Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010, colección: Filosofía y Derecho, p. 155.
- TARUFFO Michele, *Riflessioni su garantismi e garantie*, en Garantismo y Crisis de la Justicia, Medellín, Universidad de Medellín, 2010.
- TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, trad. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez- Jara Díez, Lima, Ara editores, 2005, colección, Teoría de sistemas y sistema jurídico.
- VOLTIERE, *Tratado de sobre la tolerancia*, España: Diario público, 2010.
- WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación, trad. Jorge F. Malem Será*, Barcelona, Ariel, 1994.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Gramática Filosófica*, trad. Luis Felipe Segura, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2007, colección Filosofía contemporánea.
- ZIZEK Slavoj. *En defensa de la intolerancia*, trad. Javier Eraso Caballos y Antonio Fernández, España: Diario público, 2010.