



300609
9
92

UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

"LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA FISCAL"

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GIL ALONSO ZENTENO GARCIA

Director de Tesis: Lic. Gonzálo Vilchis Prieto

MEXICO, D. F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE GENERAL

LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA FISCAL

Pág.

INTRODUCCION.

I

CAPITULO I. LA PRUEBA EN GENERAL.

A)	ANTECEDENTES HISTORICOS.....	1
B)	CONCEPTOS DE PRUEBA.....	15
C)	SISTEMAS PROBATORIOS.....	19
D)	IMPORTANCIA DE LA PRUEBA.....	25
E)	PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA.....	29
F)	OBJETO DE LA PRUEBA.....	42
G)	CARGA DE LA PRUEBA.....	45
H)	MEDIOS DE PRUEBA.....	48

CAPITULO II. LA PRUEBA PERICIAL.

A)	CONCEPTO DE LA PRUEBA PERICIAL Y DE PERITOS.....	57
B)	NECESIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL.....	67
C)	REQUISITOS DE LOS PERITOS.....	72
D)	OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL.....	78
E)	DESAHOGO DE LA PRUEBA PERICIAL.....	83

CAPITULO III. LA PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO COMPARADO.

A)	CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	92
B)	CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO ARGENTINO.....	104
C)	CONCEPTO DE PERITOS.....	120
D)	OFRECIMIENTO, DESAHOGO Y VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL.....	123

CAPITULO IV. VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL.

A)	APRECIACION DE LA PRUEBA PERICIAL.....	130
B)	VALOR PROBATORIO ATRIBUIDO POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	137
C)	VALOR PROBATORIO ATRIBUIDO POR EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.....	139
D)	VALOR PROBATORIO ATRIBUIDO POR EL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION.....	141
	CONCLUSIONES.....	154
	BIBLIOGRAFIA.....	163
	LEGISLACION CONSULTADA.....	167

INTRODUCCION

=====

En la actualidad no resulta indispensable ser estudioso del derecho, sino un simple observador y conocedor de algunas normas que rigen a la sociedad para constatar la existencia, de intereses personales contradictorios de los individuos miembros de la colectividad, que en un momento determinado pueden dar surgimiento a una serie de conflictos, los cuales son necesarios resolver a través de los órganos jurisdiccionales siguiendo los procedimientos que el propio Estado ha implementado para resolver de manera justa y apegada a Derecho las controversias surgidas entre los integrantes de la colectividad.

Ahora bien, este encuentro de intereses opuestos no es exclusivo de darse entre miembros particulares, sino que también surgen entre los particulares y el propio Estado, en el ejercicio de su autoridad.

Es así, como en la realidad encontramos la existencia de conflictos entre los individuos con respecto a la autoridad, diferencias que tienen particular trascendencia en materia fiscal y que tienen su origen en la obligación de contribuir para los gastos públicos de la Federación, Estado y Municipio en que residan de manera proporcional y

equitativa, conforme a lo ordenado por la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para lograr la resolución de la contienda surgida entre los entes sociales mencionados, es necesario recurrir a un tercero imparcial ajeno a la relación jurídica, para que se encargue de acuerdo con las disposiciones legales y principios de derecho aplicables de resolver a qué parte le asiste la razón en cuanto a la pretensión jurídica ejercida. De aquí la importancia que adquieren los tribunales y el juzgador para dictar un fallo que ponga fin a las contingencias surgidas entre dos o más individuos, personas o entes.

Esta solución no debe ser de manera caprichosa o arbitraria, sino cumpliendo con las formas y requisitos establecidos por el legislador en los códigos procedimentales, respetando las garantías individuales consagradas por la Constitución General de la República.

Por otro lado, el artículo 17 de nuestra Constitución establece que, ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho; principio constitucional que obliga a las personas afectadas en su esfera jurídica a acudir ante los órganos competentes para que se restablezca el derecho afectado.

Complementando la anterior idea, el mismo precepto también dispone que toda persona tiene prerrogativa de que se le administre justicia por los tribunales, esto es, a través de un proceso que ante ellos se lleve a cabo.

De lo expuesto, se destaca que para la resolución de un conflicto de intereses, es obligatorio acudir ante un órgano jurisdiccional competente, solicitando se le haga justicia, siguiendo para ello todo el proceso legal establecido por el poder legislativo mediante los diversos ordenamientos jurídicos aplicables al caso, tanto sustantivos como adjetivos.

Burge el problema una vez iniciado el proceso ante el Tribunal correspondiente de demostrar el hecho, la lesión o agravio que se le causa a una persona, lo cual deberá comprobar por medio de las pruebas idóneas con las que cuenta para tal efecto, lo que revela el trascendental peso e importancia que adquiere la prueba dentro de todo proceso judicial o administrativo.

El objeto del presente trabajo es el resultado de considerar a la prueba pericial como el medio probatorio ideal para la resolución de las pretensiones ejercidas en materia fiscal en cuanto al fondo del asunto, relacionado con el aspecto técnico y que, en la legislación fiscal para la

Federación, existe una escasa regulación, por lo que es necesario recurrir a otros ordenamientos de aplicación supletoria, para producir certeza en el juzgador, respecto de la existencia o inexistencia de los hechos puestos a su consideración en un litigio, estableciendo reglas más precisas y concretas en cuanto a su procedencia, admisión, desahogo, apreciación, valoración y requisitos para poder ser considerado como perito en la ciencia o arte de que se trate.

Así pues, con objeto de familiarizarnos con el tema del mismo, exponemos primeramente los aspectos generales de la prueba judicial, tales como sus antecedentes históricos, principios generales, sujetos de la actividad probatoria, objeto, fin, clasificación y sistemas de apreciación de la prueba. Posteriormente, entramos al estudio más detallado de la prueba pericial, analizando su concepto, objeto, ofrecimiento y desahogo. De igual forma analizamos los aspectos que debe tomar el cuenta el juzgador al valorar la prueba de peritos, a efecto de considerarla como eficaz.

Hacemos también un somero estudio comparativo del Código Fiscal de la Federación, con sus homólogos en las legislaciones española y argentina.

Por último, exponemos de manera breve la apreciación y valor probatorio que a la prueba pericial otorgan diversos ordenamientos legales tratados y los criterios que la Sala

Superior del Tribunal Fiscal de la Federación ha sustentado en cuanto a la apreciación y valor probatorio de la pericia.

Esta tesis profesional pretende destacar la trascendencia de la prueba pericial para la resolución de procedimientos interpuestos ante el Tribunal Fiscal de la Federación en materia tributaria.

LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA FISCAL.**C A P I T U L O I**

=====

LA PRUEBA EN GENERAL.**A) ANTECEDENTES HISTORICOS.**

El derecho acusa caracteres de fenómeno social por todos los ángulos desde los que se enfoque. En efecto, desde el punto de vista de su origen, el derecho surge en el seno de la colectividad, como resultado de la necesidad de resolver por medios pacíficos los choques de intereses que puedan suscitarse entre los miembros del grupo social y para regular la conducta de los hombres e instituciones.

Su fin esencial es establecer relaciones de concordancia entre las distintas esferas de acción de los componentes del grupo, o sea, evitar y resolver las diversas interferencias que puedan producirse entre las conductas de los miembros de la sociedad, buscando con ello, la seguridad, estabilidad, tranquilidad, orden y paz en el conglomerado respectivo.

Desde el punto de vista apuntado, el derecho está condicionado en su formación, en su sostenimiento y en su evolución a las situaciones sociales. Pero además de producto social, el derecho también es un factor social.

En efecto, el derecho regula el comportamiento de los hombres y, por lo mismo, modula y modifica, esto es, actúa en la vida y conducta de los miembros de la colectividad.

El derecho no sólo influye en los órdenes señalados, sino que en su esencia está el proponerse en forma expresa modificar la vida social, al regular de manera obligatoria el comportamiento de los miembros de una colectividad, y para lograr los fines que persigue tiene que imponer limitaciones a las conductas, a través de normas sustantivas y normas adjetivas.

El Estado en cuanto representante de la sociedad organizada, tiene que velar por ella y fiel a esta obligación establece las limitaciones necesarias para la efectividad de la vida gregaria.

Durante toda la historia de la humanidad, ha existido la necesidad de un marco jurídico que permita la regulación de la conducta humana, para la solución de los conflictos surgidos a raíz de la existencia de diversos tipos y clases de interés individuales de los miembros de la sociedad en sus

relaciones interpersonales que se dan en la vida en comunidad.

Como consecuencia de la existencia de los diversos intereses en contrario que existen en los miembros integrantes de un conglomerado social, el hombre ha tenido la imperiosa necesidad de encontrar las vías y formas para poder solucionar los conflictos derivados de la interrelación de las personas, tomando como punto de partida y apoyo para llevar a la resolución de controversias al derecho sustancial y al derecho procedimental o procesal.

En efecto, en base al derecho sustancial el individuo tiene consagrado a su favor una serie de facultades o prerrogativas, así como obligaciones y el derecho procesal atribuye al sujeto la acción para que se respete su derecho subjetivo presuntamente violado, a través de un proceso judicial y establece a su vez reglas sobre la manera en que se debe desarrollar para que pueda llegar a demostrar o desvirtuar los elementos constitutivos de su acción o excepción.

La prueba ha tenido y tiene una importancia relevante y, por lo mismo, ha sido objeto de muchos estudios, al respecto Carnelutti ⁽¹⁾, expresa que "el Juez está en medio de

(1) Carnelutti Francesco.- Citado por Devís Echandía Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial.- Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo 1, Pág. 13, Buenos Aires. 1981.

un minúsculo círculo de luces, fuera del cual todo es tinieblas; detrás de el enigma del pasado, y delante el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba". Por su parte, Devis Echandia (2), señala que "la prueba es el único camino para que el Juez conozca los hechos que le permitan adoptar la decisión legal y justa para cada caso concreto".

Las diversas etapas del desarrollo de la prueba judicial según afirma el propio jurista (3) en su obra citada, son:

- 1.- FASE PRIMITIVA O ETNICA;
- 2.- FASE RELIGIOSA O MISTICA;
- 3.- FASE LEGAL;
- 4.- FASE SENTIMENTAL; Y,
- 5.- FASE CIENTIFICA.

1.- LA FASE PRIMITIVA, corresponde a todas las sociedades en formación, esto es, donde sólo podía existir un derecho primitivo, rudimentario, de impresiones personales, de empirismo, por lo que era diferente en cada lugar según las creencias y costumbres, por lo que, también fue calificada como étnica.

(2) Devis Echandia Hernando.- Ob. cit.- Pág. 14.

(3) Ibidem.- Págs. 55-77.

Antes de continuar con la exposición de las siguientes etapas, merece mención especial el desarrollo de las pruebas judiciales en las culturas Griega y Romana, debido a la influencia que ejercieron en nuestro derecho procesal.

En la antigua Grecia, los medios principales de prueba fueron los testimonios, los documentos y el juramento. Por regla general rigió el principio dispositivo, o sea, la obligación de las partes en un litigio, de producir sus pruebas y sólo en casos especiales se facultaba al Juez para decretar y desahogar pruebas de oficio.

En cuanto a la prueba testimonial, existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos, pero tratándose de un proceso mercantil se permitía la declaración de los esclavos comerciantes.

Del punto anterior, claramente observamos lo remoto del principio o institución jurídica de la incapacidad tanto natural como legal que en sus inicios se aplicó a las tres categorías mencionadas y que existe y continúa rigiendo hasta nuestros días por lo que hace a la incapacidad legal de los menores de edad, disposición contenida en el Código Civil para el Distrito Federal en materia local y para toda la república en asuntos del orden federal en la fracción I de su artículo 450.

La prueba documental fue la más considerada, sobre todo en materia mercantil, pues a algunos documentos se les otorgó carácter ejecutivo y, por ello, valor probatorio pleno.

Es importante señalar que lo más destacado de esta cultura, fue que existió la crítica lógica y razonada de la prueba, sin que rigiera una tarifa legal que determinara su valor.

En la cultura Romana existieron varias etapas, a saber:

La etapa del antiguo proceso romano o "per legis acciones", en la cual el Juez era un árbitro, con libertad para precisar y valorar las pruebas aportadas por las partes, siendo el testimonio la prueba por excelencia, sin embargo, también se conocieron los documentos, el juramento, el reconocimiento o inspección hecho por el Juez y los indicios.

No existían reglas especiales para la valoración de la prueba y lo que imperaba era el sistema de libre apreciación. Sistema que más adelante de nuestro trabajo expondremos de manera detallada, pero que podemos mencionar que consistía básicamente en la apreciación y valoración de las pruebas por parte de la persona encargada de resolver una

controversia, de acuerdo con su lógica personal y punto de vista del conflicto, sin tener que sujetarse por no existir, reglas especiales previamente establecidas en cuanto el valor que se debe otorgar a un determinado medio probatorio.

En la República era el pueblo quien juzgaba, reunido en centurias o por tribus, resolviendo de acuerdo a su personal convicción, lo que impedía una apreciación jurídica de la prueba.

Otra etapa que se conoce es la del imperio, la cual se caracterizaba por su naturaleza publicista, en la que el Juez deja de ser un árbitro y representa al Estado en su función de administrador de justicia, otorgándosele facultades para interrogar a las partes en un proceso y determinar a cual de ellas correspondía la carga de la prueba; dejó de existir la libre valoración al establecerse un sistema de tarifa legal a diferencia de la valoración subjetiva que se utilizaba en la etapa anterior.

No obstante lo anterior, durante el Imperio no existió un sistema completo y detallado de reglas en materia de pruebas que obligaran al Juez a tener por demostrado un hecho.

El principio que regía era que la carga de la prueba recaía en el actor y la de las excepciones en el demandado.

En el período Justiniano, apareció el Corpus, esto es, diversos textos en los que se aprecia una mejor regulación legal de la prueba, pero sin que dejara de existir la apreciación personal del Juez. En este estadio perduran los medios probatorios del sistema anterior, pero se excluye el testimonio de la mujer, del impuber, del perjurado, del delincuente y del loco.

2.- LA FASE RELIGIOSA O MÍSTICA, en esta fase la prueba tenía una finalidad legal y es sometida a una rigurosa formalidad que definía la decisión del litigio, toda vez que el Juez no podía desconocerlas al pronunciar el fallo. Se perseguía un convencimiento puramente formal; el que surgiera del proceso como resultado de las pruebas, pero basados en la creencia de la justicia divina. (4)

Este sistema de justicia divina rigió hasta la edad media y desaparece cuando se da un marcado impulso al sistema legal con la aparición del derecho canónico, pues a través de éste se va incorporando al derecho romano imperial y se abandonan los medios de prueba que existieron en la primera etapa de esta fase como eran las ordalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios, como lo refiere Jeremias

(4) Hittermaier citado por Devis Echandía Hernando.- Ob. cit.- Pág. 60.

Bentham (5). Así, los Jueces eclesiásticos fueron verdaderos Magistrados, ya que no fue su libre convicción la que regía, sino la apreciación jurídica de la prueba que se reglamentaba cada vez más. (6)

3.- FASE LEGAL, como consecuencia de la aparición, avance y aplicación del derecho canónico, surgió como primera inquietud la ignorancia e impreparación de las personas encargadas de aplicar el derecho, por lo que los papas dieron instrucciones detalladas para que se elaboraran reglas sobre las pruebas, utilizando aquellas que existían en Roma, especialmente en el período Justiniano, adicionando los principios bíblicos, regulándose el número de testigos que eran necesarios para forma convicción en el juzgador.

Se establecen también reglas sobre la carga de la prueba en el proceso civil, basado en los principios del derecho romano en el sentido de que al actor correspondía probar los hechos afirmados en su demanda y al demandado probar sus excepciones. (7)

Este principio o regla que se establecía en esta etapa de la evolución de los medios probatorios reformado del Derecho Romano, podemos observar que nuestra legislación

(5) Bentham Jeremías.- Tratado de las pruebas judiciales.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires.- Volumen I. Pág. 45.

(6) Devís Echandía Hernando.- Teoría General de la Prueba Judicial.- Cárdenas Editor y Distribuidor. Tomo I. Pág. 61. Buenos Aires. 1981.

(7) Devís Echandía Hernando.- Ob. cit.- Pág. 61.

procesal tanto local como federal vigentes actualmente, consagran esta antigua regla más o menos en los mismos términos, al establecer que las partes asumen la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones, es decir, el actor está obligado a probar su acción y el demandado por su parte sus excepciones.

Surge posteriormente el proceso inquisitorio en el que se dan facultades al Juez para procurar la confesión, apareciendo así el tormento judicial como práctica usual, pues en el santo oficio se dio el sadismo y la crueldad en su máxima expresión.

En Europa surgen los ordenamientos de Alcalá y las Leyes del Toro en España, con los que se estableció el sistema de formales de la Edad Media en la que la prueba testimonial fue común y la prueba documental adquirió notable predominio. Se suprimieron las facultades inquisitivas y de libre apreciación de la prueba que poseían los Jueces, pues se abolió el tormento como medio para establecer la sinceridad de los testigos y las partes. ⁽⁸⁾

También se promulga la ordenanza de justicia penal de Carlos V en la que aparecen los principios básicos de la prueba tomados del derecho romano y canónico, sirviendo

(8) Silva Melero.- citado por Devís Echandía Hernando. Ob. cit.- Pág. 62.

posteriormente, como la base para una teoría completa de la prueba.

Con lo señalado en los dos párrafos anteriores, es evidente la fuerza e imposición que va adquiriendo el sistema de tarifa legal en cuanto al valor y apreciación de las pruebas al impedir al juez su libre apreciación, obligándolo a sujetarse a ciertas reglas previamente establecidas, sistema que aún en nuestra época aplican algunos países en materia probatoria, pero no abundamos más en este punto, pues será objeto de estudio posterior en nuestro trabajo.

Con la ordenanza de Justicia Penal de José II que aparece en el Siglo XVIII, se introducen importantes mejoras respecto de las pruebas, pues se extingue el tormento y el juramento purgatorio, y se marca una tendencia para la búsqueda de la verdad real, es decir, la certeza histórica por la vía de una o más experiencias probatorias en el proceso ⁽⁹⁾. En este siglo fue determinante la evolución de la prueba legal pues en él surgió la corriente renovadora encabezada por BECARIA, a través de su estudio "De los Delitos y de las Penas", en el que se implanta el sistema de jurado y el libre convencimiento, condena el tormento, la tortura y el proceso secreto ⁽¹⁰⁾.

(9) Ibidem.- Pág.- 63.

(10) Becaria Cesar. De los delitos y las Penas.- Editorial Porrúa, S.A.

Entre las innovaciones de mayor importancia surgidas en esta fase legal en materia de pruebas, aparecen las siguientes: ⁽¹¹⁾

Se liberó al acusado de la obligación de probar su inocencia y se le deja sólo la carga de la prueba por lo que hace a sus excepciones y defensas.

Este principio lo conocemos actualmente en materia penal principalmente, en el sentido de que toda persona se presume inocente hasta que se demuestre lo contrario.

El testimonio quedó limitado a lo que el testigo hubiere podido percibir con sus sentidos y se le prohibió expresar sus opiniones. Con lo anterior, se circunscribió el testimonio de los testigos a declarar sobre hechos que les consten de manera objetiva, eliminando apreciaciones subjetivas.

A la confesión judicial se le dio el carácter de prueba plena, pues consideraban que era el medio probatorio por excelencia, en el entendido de que ninguna persona declararía hechos contrarios a ella o que le perjudicaran si realmente no tenía relación alguna con los hechos imputados, ya que en el caso de que confesara sabiendo las consecuencias

(11) Silva Melero.- La prueba procesal. Editorial Revista de Derecho Privado. Págs. 13 y 20. Madrid. 1963.

legales que ello traía aparejado, era en razón a la necesidad interna de expresar su culpabilidad.

A los perjuros, delincuentes, siervos o enfermos mentales y a los parientes, se consideraron inhábiles para declarar, así como aquellos que no tenían domicilio fijo o fueran desconocidos.

Se instituyó la prueba de peritos e inspección judicial. Aquí encontramos el antecedente directo de la implantación y reconocimiento por los sistemas legales de la prueba objeto del presente trabajo.

Se otorgó valor probatorio pleno a los documentos públicos y a los documentos privados y a la confesión extrajudicial se le dieron de sólo indicios.

4.- FASE SENTIMENTAL, mejor denominada como convicción moral, se originó a partir de la revolución francesa y acogió las teorías de MONTESQUIEU y VOLTAIRE principalmente y se caracteriza por la libertad de apreciación y convicción íntima del Juez al dictar su fallo, pues en esta época predominó la creencia de la infalibilidad de la razón humana y de allí toma su nombre esta fase.

En este sistema el proceso civil sigue sujeto a la tarifa legal y procedimiento escrito, mientras que el proceso

penal se tramitaba oralmente y al Juez de lo penal se le otorgaban facultades para la búsqueda de la verdad a través de las pruebas. El proceso civil continuaba sujeto a la iniciativa de las partes.

En un principio se consideró que no debían existir reglas para el proceso de convicción personal, en virtud de que debía surgir de la apreciación íntima, lo cual es en la actualidad susceptible de crítica, ya que se dejaba al sentimiento del Juez la apreciación de las pruebas y la libertad para dictar su veredicto, lo cual implica una grave falla ya que para la libre apreciación de las pruebas se requiere de Jueces mayormente preparados, que para el sistema de tarifa legal, donde el Juez, debe analizar en forma objetiva el conjunto de pruebas aportadas por las partes al amparo de la legalidad existente.

5.- FASE CIENTIFICA, esta etapa se caracteriza como lo define Hernando Devís Echandia ⁽¹²⁾ porque "el proceso civil del futuro debe ser oral, aunque con ciertas restricciones como la demanda y su contestación, además ha de ser inquisitivo para que el Juez investigue oficiosamente la verdad y con la libertad de apreciar el valor de convicción de las pruebas, de acuerdo con los principios de la psicología y de la lógica, quedando sujeto únicamente a las formalidades que las leyes materiales contemplan, o sea como

(12) Devís Echandia Hernando.- Teoría General de la Prueba Judicial. Córdenas Editor y Distribuidor, Pág. 66. Buenos Aires, 1981.

solemnidad para la validez sustancial de ciertos actos o contratos."

B) CONCEPTO DE PRUEBA.

No resulta fácil dar un concepto de la prueba por las diversas acepciones que el vocablo tiene en el derecho procesal.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española la prueba se define como la acción o efecto de probar; acción para demostrar algo; justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley. ⁽¹³⁾

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que la palabra prueba es, "la acción o efecto de probar y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa", allí mismo se establece que la palabra prueba también tiene su origen en el vocablo latín "probandum que significa probar o hacer fe", de lo que se desprende que la palabra ha mantenido la misma significación a través de la historia hasta nuestros días. ⁽¹⁴⁾

(13) Diccionario de la lengua española. Editorial Planeta, S.A. Pág. 1027.

(14) Citado por Bermúdez Cárdenas Miguel.- La Carga de la Prueba en el Derecho del Trabajo. Cárdenas, Editor y Distribuidor.

Desde luego se le usa en el sentido de medio, para designar los distintos elementos del juicio, producidos por las partes o recogidos por el Juez para establecer la existencia de ciertos hechos y también, se entiende por prueba la acción de probar.

En el sentido ordinario, prueba es sinónimo de ensayo, de experimentación, de revisión, realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficacia o exactitud de algo, en tratándose de una cosa material.

La prueba es el conjunto de elementos de conocimiento que se aportan en el proceso, se tiende a la demostración de los hechos o derechos aducidos por las partes, con sujeción a las normas jurídicas vigentes, pues a través de ella se demuestra algo o se logra la comprobación de la veracidad de los argumentos sostenidos.

La palabra prueba como se ha dicho, corresponde a la acción de probar y la expresión probar deriva del latín probare, que en su significado forense se refiere a justificar la veracidad de los hechos en que se funda un derecho alegado por alguna de las partes en un proceso.

El jurista Carlos Arellano García ⁽¹⁵⁾ hace referencia a que el procesalista español, Joaquín Jaumar Y Carrera

(15) Arellano García Carlos. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. Pag. 132.

sostiene que las pruebas son las "averiguaciones que se hacen en un juicio sobre alguna cosa dudosa y que, por lo mismo, son plenas las cuales bastan para fallar la causa con arreglo a ellas, o semiplenas las que si bien sirven de guía e instrucción al Juez para la decisión de las cuestiones que se ventilan, no son suficientes para obligarlo a fallar conforme a las mismas".

De este concepto podemos derivar que las pruebas pueden tener un valor crediticio mayor o menor para influir en el criterio del juzgador y también se puede concluir que:

a).- Lo dudoso está sujeto a prueba, pues los hechos no controvertidos no son sujetos de prueba por quedar fuera de la litis y;

b).- El que afirma está obligado a probar su dicho, pues el que niega no está obligado a menos que su negación entrañe una afirmación.

Eduardo J. Couture ⁽¹⁶⁾señala que la prueba tomada en sentido procesal, es un medio de control de las proposiciones que los litigantes formulan en un juicio, aclarando que no todas las proposiciones de las partes formuladas en juicio son motivos de prueba, pues el derecho no está sujeto a prueba, además de aquellas otras proposiciones no

(16) Arellano García Carlos.- Ob. cit.- Pág. 134.

controvertidas por el hecho de haber quedado fuera de la litis.

Jaime Guasp ⁽¹⁷⁾ procesalista español, considera que la prueba consiste en el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al Juez, de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta para dictar el fallo. De esto, debe entenderse que aunque la prueba se ofrezca, se admita y desahogue en su oportunidad, su valor probatorio no siempre produce el convencimiento deseado en el juzgador, pues como ya se ha apuntado las pruebas tienen un mayor o menor valor crediticio.

Rafael De Pina ⁽¹⁸⁾ define a la prueba como la "actividad procesal encaminada a la demostración de un hecho o acto o de su inexistencia".

De todas las definiciones que hemos estudiado podemos concluir que el significado de la palabra o vocablo prueba hace referencia a producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto a la existencia o inexistencia de un hecho afirmado, o de la verdad o falsedad de una pretensión, durante la tramitación de un juicio, siendo principalmente una de las partes del mismo quien la

(17) *Ibidem.* - Pág. 134.

(18) *Ibidem.* - Pág. 135.

ofrezca, aunque como lo señalamos con anterioridad, también puede ser ofrecidas por terceros con intereses convergentes o contrarios a las partes, que vengan al juicio y puedan probar durante su desarrollo.

Por último trataremos de dar una definición personal de lo que entendemos como prueba, en base a las definiciones doctrinales vertidas en este trabajo, señalando que es la aportación que hacen los interesados de elementos de conocimientos convincentes, al Juez durante el desarrollo del proceso, con la intención de demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, o la verdad o falsedad de su afirmación o pretensión.

C) SISTEMAS PROBATORIOS.

Dentro de los diversos sistemas que existen sobre la prueba, la mayoría de los doctrinarios coinciden en señalar tres sistemas:

- I. SISTEMA DE LA PRUEBA LIBRE.
- II. SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA.
- III. SISTEMA MIXTO.

I. El SISTEMA DE PRUEBA LIBRE, consiste en dejar en libertad a los Tribunales, tanto para determinar cuáles son

los medios de prueba, así como la eficacia probatoria de las mismas.

En este sistema el Juez y las partes gozan de amplia posibilidad de utilizar todos los elementos que tengan a su alcance para tratar de demostrar los datos relativos a los puntos en controversia, para lo cual la ley no establece ningún tipo de limitación ni reglas de sujeción en cuanto a su ofrecimiento o desahogo; por lo que hace a su apreciación por el juzgador no existe un valor previamente establecido al que tenga que sujetarse. ⁽¹⁹⁾

El sistema libre se caracteriza por otorgar al Juez una absoluta libertad en la apreciación de las pruebas sin traba legal alguna, en la que la convicción que el Juez tenga como resultado de los elementos aportados por las partes para producir la certeza en su ánimo sobre la existencia o inexistencia de los hechos materia de la litis, no existe disposición o potestad legal que le impida dictar su fallo conforme a su certeza, convicción o conocimiento.

II. EN EL SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA, la ley fija los únicos medios de prueba que pueden hacer valer las partes y determina el valor que a cada una de ellas debe otorgar el Tribunal.

(19) Ibidem.- Pág. 137.

En efecto, en este sistema el Legislador a través de su obra legal señala específicamente las pruebas que están permitidas para ser aportadas como medios probatorios en el proceso por las partes, y fija detalladamente reglas para su ofrecimiento, admisión y desahogo, determinando también el valor que a cada prueba debe otorgar el juzgador, sin que pueda tener intervención la apreciación y conocimiento personal de este último. ⁽²⁰⁾

Este sistema al igual que el anterior tiene una característica distintiva que consiste en la sujeción en que se encuentra el Juez para aplicar las reglas preestablecidas, que le señalan el valor que debe otorgar a las pruebas, encasillándolo en cuanto a la conclusión a la que debe llegar en relación a la presencia o ausencia de un medio de prueba en particular.

III. El SISTEMA MIXTO participa parcialmente de las características de los dos anteriores.

En el sistema mixto algunos aspectos de la prueba están previstos y regulados detalladamente por el ordenamiento jurídico adjetivo, mientras que otros se dejan a la libre apreciación y albedrío del juzgador.

(20) Ibidem. - Pág. 137.

La mayoría de las leyes fijan de manera enunciativa más no limitativa los medios probatorios que las partes pueden aportar para solucionar la controversia, pero existe la posibilidad de que tanto los contendientes como el propio Tribunal puedan aportar o hacer concurrir al juicio elementos de prueba, con la única limitación de que no sean contrarias a la ley ni a la moral.

En cuanto a la valoración de los medios de prueba, algunos están sujetos a reglas de apreciación y otros se dejan al prudente arbitrio del Juez, el cual debe resolver en base a consideraciones objetivas y no a subjetivismos. (21)

En los tres sistemas de valoración de las pruebas existe la obligación por parte del Juez de que la sentencia que dicte sea fundada y motivada, entendiendo por ello la adecuación del caso concreto a la hipótesis normativa, es decir, el porque consideró que una prueba tuvo o no el valor que ya sea la ley o él en lo personal consideró.

Desde nuestro personal punto de vista consideramos que nuestro sistema jurídico establece en sus diversos ordenamientos legales adjetivos el sistema de valoración mixto de las pruebas.

(21) *Ibidem*, Págs. 137 y 138.

Lo anterior lo podemos concluir en base a lo siguiente:

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su capítulo VII del valor de las pruebas, en sus artículos 402 y 403 nos da un claro ejemplo de la combinación que existe entre el sistema libre y el sistema legal o tasado al disponer:

"Art. 402.- Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el Tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión."

Es evidente que este artículo encuadra dentro del sistema libre al permitir al juzgador valorar jurídicamente las pruebas aportadas de acuerdo con su lógica y experiencia.

"Art. 403.- Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los documentos públicos, los que tendrán valor probatorio pleno, y por tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la pretensión que en ellos se funde."

Este artículo es un clarísimo ejemplo de sistema tasado, al disponer el Legislador en el ordenamiento legal el

valor que debe otorgar el juzgador a los documentos públicos y la conclusión a que se debe llegar en el caso de que se aleguen excepciones contra ese medio probatorio.

Asimismo, el Código Federal de Procedimientos Civiles también contempla disposiciones tanto de sistema libre, es decir, a la apreciación del Tribunal, como del sistema tasado al señalar el valor que se le debe otorgar a una prueba determinada.

"Art. 197.- El Tribunal goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria; a no ser que la ley fije las reglas para hacer esta valuación, observando, sin embargo, respecto de cada especie de prueba, lo dispuesto en este capítulo."

"Art. 200.- Los hechos propios de las partes, aseverados en la demanda, en la contestación o cualquier otro acto del juicio, harán prueba plena en contra de quien los asevere, sin necesidad de ofrecerlos como prueba."

Por último, el Código Fiscal de la Federación que es el ordenamiento que más nos interesa, por ser el que dispone las reglas en la materia de este trabajo, también contempla en su artículo 234 el sistema de valoración mixto de pruebas al establecer que harán prueba plena la confesión expresa de

las partes, las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, así como los hechos legalmente afirmados por la autoridad en documentos públicos, en su fracción I, pero señala de manera expresa en su fracción II que el valor de la prueba pericial, testimonial y las demás pruebas quedarán a la prudente apreciación de la Sala.

Sin embargo, este orden fijado por el mencionado artículo en cuanto a la valoración de las pruebas, podrá dejar de observarse cuando por el enlace de las mismas, la Sala adquiriera convicción distinta acerca de los hechos materia del litigio, fundando razonadamente este punto en la sentencia.

D) IMPORTANCIA DE LA PRUEBA.

La prueba en todo proceso es relevante y debe prestársele especial interés porque toda resolución, fallo o sentencia se apoya en las pruebas que las partes aportan en el proceso y no en los simples argumentos o alegaciones que las mismas formulan.

Es de suma importancia en toda resolución la manera en como las partes acreditan los hechos afirmados, defensas o excepciones que constituyen la posición de cada una, y es por ello que se puede decir que el arte del procedimiento es el de suministrar pruebas y si atendemos a la importancia de

ellas en los juicios no puede considerarse exagerada tal expresión, pues las controversias de derecho se deciden por el texto de la ley, la jurisprudencia y los principios generales del derecho y la contingencia de hechos se resuelve necesariamente por medio de las pruebas aportadas en el juicio. Este principio lo recoge el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al establecer en el artículo 276 que:

"Art. 276.- Si las cuestiones controvertidas fueren puramente de derecho y no de hecho se citará a la audiencia de alegatos que podrán ser escritos".

Y el artículo 284 del ordenamiento legal en cita señala también:

"Art. 284.- Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho".

El Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la materia fiscal por disposición expresa del artículo 5 del Código Fiscal de la Federación, contiene disposiciones semejantes en sus artículos 81 y 86:

"Art. 81.- El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones".

"Art. 86.- Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como

los usos o costumbres en que se funde el derecho".

Por lo anterior existe la necesidad de que la ley reglamente las pruebas estableciendo cuales son los medios probatorios admisibles, como deben ofrecerse, su admisión, desahogo y el valor que a las mismas debe otorgarse.

Luis Recasens Siches ⁽²²⁾, filósofo del Derecho, precisa que "El Juez no es un testigo presencial de los hechos. Los hechos llegan a él a través de los medios de prueba admitidos por el Derecho Procesal", señalando así el papel importante que las pruebas desempeñan en todo proceso.

Si en todo juicio es necesario demostrar la existencia de los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, sus defensas y excepciones, así como la verdad de sus afirmaciones y razonamientos formulados, la prueba resulta ser un elemento esencial y trascendente durante la secuela del procedimiento y de allí su importancia para la resolución del conflicto de intereses.

De lo expuesto, se puede deducir que tanto el actor como el demandado tienen la obligación de probar, ya que sobre ambos recae la carga de la prueba, a efecto de demostrar o desvirtuar los hechos y afirmaciones fundatorias

(22) Recasens Siches Luis.- Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.- Fondo de Cultura Económica.- México 1956. Pág. 229.

de su acción o de sus excepciones y defensas, atento a lo dispuesto por el anteriormente señalado artículo 81 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Similar disposición contempla también el artículo 281 del Código Procedimental local señalando que "Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones".

La importancia de la prueba para la formación de convicción en el juzgador, se evidencia una vez más por la propia ley al disponerse en los ordenamientos apuntados en el párrafo anterior, que los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los Tribunales en la averiguación de la verdad y que deben sin demora, exhibir los documentos y cosas que mantengan en su poder, facultando al órgano jurisdiccional para compeler a terceros, por los medios de apremio para que cumplan con esta obligación, claro que con la observancia de las garantías individuales de que gozan todas las personas.

Por último, es fundamental destacar la trascendencia que tiene la prueba para decidir el derecho de mejor manera y que es recabada por Código Fiscal de la Federación en su artículo 230, al establecer la facultad del Magistrado instructor de acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los hechos controvertidos o para ordenar la práctica de cualquier diligencia.

E) PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA.

En este punto, haremos alusión a los principios rectores de toda prueba, tomando como base lo expuesto por Devís Echandía. ⁽²³⁾

1.- Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez sobre los hechos. Este principio se refiere a que los hechos sobre los cuales deba resolverse en la sentencia, deben estar demostrados con las pruebas que al efecto aportaren las partes en el proceso, sin que el Juez pueda juzgar por el conocimiento extra procesal que tenga de los hechos controvertidos, sino únicamente por el que se desprenda de la constancia de autos. Lo anterior se resume en que el juzgador deberá pronunciarse tomando en consideración lo alegado y probado por las partes dentro de la secuela del proceso.

El anterior principio, no es obstáculo para que el Juez de acuerdo con su percepción personal practique o mande practicar nuevas pruebas para mejor proveer, además de que el propio ordenamiento jurídico le otorga dicha facultad como lo apuntamos en el inciso anterior de este trabajo como lo

(23) Devís Echandía Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Cárdenas Editor y Distribuidor. Buenos Aires 1981. Págs. 114-140.

contemplan los diversos ordenamientos legales analizados, toda vez que las mismas serán practicadas y desahogadas dentro del mismo proceso, con conocimiento y a la vista de las partes.

2.- Principio de eficacia jurídica de la prueba. Este principio implica la eficacia jurídica que dentro del proceso debe tener la prueba, esto es, que cumpla con su finalidad de producir certeza en el ánimo del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos puestos a su consideración, es decir, llevar al Juez al convencimiento sobre el hecho que se trata de demostrar con esa prueba específica.

Vemos que este principio es recogido por el Código Federal y Local de Procedimientos Civiles en sus artículos que disponen que las pruebas deben relacionarse con cada uno de los hechos que se pretenden demostrar, con el objeto de convencer al juzgador sobre el punto litigioso ofreciendo el medio de prueba más adecuado, evitando dilaciones y tácticas perentorias al hacerlo conforme lo establece la legislación procesal.

3.- Principio de unidad de la prueba. Significa que las pruebas independientemente de su clase deben ser examinadas y apreciadas por el Juez de manera conjunta, como un todo, una unidad, para confrontar sus resultado,

puntualizar su concordancia o discordancia, concluyendo sobre la certeza que de ellas globalmente se forme.

Lo antes apuntado se refiere a la apreciación o hilación conjunta que debe hacer el juzgador de los medios de pruebas aportados por las partes en el desarrollo del litigio.

4.- Principio del interés público de la función de la prueba. Lo anterior significa que el fin de la prueba es convencer al Juez para que dicte sentencia conforme a derecho, existiendo en ello un interés público que es la impartición de justicia por parte del Estado.

Otro aspecto importante que resalta el interés público de la prueba radica en considerarla como un acto procesal que constituye una etapa necesaria en el proceso, ya que sin ella no puede existir sentencia impidiendo al Juez cumplir con su función de impartir justicia por carecer de elementos que puedan ilustrarlo al respecto.

5.- Principio de la lealtad y probidad de la prueba. Este principio conlleva a que la prueba no puede utilizarse para ocultar o deformar la realidad, ni para tratar de inducir al Juez al engaño, sino que al contrario, debe ser veraz y utilizarse con lealtad y probidad, actuando las partes de buena fe, sin dolo, violencia ni engaño alguno.

6.- Principio de la contradicción de la prueba. Este principio entraña que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, debe aportarse al proceso con conocimiento y audiencia de la contraparte para que ésta pueda manifestar lo que convenga a su interés en relación con ese medio de prueba particular.

En la práctica este principio se aplica por ejemplo en el procedimiento seguido ante el Tribunal Fiscal de la Federación cuando una de las partes lleva al juicio una prueba superveniente y el Magistrado instructor la tiene por ofrecida y la admite, mandará dar vista a la contraparte de la mencionada prueba superveniente, esto es como lo señala el principio se dará a conocer al contrario el nuevo medio probatorio para que manifieste en relación a él lo que a su derecho convengan, de conformidad con lo estipulado por el artículo 230 del Código Fiscal de la Federación.

7.- Principio de igualdad de oportunidades para la prueba. Las partes durante la secuela del proceso deben gozar de idénticas e igual número de oportunidades para presentar, pedir o desahogar la práctica de pruebas o, en su

caso, para contradecir y refutar las ofrecidas por el adversario.

No debe pasar inadvertido otro principio que más adelante desarrollaremos en relación a la carga de la prueba sobre las partes en relación con los hechos controvertidos, pero si debe tenerse muy presente que ambos deben disponer de iguales facilidades para ofrecer, desahogar y solicitar las pruebas que estimen favorables a sus intereses.

8.- Principio de la publicidad de la prueba. Se refiere a que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su desahogo, objetarlas, discutir las y analizarlas para poner de manifiesto ante el Juez el valor que debe o no atribuirseles, mediante los alegatos que se formulen en otra etapa del proceso, haciendo un breve extracto de los puntos controvertidos y su apoyo en lo demostrado con las probanzas que se trajeron al juicio. Este principio guarda íntima relación con el de la contradicción de la prueba, previamente analizado, al grado de ser ambos complementarios.

9.- Principio de formalidad y legitimidad. Destaca las formalidades que para su validez deben revestir las pruebas en el proceso, pues gracias a ellas, las pruebas gozan de publicidad, las partes de igualdad de oportunidades

en cuanto a su ofrecimiento y desahogo y se ofrezcan garantías de probidad y veracidad.

De lo anterior resulta que para que la prueba tenga validez se requiera que sea llevada al proceso con los requisitos exigidos por la ley de la materia, por cuanto a su legalidad se refiere, es decir, que no sean contrarias a la moral, al derecho ni a las buenas costumbres, tampoco deben referirse a hechos imposibles o notorios, ni referirse a cuestiones ajenas a la litis o ser contrarias a la dignidad del hombre.

10.- Principio de la legitimación para la prueba. Este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para ofrecerla, así como también que el Juez tenga jurisdicción y competencia para admitirla.

Para este principio, lo importante es que quien aduzca la prueba esté legitimado para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que se practique en tiempo oportuno y en la forma adecuada.

11.- Principio de preclusión de la prueba. Este principio establece una formalidad de tiempo y oportunidad para su ofrecimiento y desahogo. El objeto del mismo es impedir que se sorprenda a la contraparte con pruebas de último momento que no pueda o alcance a controvertir.

Este principio también se aplica a la actividad del Juez, pues él debe ordenar el desahogo de las pruebas en el momento procesal oportuno, sin que le sea factible hacerlo una vez cerrada la instrucción, salvo casos excepcionales como es el de pruebas supervenientes y el ejercicio de la facultad de solicitar más pruebas para mejor proveer, siempre y cuando sean ordenadas después de vencido el término probatorio, como ha quedado apuntado a manera de introducción, pues será objeto de amplio estudio en el desarrollo de este trabajo la facultad para mejor proveer.

12.- Principio de inmediación y dirección del Juez en la producción de la prueba. Significa que debe ser el Juez quien de manera inmediata y directa la dirija, resolviendo primero su admisión e interviniendo luego en su desahogo o práctica, contribuyendo con este principio a la autenticidad, seriedad, oportunidad, pertinencia y validez de la prueba.

La inmediación permite al Juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en los testimonios, inspecciones judiciales, indicios, dictámenes periciales, interrogatorios a las partes y a los peritos. De no existir este principio, el debate se convertiría en una lucha privada y la prueba dejaría de tener el carácter de acto procesal.

El Juez no debe permanecer como simple receptor de pruebas, sino que debe de intervenir activamente en su desahogo dentro de la etapa probatoria, e inclusive de considerarlo necesario, ordenar otras distintas en adición o complemento a las ofrecidas por los litigantes, con lo que el juzgador se convierte en el director del debate probatorio.

13.- Principio de imparcialidad en la dirección y apreciación de la prueba. Impone necesariamente la imparcialidad del Juez en el debate probatorio, es decir, en su admisión, desahogo y valoración. El Juzgador siempre debe estar orientado por el criterio de averiguar la verdad de los hechos puestos a su consideración en el proceso, relacionando desde luego, concatenando y adminiculando todas las pruebas para darles el valor que a cada una corresponda para que al emitir su fallo éste se apegue lo más posible a la verdad de los hechos sometidos a su consideración, reconociendo o negando el derecho pretendido por las partes.

14.- Principio de originalidad de la prueba. Este principio significa que la prueba debe referirse directamente con el hecho por probar, esto es, la prueba debe ser la idónea para demostrar al Juez la verdad del hecho afirmado por las partes, llevando al juzgador a esclarecer su criterio en base a lo probado con el medio propuesto, es por ello que en nuestra legislación positiva procesal se exige que la

prueba debe relacionarse con los hechos de la demanda, como lo mencionamos con anterioridad.

15.- Principio de concentración de la prueba. Se refiere a que debe practicarse o, al menos procurar que el desahogo de la prueba se lleve a cabo en una sola etapa o diligencia del proceso, pues la práctica o desahogo de las mismas en diversas diligencias espaciadas en el tiempo, pueden poner en peligro la averiguación de la verdad, pues impide su debido cotejo y la mejor apreciación.

Este principio es comprensible y lógico, pues entre menos tiempo transcurra en el desahogo de una prueba y otra mayor es la percepción que en conjunto realice el juzgador, así como su concatenación con los hechos litigiosos, el paso del tiempo hace que se pierdan de vista las conclusiones a las que se llegaron anteriormente, lo que implica al momento de dictarse la resolución que en derecho corresponda el que se requiera hacer un nuevo estudio detallado del expediente para obtener una determinación, pero dicho análisis no contendrá ciertos hechos o circunstancias observadas por el juez en el desahogo de la prueba que escapan a la memoria de las partes y del órgano jurisdiccional.

16.- Principio de la libertad de la prueba. Este principio establece que la prueba para que cumpla su fin de lograr convicción en el Juez sobre la existencia o

inexistencia de los hechos materia del proceso, es indispensable que haya libertad para que las partes e incluso el Tribunal, en algunos casos puedan obtener todas las pruebas que sean necesarias para demostrar los hechos y lograr una mejor resolución, claro con la limitación de que no sean inmorales, contrarias a las buenas costumbres, o al derecho, y que tampoco resulten ser impertinentes o inoficiosas. Esto se refiere a que puede ofrecerse durante el proceso cualquier medio de prueba por las partes con las únicas limitaciones antes mencionadas y guarden relación con el hecho o excepción que se pretende demostrar, para lo cual se ofrece dicha probanza. Tal libertad llega inclusive a la posibilidad de solicitar a autoridades diversas la devolución o expedición de copias certificadas de documentos pertenecientes a los particulares y que obran en poder de otra autoridad diversa, llegando esta posibilidad y oportunidad de rendir pruebas al caso de que la autoridad tercera no devuelva los documentos o no expida las copias certificadas a que el juzgador la requiera para que los presentes directamente al órgano jurisdiccional, pues es de interés público el que se administre justicia por parte del Estado y para ello requiere de los elementos para esclarecer la verdad de los hechos sometidos a su arbitrio.

También implica que no deben limitarse los medios de prueba admisibles, sino otorgar al juzgador la facultad de

calificar si la ofrecida o solicitada tiene o no relevancia probatoria en el proceso. Este punto como lo hemos apuntado con anterioridad tiene relación directa con la obligación contenida en la legislación procesal de relacionar todas y cada una de las pruebas con los hechos o excepciones puestos a consideración del juzgador, obligación que no contiene el Código Fiscal de la Federación.

17.- Principio de la pertinencia, idoneidad, y utilidad de la prueba. Este principio significa que deben referirse necesariamente a hechos cuya existencia o inexistencia esté controvertida en el juicio, dicho en otras palabras, se debe evitar la práctica de medios probatorios que por sí mismos o por su contenido no ayudan a los fines para los cuales se proponen y lleguen a parecer improcedentes o ineficaces.

18.- Principio de la espontaneidad y licitud de la prueba. Todo medio de prueba debe ser espontáneo, es decir, no deben ser coaccionadas las personas que las formulen por ningún medio, ya sea físico o psicológico. Este principio incluye la prohibición y sanción de testimonios, dictámenes periciales, traducciones, copias, documentos, etc., que hayan sido alterados o falsificados por cualquier medio o motivo, pues de descubrirse esa situación independientemente de las sanciones y penas de otro tipo en las que se incurre, dicha

prueba deberá ser considerada ilícita y por tanto sin valor jurídico.

Este principio hace remembranza a la conducta ética con que deben conducirse las partes en el desarrollo del proceso judicial, evitando a toda costa el llevar a cabo tácticas dilatorias, someter o presionar física o psicológicamente al contrario o a los testigos, no alterar documentos ni tachar de falsedad a testigos con el objeto de alargar el procedimiento con la intención de hacer más tedioso el litigio y complicar el estudio por parte del juzgador, es decir, los litigantes deben actuar con ética profesional para lograr una resolución a la controversia lo más rápido y justa posible.

19.- Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba. En virtud de este principio, los documentos, las cosas y en ocasiones personas cuando es objeto de la actividad probatoria, deben ponerse a disposición del Juez, en consecuencia, debe permitirse al Juez el allanamiento de inmuebles, el acceso a archivos públicos o privados, citar a las partes y testigos para que comparezcan a absolver interrogatorios o a reconocer firmas, exhibir documentos necesarios para esclarecer la verdad.

En este punto es importante resaltar que las coacciones que utilice el Juez, deberán consistir únicamente

en los permitidos por la ley, como son: multas, tener como verdadero un documento, confesado un hecho, la pérdida o preclusión de instancias procesales, obligar por la fuerza a un testigo o parte ante la presencia judicial, pero siempre deberá mediar antes de la aplicación coactiva de alguna sanción por parte del juzgador, un apercibimiento de la sanción que se le aplicará en el caso de desobedecer o impedir el cumplimiento de una orden judicial, sin que dichas prerrogativas coactivas puedan utilizarse en forma alguna para obtener una declaración en determinado sentido, ya que en todo momento debe imperar la libertad del individuo.

20.- Principio de la evaluación o apreciación de la prueba. Este principio consiste en que la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar la convicción al Juez sobre los hechos que interesan al proceso. Su valoración no debe ser expresión de una simple creencia subjetiva del juzgador, sino el resultado lógico y real de la certeza misma de la prueba, es decir, que encaje con la realidad social y en lo que lógicamente pueda entender una persona de cultura similar.

21.- Principio de la carga de la prueba. Constituye la igualdad de oportunidades que a cada una de las partes corresponde de suministrar las pruebas de los hechos que invocan. De igual forma implica la libertad para llevar al proceso la prueba que los beneficie, así como la contraprueba

de los hechos probados por el contrario y que sean perjudiciales.

En virtud de este principio, las partes soportarán las consecuencias de su inactividad, negligencia o errores cuando alguna de ellas no haya aportado elementos de prueba de su acción o excepción según sea el caso.

A manera de conclusión de lo expuesto, quisiera manifestar que tanto el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, como el Código Procedimental en Materia Federal y sobre todo para efectos de este trabajo, el Código Fiscal de la Federación, contienen consagrados si no todos si la mayoría de los principios generales de la prueba judicial analizados en el presente inciso.

F) OBJETO DE LA PRUEBA.

El objeto de toda prueba son los hechos, aún cuando no todos los hechos que aparecen en el proceso son materia de ésta, sino sólo aquellos que sirven de base para decidir las pretensiones aducidas por las partes en el proceso. A este respecto José Castillo Larrañaga y Rafael De Pina (24),

(24) Castillo Larrañaga José y de Pina Rafael. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.

afirman que el objeto de la prueba son los hechos dudosos o controvertidos.

El artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que "sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho", y el Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria al Código Fiscal de la Federación, contiene la misma disposición en el artículo 86.

La exigencia de probar los hechos radica fundamentalmente en que éstos nunca son los mismos en la parte actora o en la parte demandada, aunque en los juicios se traten de las mismas partes, porque los hechos cambian y se transforman constantemente, de ahí la necesidad de que tanto el actor como el demandado prueben o demuestren la existencia o inexistencia de los hechos que alegan y sobre los cuales fundan sus acciones y excepciones.

En cambio el derecho no puede constituir objeto de prueba, especialmente la ley positiva, debido a que es estable, es fija y se presume que es conocida de todos. Así las cosas en términos generales el derecho no es materia de prueba, pero sin embargo, cuando se invoca una ley extranjera debe probarse la existencia de la misma, porque los Jueces, Magistrados y en general quien debe decidir una controversia,

no está obligado a conocer la existencia y contenido de todas las leyes que rijan en los diferentes Estados del ámbito internacional y, es por ello, que el artículo 86 Bis del Código Federal de Procedimientos Civiles indica que el Tribunal aplicará el derecho extranjero tal y como lo harían los Jueces o Tribunales del Estado cuyo derecho resulte aplicable y que para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero, el Tribunal podrá valerse de informes oficiales, disponer y admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes al respecto.

Desde luego que no todos los hechos alegados por las partes deben ser materia de prueba, pues aquellos en los cuales las partes expresa o tácitamente están conformes no deben ser objeto de ella, pues esto sería ocioso e iría en contra del principio de economía procesal, además de no formar parte de la litis planteada.

En resumen, podemos considerar que para que los hechos puedan ser objeto de la prueba deben darse los siguiente requisitos:

- 1.-Que sean alegados por las partes, a excepción de los hechos notorios que pueden ser invocados por el Tribunal.
- 2.-Que sean negados por una de las partes.

3.-Que no sean tenidos legalmente por verdaderos.

4.-Que sea necesario esclarecer la verdad para decidir la controversia.

Por ello el Código Fiscal de la Federación en su artículo 230 establece:

"Art. 230.- En los juicios que se tramiten ante el Tribunal Fiscal de la Federación, serán admisibles, toda clase de pruebas para demostrar los hechos controvertidos de la litis, excepto la confesión de las autoridades mediante absolución de posiciones."

G) CARGA DE LA PRUEBA.

De las definiciones que hemos dado de la prueba en el presente trabajo, desprendemos la necesidad de una contienda judicial, es decir, la necesidad de que uno de los interesados en un acto jurídico ocurra a los Tribunales pretendiendo el reconocimiento de su derecho subjetivo desconocido o violado y por tanto, que alegue la existencia a su favor de un derecho, teniendo como consecuencia el deber de probar ese derecho.

La carga de la prueba consiste en la necesidad jurídica de las partes del proceso, para probar determinados hechos para obtener una resolución o sentencia favorable a las pretensiones deducidas. José Castillo Larrañaga y Rafael De Pina ⁽²⁵⁾ señalan que la carga de la prueba es un gravamen que recae sobre las partes para facilitar al Juez el material probatorio necesario para formar su convicción sobre los hechos alegados.

Desde nuestro punto de vista, no compartimos la opinión apuntada en el párrafo anterior, pues consideramos que la carga procesal no es una obligación jurídica ni un gravamen de las partes para probar los hechos por ellas aducidos, pues nadie puede ser obligado a probar pero, si constituye una carga, pues debe probar los hechos aducidos si tienen interés en la obtención de un fallo favorable a sus pretensiones, pues la ley deja a las partes en libertad de producir o no las pruebas; porque no es coercible y porque no existe acreedor de la carga.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula la carga de la prueba en los artículos 281 y 282.

"Artículo 281.- Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones."

(25) Castillo Larrañaga José y De Pina Rafael. Ob. cit.- Pág. 295.

"Artículo 282.- El que niega sólo será obligado a probar:

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

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

III. Cuando se desconozca la capacidad;

IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción."

El Código Federal de Procedimientos Civiles en sus artículo 81 y 82 contiene las disposiciones en materia de carga de la prueba, y establece que:

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

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

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

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

III. Cuando se desconozca la capacidad."

A modo de conclusión, podemos decir que cada parte tiene la carga de probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica en que apoya sus pretensiones, sin que ello sea obstáculo a las facultades que la ley otorga a los Jueces

y Magistrados para la investigación de la verdad, con el objeto de obtener al final del procedimiento judicial una resolución favorable a su pretensión inicial.

H) MEDIOS DE PRUEBA.

Constituyen medios los elementos necesarios para la consecución de un fin. En materia probatoria, los medios de prueba están constituidos por los elementos de conocimiento que llevan la finalidad de producir una convicción en el juzgador.

La denominación de medios de prueba corresponde a las fuentes de donde el Juez deriva o concluye las razones que producen mediata o inmediatamente su convicción.

De la anterior afirmación puede desprenderse que las partes pueden acreditar al Juez la verdad de los hechos controvertidos valiéndose de cualquier medio, que en su concepto, pueda crear la convicción necesaria en el ánimo del juzgador para aceptar como verdadero un hecho concreto.

En este orden de ideas, el maestro José Becerra Bautista ⁽²⁶⁾ establece que los medios de prueba "son las fuentes de las que la ley quiere que el juzgador extraiga su propia convicción".

(26) Becerra Bautista José. El Proceso Civil en México. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 79.

Por su parte Francesco Carnelutti ⁽²⁷⁾ afirma que medio de prueba "es, ante todo, la percepción de Juez. Instrumento de percepción son todos sus sentidos".

Rafael De Pina ⁽²⁸⁾ señala que "es medio de prueba todo aquel que el Legislador, según el fundamento de la lógica y de la experiencia, reputa apto para conformar la verdad de los hechos civiles."

Para GOLDSCHMIDT, citado por RAFAEL DE PINA ⁽²⁹⁾, medio de prueba "es todo lo que puede ser apreciado por los sentidos, o que pueda suministrar apreciaciones sensoriales; en otras palabras, cuerpos físicos y exteriorizaciones del pensamiento".

CARLO FURNO ⁽³⁰⁾ deja entrever que la eficacia de los medios de prueba está en relación con la convicción que logren sobre quien debe apreciar sus resultados y establecer su valor demostrativo en función de los hechos objeto del pleito.

En materia de medios de pruebas es importante resaltar la existencia de tres sistemas respecto a ellos:

(27) Carnelutti Francesco. La Prueba Civil. Ediciones de Palma Buenos Aires. Pág. 71.

(28) De Pina Rafael. Tratado de las pruebas civiles. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 129.

(29) Goldschmidt. Citado por De Pina Rafael. Ob. cit.- Pág. 128.

(30) Furno Carlo. Teoría de la Prueba Legal. Editorial Obregón y Heredia, S.A. Pág. 148.

1) El sistema en el cual no se establece por parte del Legislador un listado de pruebas, sino que prevalece el criterio del Juez y de las partes sobre las pruebas que pueden llegarse a rendir.

2) Sistema en el cual el Legislador fija una detallada relación o listado de los medios probatorios, de manera que limita al juzgador a admitir únicamente esos medios.

3) Sistema en el que existe un enunciado de los medios probatorios y establece una serie de complejos procedimientos para su desahogo orientados hacia los mejores resultados, pero se deja abierta la posibilidad al Juez y a las partes de usar medios de prueba no incluidos en la lista legal y que estarán sujetos a la libre recepción y apreciación del juzgador.

Sobre este punto son varios los autores que consideran más conveniente el sistema en el cual es el legislador quien mediante ley hace una relación detallada de los medios de prueba, por diversas razones, que a continuación señalamos.

AGUILERA DE PAZ Y RIVES ⁽³¹⁾ escribe que el sistema de la fijación de los medios de prueba determinados por la ley de modo taxativo, adquiere mayor relevancia ante la posibilidad de que el medio que al Juez o a la parte parezcan mejor, no lo sea realmente con relación a la cualidad de las personas y de los hechos que hayan de probarse, máxime si se tiene en cuenta la pasión ciega de las partes.

Es por tanto, más aceptable confiar al Legislador la indicación de los medios legítimos de prueba, porque nadie como la autoridad legislativa, libre de toda pasión e interés en este punto, puede estudiar los elementos que ofrecen mayores grados de probabilidad o certidumbre en el entendimiento humano.

FRANCISCO RICCI ⁽³²⁾ se pronuncia en el sentido de que el Magistrado no puede optar sino por los medios probatorios establecidos legalmente, destacando que es de público interés que los derechos de cada ciudadano sean ciertos y esta certeza no se puede tener si no son ciertos los medios con los cuales se puede demostrar su existencia. Dejando los medios de la prueba y la apreciación de su valor al arbitrio del Juez, no se tiene la certeza del valor que por parte de

(31) Aguilera de Paz y Rives. Citados por Rafael de Pina. Tratado de las pruebas civiles. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 132.

(32) Ricci Francisco. Citado por Armando Porras y López. Derecho Procesal Fiscal. Textos Universitarios, S.A. Pág. 226.

éste atribuirá a un medio de prueba, no puede menos que producir la incertidumbre del derecho mismo.

ARMANDO PORRAS Y LOPEZ ⁽³³⁾ considera que en el estado de preparación cultural y moral del Juez y ante un mundo capitalista en crisis constante, el sistema en virtud del cual el Juez es quien señala los medios probatorios, sería desquiciante.

En nuestro personal punto de vista, creemos que es importante que dentro de la legislación procesal exista un listado sobre los medios probatorios admisibles, para que haya una certeza en cuanto al medio que se ofrece para demostrar el o los hechos controvertidos, en cuanto al valor probatorio de los mismos; pero ese listado legal no debe ser en forma limitativa, pues no es posible cerrar los ojos a los avances tecnológicos y cambios reales de la sociedad, por lo que no debe excluirse la posibilidad de que algún avance o invento de la tecnología pueda en un momento dado auxiliar a las partes para demostrar su interés jurídico en el procedimiento, y que puede llegar a ser de tal manera concreto que cree en el juzgador un total ánimo de convicción.

Por lo anterior, es importante que la ley establezca la posibilidad de que a juicio del juez las partes puedan

(33) Porras y López Armando. Ob. cit.- Pág. 227.

aportar medios de pruebas distintos a los expresamente determinados, pues no se puede olvidar que la finalidad de todo proceso es que sea resuelto de la manera más justa y apagada a derecho, mediante la comprobación al juzgador de la verdad histórica de los acontecimientos.

A manera de conclusión de lo hasta aquí señalado, es relevante manifestar que la materia fiscal regulada por el Código Fiscal de la Federación ordena en sus artículos 130 y 230 que en los recursos administrativos y en los juicios que se tramiten ante el Tribunal Fiscal de la Federación, se admitirán y son admisibles toda clase de pruebas, excepto la testimonial y la confesión de las autoridades mediante absoluciones de posiciones respectivamente.

Ahora bien, el mismo cuerpo legal no precisa los medios de prueba que se pueden ofrecer por las partes, por lo que debemos estar a lo ordenado por el Código Federal de Procedimientos Civiles en materia de pruebas, por ser la legislación aplicable supletoriamente a la fiscal.

Sobre el particular el artículo 93 del Código Procedimental Federal contempla:

"La ley reconoce como medios de prueba:

I. La confesión;

II. Los documentos públicos;

III. Los documentos privados;

IV. Los dictámenes periciales;

V. El reconocimiento o inspección judicial;

VI. Los testigos;

VII. Las fotografías, escritos y notas taquigráficas y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, y

VIII. Las presunciones."

A diferencia de lo apuntado sobre medios probatorios en materia federal, el código procedimental de aplicación local no establece un listado como el anterior, simplemente señala en su artículo 289 que:

"Son admisibles como medios de pruebas aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos."

Independientemente de tal disposición el Código hace una reglamentación expresa en sus diversos capítulos de los siguientes medios probatorios:

- 1.- La confesión.
- 2.- Prueba instrumental.
- 3.- Prueba pericial.
- 4.- Reconocimiento o inspección judicial.
- 5.- Prueba testimonial.

6.- Fotografías, copias fotostáticas y demás elementos.

7.- Las presunciones.

C A P I T U L O I I**=====****LA PRUEBA PERICIAL.**

- A) CONCEPTO DE LA PRUEBA PERICIAL Y DE PERITOS.**
- B) NECESIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL.**
- C) REQUISITOS DE LOS PERITOS.**
- D) OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL.**
- E) DESAHOGO DE LA PRUEBA PERICIAL.**

C A P I T U L O I I

=====

LA PRUEBA PERICIAL.

A) CONCEPTO DE LA PRUEBA PERICIAL Y DE PERITOS.

Antes de entrar de lleno al concepto de prueba pericial y peritos, tema a tratar en este punto del trabajo, cabe señalar que en el Derecho Procesal Civil Romano dentro del procedimiento APUD IUDICEM (la lucha por la sentencia) existía como una de las pruebas el peritaje, no solamente en cuestiones de hecho (agrimensores, grafólogos, médicos), sino también de derecho, por lo que el juez "iudex" debía inclinarse ante la mayoría de las opiniones de los jurisconsultos, investidos del ius publice respondendi. (34)

En rigor, la prueba pericial es aquella que se desahoga y en la que son necesarios los conocimientos de alguna ciencia o arte; es decir, de todas las pruebas podríamos decir que es la más técnica, por que consiste en el dictamen de peritos que en determinada materia rinden a petición de las partes o del juez que debe decidir la controversia.

(34) Margadent S. Guillermo F.- Derecho Romano.- Editorial Esfinge, S.A. de C.V. Pág. 169.

Se ha discutido por los tratadistas si la prueba pericial puede identificarse con la testimonial, o lo que es igual, sostener que los peritos son testigos de calidad debido a que sus conocimientos son mayores o más profundos que aquellos que poseen los demás testigos, y es por ello, que se ha sostenido que a diferencia de estos últimos los peritos deben tener conocimientos especiales en la ciencia o arte a que se refieren los hechos en litigio, razón por la cual, los códigos de procedimientos civiles para el Distrito Federal en su artículo 346 y el código federal de procedimientos civiles en su artículo 144, de aplicación supletoria en materia fiscal, establecen que los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, siempre y cuando la profesión o el arte de que se trata estuviere legalmente reglamentado.

La materia del peritaje puede ser de cualquier especie, según sean los hechos controvertidos, es decir, puede versar sobre las personas y hechos humanos, sobre cosas, ciencias, técnicas, artes e inclusive animales.

A diferencia de los peritos, los testigos dicen de palabra lo que vio, escuchó o sabe, en tanto que los peritos dicen no lo que vieron u oyeron, sino que expresan su criterio respecto de la ciencia o arte a que se refieren los hechos contradictorios, esto es, el perito interpreta el

hecho, determina las causas y prevé sobre los posibles efectos, pero siempre apoyado en la ciencia o arte de la que es conecedor, técnico o especialista.

En la doctrina procesal se ha debatido y discutido de manera amplia la función del perito. Se ha dicho que es un auxiliar del juzgador; que es un medio de prueba; que es un testigo de calidad y finalmente que es un encargado judicial. El maestro José Becerra Bautista ⁽³⁵⁾ sostiene que las funciones de los peritos son dos: ser auxiliar del juez o de la administración de justicia y que además, es un medio de prueba. Dicho autor señala que las funciones que realizan los peritos son:

- 1.- Auxiliar al juez en la percepción de los hechos.
- 2.- Indican al juzgador los principios científicos o técnicos que le permitan deducir consecuencias de hecho.
- 3.- Deducen las consecuencias de los hechos basándose en sus conocimientos especializados.
- 4.- Señalan las consecuencias jurídicas que extraen de la subsunción del hecho de la norma jurídica.

(35) Becerra Bautista José. El Proceso Civil en México. Editorial Porrúa, S.A. 1977. Págs. 123-124.

Es importante señalar que hay dos clases de peritos, los oficiales que son auxiliares de la administración de justicia según dispone el artículo cuarto de la ley orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal del Distrito Federal y los no oficiales, es decir, aquellos que son nombrados por las partes.

La ley considera que los peritajes en los asuntos judiciales implican una función pública y que los profesionales, los técnicos o prácticos en cualquier materia científica, arte u oficio están obligados a prestar su cooperación a las autoridades dictaminando en los asuntos relacionados con sus conocimientos, según disposición del artículo 162 de la ley orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.

Al respecto, Rafael De Pina ⁽³⁶⁾, define la prueba pericial como "aquella que se lleva a efecto mediante el dictamen de peritos". Conforme a esta opinión lo característico de la prueba pericial es la intervención de peritos.

El mismo autor da el siguiente concepto de perito:

"Persona entendida en alguna ciencia o arte que puede ilustrar al juez o tribunal acerca de los diferentes aspectos de una

(36) De Pina Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 241.

realidad concreta, para cuyo examen se requieren conocimientos especiales en mayor grado que los que entran en el caudal de la cultura media." (37)

Según lo anterior, desprendemos que el perito está calificado por ser entendido en alguna ciencia o arte y que la razón de su intervención es ilustrar al juez o tribunal sobre la realidad concreta, en relación a los puntos controvertidos en el litigio.

El procesalista español Jaime Guasp (38) dice que:

"Perito es, por lo tanto, la persona que, sin ser parte, asiste, con la finalidad de provocar la convicción judicial, en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que habian adquirido ya de índole procesal en el momento de su captación."

De lo apuntado encontramos que el perito no debe tener el carácter de parte y que su función es de auxilio, pues su misión es coadyuvar en la administración de justicia; sin embargo, el autor omite precisar que el perito debe poseer conocimientos especializados, que es una característica o cualidad básica que debe poseer todo perito para considerarse como tal.

(37) Ob. cit.- Pág. 2-2.

(38) Ob. cit.- Pág. 244.

Sobre este punto Kisch ⁽³⁹⁾ señala:

"Que los peritos son terceras personas que poseen conocimientos especiales de una ciencia, arte, industria o cualquier otra rama de la actividad humana, los cuales permiten auxiliar al juez en la investigación de los hechos."

El concepto anterior lo constituyen los siguientes elementos:

a) La iniciativa de la prueba pericial puede ser de alguna de las partes, en el ejercicio de su derecho a ofrecer pruebas, o tener su origen en una determinación judicial.

b) La característica de la prueba pericial es la injerencia de peritos o de perito, en razón a que pueden intervenir con ese carácter una o varias personas.

c) Implica el carácter de medio de prueba, en razón a ser uno de los instrumentos que contribuyen a la demostración de los hechos que se han aducido dentro del proceso.

Asimismo, el jurista en cuestión ⁽⁴⁰⁾ define al perito

como:

(39) Kisch. Citado por Arellano García Carlos. Elementos de Derecho Procesal Civil. Traducción de Prieto Castro Leonardo. Pág. 259.

(40) Kisch. Ob. cit.- Pág. 260.

"La persona física, dotada de conocimientos especializados en alguna rama del saber humano, que puede auxiliar al juzgador en el conocimiento de alguno o algunos de los hechos controvertidos en un proceso, sin ser parte en éste."

Señala también como elementos integrantes de su concepto:

a) El perito es una persona física, encargada de realizar un estudio o análisis, exponiendo sus conclusiones en el dictamen.

b) El perito tiene como característica, la pericia en cuanto a la posesión de conocimientos especializados en alguna rama del saber humano.

c) La actividad procesal del perito, es aportar ilustración y auxilio al juzgador.

d) El perito es llamado a su tarea de auxiliar de la administración de justicia, respecto de los hechos controvertidos dentro del proceso.

e) Por último, el perito es un sujeto que no se identifica personalmente con las partes ni con el juez, pues

acude al juicio no para controvertir sus intereses, sino para prestar una labor que coadyuva con la aplicación del derecho.

Por su lado, Humberto Briseño Sierra ⁽⁴¹⁾ considera que la pericial:

"Se trata de un medio de prueba que aparece cuando se confía a técnicos en su oficio, el examen de las cuestiones de hecho que exigen conocimientos especiales."

El procesalista Lessona, citado por Humberto Briseño Sierra ⁽⁴²⁾ establece que:

"La pericia es el medio de prueba al que se recurre cuando, para asegurar la existencia de un hecho o su simple posibilidad, se requieren conocimientos técnicos, o cuando siendo cierta la materialidad del hecho, es necesario, para conocer su naturaleza, cualidad o consecuencias, un conjunto de conocimientos técnicos o científicos."

Por último, señalaremos que para Armando Porras Y Lopéz ⁽⁴³⁾, existen 2 doctrinas que mejor han estudiado la naturaleza de la prueba pericial, mismas que hemos analizado anteriormente, a saber:

(41) Briseño Sierra Humberto. Derecho Procesal Fiscal. Cárdenas, Editor y Distribuidor. 1975. Pág. 504.

(42) Briseño Sierra Humberto. Ob. cit. Pág. 506.

(43) Porras y López Armando. Derecho Procesal Fiscal. Textos Universitarios, S.A. 1980. Pág. 249.

1.- La que considera que el perito es el sujeto que, propuesto por las partes, rinde su dictamen sobre un hecho controvertido en el juicio, que influirá o no, en el sentir y pensar del Juzgador. Para esta doctrina, se trata de un medio probatorio como cualquiera otro.

2.- La segunda teoría considera al perito no como un medio probatorio, sino que es un verdadero auxiliar del Juez, que a fin de ilustrarse mejor sobre conocimientos técnicos de determinada especialidad, para dictar una sentencia más justa, apegándose a los hechos controvertidos, asesorándose de un individuo versado en alguna ciencia o arte.

De los conceptos e ideas expuestas en el desarrollo de este punto, podemos concluir:

a) El perito constituye un auxilio del que puede valerse el juzgador, en su función de administración de justicia, para adquirir determinado conocimiento específico de un tercero que lo lleva a estar en capacidad legal de poder decidir un conflicto de manera apegada a la justicia y a derecho.

Contrariamente a lo discutido por algunos doctrinanos en materia procesal, nosotros creemos que la calidad o

naturaleza del perito es de tal manera clara, que no puede llegar a confundirse con la de un testigo, en primer lugar, como mencionamos en párrafos que anteceden, el perito es un tercero totalmente ajeno a la controversia seguida en virtud de un juicio, el cual no tiene ningún tipo de interés ni legal ni personal, únicamente auxilia al órgano jurisdiccional y, en segundo término, porque el elemento que otorga a una persona el calificativo de testigo es el hecho de que él presenció; que determinada situación le consta de manera personal, a través de sus sentidos, en cambio, el perito trabaja con elementos no propios de su persona, es decir, se concreta a analizar situaciones o hechos ya acontecidos que físicamente no le constan, sino que los deriva de su capacidad técnica sobre esa especialidad.

b) La prueba pericial la podemos definir como el medio probatorio propuesto a iniciativa de alguna de las partes o del propio juzgador, dentro del desarrollo judicial, con la intervención de perito o peritos.

En razón a que el concepto que establecimos de prueba pericial incluye el término perito o peritos, nos conlleva a formular como una tercera conclusión una definición personal de lo que consideramos debe entenderse por tal.

c) Perito es una persona con conocimientos técnicos especializados en una determinada ciencia o arte, la cual

concorre ante la presencia judicial con el único objetivo de auxiliar al juzgador, para la aclaración de un punto determinado, a través de la aportación en el juicio de sus conocimientos, sin tener mayor interés o participación que la de un tercero.

B) NECESIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL.

Aunque en el inciso anterior mencionamos de alguna manera la necesidad de la prueba pericial, no está por demás resaltarla de modo particular en este apartado como lo realizaremos a continuación.

La mayor necesidad de la prueba pericial consiste en el asesoramiento, asistencia, ilustración que requiere el juzgador, por parte de personas tenedoras de conocimientos específicos en alguna rama de la ciencia, de la técnica o del arte, que permitan el entendimiento de algunos datos que han de ser esclarecidos por dichas personas, poseedoras de tales conocimientos, así como la valoración propia de la prueba materia de la experiencia técnica, todo ello encaminado a permitir la función jurisdiccional.

Lo anterior, significa que se recurre al perito mediante el desahogo de la prueba para asegurar la existencia de un hecho, su posibilidad e inclusive ciertas consecuencias, cuando se requieren conocimientos técnicos o

cuando, siendo cierta la materia del hecho, es necesaria para conocer su naturaleza, cualidad o consecuencias de un determinado acto, a través del conjunto de conocimientos técnicos.

En efecto, para poder conocer la existencia o posibilidad de un hecho, así como su naturaleza o cualidad se adentra uno en el problema de la verdad de los hechos contradictorios, problema que ya frente al proceso se plantea no como un problema a discutir, sino como un problema a resolver.

Para hallar y manifestar la voluntad legal concreta correspondiente al caso sometido a juicio, debe el juez conocer el supuesto de hecho del caso concreto, lo cual consigue mediante una reconstrucción de los elementos particulares que ha concurrido a formarlo, a través de la apreciación y valoración de los datos que le son aportados por los medios de prueba ofrecidos por los contendientes, o en un caso determinado, por los que él mismo ha ordenado su desahogo, de aquí la necesidad de recurrir a peritos en determinada ciencia, técnica o arte, para lograr esclarecer o confirmar su criterio y poder decidir el conflicto, en base a los resultados obtenidos y sus posibles consecuencias plasmadas en los dictámenes periciales.

Por lo anterior, la prueba pericial puede en algunos casos, ser un elemento esencial del juicio. Efectivamente, ya que en los juicios es necesario demostrar, por una parte, la existencia de los hechos en que los litigantes fundan sus pretensiones, y por otra, la verdad de las afirmaciones y los razonamientos formulados por ellas.

Asimismo, nuestro derecho positivo señala los casos en que es necesario el desahogo de la prueba pericial.

Esto ocurre así, pues el artículo 143 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la materia fiscal, señala cuando es necesario acudir a los conocimientos de peritos:

"La prueba pericial tendrá lugar en las cuestiones de un negocio relativas a alguna ciencia o arte, y en los casos en que expresamente lo prevenga la ley."

El Código Fiscal de la Federación, en su artículo 231 señala las reglas conforme a las cuales se desahogará la prueba pericial cuando se plantean cuestiones técnicas, reglas que se analizarán detenidamente en otro inciso independiente, correspondiente al desahogo de la prueba más adelante.

Por su parte, el Código Procedimental Civil del Distrito Federal, también dispone los casos en que es necesaria la prueba pericial, en su artículo 293:

"La prueba pericial procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria o lo mande la ley..."

La pericial dentro de un proceso constituye, un medio de prueba que implica por sí mismo la aptitud y el fin de la averiguación de la verdad. En la generalidad de los casos que se van presentando, es menester el esclarecer diversas situaciones que se plantean y que no es posible aclarar con conocimientos ordinarios, por lo que se debe acudir a expertos en la ciencia o arte sobre los que versen los hechos litigiosos.

Los peritos necesariamente son técnicos sobre hechos concretos y determinados, que caen bajo el dominio de la ciencia; son técnicos también por que para percibir ciertos datos se requiere un determinado conocimiento práctico de ellas, de lo cual se auxiliará el órgano jurisdiccional.

De lo anterior, surge la necesidad de redactar un dictamen que contenga la interpretación y análisis de los hechos contradictorios y la opinión personal del perito, de acuerdo a su leal y legal saber y entender sobre los mismos,

el cual debe rendirse dentro de un plazo determinado, dependiendo de la naturaleza del mismo, de su contenido y objeto, del número o volumen de documentos por revisar, etc., debidamente razonado.

Ahora bien, ese dictamen que rinde el perito constituye la conclusión o conclusiones que han de determinar las consecuencias, cuya finalidad es el mejor entendimiento por parte del juez de las cuestiones científicas o técnicas materia de uno o varios puntos de la controversia, obtenida del adecuado examen de los hechos analizados por el perito, de conformidad con su ciencia y su leal saber y entender, cumpliendo con su función de auxiliar del juzgador.

Podemos concluir que el perito como colaborador del Juez, no sólo lo ayuda a comprobar el hecho, sino también a apreciarlo y , aún cuando no decide la controversia, si desempeña una función de asesoramiento que el Juez debe atender en cuanto suple con sus conocimientos técnicos, su falta de aptitudes para apreciar o constatar un hecho, aunque claro está, que el juzgador puede apartarse del resultado de la prueba pericial cuando tenga una convicción contraria, de la valoración que realice de los otros medios de prueba con que cuenta para ello.

C) REQUISITOS DE LOS PERITOS.

Como ya se dejó establecido en párrafos anteriores, perito es la persona entendida en alguna ciencia o arte, que puede ilustrar al Tribunal acerca de los diferentes aspectos de una realidad en mayor grado que los que entran en el caudal de la cultura general media.

El Código Fiscal de la Federación contiene sólo reglas generales a las que debe sujetarse la prueba pericial, tales como la designación de los peritos, el desahogo de la misma, para el dictamen de perito, la sustitución del perito y designación de perito tercero en discordia. El Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria al Código Fiscal, señala que los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de darse su parecer, si la profesión o arte estuviere legalmente reglamentado. Si la profesión o el arte no estuviere legalmente reglamentado, o estándolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas como tal cualquiera personas entendidas, aún cuando no tengan título.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece los mismos requisitos contemplados por el Código Federal.

Por su parte, el Reglamento de Peritos del Tribunal Fiscal de la Federación, establece normas precisas sobre las diversas cuestiones relacionadas con el desahogo de la prueba pericial en los juicios que se tramitan en las salas Regionales, incluyendo requisitos para ser designado perito, en razón de la gran importancia de este medio probatorio para la solución justa de los asuntos.

Antes que nada, es importante destacar que los peritos tienen de acuerdo con el mencionado reglamento, el carácter de asesores técnicos del Tribunal Fiscal de la Federación.

Dentro de los requisitos que establece el ordenamiento secundario en comento, se encuentran: Ser ciudadano mexicano, tener título debidamente registrado en la ciencia o arte correspondiente, en caso de no estar legalmente reglamentada el arte o profesión, deberá ser persona versada en la materia.

Además de cumplir con los requisitos apuntados en el párrafo anterior, la persona que esté interesada en ser perito del Tribunal deberá sujetarse al procedimiento y proporcionar la información que establece el multicitado reglamento, que son los siguientes:

El interesado deberá entregar a la Oficialía Mayor del Tribunal: Acta de nacimiento, Cédula del Registro de Profesiones o autorización para ejercer, Cédula de Registro Federal de Contribuyentes, Currículum Vitae, Dos cartas de presentación y constancia que acredite, cuando menos dos años de práctica profesional, cuando la profesión no esté reglamentada.

El nombramiento de peritos lo hará la Sala Superior por mayoría de 6 votos, cuando menos y se citará al perito para que en sesión pública de la Sala, proteste desempeñar con lealtad su cargo.

Además, de los requisitos exigidos por los ordenamientos jurídicos citados en líneas arriba, podríamos señalar algunos otros requisitos de tipo genérico como son: que tengan capacidad jurídica, que tengan mayoría de edad y plena capacidad mental.

Aún cuando no se exprese en la legislación procesal positiva, es indiscutible que el perito o peritos deben ser mayores de edad en observación a lo dispuesto por el artículo 23 del Código Civil, para el Distrito Federal y para toda la República en asuntos del orden federal, pues los incapaces y menores de edad sólo pueden actuar por conducto de sus representantes y los peritos en principio deben actuar por sí mismos.

El artículo 24 del mencionado Código Civil, otorga a los mayores de edad, la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que la propia ley establece. El artículo 450 del ordenamiento en cuestión, preceptúa en la fracción I, que tienen incapacidad natural y legal, los menores de edad. Por su parte, el artículo 646 del cuerpo legal sustantivo en cita, establece que la mayor de edad comienza a los 18 años cumplidos y el artículo 647 precisa que el mayor de edad dispone libremente de su persona y bienes.

Otros requisitos que tampoco son previstos por los diferentes ordenamientos legales mencionados con anterioridad, pero que se desprenden de la naturaleza propia del perito son: que el perito que haya sido designado para intervenir en un juicio, sea una persona imparcial, fiel a su ciencia o técnica y deberá rendir su dictamen con apego a los dictados objetivos de su especialidad; otro requisito consiste en contar con buenos antecedentes de moralidad, presunción juris tantum con que cuenta todo perito mientras no se demuestre lo contrario.

Los peritos deben contar con conocimientos especializados que les den la habilidad o pericia necesaria con la que ilustrarán y auxiliarán al Juez mediante la emisión de sus dictámenes. Esta habilidad o pericia es el elemento esencial de los peritos, a que se refiere el

artículo 346 del Código Procedimental Civil del Distrito Federal y 144 del Código Procedimental Federal, de aplicación supletoria a la materia procesal fiscal.

El cargo de perito en principio es estrictamente personal e indelegable, pero esto no quiere decir como bien escribe Chioventa ⁽⁴⁴⁾, que el perito debe realizar personalmente todas las operaciones necesarias del peritaje, lo cual sería muchas veces imposible.

Por esta razón el reglamento de peritos del Tribunal Fiscal establece que los peritos del Tribunal deben formular personalmente sus dictámenes y responder de ellos, pero sin embargo, contempla la posibilidad de que cuando los casos lo ameriten podrán utilizar auxiliares a fin de obtener los datos necesarios para su formulación. La anterior posibilidad nos parece lógica, pues ¿Quién puede pretender que el profesional encargado de un peritaje contable haga personalmente toda la serie de operaciones y pruebas contables que son necesarias o que recabe, ordene y analice toda la documentación necesaria por ejemplo, o al Ingeniero a quien se le confía la valoración de la edificación de un centro comercial tome personalmente todas las medidas métricas, las muestras de materiales y realice todas las operaciones matemáticas para la aplicación de los precios unitarios?

(44) Chioventa. Citado por De Pina Rafael. Tratado de las Pruebas Civiles. Editorial Porrúa, S.A.
Págs. 184-185.

En relación con la prueba pericial, se distingue entre lo que es un perito individual y un perito colegiado.

Se habla de perito colegiado cuando se hace referencia a una corporación, a un colegio, a una cámara, a una asociación, etc., como puede ser la Universidad La Salle, el Colegio de Contadores Públicos, el Colegio de Arquitectos o Ingenieros, etc., a las que se puede acudir para obtener un dictamen pericial, aún cuando el Código Fiscal y los Códigos de Procedimientos Civiles Local y Federal no lo prevean de manera expresa.

En realidad, en estos casos el perito colegiado es ordinariamente individual porque normalmente el resultado es un trabajo realizado por un miembro de la persona moral de que se trate, tomando esta última bajo su responsabilidad el dictamen que se emita, pues dicha persona moral se obliga a través de sus órganos a examinar y aprobar el dictamen en cuestión, y lo expide con la garantía de su experiencia y autoridad moral.

Asimismo, existen dos clases o tipos de peritos, los oficiales que son considerados auxiliares de la administración de justicia, de acuerdo con lo previsto por el artículo 4° de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia

del Fuero Común, del Distrito Federal, en su fracción V y los peritos no oficiales o particulares.

Los peritos oficiales son los expresamente designados para el desempeño de su función, enumerando sus funciones en las diferentes leyes de organización de los Tribunales, que se encuentran comprendidos en la relación que al efecto hace el Organo jurisdiccional. En el caso de Tribunal Fiscal de la Federación, éste cuenta con una relación de las personas peritos a los que reconoce como tal, adscribiendo a cada uno de ellos a las diferentes Salas Regionales que lo integran.

Los peritos no oficiales o particulares son aquellos que las partes en el ejercicio de su derecho a ofrecer pruebas designan como su perito para el desahogo de la pericial en cuestión. Cuando se trata de peritos propuestos por las partes, el Tribunal tendrá el deber de aceptarlos, requiriendo a las mismas la presentación de los peritos al local del juzgado para cuidar y vigilar que reúna en el perito propuesto los requisitos de ley, los cuales apuntamos con antelación y que constituyen las condiciones de capacidad en abstracto y en concreto.

D) OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL.

Las partes en todo proceso judicial, es decir, actor y demandado, son quienes se encuentran legitimados para

promover cualquier medio de prueba a efecto de acreditar los hechos constitutivos de su acción aducidos en su demanda y sus excepciones según sea el caso, luego entonces, en principio, son las únicas que pueden ofrecer o aducir las pruebas que consideren pertinentes para producir certeza o convencimiento en el ánimo del Juez sobre los hechos de la litis.

No obstante lo anterior, en nuestra legislación procedimental fiscal y procedimental federal, también se faculta al juzgador para decretar u ordenar las pruebas que considere necesarias o pertinentes para el esclarecimiento de los extremos litigiosos. Dicha facultad se encuentra consagrada en el artículo 230 del Código Fiscal de la Federación al establecer lo siguiente:

"El Magistrado instructor podrá acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los hechos controvertidos o para ordenar la práctica de cualquier diligencia."

La razón del ofrecimiento de la prueba pericial como requisito legal y como orientación para las partes en el proceso está clara y expresamente establecida en el artículo 293 del Código de procedimientos civiles en materia local y 143 del Código procedimental federal, de aplicación supletoria al Código Fiscal de la Federación, pues este

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

último es omiso en cuanto a la procedencia de dicha prueba y, que esencialmente establecen que la prueba pericial procede o tendrá lugar cuando sean necesarios conocimientos especiales o, en las cuestiones de alguna ciencia, arte o industria y en los casos en que la ley lo ordene.

Cabe destacar que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, además de lo apuntado establece que se ofrecerá expresando los puntos sobre los que versará, sin lo cual no será admitida, y si se quiere, las cuestiones que deban resolver los peritos. Disposición semejante contempla el Código Fiscal de la Federación en el Segundo Párrafo de su artículo 213 en el que se establece la obligación por parte de quien desee ofrecer la prueba pericial que se señalen los hechos sobre los que deberá versar la prueba en comento, así como el nombre y domicilio del perito que se pretenda designar, señalamientos sin los cuales se tendrá por no ofrecida la probanza de mérito.

Por lo tanto, la necesidad de que se aporten conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, es lo que fundamenta el ofrecimiento de la prueba pericial.

Establecido lo anterior, ya sabemos quienes pueden ofrecer pruebas dentro de un proceso; sin embargo, ahora cabe preguntar en qué momento las partes pueden hacer ese

ofrecimiento, teniendo como respuesta a tal cuestionamiento, lo establecido en los artículos 122 fracción III, 208 fracción V y 213 fracción V del Código Fiscal de la Federación, que a la letra señalan:

"Art. 122.- El escrito de interposición del recurso deberá satisfacer los requisitos del artículo 18 de este Código y señalar además:

III. Las pruebas y los hechos controvertidos de que se trate."

"Art. 208.- La demanda deberá indicar:

V. Las pruebas que ofrezca."

"Art. 213.- El demandado en su contestación y en la contestación a la ampliación de la demanda, expresará:

V. Las pruebas que ofrezca."

En base a lo narrado en los párrafos que anteceden, tenemos que son las partes y el Juez quienes pueden ofrecer o decretar, según sea el caso, las pruebas dentro de un proceso; debiendo hacerlo al momento de interponerse el recurso administrativo correspondiente o demanda de nulidad, ante el Tribunal Fiscal de la Federación, por parte del recurrente o actor y al momento de producir la contestación a la demanda, por parte del demandado.

Cuando son las partes las que desean probar un hecho cuya naturaleza requiera de conocimientos especializados,

deben ofrecer la prueba pericial, lo cual deberá hacerse en cumplimiento de lo establecido por el artículo 208 del Código Fiscal al presentarse la demanda de nulidad ante el Tribunal Fiscal, por ser un requisito de la misma exigido por la fracción V de dicho ordenamiento y de la contestación a la misma por parte del demandado, según lo exige la fracción V del artículo 213 del ordenamiento legal citado.

Si se ofrece la prueba pericial deberá precisarse el o los hechos sobre los que deba versar, señalando además el nombre del o de los peritos designados, así como su domicilio para efectos de la notificación de su designación, aceptación y protesta del cargo, en su caso, según indica el último párrafo del artículo 208 y segundo párrafo del artículo 213 del Código Tributario.

Estos preceptos no limitan el número de peritos por lo que es posible que exista acuerdo de las partes en su designación.

Al hacer el ofrecimiento de la prueba y la designación del perito y su domicilio, requisitos sin los cuales se tendrá por no ofrecida la misma, deberá acompañarse el cuestionario que desahogará el perito, el cual deberá ir debidamente firmado por el oferente, de acuerdo con lo indicado por los artículos 209, fracción V y 214, fracción III del Código Fiscal de la Federación.

Ahora bien, es relevante destacar que tratándose de recursos administrativos, al mismo tiempo de ofrecerse la prueba pericial, debe acompañarse el dictamen pericial, según disposición expresa del artículo 123, fracción IV del ordenamiento legal tributario.

Cuando el Tribunal advierte que la litis en un juicio versa sobre cuestiones técnicas y las partes no ofrecieron la prueba pericial, puede decretar de oficio el desahogo de la misma con base en el último párrafo del artículo 230 del Código Fiscal, que faculta al Tribunal Fiscal a ordenar la práctica de cualquier diligencia adicional, para mejor proveer, en el entendido de que el ordenar el desahogo de la prueba, deberá precisar el nombre del perito, su domicilio y los puntos sobre los que versará su dictamen, opinión que se encuentra apoyada por las tesis que aparecen publicadas en el tercer tomo del Tribunal Fiscal de la Federación, cuarenta y cinco años, página 231, del juicio en revisión número 302/78, 880/79 y 1031/79. ⁽⁴⁵⁾

E) DESAHOGO DE LA PRUEBA PERICIAL.

Una vez ofrecida la prueba pericial con apago a los requisitos establecidos en el punto anterior, resulta procedente que se admita el medio de prueba propuesto por

(45) Tribunal Fiscal de la Federación, Cuarenta y Cinco Años, Tomo III, Pág. 231.

cualquiera de las partes en el proceso, independientemente de la obligación que el magistrado tiene para admitir dicha prueba en base a lo señalado por el artículo 87 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria al Código Fiscal de la Federación, por disposición expresa del artículo 197 de este último, y del artículo 230 del ordenamiento legal en materia fiscal, los cuales preceptúan:

"Art. 87.- El Tribunal debe recibir las pruebas que le presente las partes, siempre que estén reconocidas por la ley."

"Art. 230.- En los juicios que se tramiten ante el Tribunal Fiscal de la Federación, serán admisibles toda clase de pruebas, excepto la de confesión de las autoridades mediante absolucíon de posiciones."

Como lo apuntamos en el inciso respecto al ofrecimiento de la prueba pericial, claramente estipulamos que el momento procesal para hacerlo es al interponer la demanda de nulidad ante el Tribunal Fiscal por parte del actor, y al momento de dar contestación a la demanda por parte del demandado, y a la presentación del recurso administrativo correspondiente. En razón a lo anterior, el Magistrado instructor del proceso deberá admitir las pruebas ofrecidas por el actor precisamente en el acuerdo en el que admita la demanda de nulidad a trámite, debiendo señalar las pruebas que admite, y según sea el caso, las pruebas que desecha; asimismo el Magistrado deberá recibir las pruebas

ofrecidas por el demandado en el mismo acuerdo por el que se tenga por contestada la demanda en los mismos términos que lo apuntado para el actor.

Cabe señalarse que para el caso de que el instructor por alguna circunstancia deseche alguna de las pruebas ofrecidas por las partes, es procedente el recurso de reclamación en contra del auto que contenga la resolución del Magistrado, dentro de los quince días siguientes contados a partir de aquel en que surta efectos la notificación respectiva, según lo indicado por el artículo 242 del Código Fiscal de la Federación. Por su parte, en contra del proveído en que se admita alguna prueba no es recurrible de conformidad con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 87 del Código Procedimental Federal, aplicable a falta de disposición expresa del Código de la materia.

El artículo 231 del Código Fiscal determina las reglas conforme a las cuales se desahogará la prueba pericial cuando se plantean cuestiones técnicas, que son:

En el auto que admita la contestación de la demanda o de su ampliación se requerirá a las partes para que dentro del plazo de diez días presenten a sus peritos, a fin de que demuestren que satisfacen los requisitos legales, si la prueba pericial a desahogarse es de Contadores, los peritos deben presentar su cédula de profesiones que los acredita

como Contadores Públicos y por ende, para ejercer esta profesión por tener los conocimientos técnicos especializados en la materia, acepten el cargo y protesten su legal desempeño, apercibiéndolas de que si no lo hacen sin justa causa, o la persona propuesta no acepta el cargo o no reúne los requisitos necesarios, sólo se considerará el peritaje de quien haya cumplimentado o satisfecho el requerimiento, esto puede ser, en esta instancia o al momento de haber sustitución de perito por alguna o ambas partes.

Si el Magistrado instructor considera que él debe presidir la diligencia y lo permite la naturaleza de ésta, señalará día y hora para su desahogo, pudiendo pedir a los peritos todas las aclaraciones que estime pertinentes y exigirles la práctica de nuevas diligencias.

El Magistrado instructor otorgará a los peritos un plazo mínimo de quince días para que rindan su dictamen, con el apercibimiento a las partes de que sólo se tomará en cuenta el peritaje rendido dentro del plazo concedido.

Por una sola vez y por causa que deberá justificar al Magistrado instructor antes de que venza el plazo concedido, las partes podrán solicitar la sustitución de su perito, señalando el nombre y domicilio de la nueva persona propuesta.

En el caso en que haya discrepancias entre los dictámenes que emitan los peritos de las partes, la Sala Regional nombrará un perito tercero entre los que ella tenga adscritos y sólo en el caso de que no hubiere perito en la ciencia o arte sobre el cual versa el peritaje, la Sala designará bajo su responsabilidad a la persona que deba rendir dicho dictamen y las partes cubrirán sus honorarios, lo cual sucederá también cuando haya lugar a designar a un perito valuador cuyo nombramiento deberá recaer en una Institución Bancaria.

Por último, el perito tercero en discordia designado por la Sala Regional, puede ser recusado por las partes cuando esté en alguno de los casos de impedimento a que se refiere el artículo 204 del citado Código, lo cual se promoverá ante el Magistrado instructor, dentro de los seis días siguientes a la fecha en que surta efectos la notificación del acuerdo por el que se le designó, quien solicitará al perito recusado que rinda un informe dentro de los tres días siguientes y a falta del informe se presumirá cierto el impedimento, y en caso de declararse fundada la recusación la Sala Regional designará un nuevo perito tercero, de acuerdo a lo ordenado por los artículos 225 y 226 del multicitado Código Fiscal.

Cuando del examen de la prueba pericial rendida ante la Sala de primera instancia aparezcan discrepancias entre

los dictámenes rendidos por los peritos de las partes, sin que se hubiera designado perito tercero en discordia, debe revocarse la sentencia recurrida que se apoyó en la prueba indicada, devolviéndose los autos a la Sala instructora a fin de reponer el procedimiento y nombre perito tercero, criterio sustentado al resolverse por la Sala Superior del Tribunal Fiscal la revisión número 312/75. ⁽⁴⁶⁾

El dictamen es el documento en el que consta la declaración sobre los hechos que formula el Contador Público respecto de los Estados Financieros y su relación con las Declaraciones Fiscales, los cuales serán invocados por las partes para la defensa de sus intereses fiscales. ⁽⁴⁷⁾

El dictamen pericial que, a fin de desahogar una prueba pericial ofrecida en el juicio, rinda el perito deberá, en todo caso, limitarse a resolver las cuestiones técnicas contables que se le planteen, pero en ningún supuesto, podrá entrar el análisis de cuestiones jurídicas o de derecho dándoles una solución determinada, pretendiendo así condicionar la actuación del juzgador, al encubrir bajo una apariencia técnica contable cuestiones que en realidad no son; y es que no debe olvidarse que los dictámenes periciales contables deben basarse sólo en los principios de su propia ciencia, en los documentos y libros a analizar y, en

(46) Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y Cinco Años. Tomo III. Pág. 322.

(47) Porras y López Armando. Derecho Procesal Fiscal. Editorial Textos Universitarios, S.A. Pág. 25.

consecuencia, si los peritos los dictaminan honestamente, de ellos devendrá un conocimiento científico y por tanto imparcial que iluminará al juzgador a fin de emitir su sentencia. En consecuencia los peritos designados deberán abstenerse de señalar en sus dictámenes afirmaciones o proposiciones que vayan más allá del campo estrictamente técnico y contable, criterio sustentado por la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación en la revisión número 185/75. (48)

(48) Tribunal Fiscal de la Federación, Cuarenta y Cinco Años, Tono III, Pág. 325.

C A P I T U L O I I I

=====

**LA PRUEBA PERICIAL
EN EL DERECHO COMPARADO**

- A) CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

- B) CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO ARGENTINO.**

- C) CONCEPTO DE PERITO.**

- D) OFRECIMIENTO, DESAHOGO Y VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL.**

C A P I T U L O I I I

=====

LA PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO COMPARADO

Antes de desarrollar los puntos que integran el tercer capítulo de nuestro trabajo, consideramos importante señalar las causas por las que escogimos para el derecho comparado las legislaciones de España y Argentina.

La primera de ellas fue cuestión geográfica, es decir, escogimos para nuestro capítulo un país del continente Europeo y uno del Americano, para abarcar formas culturales y sociales totalmente diferentes, inclusive desde el origen de cada uno de ellos en cuanto a su formación social, misma que continúa vigente hasta nuestros días. La segunda razón que nos movió para considerar a estos países, es que en lo referente, al derecho en particular tienen la misma fuente o fundamento, esto es, ambos países adoptaron el sistema de Derecho Romano-Germano, lo cual también nos permite compararlos con mayor facilidad y asemejarlos o diferenciarlos con el nuestro. El último motivo es cuestión de simplificación y facilidad para analizar, entender y exponer dos sistemas jurídicos de legislación positiva

compilada y escrita, lo cual implica una mayor facilidad para encontrar las normas y preceptos jurídicos así como la doctrina, que para efectos de nuestro trabajo resultan aplicables, independientemente de que si hubiéramos escogido un país de sistema judicial anglosajón, consuetudinario o mejor dicho jurisprudencial, hubiera resultado necesario primeramente explicar su origen, estructura y funcionamiento de tal sistema legal, realizar una búsqueda interminable de tesis y jurisprudencias referentes a los puntos que en este trabajo tocamos sobre la prueba pericial, lo cual por su extensión y naturaleza podrían ser material para un trabajo entero de tesis recepcional.

Expuestas las razones que nos movieron a escoger al Derecho Español y al Derecho Argentino para incluirlos en nuestro capítulo, procedemos a su desarrollo.

A) CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En virtud de no estimar adecuado entrar de golpe a dar el concepto de prueba pericial en el Derecho de España, por ser una legislación distinta a la nuestra que de alguna u otra forma hemos manejado en capítulos anteriores, creemos conveniente analizar un poco la teoría de la prueba en el derecho extranjero en comento para posteriormente, entrar al concepto de prueba pericial.

En la moderna doctrina se ofrecen dos concepciones distintas de la institución probatoria en España. La primera es una concepción material la cual únicamente ve en la prueba una serie de hechos, una serie de afirmaciones o negaciones realizadas dentro del proceso.

La segunda concepción netamente procesal hace aparecer a la prueba como estrictamente personalizada, dirigida al juez, como un medio de obtener convicción sobre los hechos procesales. (49)

El autor español Luis Pérezagua (50) considera que la primera de las concepciones apuntadas es demasiada simplista al afirmar que la prueba se reduce a afirmar o negar en el proceso, es tanto como decir que desaparece como institución con sustantividad propia porque también se afirma y se niega en la demanda, se presentan y exponen hechos en los momentos procesales indicados, y sin embargo, la prueba sigue teniendo una función propia a priori para cualquier persona que interviene en el proceso.

Siguiendo la línea de la segunda concepción, Jaime Guasp (51) define la prueba como:

(49) Pérezagua Clamarigand Luis. La Prueba en el Derecho Tributario Español. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

(50) Pérezagua Clamarigand Luis. Cb. cit. Pág. 61.

(51) Guasp Jaime. Derecho Procesal Civil. Madrid, Pág. 11.

"El acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo".

De esta definición inmediatamente resaltan elementos que nosotros manejamos en el apartado b) del primer capítulo, y que son el hecho de que la prueba va dirigida al juzgador y tiene como finalidad lograr su convencimiento, a través de la demostración de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados -("datos lógicos" para Guasp)- que se tienen que considerar al momento de dictarse sentencia o resolución.

La legislación española reputa a la prueba como una institución mixta, esto es, forma parte del Derecho Civil y en parte del Derecho Procesal, perteneciendo al Derecho Civil los problemas de fondo de la prueba que determinan la fuerza probatoria de los medios de prueba, y al Derecho Procesal los problemas de forma que prescribe el rito procedimental de la misma.

Para Luis Perezagua ⁽⁵²⁾ la prueba es una institución, jurídicamente procesal; pese a su regulación mixta en la legislación de España, y su estudio debe adecuarse lógicamente en los Tratados de Derecho Procesal, en razón de que la prueba constituye un medio para convencer al juzgador de la existencia o inexistencia de datos lógicos del proceso.

(52) Perezagua Clamarigand Luis.- La Prueba en el Derecho Tributario Español. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. Pág. 56.

El objeto de la prueba es la materia que debe ser probada o tema de la prueba, esto significa que el objeto de la misma son únicamente aquellos hechos que puedan ser usados en juicio, y sólo deben admitirse pruebas que hagan referencia al pleito principal, en virtud de que los argumentos filosóficos y jurídicos (normas) son conocidas por el juzgador.

Respecto a la prueba de los hechos, es regla general que las partes deben probar todos los hechos que alegan, pues de otro modo el juez no tendría elementos suficientes de decisión, ya que no puede dar por ciertos los hechos, tomando en cuenta únicamente las afirmaciones de los interesados. Ahora bien, al igual que en nuestra legislación procesal, también en la española existen una serie de hechos, que por razón de economía de tiempo en el proceso, dispensan de pruebas, a saber:

- 1) Los hechos admitidos por las partes.
- 2) Los hechos presumidos por la ley y
- 3) Los hechos notorios y públicamente conocidos.

En cuanto a la valoración de la prueba por tratarse de un punto específico que trataremos más adelante en este capítulo, únicamente nos limitaremos en este momento a apuntar que la doctrina española contempla un estudio de los sistemas, criterios (así conocidos por dicha doctrina) de la prueba legal o prueba tasada; criterio de la prueba libre o la libre apreciación de la prueba, consistiendo el primero de ellos en que la ley debe indicar el valor de las pruebas, estando vinculado el juez a dar por probados los hechos según las normas legales; y en el segundo, el juez debe apreciar y valorar las pruebas según su recto criterio.

Ahora bien, autores españoles como Luis Perezagua ⁽⁵³⁾ niegan que entre los dos sistemas contemplados, de prueba libre y prueba tasada, exista algún criterio intermedio doctrinalmente hablando (sistema mixto), por la razón de que si las reglas de apreciación son definidas legal o jurisprudencialmente hacen de la prueba una prueba tasada; pero si no tienen tal formulación, son una simple indicación de que la prueba es de libre apreciación.

Por medios de prueba entiende cualquier elemento que se utiliza para formar la convicción del juez sobre las afirmaciones y negaciones del proceso.

(53) Perezagua Clamerigand Luis. Ob. cit.- Pág. 61.

Así, la legislación española y, en particular la ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil, numeran cuáles son los medios probatorios admisibles dentro de cualquier proceso.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 578 establece:

"Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: confesión en juicio; documentos públicos y solemnes; documentos privados y correspondencia; los libros de la comerciantes que se lleven con las formalidades prevenidas en la Sección 2a. Título II, Libro I del Código de Comercio; dictamen de peritos; reconocimiento judicial; testigos".

Por su parte, el Código Civil en su artículo 1,215 contempla:

"Las pruebas pueden hacerse por instrumentos, por confesión, por inspección personal del juez, por peritos, por testigos y por presunciones".

Doctrinalmente Guasp ⁽⁵⁴⁾ hace una clasificación de los medios probatorios, según que el elemento empleado sea una persona, una cosa o actividad. Así distingue:

(54) Guasp Jaime. Derecho Procesal Civil. Págs. 340-341. Madrid.

- 1) pruebas personales: confesión, testimonio y pericia;
- 2) pruebas reales: documentos y reconocimiento judicial;
- 3) prueba basada en hechos: las presunciones.

Entrando a analizar los artículos que hacen referencia directa a la prueba pericial en los diversos códigos y leyes españoles encontramos que:

El Código Civil español, además del artículo antes mencionado el legislador sólo dedicó otros dos preceptos a la prueba de peritos, los artículos 1,242 y 1,243.

En el primero se establece cuando puede ser admitida, restringiéndola únicamente a los casos en que sean necesarios conocimientos artísticos, científicos y prácticos y, el segundo, remite a la Ley Procesal para efectos de la valoración del medio probatorio que comentamos.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil se contempla una serie de normas respecto a la prueba pericial, regulando la forma en que ha de hacerse esta prueba, la condición de

perito y su recusación, finalmente, la discordancia de dictámenes e intervención de las partes en esta materia.

Así mismo, el artículo 632 preceptúa que los jueces y tribunales apreciarán la prueba pericial, según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos.

Con lo hasta aquí expuesto, concluimos las disposiciones sobre la prueba en comento en la legislación común española, por lo cual procederemos a estudiar la prueba pericial dentro del proceso tributario español.

Así las cosas, tenemos que Fenech ⁽⁵⁵⁾ habla de dos fases en el proceso tributario: "la fase de proceso interno que está integrada por la gestión tributaria y por la ejecución, consecuencia de la resolución de los órganos económico-administrativos; y la fase del proceso externo, que se llena con las actuaciones de los tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa".

Aquí cabe mencionarse que los Tribunales económico-administrativos conocen únicamente de procesos iniciados mediante pretensiones tributarias, mientras que los contencioso-administrativos conocen siempre las pretensiones

(55) Fenech, Derecho Procesal Tributario. Tomo III. Pág. 99. Barcelona.

basadas en una norma administrativa que no es necesariamente tributaria.

Específicamente en la fase jurisdiccional tributaria, el mismo Fenech ⁽⁵⁶⁾ ha dicho que "constituyen el objeto de la prueba todos aquellos hechos en que se fundamenta la reclamación económico-administrativa de cuya existencia depende la resolución de un punto de importancia para el proceso, o que han de tener en cuenta los Titulares del órgano para resolver cuestiones no planteadas por el interesado reclamante".

De la anterior transcripción resalta a todas luces la facultad que la legislación española en el artículo 119 de la Ley de Procedimientos Administrativos, otorga a los Tribunales tanto económicos como contenciosos, facultad para resolver cuestiones no planteadas por los interesados.

Luis Perezagua ⁽⁵⁷⁾ comenta que algunos autores y en algún momento cierta jurisprudencia, han entendido que el Derecho en algunos procesos también debe ser alegado y probado, concretamente se habla del supuesto de aplicabilidad del Derecho extranjero y su necesidad de probar su vigencia al caso determinado.

(56) Fenech. Ob. cit.- Pág. 279.

(57) Perezagua Clamagrand Luis. La Prueba en el Derecho Tributario Español. Instituto de Estudios Fiscales. Pág. 188. Madrid.

A pesar de la anterior opinión el tratadista que nos ocupa sostiene que realmente no se está haciendo otra cosa que probar hechos y no derecho, pues el objeto de la prueba en el principio apuntado en el párrafo que antecede, no consiste en probar la norma extranjera en sí, sino el hecho de su vigencia, existencia y aplicabilidad, por lo que, el objeto de la prueba está siempre constituido por hechos y no por normas o derecho.

Por último, para proceder posteriormente a desarrollar el punto concreto de este inciso del trabajo, establecemos que el artículo 99 del Reglamento de las Reclamaciones Económico-Administrativas señala en su párrafo primero:

"Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba".

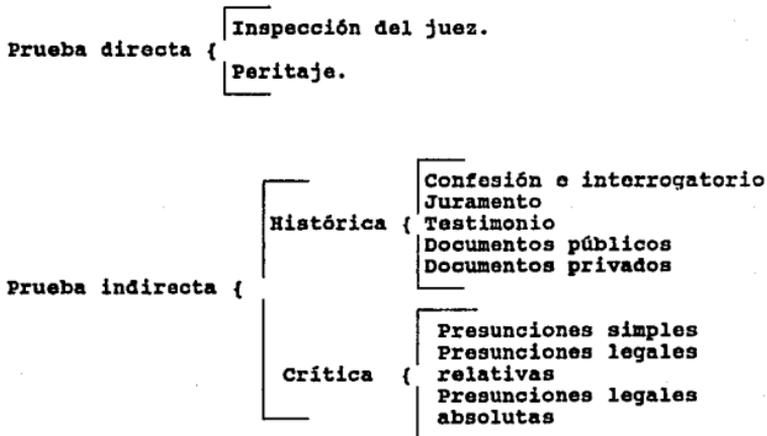
Y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa contempla en el artículo 74 cuarto párrafo que:

"La prueba se desarrollará con arreglo a las normas establecidas para el proceso civil ordinario".

En la legislación de Jurisdicción Económica expresamente se establece que no existe limitación de medios

probatorios, en la jurisdicción contenciosa tampoco existe limitación alguna, salvo que sea una norma la que expresamente prohíba la admisión de algún medio probatorio o por la naturaleza del proceso éste sea totalmente inadmisibles.

Pugliese ⁽⁵⁸⁾ clasifica a los medios de prueba de manera tal que pese a ser doctrinal y extranjera (Italiana), tiene perfecta adecuación a la legislación española y a los medios probatorios que en ella se conocen:



Entrando de lleno a nuestro punto, la doctrina española por conducto de Luis Perezagua ⁽⁵⁹⁾ define a la prueba pericial o dictamen de peritos como "aquel acto

(58) Pugliese. Citado por Perezagua Ciamagrand Luis. Ob. cit. - Pág. 201.

(59) Ibidem. Pág. 204.

procesal que tiende a llevar al convencimiento del juzgador la veracidad de un hecho, por medio de declaraciones de conocimientos emitidas por personas que no son parte en el proceso y que poseen determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos".

La prueba pericial alcanza en el proceso tributario una gran relevancia, no sólo porque su admisibilidad sea común a los demás medios probatorios sino por la propia esencia del proceso. En efecto, en los procesos tributarios y dada la complejidad cada vez más creciente de la legislación fiscal, los problemas probatorios requieren un conocimiento amplio de materias de diversa índole.

La complejidad de los hechos impositivos regulados en los distintos textos de los impuestos hacen imposible el conocimiento total y absoluto de las diversas ramas de las ciencias que guardan relación con el Derecho fiscal, de ahí la importancia del peritaje y la frecuencia de su utilización en los procesos tributarios.

Finalmente el objeto de la prueba, es un dictamen o informe sobre cualquier hecho, cosa o situaciones fácticas que se produjeran y que requieran un cierto grado de conocimiento artístico, científico o práctico.

B) CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO ARGENTINO.

Por lo que hace al Derecho tributario Argentino haremos mención a algunos elementos y caracteres generales para posteriormente centrarnos en el punto medular del presente inciso, de manera igual a lo expuesto para la legislación española.

Asentado lo anterior, señalaremos que el proceso tributario argentino se caracteriza como un sistema procesal con amplias facultades y atribuciones del juez para llegar a determinar las reales situaciones jurídicas sustantivas, es decir, las obligaciones tributarias y las pretensiones del fisco, aún más allá de las alegaciones y probanzas de las partes.

En todo proceso tributario, ya sea que se impugnen determinaciones o acciones de repetición, por la vía administrativa o judicial, a excepción del juicio de apremio, corresponde la posición de actor al contribuyente o responsable, y al fisco la de demandado.

Un aspecto del derecho tributario argentino que nos llama la atención, en virtud de tratarse de una figura jurídica que nuestro derecho fiscal no contempla en el Código Tributario Federal, ni otorga siquiera tal posibilidad, es la existencia de la reconvenición por parte del fisco argentino.

Así, tenemos lo apuntado por el tratadista Dino Jarach ⁽⁶⁰⁾ a este respecto del hecho de que la pretensión del contribuyente no determina el contenido del litigio (litis), ya que la Dirección (Dirección General Impositiva) puede no solamente defenderse de la acción entablada, sino exigir, a su vez, el cumplimiento de las obligaciones tributarias vinculadas con la acción de los contribuyentes o responsables, lo cual constituye una verdadera reconvencción por el fisco.

Lo anterior, tiene su fundamento en lo dispuesto por el artículo 72 penúltimo párrafo de la ley 11.683, según la cual la reclamación del contribuyente por repetición de Impuestos faculta a la Dirección, cuando estuvieren prescriptas las acciones y poderes fiscales, para verificar la materia imponible por el período fiscal a que ellas se refieren y, dado el caso, para determinar y exigir el impuesto que resulta adeudarse, hasta anular el saldo por el que prosperase el recurso.

Sobre lo apuntado sentimos que existe una contradicción en la disposición Argentina, la cual establece que una vez intentada la acción por parte del actor o contribuyente, de manera aparentemente automática, faculta al

(60) Jarach Dino. Curso Superior de Derecho Tributario. Liceo Profesional Címa. Pág. 439. Buenos Aires.

fisco para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias del accionante, aún y cuando ya hayan prescrito sus facultades para ello.

Si lo analizamos a la luz de nuestro derecho sentimos que tal disposición ocasiona una gran inseguridad e indefensión jurídica para los particulares, pues resulta ser que las facultades de fiscalización de la autoridad nunca se extinguen por prescripción.

Las acciones y recursos ante la Dirección General Impositiva previstas en la ley 11.683 son dos: el recurso de reconsideración y la demanda de repetición.

El recurso de reconsideración está especialmente autorizado por el artículo 71 de la citada ley, contra resoluciones que impongan multas o determinen impuestos y accesorios en forma cierta o presuntiva o se dicten en reclamos por repeticiones de impuestos.

Este recurso tiene el carácter alternativo, ya que es opcional su interposición o ejercer directamente ante el Tribunal Fiscal el de apelación. Disposición que guarda semejanza con lo previsto en nuestro Código Fiscal en su artículo para el recurso de revocación.

Una vez ejercida cualquiera de las vías o recurso, tiene vigencia el principio de que elegida una de ellas no se puede recurrir luego a la otra. Principio que consideramos muy lógico, pues tiende a evitar una repetición o ejercicio doble de derechos por dos vías distintas en las cuales de permitirse, podría dar lugar a grandes confusiones y sobre todo contradicciones de tesis o sentencias, además de ser excluyentes una de la otra por principio de definitividad, conforme al cual debe agotarse primeramente la vía intentada para luego poder alcanzar otra en distinta instancia.

El procedimiento del recurso de reconsideración se rige esencialmente por las siguientes normas: El recurso debe interponerse ante la Dirección General Impositiva o las oficinas del interior de la República mediante presentación directa del escrito o por entrega al correo en carta certificada con aviso especial de retorno; se establece como plazo perentorio para su interposición el de quince días hábiles a partir de la notificación de la resolución que se recurre; deberán acompañarse u ofrecerse todas las pruebas que se tuvieran, sin que se tenga la posibilidad posterior de admitirse otros escritos u ofrecimientos de pruebas; por último el juez administrativo, recibidas y sustanciadas las pruebas ofrecidas, deberá dictar su resolución en el término de sesenta días hábiles y notificarla al interesado.

La resolución recaída en el recurso podrá ser recurrida o invalidada solamente por la Justicia Nacional y obligará al pago de los impuestos y accesorios sin que las acciones tendientes a anularla tengan efecto suspensivo del pago y otorgará a la Dirección la facultad de perseguir su cobro por la vía de apremio.

La anterior instancia consagrada por el derecho argentino comparándola con el nuestro, tiene semejanza a lo dispuesto por nuestra legislación tributaria al conceder al contribuyente o particular la instancia de recurrir al Tribunal Fiscal de la Federación para impugnar la resolución recaída a cualquiera de los dos recursos previstos por el mencionado ordenamiento legal, con la diferencia de que en México, el hecho de combatir la resolución dictada en el recurso y garantizar el monto de las contribuciones determinadas junto con sus accesorios, otorga la posibilidad de solicitar y obtener la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución tendiente al cobro de los créditos fiscales.

La segunda esfera de competencia de la Dirección General en materia de procedimientos contenciosos consiste en la demanda de repetición.

En efecto, dicha competencia la otorga a la Dirección el artículo 74 de la ley 11.683, el cual establece que en el

caso en que el pago de impuestos hubiera sido efectuado sobre la base de la declaración jurada presentada por el propio contribuyente o responsable. Asimismo, corresponde a la Dirección la acción de repetición cuando el impuesto hubiera sido pagado en virtud de una liquidación administrativa efectuada por sus propios funcionarios.

Como ya hemos indicado, la Dirección además de defenderse de la demanda de repetición, también puede ejercer una reconvencción, determinando el impuesto correspondiente. Si la acción del fisco para efectuar la determinación hubiera prescrito, la reconvencción sólo puede prosperar hasta compensar el monto por el cual prospere la demanda de repetición del contribuyente, si en cambio, no hubiera prescrito la reconvencción puede ir más allá de la compensación del saldo a favor del contribuyente, facultad que sólo puede hacerse valer ante el Tribunal Fiscal. (61)

La ley 15.265 creó en el ámbito nacional el Tribunal Fiscal, orgánicamente comprendido en la esfera del Poder Ejecutivo, pero con independencia funcional y con las garantías necesarias, para que los jueces no estén sometidos en su juzgamiento, sino a leyes materiales y formales sin ninguna subordinación a órdenes impartidas por autoridades jerárquicamente superiores. (62)

(61) Jarach Dño. Ob. cit.- Pág. 449.

(62) Ibidem. Ob. cit.- Pág. 450.

La composición del Tribunal comprende un presidente y once vocales. El presidente debe ser abogado y los vocales deben ser siete de ellos también abogados y cuatro doctores en contaduría pública.

El Tribunal Fiscal tiene doble esfera de competencia: una competencia originaria como autoridad jurisdiccional para conocer en materia de demandas de repetición o recursos de amparo y otra competencia como tribunal de apelación, o sea, de segunda instancia en materia de resoluciones de la Dirección General Impositiva que determinen impuestos, liquiden recargos o apliquen multas u otras sanciones. (63)

Las características generales del funcionamiento de Tribunal son: a) la iniciativa procesal reconocida únicamente a contribuyentes, responsables y terceros contra el fisco y la negación de toda acción o recurso de fisco contra los contribuyentes y demás sujetos particulares.

Este principio procesal argentino difiere y es diametralmente opuesto a lo que el legislador mexicano consideró al expedir el Código Fiscal de la Federación, pues en nuestra legislación si se le reconoce y otorga acción al fisco federal para demandar ante el Tribunal Fiscal la nulidad o modificación de un acto favorable a un particular,

(63) *Ibidem*, Pág. 463.

atento a lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 207 y 36 del ordenamiento legal en comento.

b) La amplitud de las facultades del Tribunal para establecer la verdad de los hechos y resolver el caso independientemente de lo alegado por las partes, impulsando de oficio el procedimiento.

Este principio pudiera tener una apretada similitud con la legislación mexicana en cuanto a que el juzgador puede establecer la verdad de los hechos y resolver independientemente de lo alegado por las partes, si tales hechos son notorios o del conocimiento de la gran mayoría de la gente de cultura media.

c) El tribunal puede disponer medidas de prueba diferentes de las ofrecidas o sustanciadas por las partes hasta el momento de dictar sentencia, inclusive cuando existiere acuerdo de las partes sobre los hechos. Asimismo, tiene facultad para distribuir la carga de la prueba y exigir a cualquiera de las partes en litigio pruebas determinadas, bajo el apercibimiento de tener por inexistentes los hechos a que esa prueba se refiera.

El mencionado principio es idéntico al consagrado en el Código Tributario Federal en su artículo 231 llamado diligencias para mejor proveer, facultad conforme a la cual

el magistrado instructor podrá acordar la exhibición de cualquier documento u ordenar la práctica de cualquier diligencia.

d) El procedimiento se rige por el principio de oralidad con carácter riguroso establecido por el artículo 128 de la ley 11.683, que fulmina con nulidad sin posibilidad de confirmación las violaciones de dicho principio. Sin embargo, la propia ley establece que la demanda o recurso, la contestación y el pedido de reanudación de una causa suspendida deben ser por escrito.

Dicho principio es radicalmente opuesto a la legislación procesal mexicana aplicable en todas las materias, ya que nuestro procedimiento sigue el principio de escritura, es decir, todo acto procesal debe ser por escrito, al grado tal de que algunas legislaciones específicas, como la fiscal otorga gran importancia a la formalidad escrita, ya que toda promoción ante autoridades fiscales como el Tribunal además de ser escrito deben de ir firmadas, pues de lo contrario la promoción se tendrá como no presentada, según lo ordenado por los artículos 18 y 199 del Código de la materia, semejante disposición consagra también la Ley de Amparo.

e) Principio de inmediación, o sea, la sucesión de los actos procesales y de la sentencia sin soluciones de

continuidad, esto es, la sentencia debe seguir de inmediato al último acto procesal, representado por la vista de causa.

Lo anterior constituye en nuestro derecho procesal fiscal el que la sentencia debe seguir de inmediato al último acto procesal, siendo por el acuerdo que dicta el magistrado instructor sobre el cierre de la instrucción, vencido el plazo previamente otorgado a las partes para presentar alegatos por escrito.

Establecido lo anterior, pasaremos a mencionar que la propia ley 11.683 en su artículo 85 inciso c) contempla, en el caso de que el Tribunal incumpla con los términos fijados en el ordenamiento legal, un recurso por retardo de justicia ante la Cámara Nacional competente.

Tal recurso tiene procedencia una vez que cualquiera de las partes haya urgido por escrito la sentencia no dictada por el Tribunal Fiscal de la Nación y haya transcurrido desde la fecha de dicho escrito diez días. Se presenta la queja con copia de tal escrito ante la Cámara, la cual requerirá al Tribunal que dicte el pronunciamiento dentro de los quince días desde la recepción del oficio. Vencido el término sin dictarse sentencia, la Cámara solicitará los autos y se abocará al conocimiento del caso.

De entrada notamos que el ejercicio de este recurso por alguna de las partes en virtud de haber transcurrido en exceso el plazo para que el Tribunal Fiscal dicte sentencia, podría implicar una demora de tiempo aún mayor para obtener la resolución correspondiente, en primer lugar por una cuestión práctica consistente en la demora que existe en algunos juzgados para enviar los expedientes de los asuntos que ante ellos se tramitan a otro distinto, la segunda causa es cuestión de lógica y técnica jurídica, ya que una vez recibido el expediente por el nuevo Tribunal que se encargará de resolver el asunto, deberá hacer un nuevo estudio y análisis para estar en posibilidad de dictar sentencia, hecho que por muy rápido que sea toma un considerable período de tiempo para ello; situaciones por las que en la práctica cabría preguntarse si es más conveniente esperar un poco y presionar al juzgador originario o ejercer la acción que la ley argentina otorga a los contendientes para promover el recurso de retardo, claro la opinión expresada es en base a lo que sucede en nuestros juzgados y tribunales.

Por otro lado, esta figura jurídica argentina puede compararse e inclusive igualarse a nuestra excitativa de justicia (artículo 240 y siguientes del Código Fiscal de la Federación), a través de la cual las partes pueden acudir a la Sala Superior del Tribunal Fiscal, si el magistrado instructor no formula el proyecto respectivo dentro del plazo de sesenta días siguientes al cierre de instrucción para

ello, y que en el caso de ser fundada la excitativa se otorga al instructor un plazo de quince días para que formule el proyecto correspondiente, ya que de no cumplir con tal obligación será sustituido.

Las etapas de procedimiento ante el Tribunal Fiscal de la Nación son: El escrito de recurso debe ser interpuesto ante el Tribunal dentro de los quince días de notificada la resolución administrativa, expresando todos los agravios del apelante y ajustarse a los requisitos de forma y condiciones que establece el reglamento del Tribunal, descripción de los hechos invocados, el derecho aplicable y los petitorios.

No existe obligación de acompañar las pruebas que se posean, ya que el apelante puede acompañar las pruebas en su poder o bien, reservarse el derecho para hacerlo en la etapa procesal correspondiente.

Diferencia marcada con nuestro derecho fiscal ya que nos obliga por disposición expresa a acompañar y ofrecer pruebas junto con el escrito de recurso o demanda de nulidad, así como en la contestación.

La segunda etapa procesal es el traslado del recurso o demanda a la Dirección General, la cual deberá contestar el recurso de apelación dentro de los 30 días, acompañando el

expediente administrativo y las demandas de repetición en el plazo de 60 días.

Una disposición contenida en la legislación argentina que nos parece poco ajustada al principio de celeridad, ya que consideramos que puede prestarse a tácticas dilatorias por parte de la demandada lo que implica lentitud en el proceso por pérdida de tiempo, es la contenida en el artículo 135 de la ley 11.683, por la cual a falta de contestación del traslado, el Tribunal no puede como en México decretar la preclusión de la instancia, sino que debe realizar un nuevo emplazamiento a la Dirección por el término de diez días, bajo apercibimiento de dar por extinguida la pretensión fiscal apelada.

La tercera etapa procesal la constituye la determinación del contenido y naturaleza de la materia en litigio, planteamiento de las cuestiones previas, reconocimiento de los hechos y la instructoría de la causa mediante el ofrecimiento y sustanciación de las pruebas.

Algo que consideramos peculiar es la existencia de un acuerdo que debe surgir entre las partes acerca de los puntos mencionados en el párrafo que antecede, dentro del plazo de diez días para tal efecto. Una vez celebrado el acuerdo entre las partes, éste debe presentarse por escrito ante la Secretaría del Tribunal.

La ley establece expresamente la facultad del instructor de exigir a cualquiera de las partes una prueba determinada, bajo apercibimiento de tener por existentes los hechos a que esa prueba se refiera, es decir, el Tribunal puede imponer la carga de la prueba sin estar atado a ningún principio general de carácter procesal acerca de dicha carga.

Asimismo, la ley prevé la posibilidad de que las pruebas sean tramitadas directamente entre las partes y que su resultado se incorpore al proceso, pero por lo que hace a la prueba de peritos se sustanciará con la intervención directa del Tribunal.

La ley no contiene disposición alguna acerca de las pruebas admitidas o no, de lo que concluimos que no hay ningún medio de prueba que esté excluido en el proceso tributario ante el Tribunal Fiscal Argentino.

La instrucción se cierra una vez producidas todas las pruebas ofrecidas por las partes o dispuestas por el instructor.

La cuarta etapa del procedimiento lo integra la vista de la causa, la cual puede ser requerida por las partes o desistida por ellas. Sin embargo, el Tribunal puede disponer la audiencia de vista, para que se debatan o esclarezcan las cuestiones en litigio.

A dicha audiencia de vista de la causa concurren las partes, los peritos que hubieren dictaminado, el funcionario responsable de la determinación del impuesto y los testigos que intervinieron.

La única razón a la cual obedece tal disposición del derecho argentino que se nos ocurre para citar a las mencionadas personas, es que el tribunal pueda requerir las declaraciones o explicaciones que estime necesarias para influir en su ánimo y lograr o no determinada convicción, siendo importante para nuestro trabajo, el que el juzgador pueda solicitar a los peritos que intervinieron en el proceso todos los datos necesarios que lo auxilien para adquirir un conocimiento especializado en determinada ciencia o arte para estar en posibilidad de emitir el fallo correspondiente.

En tal audiencia apunta la legislación argentina, las parte alegarán oralmente sobre la prueba producida y expondrán las razones de derecho que le asisten.

La última etapa la forma la sentencia, la cual debe ser dictada dentro del plazo de cinco días posteriores a la audiencia de vista de la causa.

Expuesto todo lo anterior, es tiempo de proceder el punto concreto a que se refiere el presente inciso de este trabajo, a lo cual procedemos.

Por lo que hace al Derecho argentino, al igual que el español y mexicano, la prueba pericial en términos generales consiste en aportar al juzgador ciertos conocimientos científicos o artísticos por una persona especializada con el fin de ilustrarlo sobre una cuestión técnica determinada controvertida por las partes en un procedimiento.

Entrando de lleno a la prueba en comento en materia fiscal, la pericia sólo constituye un aporte ilustrativo para quien en su resolución puede tanto aceptar las conclusiones periciales como prescindir de ellas, fundando los considerandos a ese respecto.

Lo anterior, nos lleva a concluir que la prueba pericial en el derecho fiscal argentino, al igual que en la otra legislación estudiada y la nuestra, tiene gran relevancia e importancia, debido a la propia naturaleza y complejidad de las disposiciones fiscales, las cuales requieren cada vez más de un conocimiento profesional especializado en ciencia distinta a la jurídica, como lo es la contable, la cual resulta ser necesaria para demostrar y comprobar la forma en que en los libros se registran las operaciones, situaciones de las cuales pueden surgir

conflictos en cuanto a la forma de integrar la contabilidad de las personas.

Es de lo apuntado que en la práctica argentina, de acuerdo a los autores analizados en este punto, la determinación de impuesto de manera legal o de acuerdo a la realidad material, requiere del auxilio de peritos contables para la interpretación de los principios de tal ciencia que permita al juzgador normar su criterio sobre el punto en cuestión.

C) CONCEPTO DE PERITOS.

Por medio de prueba la legislación española entiende: "aquel elemento, que de una forma u otra, sirve para llevar al ánimo del juzgador el convencimiento sobre la verdad o certeza de un determinado hecho". (64). En este sentido, medio de prueba puede ser cualquier elemento que las partes puedan manejar y aportar al proceso para la consecución de su fin.

Por prueba pericial apuntamos que es aquel acto procesal que tiende a llevar al convencimiento del juzgador la veracidad de un hecho por medio de las declaraciones

(64) Fenech, Derecho Procesal Tributario. Tomo VI. Pág. 234. Barcelona.

emitidas por personas que no son parte del proceso y que poseen determinados conocimientos. (65)

En virtud de no existir en la doctrina y legislación española analizada para elaborar este trabajo una definición o concepto propio de perito, nos permitimos transcribir la de medio de prueba en general y la prueba pericial en particular, para tratar de conformar o derivar de ellas dos una definición propia de lo que es perito, estableciéndola en los siguientes términos:

Perito es aquella persona poseedora de determinados conocimientos científicos, artístico o prácticos, que sin ser parte de un proceso jurisdiccional interviene en él, con el objeto de auxiliar e ilustrar al juzgador sobre alguna cuestión concreta del juicio, a través de las declaraciones contenidas en el dictamen que para el efecto elabora.

Ahora bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 615 preve que los peritos deberán tener título de tales en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre los que han de dar su dictamen.

Dadas las amplias facultades de que gozan los Tribunales económicos y los de jurisdicción contenciosa españoles para practicar toda clase de pruebas y proveer en

(65) Perezagua Clamagirand Luis. La Prueba en el Derecho Tributario Español. Instituto de Estudios Fiscales. Pág. 204.

este sentido, puede llegar a ser admisible que sea perito en un determinado asunto el propio funcionario de la Inspección que actuó en la fase de gestión, pues no existe precepto que lo prohíba expresamente, pero es requisito *sin equa non* para que ese funcionario venga al proceso como perito el que haya sido a instancia del propio juzgador.

En Argentina ocurre el mismo problema con el que nos topamos al desarrollar en este punto lo concerniente al derecho español, en el sentido de no localizar una definición de perito en materia tributaria específicamente, por lo cual al señalar un concepto propio, nos remitimos a lo señalado con anterioridad.

Cabe destacar lo que consideramos a fin con nuestro inciso de la prueba en cuestión, mencionando que los funcionarios de la Administración Pública pueden ser designados como perito y producir, en tal virtud, dictamen independiente de toda autorización administrativa, a menos que lo inhíba una prohibición general de la ley, o del superior jerárquico competente para imponer la prohibición que, en caso de ser transgredida, lo haría acreedor de una sanción administrativa disciplinaria, pero que no tendría tal fuerza como para invalidar la decisión judicial que ha designado al perito; situación que se da por razones de orden

técnico (idoneidad profesional) y moral (dependencia jerárquica) como del orden fiscal (retribución). ⁽⁶⁶⁾

D) OFRECIMIENTO, DESAHOGO Y VALORACION PRUEBA PERICIAL.

En cuanto al ofrecimiento de la prueba, el Derecho español parte del principio procesal, en virtud del cual únicamente se puede pedir recibimiento (ofrecimiento) a prueba en los escritos de demanda y contestación. ⁽⁶⁷⁾

Vemos que en este punto la legislación fiscal española coincide que la mexicana, en la que de acuerdo con la última, el ofrecimiento de pruebas debe hacerse en la demanda y contestación por el actor y demandado respectivamente, según lo disponen los artículos 208, fracción V y 213, fracción V del Código Fiscal de la Federación.

En materia de Jurisdicción contenciosa administrativo, el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil apunta que el plazo para proponer (ofrecer) y practicar las pruebas será de 30 días comunes, siendo las normas de la mencionada ley las que resuelven cualquier problema probatorio.

(66) Bielsa Rafael. Sobre lo Contencioso Administrativo. Librería y Editorial Castelluf, S.A., Santa Fe, Argentina. Pág. 255.

(67) Perezagua Ciamagrand Luis. Ob. cit.- Pág. 85.

Naturalmente al ser actor, y siguiendo cualquiera de las teorías acerca de la prueba, éste tendrá que probar sus afirmaciones y los hechos constitutivos de su demanda, sufriendo en principio la carga de la prueba.

En el ordenamiento español se concede al juez de la jurisdicción tributaria una facultad inquisitiva o de impulso oficioso para llevar el proceso, y en virtud de ella poder realizar o pedir que se realicen todas las probanzas que estime pertinentes. En el caso concreto el artículo 99-3 del Reglamento de la Jurisdicción económico-administrativa establece:

"También podrá acordarse de oficio la práctica de pruebas que se estimen necesarias para dictar resolución".

También el artículo 106 del mencionado reglamento señala que los Tribunales podrán acordar antes de dictar resolución que se oiga el dictamen de cualquier organismo, corporación, centro, etc., con lo que se está admitiendo la posibilidad de que el juzgador del proceso tributario pueda adquirir conocimiento de cualquier hecho que pertenezca a una esfera social cultural distinta a la suya.

Al constituir la prueba pericial un informe sobre un punto controvertido, será el Tribunal quien se encargue de recibir y apreciar la prueba.

Con lo anterior, empezamos con la valoración de la prueba en el Derecho español. Así las cosas, de acuerdo con el criterio utilizado en dicha legislación y repasando el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento, observamos que en ellos no se consagra un precepto de carácter general que nos indique por cuál de los dos sistemas expuestos (recordemos que son el libre y tasado únicamente, ya que varios autores niegan la existencia de un mixto, como lo apuntamos en su oportunidad) se inclina la legislación.

Exceptuando a la prueba documental pública y a la confesión a los cuales la Ley establece la apreciación de dichos medios probatorios, en todos los demás casos la prueba, incluyendo la pericial desde luego, la apreciación es enteramente libre, incluso cuando la ley se remite a las reglas de la sana crítica, pues con ello está afirmando implícitamente que se requiere regir por el sistema de la prueba libre. ⁽⁶⁸⁾

Existe también una figura jurisprudencial que, aún en los casos en que la Ley establece la prueba tasada, devuelve al juzgador la libertad de apreciación de la misma; esta figura es la "apreciación conjunta de la prueba", la cual consiste en impedir que se impugne la valoración de la prueba, aún cuando a ciertos medios que hacen prueba plena no

(68) *Ibidem.* - Pág. 89.

se le den los efectos que la ley impone, apreciándolo en unión de otros medios probatorios, por no ser lícito descomponer los diversos elementos que en tales casos integran la convicción del juez. ⁽⁶⁹⁾

En España al remitirse las leyes que regulan el proceso tributario al proceso común, e imperando en éste el principio de no tasación de las pruebas, salvo en contadísimos casos, es de concluirse que la valoración de la prueba es de la libre apreciación del juzgador, sin más límites que las reglas de la sana crítica.

En este sentido, el Tribunal Central por acuerdos de 17 de noviembre y 17 de diciembre de 1959 reconoce la admisibilidad de la prueba pericial solicitada por los interesados y la misma ha de ser apreciada según las reglas de la sana crítica, sin que obligue al Tribunal a sujetarse al dictamen de perito.

Resulta pues, que en los procesos tributarios españoles, la actuación del juzgador respecto a la prueba pericial no está tasada, sino al contrario, regida por el principio de libertad, lo cual hace que sea la propia conciencia jurídica del juzgador la única regla de limitación.

(69) *Ibidem*. - Pág. 93.

Por lo que hace al Derecho Argentino en cuanto al ofrecimiento de la prueba pericial como lo hemos dejado establecido, la legislación otorga a las partes la posibilidad de ofrecer sus pruebas respectivas en el escrito de recurso o demanda, sin tener la obligación de acompañarlas al mismo, que de ser voluntad de ellas así lo pueden realizar, o esperarse al momento procesal oportuno para su sustanciación, una vez que se ha definido la litis del juicio, los hechos aceptados y se procede al desahogo de las mismas.

En cuanto a su desahogo tenemos que los peritos deben ser designados por las partes contendientes, y en el caso de existir discrepancia entre los dictámenes rendidos se recurre a un tercer perito, el cual debe ser designado por el Tribunal en audiencia con intervención de las partes, y en el caso de no concurrir alguna de ellas a dicha audiencia se deberá estar a lo que en ella se resuelva. (70)

Por lo que se refiere a la recusación de los peritos, si se trata de uno que además es funcionario de la Administración Pública, podrá ser recusado cuando dictamine sobre un hecho producido con la intervención de su superior jerárquico o en razón de ella, por lo que hace el perito del particular o contribuyente, la recusación se sujeta a lo

(70) Bielsa Rafael. Sobre lo Contencioso Administrativo. Librería y Editorial Castellui, S.A. Santa Fe. Pág. 257.

dispuesto en el régimen del proceso civil en el procedimiento del juicio ordinario. (71)

Por último en cuanto a la valoración de la prueba pericial, la ley argentina no obliga al Tribunal a subordinar sus decisiones a las conclusiones de los peritos. Además el Tribunal tiene amplias facultades, como en su momento mencionamos para ordenar nuevas periciales o ampliar los ya hechos y designar otros peritos de oficio, pero siempre en decisión motivada.

Lo señalado nos da a entender que la apreciación y valoración de la probanza que nos ocupa se rige por el sistema o principio de libre apreciación, en el cual el juzgador otorgará el valor que de acuerdo con su lógica, experiencia y conocimiento considere conveniente, al grado de ser el elemento de convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados, manifestándolo así en su sentencia, o por el contrario opinar que no llegan a ser tan relevantes los datos aportados por los peritos en sus dictámenes, que se aleje por completo de ellos, otorgándoles nulo valor probatorio a dicho medio de prueba.

(71) Bielsa Rafael. Ob. cit.- Pág. 256.

C A P I T U L O I V

=====

VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL

- A) APRECIACION DE LA PRUEBA PERICIAL.

- B) VALOR PROBATORIO ATRIBUIDO POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

- C) VALOR PROBATORIO ATRIBUIDO POR EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

- D) VALOR ATRIBUIDO POR EL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION.

C A P I T U L O I V

=====

VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL

A) APRECIACION DE LA PRUEBA PERICIAL.

La valoración de la prueba no es otra cosa que un juicio que debe formarse el juzgador en relación a la eficacia que debe reconocerse en un proceso determinado, respecto de aquellas probanzas que fueron ofrecidas, admitidas y desahogadas legalmente, según la naturaleza de cada una de ellas.

Para la valoración de la prueba, es indispensable la interpretación serena de los resultados de cada una de ellas realizadas por el juzgador. Por lo tanto, la interpretación del resultado de cada prueba, es un requisito previo a su valoración.

Dentro de los estudios jurídicos son clásicos tres sistemas en cuanto a la apreciación de las pruebas que se rinden en juicio. Estos tres sistemas son conocidos como el sistema tasado, el sistema libre y el sistema mixto.

Sistemas que aunque mencionamos anteriormente, es necesario volver a precisar en este momento.

Sistema tasado: Este sistema es el más antiguo y a él se apegaba el antiguo sistema jurídico español, desde el fuero viejo de Castilla, pasando por el fuero real hasta el ordenamiento de Alcalá, sistema que adoptó el Derecho Romano Canónico, que tanto floreció en Europa. (72)

En dicho sistema el legislador fija reglas de carácter general y de acuerdo con ellas el juzgador ha de resolver acerca del valor o fuerza probatoria de cada prueba.

Como se ve, el papel desempeñado por el juzgador se limita a un simple acomodador de las pruebas rendidas, a las cuales ya se les ha dado un valor probatorio previamente por la ley.

A esto respecto, Lessona (73) señala:

"El derecho Canónico con la saludable intención de excluir el arbitrio de los juzgadores y de asegurar el triunfo de la verdad real a la vez que tenía en cuenta la percepción del juez, le dictaba las reglas para dirigir su juicio respecto al valor de las pruebas".

(72) Bermudez Cisneros Miguel, La carga de la Prueba en el Derecho del Trabajo. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, D.F. Pág. 93.

(73) Lessona citado por Bermudez Cisneros Miguel. Ob. cit.- Pág. 96.

Sistema libre: Este segundo sistema ha logrado a su favor la opinión de muchos doctos del derecho, como: Kisch, Goldsmisht, Carnelutti, Scalevola, entre otros.

En este sistema se le concede al juzgador el libre arbitrio para que valore las pruebas desahogadas, sin tener que sujetarse a ninguna tasación previa impuesta por el legislador, es decir, no se limita en cuanto a la apreciación y, en su caso, al convencimiento a que llegue de las pruebas desahogadas y el valor final que otorgue a ellas, lo cual supone de manera contraria al sistema tasado, capacidad y criterio suficiente en el juzgador para la valoración de la prueba ofrecida y desahogada, atendiendo a todas las circunstancias que pueden rodear a una prueba específica, y así llegar a una concepción clara de la verdad buscada en el juicio.

El manejo de este sistema probatorio requiere de juzgadores con amplios conocimientos y de criterios limpios que les permita flexibilidad para apreciar los hechos, que por demás, son variados, como consecuencia de la diversificación de actividades y características de la época contemporánea.

Sistema Mixto: Nos resta hablar del tercer sistema de apreciación y valoración de la prueba. Este es la

conjunción de los principios de los otros dos sistemas mencionados en los párrafos que anteceden, situación que da lugar a su denominación como mixto.

En este sistema como se ha expuesto con anterioridad hay conjunción de los principios rectores de la prueba tasada y del sistema de libre apreciación.

Miguel Bermudez, ⁽⁷⁴⁾ por su parte, considera que en la práctica existe una confusión que trae una máxima limitación en su aplicación, que la que podría tener un sistema estricto de la prueba tasada, pues muchas veces el juzgador no localiza la liberalidad que el sistema mixto pretende otorgarle, pues la libertad que tiene el juzgador está limitada a la observancia de determinados principios que dificultan su aplicación, y tal método, en vez de resolver, los inconvenientes del sistema de la prueba libre y de la legal, lleva al proceso los inconvenientes de uno y otro.

Nosotros estamos en desacuerdo con la anterior opinión, por las razones y argumentos que expresamos en el capítulo primero de este trabajo al tocar este mismo punto, pues consideramos que este sistema en lugar de reunir los inconvenientes de los otros dos, puede y de hecho lo hace, conjuntar lo bueno de ambos.

(74) Ibidem. - Págs. 97 y 98.

En la actualidad a la clasificación tripartita antes apuntada de prueba tasada, libre y mixto, se ha agregado por algunos tratadistas un cuarto sistema denominado, de la prueba razonada o de la sana crítica.

Las palabras que componen la expresión sana crítica desde el punto de vista semántico indican un juicio o examen sincero, sin malicia de alguna cosa o cuestión. (75)

A la sana crítica muchos otros autores no la consideran como un sistema autónomo de apreciación y valoración de la prueba en sí, esto es, como un método que el juzgador debe acatar para valorar en su justa dimensión a las mismas, pues lo consideran como una variación o derivación del sistema libre.

Para Couture, "la sana crítica consiste en la remisión de lógica y de experiencia" (76)

Para Máximo Castro, "comprende el conjunto de modos de ver y valorar los actos, según el orden común en que ellos se producen y el modo corriente de apreciación dentro de las costumbres generales de la moralidad media y de los conocimientos generales imperantes en el momento en que se consideran". (77)

(75) De Pina Rafael. Tratado de las Pruebas Civiles. Edit. Porrúa, S.A. Pág. 68.

(76) Couture. Citado por De Pina Rafael. Ob. cit.- Pág. 70.

(77) Castro Máximo. Citado por de Pina Rafael. Ibídem. Pág. 71.

Desde nuestro enfoque, consideramos que las reglas de la sana crítica no constituyen un sistema probatorio en sí mismo distinto de los ya tratados, razón por la cual no lo desarrollamos en el capítulo I inciso c) del trabajo, pero no es por demás mencionar en este momento, en que el juzgador está obligado a utilizar su lógica para la valoración de las pruebas. Con lo anterior pretendemos establecer que la libertad del juez no lo exime de someterse a las reglas de la lógica y reglas de la experiencia para hacer su apreciación y, en consecuencia, su valoración.

En resumen, las reglas de la sana crítica son las del correcto entendimiento humano, porque se conjugan la lógica formal y la experiencia propia del juzgador, contribuyendo ambas para la apreciación de la prueba con apego a la sana razón y sin malicia, por lo que podemos afirmar que, la sana crítica es una corriente dentro del sistema de libre apreciación.

Ahora bien, la prueba pericial como ya lo hemos establecido en el presente trabajo, es aquella en la cual son necesarios los conocimientos de alguna ciencia o arte; es, de todas las pruebas la más técnica. La prueba pericial es el medio al que se recurre cuando se requieren conocimientos técnicos para demostrar un hecho, o cuando, siendo cierta la

materia del hecho, es necesario conocer su naturaleza, cualidades o consecuencias.

El juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial y puede en su caso, practicar nuevos peritajes, en ejercicio de la facultad para mejor proveer con el fin de normar su criterio y dictar su fallo en el asunto.

El órgano jurisdiccional puede apartarse de la opinión y atendiendo a otras pruebas llegar a resultados opuestos. Si el juzgador no acepta el dictamen de los peritos debe en su resolución razonar y fundar adecuadamente o demostrar el error de los peritos. En cambio, cuando acepta los dictámenes periciales, será bastante que en su fallo se refiera al texto de las opiniones técnicas que los mismos contienen.

Los técnicos o peritos además de expresar su opinión deben hacer una enunciación de los hechos, un razonamiento o inducción o inferencia que de ellos obtienen, para soportar la conclusión que emitan, elementos mínimos con los que debe contar su dictamen. Así por ejemplo si se trata de un peritaje contable, el Contador Público, que lo emita, debe formularlo conforme a las normas y procedimientos de auditoría generalmente aceptados y tener en cuenta las disposiciones fiscales aplicables al caso de que se trate.

La materia del peritaje puede ser sobre cualquier especie, según sean los hechos controvertidos en juicio; en efecto, el peritaje puede recaer sobre hechos humanos, cosas, animales, etc. Es clásica la comparación que siempre se ha establecido entre el perito y el testigo, características que deben tenerse muy en cuenta para una adecuada apreciación de las pruebas, según se trate de la pericial o testimonial, punto que con anterioridad superamos de manera amplia en el capítulo II de este trabajo.

En materia fiscal el dictamen del Contador Público es la prueba pericial por excelencia. El dictamen que elabora es el documento en el que consta la declaración sobre los hechos y cuestiones técnicas que formula en relación a los puntos controvertidos en el juicio (estados financieros, declaraciones, deducciones, amortizaciones, depreciaciones, base gravable, componente inflacionario, ingresos, egresos, entradas, salidas, etc.).

B) VALOR PROBATORIO ATRIBUIDO POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

El código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, fija la norma que debe guiar al juzgador para la apreciación de la prueba pericial al señalar en el artículo 402:

"Los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia..."

Visto lo anterior, derivamos que la prueba pericial, tendrá el valor probatorio que el juez le asigne, expresando en todo caso los fundamentos de la valoración realizada.

En ese orden de ideas, tenemos que el precepto legal citado, establece que los medios de prueba serán valorados por el juez en su conjunto, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia -sistema libre- luego entonces, el juez podrá valorar la prueba pericial según su leal saber y entender, de acuerdo a los razonamientos y deducciones que haga respecto del conjunto de pruebas que obren en el proceso, sin importar quien las adujo, sino que, en todo caso, cual produce mayor certeza respecto a la teoría de la litis, así como de sus características y modalidades; en conclusión, cuales produjeron mayor convencimiento en su ánimo; que hechos fueron probados y cual es la hipótesis normativa que debe aplicarse al caso concreto, según la lógica y su experiencia le dicten.

Por otro lado, es correcto que el juez haga valer su prudente arbitrio en relación con la prueba pericial dado que él es quien tiene que decidir, pues aunque haya tenido que ilustrarse de conocimientos especializados en la ciencia o

arte de que se trate, el juzgador maneja otros elementos de prueba o de conocimiento derivados de toda la tramitación del juicio, especialmente en el período probatorio, atendiendo como mencionamos a los principios de la lógica, de la concatenación y adminiculación de los demás datos aportados que lo conducen a emitir un punto de vista imparcial en la apreciación y valoración de la prueba pericial que se haya rendido, aún en el caso de que se hubiere desahogado un sólo dictamen pericial, el juzgador no está obligado a pronunciarse en el sentido del dictamen, pues la prueba pericial, aunque arroje elementos de conocimiento no son los únicos que se tomarán en cuenta.

C) VALOR PROBATORIO ATRIBUIDO POR EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

El código federal procedimental civil establece en su artículo 197:

"El tribunal gozará de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, unas frente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria; a no ser que la ley fije las reglas para hacer esta evaluación, observando, sin embargo, respecto de cada especie de prueba lo dispuesto en este capítulo".

En relación a la prueba pericial en concreto el ordenamiento en cuestión establece en el artículo 211 que:

"El valor de la prueba pericial quedará a la prudente apreciación del Tribunal".

De la interpretación conjunta que se haga de las disposiciones legales apuntadas, observamos de manera clara que el ordenamiento procesal federal civil contempla un sistema de apreciación mixto de la prueba al indicar por una parte que la valoración de la prueba en comento quedará a la prudente apreciación del Tribunal (libre), y por otro lado señala el caso de excepción si la ley fija reglas expresas para hacer su evaluación.

De lo expuesto, se concluye que a la prueba pericial puede otorgarse valor probatorio pleno o simplemente el valor de un indicio de acuerdo con las circunstancias del caso y al respecto la jurisprudencia ha establecido que:

"Los dictámenes periciales son meras opiniones de técnicos en alguna especialidad, orientadores del arbitrio judicial, que de ninguna manera constituyen imperativos para el órgano jurisdiccional". (78)

Igualmente ha declarado:

(78) Sexta Época. Segunda parte.

"Dentro del amplio arbitrio que la ley y la jurisprudencia reconocen a la autoridad judicial para justipreciar los dictámenes periciales, el juzgador puede negarles eficacia probatoria o concederles hasta el valor de prueba plena, eligiendo entre los emitidos en forma legal o aceptando o desechando el único o los varios que se hubieran rendido, según la idoneidad jurídica que fundada y razonadamente, determine respecto de unos y otros". (79)

En este ordenamiento jurídico se aprecia claramente la adopción del sistema de valoración libre de la prueba, a juzgar por el contenido de los preceptos y jurisprudencia transcritos, porque los dictámenes son opiniones orientadoras, no imperativas para el órgano jurisdiccional, pues el Juzgador puede negarles eficacia probatoria o concederles valor de prueba plena.

D) VALOR PROBATORIO ATRIBUIDO POR EL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION.

El Código Fiscal de la Federación establece, como regla general, en su artículo 234, que la valoración de las pruebas se hará de acuerdo con las siguientes disposiciones:

a) "Harán prueba plena la confesión expresa de las partes". Esto significa que cuando el particular (en materia

(79) Sexta Epoca, Segunda parte.

fiscal es más propio hablar del contribuyente), o la autoridad reconocen de manera expresa un hecho o circunstancia relativa a la litis entablada en el juicio. Por ejemplo, cuando el particular reconoce expresamente haber incurrido en las omisiones que en actas parciales o finas señalan los visitadores, tal reconocimiento hará prueba plena en su contra, por lo que recae en él la carga de la prueba para desvirtuar el valor iuris tantum que la ley otorga a su confesión.

b) Harán prueba plena "las presunciones legales que no admitan prueba en contrario". Al contribuyente que le encuentran los visitadores auditores, dos juegos de libros de contabilidad, hacen prueba plena en su perjuicio de que ha ocultado al fisco lo que está asentado en los libros no autorizados y que ha violado en consecuencia las disposiciones que al respecto contiene el Código Fiscal de la Federación y demás disposiciones fiscales aplicables al caso.

c) Harán prueba plena "los hechos afirmados por autoridad en documentos públicos". Hay presunción de validez de los hechos asentados en documentos públicos por las autoridades, salvo prueba en contrario. Las resoluciones que determinan créditos fiscales se apoyan en hechos que se asientan en ellos, por lo que el contribuyente debe ofrecer las pruebas idóneas que destruyan la presunción de validez de que ellos gozan.

d) "Pero si los documentos públicos contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos sólo prueban plenamente que ante la autoridad que los expidió se hicieron tales declaraciones o manifestaciones, pero nunca prueban la verdad de lo declarado o manifestado". Esto significa que si un contribuyente va ante una autoridad fiscal por cualquier motivo y hacer ciertas manifestaciones o declaraciones que se consignan en un documento público, este documento únicamente prueba que el contribuyente compareció ante la autoridad y realizó ciertas manifestaciones, pero no demuestra que el contenido de estas sean verdaderas.

e) "Tratándose de actas de comprobación de las autoridades administrativas, se entenderán como legalmente afirmados los hechos que consten en las actas respectivas". Lo anterior, significa que en el caso de presentarse un notificador fiscal en el domicilio del contribuyente para notificar una resolución de liquidación de créditos, en el acta de notificación asienta que si procedió citatorio previo, esta situación se entenderá como legalmente afirmada, por lo que el particular deberá probar en todo caso lo contrario, pues dicho personal, en principio goza de fé pública y por tal se presumen como ciertas las firmas por él asentadas.

f) "El valor de las pruebas pericial y testimonial, así como el de las demás pruebas quedará a la prudente apreciación de la Sala". Esta disposición, contempla la posibilidad de que el resultado de los dictámenes periciales no sean obligatorios para la Sala para resolver conforme a los mismo, sino que corresponde a los magistrados calificar su valor, alcance y, por lo tanto, su eficacia.

Al igual que en los dos ordenamientos legales antes mencionados en los puntos que anteceden, en el Código Fiscal el legislador deja en libertad a la Sala para que se aparte del valor de las pruebas cuando llega a convencerse, por el enlace de ellas y de las presunciones formadas, que los hechos se desarrollaron en forma distinta, pero en este último caso, deberá fundarse y motivarse debidamente la sentencia tal situación, exponiendo las razones que la llevaron a abandonar o apartarse de las pruebas rendidas y del valor probatorio otorgado por la ley a algunas de ellas.

De todo lo expuesto, derivamos que el Código tributario también consagra el valor probatorio de la prueba pericial dentro del sistema libre de apreciación, regido por la lógica formal y la experiencia personal del juzgador y del resultado del análisis de todos los datos aportados al proceso, para otorgarle o negarle el valor que considere pertinente, sin tener que ajustarse por mandato propio de la ley a una valoración previamente ordenada, al grado tal de

poder basarse exclusivamente en los dictámenes periciales para emitir su resolución en cuanto al fondo del asunto, o por el contrario, irse al extremo de no otorgarle valor probatorio alguno al alejarse de ellos ejerciendo la posibilidad que en tal sentido le otorga el ordenamiento legal.

En conclusión, señalamos que en materia fiscal la prueba de peritos tendrá el valor probatorio que el magistrado considere pertinente de acuerdo con su libre apreciación y según su leal y saber entender, en virtud de no existir criterios anticipados de valoración, por lo que la prueba de que se trata deberá ser valorada imparcialmente, pero sin que ello implique que el juzgador pueda tener una libertad tal que pueda incurrir en una arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe en todo momento cumplir con su obligación de respetar las formalidades esenciales del procedimiento como son las reglas establecidas para su admisión y desahogo por un lado y, por el otro, apegado al material probatorio aportado por las partes en la secuela del proceso.

Sobre los puntos tratados en este inciso, la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación ha sostenido los siguientes criterios:

"PRUEBA PERICIAL- SU VALOR
PROBATORIO DEPENDE DE LAS

CIRCUNSTANCIAS DEL CASO.- De acuerdo con lo que establece la fracción I del artículo 221 del Código Fiscal de la Federación, es facultad del Tribunal el calificar el valor probatorio de los dictámenes periciales, de donde debe inferirse que las Salas de este cuerpo colegiado no están obligadas a dar un valor probatorio pleno a la opinión de los peritos, y que pueden incluso apartarse de la misma si de las circunstancias del caso estiman que hay elementos suficientes para hacerlo, debiendo desde luego fundar y motivar adecuadamente las razones por las que se desestiman las opiniones de los expertos".

Revisión No. 40/76.- Resuelta en sesión de 11 de julio de 1980, por unanimidad de 6 votos.- Magistrado Ponente: Mariano Azuela Gutiérrez.- Secretario: Lic. Edgar Hernández Carmona.

H. I. Julio de 1980, p. 22 (80)

Esta tesis establece el ejercicio directo de la posibilidad que el ordenamiento legal otorga al juzgador de otorgar a la prueba de peritos el valor probatorio que juzgue conveniente de acuerdo a su apreciación individual, al grado de poder hacer caso omiso de la opinión en cuestiones técnicas o basarse exclusivamente en ellos, si según su interpretación personal de las circunstancias debatidas en juicio así lo ameritan.

(80) Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años. Tomo III. Jurisprudencia y Tesis Relevantes T.F.F. 1a. Edición. Pág. 324. México, 1982.

En ese mismo sentido se pronuncia el siguiente criterio:

"PRUEBA PERICIAL. SU VALORACION CONFORME AL ARTICULO 221, INCISO I), DEL CODIGO FISCAL.- De acuerdo con el numeral citado las salas del Tribunal Fiscal de la Federación calificarán el valor probatorio de los dictámenes periciales según las circunstancias. Lo anterior quiere decir que si se da el caso de que el dictamen pericial del perito presentado por la actora y del presentado por el perito de las autoridades, difieren y en consecuencia, se prevea el desahogo de un tercer peritaje en discordia, y éste coincida, ya con el de la actora, ya con el de la autoridad, no por esto la Sala Juzgadora deberá inclinarse necesariamente por los dos peritajes coincidentes, sino que podrá basarse en el único peritaje que difiere, si a su juicio, y en atención a las circunstancias del caso, éste es el único que aborda y resuelve las cuestiones técnicas que se plantearon.- En efecto, de acuerdo con el artículo citado las salas de este Tribunal al examinar las pruebas periciales ofrecidas por las partes deberán hacer uso de su prudente criterio y atender a las circunstancias del caso, a efecto de otorgarles el valor probatorio respectivo, pues la coincidencia de dos opiniones periciales frente a una tercera, aún cuando ésta tercera corresponda al perito de alguna de las partes, no demuestra necesariamente que las primeras sean acertadas y la segunda equivocada, pues la razón no es de índole cuantitativa, sino que debe sostenerse por sus propios fundamentos.- Es decir, que si

el juzgador se encuentra con dos peritajes coincidentes que en sí mismo, no tienen base ni fundamento para probar lo que sostiene, y por otra parte se encuentra con el peritaje de otro experto que sí se sostiene por sus propios fundamentos, es claro que debe estarse al peritaje de este último, pero en todo caso el juzgador deberá señalar pormenorizadamente las razones y circunstancias que lo llevaron a basarse en uno sólo de los peritajes proporcionados".

Revisión No. 185/75.-
Resuelta en Sesión del 5 de junio de 1980, por unanimidad de 8 votos.- Magistrado Ponente: Mariano Azuela Güitrón.- Secretaria: Lic. Diana Bernal Ladrón de Guevara.

H.I. Junio de 1980, p. 4. (81)

La tesis que se comenta, viene a complementar en forma contundente lo manifestado en cuanto a que el valor atribuido por el Código Tributario Federal a la prueba pericial y la apreciación que de ella haga el juzgador, depende de las circunstancias propias del caso en cuestión, al grado de que de darse el caso de que previo el desahogo de la prueba en cuestión por las partes y resultar contradictorios, se ordene de manera oficiosa por el tribunal el desahogo de un dictamen tercero en discordia, y éste último sea coincidente con algunos de los otros dos, el juez puede basar su fallo única y exclusivamente en el peritaje discordante cuando éste sea el único que resuelve de fondo y

(81) *Ibidem.* - Pag. 325.

apoyado en sus propios principios las cuestiones técnicas puestos a su consideración, teniendo la libertad de no otorgar valor alguno a los dos coincidentes.

A manera de corolario del presente capítulo, expondremos a continuación algunas tesis jurisprudenciales del Tribunal Fiscal de la Federación que en forma por demás clara señalan las características esenciales de la apreciación y valoración de la prueba en comento, en relación al exámen de los dictámenes, su inclusión en la sentencia y evaluación en general.

"PRUEBA PERICIAL.- DEBEN EXAMINARSE LOS DIVERSOS DICTAMENES RENDIDOS.- La correcta valoración de la prueba pericial implica que se examinen conjuntamente las diversas consideraciones de todos los dictámenes rendidos, pues sólo de esa manera se puede desentrañar cuál es la realidad de la cuestión técnica controvertida, en la que los peritos deben ilustrar al juzgador".

Revisión No. 536/82.-
Resuelta en sesión de 9 de mayo de 1985, por unanimidad de 8 votos.- Magistrada Ponente: Margarita Lomelí Cerezo. Secretaria: Rosa María Corripio Moreno.

Precedente:

Revisión No. 633/80.-
Resuelta en sesión del 30 de abril de 1981, por unanimidad de 6 votos. Magistrado Ponente: Mariano Azuela

Gúitrón.- Secretario: Oscar Roberto Enriquez". (82)

"**DICTAMENES PERICIALES.- ARBITRIO DE LA SALA DE PRIMERA INSTANCIA RESPECTO DE SU VALOR PROBATORIO.-** Si al examinar los dictámenes periciales rendidos en un juicio, la Sala de primera instancia considera que uno de ellos es el que a su juicio y arbitrio contempla y analiza el problema técnico a resolver, es procedente que se acepten sus conclusiones sin que por ello su actuación sea tachada de ilegal, ya que en el estudio de los dictámenes debe ser cualitativo y no cuantitativo".

Revisión No. 757/84.-
Resuelta en sesión de 20 de enero de 1988, por mayoría de 8 votos y 1 más con los resolutivos.- Magistrado Ponente: Carlos Franco Santibañez.- Secretario: German Canseco de la Fuente". (83)

En cuanto a la constancia que la Sala juzgadora debe hacer en los considerandos de la resolución que dicte de la valoración de los peritajes, tenemos lo siguiente:

"**PRUEBA PERICIAL.- PARA SU DEBIDA VALORACION NO ES NECESARIO QUE EN LA SENTENCIA SE TRANSCRIBAN LOS TRES DICTAMENES PERICIALES QUE SE HAYAN DESAHOGADO.-** Si la Sala de Primer conocimiento, al momento de analizar la prueba pericial que fue desahogada en autos, valora aunque no transcribe todos los dictámenes periciales por ser extensos y contradictorio, pero

(82) Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Mayo de 1981, Pág. 910.

(83) Ibidem, Tercera Epoca, Año 1, Enero 1988, Págs. 27 y 28.

deja constancia en su fallo del análisis efectuado a los dictámenes en cuestión, se apega a derecho. Además puede válidamente apoyarse en uno sólo de los dictámenes periciales, si éste a su juicio cumple con los principios de orden y reglas de carácter técnico para fundar sus propias conclusiones, de tal manera que pueda dársele eficacia probatorio plena; por lo que no resulta necesario que se transcriban todos los dictámenes periciales que se desahogaron en autos".

Revisión No. 639/86.-
Resuelta en sesión de 8 de
septiembre de 1986, por
mayoría de 6 votos con la
ponencia y 3 en contra.
Magistrado Ponente: Gonzalo
Armenta Calderón.
Secretaría: Ma. Teresa Islas
Acosta." (84)

La anterior tesis claramente demuestra la posibilidad de que la autoridad juzgadora en la aplicación de su prudente apreciación prevista por la fracción II del artículo 234 del Código Fiscal de la Federación, pueda hacer referencia en sus sentencia definitiva únicamente a uno de los dictámenes rendidos, como por ejemplo, el desahogado por el tercero en discordia, si de los autos del juicio se desprende que dicho dictamen coincide en los puntos debatidos con los otros dos, lo cual no puede considerarse como una contravención o violación del mencionado precepto legal, pero siempre el Juzgador debe fundar, motivar y razonar en su resolución porque niega, deshecha o concederle valor probatorio a un

(84) *Ibidem.* - Pág. 33.

dictamen, el que desde luego debe relacionarse con las otras pruebas que se hayan rendido en juicio.

Por último, cabe mencionarse que si bien es cierto que el juzgador debe asesorarse para la solución de cuestiones técnicas en las opiniones de los peritos, en a conocimientos específicos sobre la materia a dilucidar, también lo es que la aplicación de la ley sobre tales cuestiones compete en forma exclusiva al juzgador, razón por la cual éste está obligado a prescindir de los dictámenes que de manera directa y precisa inciden en la aplicación de la ley o dan una solución jurídica al problema, en virtud de ser este último punto objeto de su desahogo y estar fuera de su terreno científico.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido diversas tesis en las que sostiene que los órganos jurisdiccionales son soberanos para apreciar la prueba pericial que ante ellos se rindan sobre cuestiones técnicas, por tanto, tienen facultades para dar el valor que estimen conveniente, según su prudente arbitrio, a los dictámenes presentados por los peritos.

En conclusión, si la controversia planteada, debe decidirse precisamente mediante la prueba idónea, y ésta es la prueba pericial, ello significa que el juzgador requiere de los conocimientos técnicos que los peritos van a

proporcionarle mediante sus dictámenes para la resolución del litigio. En otros términos, los peritos tienen el carácter de auxiliares y no el de juzgador en la controversia.

CONCLUSIONES

=====

- 1.- Debido a la existencia de diversos intereses de los miembros del conglomerado social, se ha tenido la imperiosa necesidad de encontrar las vías y formas para solucionar los conflictos derivados de la interrelación de dichos individuos, tomando como punto de apoyo al derecho tanto sustancial como procedimental.

- 2.- Prueba es la aportación procesal que hacen las partes de elementos de convencimiento al juez durante el desarrollo de proceso, con la intención o finalidad de demostrar la existencia de un hecho, o la verdad de su afirmación o pretensión.

- 3.- Los diversos ordenamientos legales adjetivos que integran nuestro sistema jurídico y, en particular, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Código Procedimental de la Federación y el Código Fiscal de la Federación, adoptan el sistema mixto de apreciación y valoración de la prueba, conforme a lo establecido por los artículos 402 y 403; 197 y 200 y 234 respectivamente.

- 4.- La importancia de la prueba recae en la trascendencia en toda resolución de la manera en como las partes acreditan los hechos afirmados, pues las controversias de derecho se deciden por el texto de la ley, la jurisprudencia y los principios generales del derecho siendo el Juez el encargado de aplicarlos, en cambio, la contingencia de los hechos se resuelve necesariamente por medio de las pruebas aportadas en el juicio, actividad que recae en los contendientes.

- 5.- El objeto de la prueba son los hechos, lo cual no debe entenderse de manera tajante, pues si bien el objeto lo constituyen los hechos no debe entenderse comprendido dentro de tales a todos, pues existen hechos que no son objeto de prueba, esto es, los hechos objeto de ser probado son los controvertidos por las partes en el juicio, excluyéndose por lo tanto, los aceptados o reconocidos, los notorios y los que no guardan relación directa con la litis del asunto.

- 6.- Los medios de prueba están constituidos por elementos de conocimiento, que llevan la finalidad de producir convicción en el juzgador, por lo que, las partes pueden acreditar al juez la verdad de los hechos controvertidos valiéndose de cualquier medio que en

su concepto pueda crear la convicción necesaria en el ánimo del juez, con la única limitación de que no sean contrarias a la moral ni al derecho.

7.- Las partes de todo proceso judicial son quienes se encuentran legitimados para promover cualquier medio de prueba a efecto de acreditar los hechos constitutivos de sus pretensiones, ofreciendo sus pruebas que consideren pertinentes para producir certeza en el ánimo del juzgador, pero con el fin de obtener el objetivo del proceso, esto es, la solución de los litigios, es indispensable que el juzgador disponga de facultades para practicar las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos afirmados por los contendientes.

8.- Resulta importante que dentro de la legislación procesal exista un listado de los medios probatorios admisibles para lograr una certeza en cuanto al medio que se ofrece para demostrar los hechos controvertidos, pero ese listado legal no debe entenderse en forma limitativa, pues no es posible cerrar los ojos ante los avances tecnológicos y cambios sociales, excluyendo la posibilidad de que puedan en un momento dado auxiliarse las partes para demostrar su interés jurídicos de otros. Siempre que

no sean contrarios a la ley, la moral y a las buenas costumbres.

9.- En materia fiscal, el Código Fiscal de la Federación en sus capítulos referentes a los recursos administrativos y de lo contencioso administrativo, establece que son admisible toda clase de pruebas, excepto la testimonial y la confesión de las autoridades, mediante absolución de posiciones.

10.- La prueba pericial es aquella que se desahoga y en la que son necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia o arte, por lo que, de todas las pruebas puede considerarse como la más técnica, constituida por el dictamen que el perito rinde en determinada materia, a petición de alguna de las partes o del propio juzgador.

11.- Perito es la persona con conocimientos técnicos especializados en una determinada ciencia o arte, la cual concurre ante la presencia judicial con el único objetivo de auxiliar al juzgador, para la aclaración de un punto determinado a través de la aportación de sus conocimientos , a través de su dictamen.

12.- El perito es un auxiliar del que puede valerse el juzgador, en su función de administrador de justicia

para decidir un conflicto apegado a la justicia y el derecho, con el apoyo técnico que este le aporta.

- 13.- La necesidad de la prueba pericial se justifica con la circunstancia de ser requerido el asesoramiento, asistencia e ilustración al juzgador, por parte de personas poseedores de conocimientos específicos en alguna rama de la ciencia, de la técnica o del arte, que permitan el entendimiento de los datos que deben ser tomados en cuenta para resolver una controversia.
- 14.- El Código Fiscal de la Federación es totalmente omiso en cuanto a la procedencia de la prueba pericial, por lo que es necesario recurrir al Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria para saber cuando es necesario acudir a los conocimientos de peritos.
- 15.- El Código Tributario Federal únicamente contiene reglas generales a las que debe sujetarse la prueba pericial, tales como designación de los peritos, el desahogo de la misma, el dictamen del perito, la sustitución y designación del tercero en discordia, pero resulta omiso en cuanto a los requisitos con los que debe cumplir una determinada persona para ser considerada como perito y sobre todo que esa calidad sea plenamente reconocida por el Tribunal, por lo que

nuevamente es necesario acudir a un ordenamiento distinto para este punto específico.

16.- El reglamento, de peritos del Tribunal Fiscal, establece cuestiones relacionadas con el desahogo de la prueba pericial en los juicios que se tramitan en las Salas Regionales, incluyendo requisitos para ser designado perito, cuestiones que por sus implicaciones consideramos que deberían estar previstas en el propio Código y no en un reglamento, pues si vemos esta situación de manera estricta resulta que el reglamento va más allá de la ley.

17.- El dictamen pericial que rinde el perito, debe limitarse a resolver las cuestiones técnicas que se le planteen, sin entrar al análisis de cuestiones jurídicas o de derecho, dándoles una solución determinada, por lo que, los peritos deben abstenerse de señalar en sus dictámenes afirmaciones o proposiciones que vayan más allá del campo estrictamente técnico, debidamente razonado.

18.- En cuanto a los sistemas de apreciación y valoración de la prueba la doctrina española a diferencia de la nuestra únicamente acepta dos criterios el de la prueba legal o tasada y el de la prueba libre o libre

apreciación de la prueba, negando la existencia de un criterio intermedio o mixto.

19.- La ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil españoles son las legislaciones que señalan cuales son los medios probatorios admisibles en todo procedimiento reconociendo expresamente al dictamen de peritos y las que se pueden desarrollarse por peritos. Asimismo, contemplan una serie de normas respecto a la prueba pericial regulando la forma en que ha de desahogarse, la condición de perito, su recusación y la discordancia de dictámenes.

20.- A diferencia de nuestra legislación fiscal la española otorga a los Tribunales económico-administrativos una facultad amplísima para poder resolver cuestiones no planteadas por el interesado reclamante.

21.- En cuanto al concepto de pruebas pericial, de perito, requisitos de los peritos, ofrecimiento, carga de la prueba y desahogo tanto la legislación española y la nuestra contemplan disposiciones y principios similares.

22.- El derecho tributario argentino al igual que el español y a diferencia del nuestro, también contempla

una atribución o facultad amplísima al juzgador para llegar a determinar situaciones jurídicas sustantivas, es decir, las obligaciones tributarias y las pretensiones del fisco, aún más allá de las alegaciones y probanzas de las partes.

23.- Una diferencia diametral que existe en el proceso tributario argentino que constituye una figura jurídica que no contempla nuestro derecho fiscal en el Código de la materia es la reconvencción por parte del fisco argentino, por un lado y por otro, niega toda acción o recurso del fisco para iniciar un procedimiento tributario de mutu propio contra los contribuyentes y demás sujetos particulares tendiente a modificar o anular una resolución favorable a estos últimos.

24.- La prueba pericial en el derecho fiscal argentino en semejanza con la española y la nuestra adquiere gran relevancia e importancia debido a la propia naturaleza y complejidad de las disposiciones tributarias, las cuales requieren cada vez más de un conocimiento profesional especializado en ciencia distinta a la jurídica.

25.- Tanto el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal como el Código Federal de

Procedimientos Civiles, contienen una clara y mejor sistematización en materia de pruebas que el Código Fiscal de la Federación, pues en capítulos expresos, regulan a la prueba pericial en cuanto a su procedencia, ofrecimiento, desahogo y valor probatorio.

- 26.- Debe reglamentarse en el Código Fiscal de la Federación la prueba pericial, en cuanto a su procedencia, requisitos que debe reunir, como debe ofrecerse, quiénes pueden ser peritos y requisitos de ben satisfacer, así como los aspectos técnicos que deben contar el dictamen.

BIBLIOGRAFIA

=====

- 1.- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO Niceto. Derecho Procesal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985. Tomo II.
- 2.- ARELLANO GARCIA Carlos. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.
- 3.- BECARIA César. De los Delitos y las Penas. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.
- 4.- BECERRA BAUTISTA José. El Proceso Civil en México. Editorial Porrúa, S.A. México, 1965.
- 5.- BENTHAM Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Editorial E.J.E.A. Buenos Aires, 1959. Tomos I y II.
- 6.- BIELSA Rafael. Sobre lo Contencioso Administrativo. Editorial Castelluí. Argentina, 1964.
- 7.- BRISEÑO SIERRA Humberto. Derecho Procesal Fiscal. Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor. México, 1975.

- 8.- CARNELUTTI Francesco. La Prueba Civil. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1982.
- 9.- CASTILLO LARRAÑAGA José y DE PINA Rafael. Instituciones de Derecho Procesal. Editorial Porrúa, S.A. México, 1969.
- 10.- CISNEROS BERMUDEZ Miguel. La Carga de la Prueba en el Derecho del Trabajo. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1976.
- 11.- COUTURE Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1958.
- 12.- DELLEPIANE Antonio. Nueva Teoría de la Prueba. Editorial Temis. Bogotá, 1989.
- 13.- DE PINA Rafael. Tratado de las Pruebas Civiles. Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.
- 14.- DEVIS ECHANDIA Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor. Buenos Aires, 1981.
- 15.- FENECH. Derecho Procesal Tributario. Editorial Instituto de Estudios Fiscales. Barcelona, 1949.

- 16.- FURNO Carlo. Teoría de la Prueba Legal. Editorial Obregón y Heredia. México, 1983.
- 17.- GOMEZ LARA Cipriano. Derecho Procesal Civil. Editorial Trillas. México, 1987.
- 18.- GUASP Jaime. Derecho Procesal Civil. Editorial Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968.
- 19.- JARACH Dino. Curso Superior de Derecho Tributario. Editorial Liceo Profesional Cima. Buenos Aires, 1969.
- 20.- KAYE DIONISIO J. Breviario de Procedimientos Fiscales de Defensa. Editorial Ediciones Fiscales ISEF. México, 1986.
- 21.- MARGAIN MANAUTOU Emilio. De lo Contencioso Administrativo de Anulación o de Ilegitimidad. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.
- 22.- MARGADANT S. Guillermo F. Derecho Romano. Editorial Esfinge. México, 1986.
- 23.- MELERO Silva. La Prueba Procesal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.

- 24.- PALLARES Eduardo. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. México, 1961.
- 25.- PEREZAGUA CLAMARIGAND Luis. La Prueba en el Derecho Tributario Español. Editorial Instituto Estudios Fiscales. Madrid, 1975.
- 26.- PORRAS Y LOPEZ Armando. Derecho Procesal Fiscal. Editorial Textos Universitarios. México, 1980.
- 27.- RECASENS SICHES Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1956.

LEGISLACION CONSULTADA

=====

- 1.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.
- 2.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. México, 1990.
- 3.- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. Editorial Porrúa, México, 1990.
- 4.- CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION. Editorial Themis. México, 1992.
- 5.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.
- 6.- LEY ORGANICA DE LOS TRIBUNALES DEL FUERO COMUN DEL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. México, 1990.
- 7.- REGLAMENTO DE PERITOS DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION. Editorial Dofiscal. México, 1991.

- 8.- REVISTA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION. Cuarenta y Cinco Años. Jurisprudencia y Tesis Relevantes. Editorial Tribunal Fiscal de la Federación. México, 1982. Tomo III.