

La carga de la prueba y la facultad del juzgador para recabar elementos de convicción en el juicio contencioso administrativo federal conforme a la jurisprudencia mexicana: un problema de procuración del conocimiento de la verdad material

Rodolfo Castro León*

La retórica es útil porque por naturaleza la verdad y la justicia son más fuertes que sus contrarios, de modo que si los juicios no se establecen como se debe, será forzoso que sean vencidos por dichos contrarios, lo cual es digno de recriminación.
ARISTÓTELES, *Retórica*, libro I, I

SUMARIO: I. Introducción. II. Planteamiento del problema y su importancia. III. Elementos del problema. IV. Análisis y evaluación de las argumentaciones de los criterios divergentes que motivaron la contradicción de tesis. V. Argumentos principales de la ejecutoria de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. VI. Voto “concurrente” del Ministro Sergio A. Valls Hernández. VII. Propuesta de solución al problema. VIII. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Todo conflicto sometido a la potestad jurisdiccional debe concluir con una sentencia, que dirima tal oposición de pretensiones, sentencia que debe argumentarse adecuada y suficientemente para justificar que la decisión no solamente se ajustó a la legalidad sino que además sea acorde a la justicia real, esto es, que se decidan los conflictos judiciales a favor de quien realmente tiene la razón. Sin embargo, que el juzgador pueda adoptar una determinada decisión al resolver un problema jurídico tiene como presupuesto elemental haber efectuado una actividad básica de la función jurisdiccional como es analizar y valorar pruebas para formarse una cierta convicción de los hechos y aquí es cuando guarda especial relevancia qué fue lo que logró demostrarse con los elementos allegados, cómo está distribuida la carga de probar por el legislador al reglamentar determinada clase de juicios y de qué manera la ley provee al juzgador de atribuciones para

* Magistrado del Tercer tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región.

allegarse de pruebas así como si ello comprende una mera potestad discrecional o una obligación de todo juzgador de recabar elementos que aprecie fundamentales para el conocimiento de la verdad material sobre la formal.

A propósito de lo anterior, será objeto de estudio una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México que resolvió una contradicción de tesis —oposición de criterios jurídicos entre órganos colegiados— y fijó jurisprudencia obligatoria (vinculante) en el caso de este país, en torno a que los magistrados instructores del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no están obligados a allegarse pruebas no ofrecidas por las partes ni perfeccionar las que eventualmente pudieran acreditar la acción o excepción deducidas. Por lo que dicho criterio vigente retoma la discusión de cuáles son los alcances de tales facultades para recabar pruebas del instructor y privilegia un papel sumamente pasivo de éste en ese sentido.¹ A su vez genera fuertes problemáticas en materia del conocimiento de la verdad material, al igual que merma la calidad de la justicia y la propia legitimidad de las sentencias dictadas en juicios de esa índole, como será explicado. Esto, en tanto se apoyen en un conocimiento deficiente o incompleto de los hechos en función de la verdad formal que hubieren podido proyectar las partes conforme a las pruebas allegadas y se deje preponderantemente a ellos el deber de aportarlas. En cambio, se inhibe significativamente el rol del juez como rector del proceso así como se desconoce su deber de optimizar la recepción de aquellos elementos indispensables para el conocimiento real de los hechos debatidos.

¹ En ese orden, corresponde precisar que la jurisprudencia sujeta a estudio es la número 2a./J. 29/2010, el criterio de mayoría establece: “MAGISTRADOS INSTRUCTORES DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ESTÁN OBLIGADOS A ALLEGARSE PRUEBAS NO OFRECIDAS POR LAS PARTES NI A ORDENAR EL PERFECCIONAMIENTO DE LAS DEFICIENTEMENTE APORTADAS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CON LAS QUE EVENTUALMENTE AQUÉL PUDIERA ACREDITAR LA ACCIÓN O EXCEPCIÓN DEDUCIDAS. De los artículos 14, fracciones IV y V, 15, 20, fracciones II a VII, 21, fracciones I y V, 40 y 41 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, así como de los derogados numerales 209, fracciones III y VII, 214, fracción VI y 230 del Código Fiscal de la Federación, se advierte que en los juicios ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa corresponde al actor probar los hechos constitutivos de su acción y al demandado sus excepciones; esto es, la parte interesada en demostrar un punto de hecho debe aportar la prueba conducente y gestionar su preparación y desahogo, pues en ella recae tal carga procesal, sin que sea óbice a lo anterior que el último párrafo del derogado artículo 230 del Código Fiscal de la Federación y el numeral 41 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevean que el Magistrado Instructor podrá acordar la exhibición de cualquier documento relacionado con los hechos controvertidos u ordenar la práctica de cualquier diligencia, pues la facultad de practicar diligencias para mejor proveer contenida en los citados preceptos legales, debe entenderse como la potestad del Magistrado para ampliar las diligencias probatorias previamente ofrecidas por las partes y desahogadas durante la instrucción, cuando considere que existen situaciones dudosas, imprecisas o insuficientes en dichas probanzas, por lo que tales ampliaciones resulten indispensables para el conocimiento de la verdad sobre los puntos en litigio. De ahí que la facultad de ordenar la práctica de

En ese sentido, cabe retomar que la sociedad está esperanzada en que la impartición de justicia sea un verdadero pilar del Estado democrático, que exista confianza de que los tribunales estarán prestos a convencer que sus decisiones no son únicamente una solución en los problemas fundamentales del hombre, sino la respuesta más razonable que podía emitirse en función de haber valorado las cuestiones probadas que más se apegaban a los hechos acaecidos.²

II. Planteamiento del problema y su importancia

En el contexto de referencia es necesario identificar la razonabilidad y eficacia de los argumentos que apoyan el criterio jurisprudencial de la Corte en México en torno a que los magistrados instructores del juicio contencioso administrativo federal no están obligados a recabar pruebas no ofrecidas o perfeccionarlas, por ende, averiguar si está plenamente justificada la interpretación jurídica que pugna por privilegiar el principio dispositivo (carga probatoria de las partes) y restringir las facultades para mejor proveer del juzgador (inspirado en el

las referidas diligencias no entraña una obligación, sino una potestad de la que el Magistrado puede hacer uso libremente, sin llegar al extremo de suplir a las partes en el ofrecimiento de pruebas, pues ello contravendría los principios de equilibrio procesal e igualdad de las partes que deben observarse en todo litigio, ya que no debe perderse de vista que en el juicio contencioso administrativo prevalece el principio de estricto derecho. Además, si bien es cierto que conforme a los numerales indicados el Magistrado Instructor tiene la potestad de acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los hechos controvertidos o de ordenar la práctica de cualquier diligencia para un mejor conocimiento de los hechos controvertidos, también lo es que esa facultad no puede entenderse en el sentido de eximir a la parte actora de su obligación de exhibir las pruebas documentales que ofrezca a fin de demostrar su acción, ni de perfeccionar las aportadas deficientemente para ese mismo efecto, sino que tal facultad se refiere a que puede solicitar la exhibición de cualquier prueba considerada necesaria para la correcta resolución de la cuestión planteada.” Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXI, marzo de 2010, página 1035. Precedente: Contradicción de Tesis 360/2009, suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito; el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito; así como el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. Puede consultarse con el registro 164989 en la dirección electrónica siguiente: <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>

² Los ordenamientos deben por principio respetar las reglas de la lógica para evitar inferencias equivocadas y atribuciones impropias, además de estar orientados al bien, cuyo fundamento está en la naturaleza misma de lo que se pretende solucionar; éste es, en el sentido de la deontología jurídica como finalidad básica del derecho, dado que como ha sostenido PLATAS (2003: XVIII), si las sociedades contemporáneas se habitúan a buscar la legalidad y no la justicia como medio para dirimir y resolver los naturales conflictos que se verifican en el orden social, el orden y la paz, que son condición necesaria de la concordia y el progreso no se conseguirán, entonces, las sociedades sobrenormadas, reglamentadas y asfixiadas en trámites y procedimientos, verán nacer múltiples formas de violencia, en tanto la legalidad no sea garantía de justicia, y sólo ésta, la solución justa a los casos concretos, hace posible el bien y la paz.

principio inquisitivo).³ Por lo tanto, el problema a analizar es si la sentencia sujeta a estudio cuenta con una estructura de argumentos que soporten válidamente la conclusión adoptada, es decir, si efectivamente la carga probatoria citada y la equidad procesal pueden ser referentes que justifiquen un papel pasivo de los magistrados instructores como el señalado y propiamente si quedó debidamente abordado el punto principal de la contradicción de criterios así como explicado razonablemente si constituye una potestad o un deber el que tales juzgadores recaben pruebas para mejor proveer a que alude el artículo 41 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y de qué tipo. Así que se ha escogido esa decisión en función de la jerarquía del Tribunal que la emite, su obligatoriedad y trascendencia.⁴

³ Devis Echandía (2002: 60) señala que el principio dispositivo tiene dos aspectos: 1) que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella; y 2) también solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. Tomado en ambos aspectos significa que corresponde a las partes la iniciativa en general, y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos. El principio inquisitivo, por el contrario, por un aspecto le da al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pidan, y por otro aspecto lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales.

⁴ Las *razones de importancia y trascendencia* del caso son: 1) proviene de una sala del máximo tribunal del país (Segunda Sala) que tiene como fin fijar el criterio que debe prevalecer en una contradicción de tesis, que presupone la existencia de argumentos y su réplica en torno a un mismo problema jurídico. Luego, es de utilidad la pluralidad de argumentos que pueden ser objeto de análisis para verificar si fueron plenamente desarrollados y evaluar la calidad de la argumentación jurídica tanto de los órganos contendientes como del que de manera terminal precisó la Corte; 2) sustenta un criterio obligatorio y de efectos generales, pues en términos de lo dispuesto por el artículo 192, párrafos primero y tercero, de la Ley de Amparo, la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para todos los tribunales federales y locales del país; y las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis entre tribunales colegiados constituyen jurisprudencia. Así que ante tal obligatoriedad de la jurisprudencia los órganos de control constitucional al conocer de cualquier amparo en que se plantee el problema de si el magistrado instructor debió o no recabar algún elemento de convicción fundamental para la solución de la controversia deberán resolverlo conforme a tal interpretación definida que inhibe esa facultad; y 3) por su carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de México, la argumentación del Alto Tribunal, puede válidamente aplicarse por analogía en casos distintos de la materia fiscal y administrativa, donde la redacción del precepto sea similar o idéntica al artículo discutido. Así, puede extenderse su efecto no civo para la procuración de una justicia de calidad, al plantear de manera implícita que los restantes tribunales sean meros espectadores en los procesos respectivos y dejando prácticamente a las partes la posibilidad de aportar pruebas, con el argumento falaz de que ello “contravendría los principios de equilibrio procesal e igualdad de las partes que deben observarse en todo litigio”, haciendo nugatorio el contenido de los preceptos que dispongan tal facultad del juzgador.

III. Elementos del problema

Para valorar la corrección de los argumentos expuestos por los órganos discrepantes de la contradicción de tesis referida y los de la propia Suprema Corte es conveniente delimitar brevemente las cuestiones de hecho relevantes que tomaron en cuenta cada órgano, el problema jurídico analizado y la forma en que apoyó cada uno su conclusión. Para ulteriormente delimitar si el punto de contradicción de tesis que identificó el Alto Tribunal corresponde a lo que era el problema central en que discrepaban los órganos colegiados y, finalmente analizar detenidamente la *ratio decidendi* del criterio de mayoría del Alto Tribunal y las del voto de minoría que aunque indica ser concurrente, contiene una serie de motivos discrepantes.

Ahora bien, la sentencia objeto de análisis del presente trabajo, dictada el diecisiete de febrero de dos mil diez, resolvió una divergencia de criterios de tres órganos colegiados a identificarse como criterios A, B y C posteriormente, en tanto que la jurisprudencia terminal será analizada al final así como el voto de minoría, este último de manera breve, para dar lugar a nuestra argumentación sobre el problema. En el entendido que esa diversidad de posturas denota que el tema debatido no es de fácil solución y sí, como se pondrá de manifiesto, resulta cuestionable, pero no por ello poco importante, pues desemboca en la actuación de los jueces ante las partes en el proceso, respecto de la carga probatoria, lo que trasciende al sentido en las sentencias que lleguen a dictar. Se busca seguir el modelo utilizado por el profesor Manuel Atienza, retomando una enseñanza, lo que mejor define a un jurista es su capacidad de argumentar en una determinada forma y que para ello es válido ocuparse de la práctica de la argumentación jurídica como son las decisiones de los tribunales (2007: X y 2003: 21), aplicando también los conocimientos adquiridos en la especialidad.

IV. Análisis y evaluación de las argumentaciones de los criterios divergentes que motivaron la contradicción de tesis

Como elementos comunes de los asuntos de los cuales conocieron los tribunales colegiados participantes de la contradicción de tesis destacan los siguientes: a) correspondían a la reclamación de una sentencia definitiva dictada por salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, b) tenían como antecedente inicial que los fallos combatidos provenían de juicios contenciosos administrativos federales, c) fue objeto de interpretación un precepto en su versión derogada y la vigente, regulando similarmente las facultades de los magistrados instructores de recabar pruebas para mejor proveer en ese tipo de juicios (artículo 230 del

Código Fiscal de la Federación derogado y numeral 41 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo), y d) correspondía definir si el órgano instructor debió recabar de oficio o no ciertas pruebas, por ende, analizaron si era una obligación o una facultad discrecional. Así, se citará a continuación las particularidades de cada caso y analizará la postura adoptada por cada órgano discrepante, valorando sus “razones del derecho”.

1. Criterio A. El Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito analizó un caso en el cual la parte actora impugnó la invalidez de una pensión jubilatoria (que era menor a la que le correspondía conforme a su salario) pues no fue atendida una prestación, que refería, le era pagada regularmente como compensación garantizada, sin que hubiere aportado los recibos de pago del último año laborado. Al promover amparo contra la sentencia que desestimó su acción planteó que el magistrado instructor debió requerirle la exhibición de tales recibos, lo que consideró incorrecto el citado tribunal de amparo. La conclusión de que el instructor no tenía la obligación de recabarlas atendió a los argumentos siguientes en forma sintetizada:

A.1) Ausencia de ley que regulara el supuesto invocado. Sostuvo sustancialmente, en un inicio que no existe precepto legal en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo que imponga como obligación al magistrado instructor requerir a la actora que exhiba pruebas no ofrecidas, con las que eventualmente pudiera demostrar la acción deducida.

Análisis del argumento: El órgano colegiado pretendió realizar un argumento a contrario en cuanto a que ante la falta de un enunciado normativo que específicamente regulara la hipótesis citada, debía concluirse como necesario que no existía la atribución del instructor para recabar tal clase de pruebas. Dado que, como anota Ezquiaga (2006: 165), entre la utilización típica de este argumento están aquellas situaciones en que: a) existe duda de si una situación está o no incluida en la previsión legal, provocada por el silencio del legislador sobre la misma, y b) la presunción de que ese silencio significa que la “voluntad” del autor del texto legal ha sido excluir de la regulación normativa toda hipótesis no expresamente mencionada. Así que es un argumento de interpretación lingüística que sirve para proponer interpretaciones restrictivas cuya fuerza persuasiva la obtiene de la presunta voluntad del legislador con su silencio normativo. Sin embargo, en esa misma medida dicha presunción –no necesariamente válida–, lo hace cuestionable, porque no existe certeza de si la falta de disposición expresa del legislador comprende de verdad esa presunta voluntad de no asumir como posible el supuesto no regulado. Incluso, esa postura negaría en gran medida la

facultad de interpretación de la ley de cualquier juzgador porque toda situación no prevista se inferiría como imposible, no obstante que es precisamente esa falta de disposición expresa lo que en muchas ocasiones constituye el problema a resolver, es decir, si a pesar del silencio del legislador, es posible considerar implícitamente previsto el deber de recabar pruebas del juzgador en el ordenamiento interpretado. Luego, habría que preguntarse si la invocada falta de norma expresa del criterio A es sinónimo de una prohibición de ese supuesto. ¿Cuál sería el motivo suficiente para inferir la presunta voluntad del silencio legislativo? ¿Puede haber una voluntad detrás de un silencio? ¿El vacío legal no puede llenarse vía interpretación conforme algún otro método?

Aunado a ello, la falacia del citado argumento es que deviene incorrecta dicha afirmación de ausencia de ley que regule del todo el supuesto, pues como será estudiado posteriormente, la cuestión es que existe un precepto (numeral 41 vigente, antes 230 de la codificación fiscal) que prevé las facultades para mejor proveer del instructor y, en todo caso, correspondía definir si en el supuesto analizado esa norma podía tener el alcance de vincular al órgano instructor de recabar los recibos de pago base de la acción de invalidez del actor para pretender algún incremento de pensión jubilatoria. Este supuesto es un poco diferente al del que partieron los restantes colegiados en sus criterios discrepantes pues más que estar ante una hipótesis de duda sobre las pruebas aportadas o necesidad de esclarecer algún hecho controvertido, propiamente se reducía a pretender que el órgano instructor recabara la prueba que de manera fundamental podía apoyar la afirmación de la accionante de lo que conformaba su salario devengado en el último año para efectos de incidir en su pretensión de invalidez de pensión jubilatoria decretada. Ahí existía un incumplimiento generalizado de la carga de probar y no una situación de esclarecer hechos dudosos en sí, como se expone.

A.2) La carga probatoria de las partes. El tribunal de amparo consideró que dicha carga de probar su acción del actor derivaba del artículo 14, fracción V, de la mencionada ley, al establecer expresamente que la demanda de nulidad deberá indicar las pruebas que ofrezca la parte actora, y en caso de que ofrezca documentales, también podía hacerlo respecto del expediente administrativo en que se hubiese dictado la resolución impugnada. Además de que el primer párrafo del artículo 40 del mismo ordenamiento dispone que el actor debe probar los hechos de los que deriva su derecho y la violación al mismo, cuando consista en hechos positivos. De ahí infirió que el instructor no tenía la obligación de recabar tales documentales.

Análisis del argumento: Nuevamente se formuló un argumento *a contrario* pero bajo el matiz de que ante la existencia de un enunciado normativo que prevé la carga probatoria de las partes y no así del juzgador, debe evitarse extender a éste dicha necesidad de allegarse de elementos de convicción porque sería incluir un supuesto que no dispone literalmente la norma. Obviamente la debilidad de este tipo de interpretación restrictiva radica en que supone una veneración a la letra de la ley que hace tomar a ésta como única guía de interpretación, que no es del todo satisfactoria porque reduce los supuestos susceptibles de regulación. De manera que en lugar de expandirse el derecho para prever consecuencias jurídicas a la mayor cantidad de casos posibles se opta por restringir su aplicación, dejando de atender que precisamente ante ese silencio de la ley y que no existe una verdadera seguridad de que el legislador no deseó regular el supuesto, está llamado el intérprete para definir si es o no posible reconocer una reglamentación jurídica al caso no expresamente previsto en la norma. Por lo tanto, lo debatible de este argumento sería que asume que la carga probatoria de las partes impide toda obligación del juzgador de recabar pruebas, pero no justifica cuáles son los motivos de que ello puede constituir un verdadero obstáculo para que rija el sistema probatorio mixto retomado por el legislador al no sólo prever dicho principio dispositivo (carga de probar de las partes), pues no debe olvidarse que sí existe un precepto que prevé facultades del magistrado instructor para recabar pruebas (recoge el principio inquisitivo) y, por ende, el punto es *cómo pueden coexistir ambos sin negarse del todo uno al otro*, es decir, de qué manera se va interpretar dicho sistema mixto que da cuenta de una concepción *cognoscitivista* de la prueba que la concibe como un “instrumento de conocimiento”, actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento que sólo es probable y cuya valoración comprende una actividad racional, como anota Gascón (2004: 4), más que bajo una concepción *persuasiva* de la prueba donde en lugar de buscar la verdad sirve como instrumento para resolución de conflictos, de sólo persuadir para obtener una resolución favorable.

A.3) Violación a los principios de equidad procesal y estricto derecho. El tercer argumento que nutre el criterio A es que, a decir del órgano sustenante, considerar lo contrario, sería tanto como alterar los principios de equidad procesal y de estricto derecho que imperan en el juicio contencioso administrativo, otorgando indebidamente una prerrogativa a quien por descuido o por alguna circunstancia no ofreció las pruebas para demostrar su pretensión.

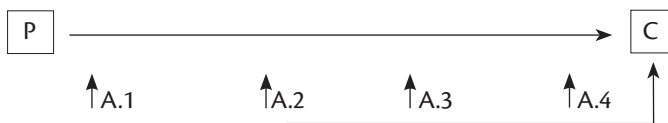
Análisis del argumento: la estructura discursiva anterior denota que pretendió realizarse una reducción al absurdo o argumento apagógico como lo denomina Ezquiaga (2006: 247-251) que se define como el que permite rechazar una interpretación de un documento normativo de entre las teóricamente (o *prima facie*) posibles, por las consecuencias absurdas a las que conduce. Aquí el problema es evaluar el parámetro que permite concluir lo absurdo de las consecuencias de la interpretación rechazada, así que puede comprender una noción relativa, mutable histórica y especialmente en una sociedad dada. En el caso es deficiente el argumento citado porque no está del todo estructurado e incluso llega al extremo de ser una petición de principio porque no explica el motivo que se tiene para afirmar el citado desequilibrio procesal, en qué consiste la infracción al principio de estricto derecho y menos en qué radica lo absurdo de la consecuencia, es decir, los motivos que se tienen para asumir que sería una cuestión inaceptable el pretendido desequilibrio de la equidad procesal y la infracción al estricto derecho, que en sí no están desarrollados. Luego, no se expone cuál es la tesis asumida como plenamente verdadera (cómo es que pueden inferirse dichas consecuencias “absurdas” del hecho de que el magistrado requiriera de oficio a la actora los recibos de pago que alegó) y por ende, bajo qué parámetro se da lo absurdo de la proposición.

A.4) Simple facultad discrecional del instructor para recabar pruebas. Finalmente, destacó el Tribunal Colegiado que no era óbice para resolver en tal sentido el hecho de que el artículo 41 de la ley en comento disponga que el magistrado instructor, antes del cierre de la instrucción, para un mejor conocimiento de los hechos controvertidos, podrá acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los mismos; pues ello era “una potestad”, en su opinión, y correspondía a la parte actora la carga de aportar los medios de convicción relativos para demostrar los hechos de la acción deducida y que de lo contrario, se llegaría al extremo de suplir a las partes en el ofrecimiento de las pruebas.

Análisis del argumento: Denota una petición de principio porque no obstante de estar a discusión precisamente la interpretación del artículo 41 y si sus alcances podían dar lugar a que el instructor requiriera al actor las pruebas aludidas, asumió como premisa dada que dispone una mera “potestad” para recabarlas, pero sin exponer cuáles son los motivos para interpretarlo así, a pesar de ser el punto central a discusión.

Ahora bien, finalmente se estima oportuno hacer un esquema de la argumentación del criterio A en mención, donde (P) es el problema analizado y (C) la conclusión, mientras que (A.1, A.2, A.3, A.4) son los argumentos que soportan

dicha conclusión, en especial el A.2, para asumir que el instructor no tiene obligación de recabar las pruebas pretendidas por la accionante y los dos últimos argumentos fueron peticiones de principio (sin explicación).



2. Criterio B. El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito analizó un asunto en que estimó correcta la actuación de la resolutora de que con fundamento, entre otros, del numeral 230 del Código Fiscal de la Federación y 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria, para mejor proveer y de manera oficiosa, reabrió la instrucción del juicio con el objeto de que la actora exhibiera la traducción al idioma inglés del certificado de origen anexo a la demanda para demostrar el lugar de procedencia de las mercancías sujetas a reconocimiento aduanero; y que la Sala fiscal necesitaba analizar al momento de resolver el conflicto, al tener relación con los hechos controvertidos; tan es así, dijo, que con apoyo en esa traducción la Sala determinó que los bienes importados a través de ese pedimento, al ser originarios de Estados Unidos de América, merecían una tasa preferencial, por lo que declaró la nulidad de la resolución impugnada con dicho elemento. Así que fue cuestionado que la Sala no debió recabar dicha prueba y la interpretación de los anotados preceptos, mientras que la conclusión tuvo apoyo en:

B.1) Obligación del instructor de recabar pruebas para mejor proveer. El tribunal mencionado consideró que con base en los citados preceptos legales, la actuación de la responsable fue apegada a derecho, ya que “obligan” indiscutiblemente al juzgador para conocer la verdad, a valerse de cualquier persona, cosa o documento, sin más limitación que la prueba esté reconocida por la ley y tenga relación inmediata con los hechos controvertidos.

Análisis del argumento: Implica una petición de principio pues da por hecho lo que era la cuestión a discusión, si tales dispositivos disponen una “obligación” de recabar pruebas del juzgador y no una potestad, dado que no expone los motivos de la conclusión.

B.2) Facultad implícita de perfeccionar pruebas ofrecidas. Finalmente, sostuvo que si los numerales en que se apoyó la Sala le permiten traer pruebas, y entre ellas documentos no ofrecidos por las partes, por mayoría de razón puede perfeccionar y allegarse de una traducción de un documento que, en su momento, fue ofrecido como prueba.

Análisis del argumento: Si bien pretendió elaborarse un argumento *a fortiori*, que como precisa Ezquiaga (1998: 168-169), se basa en “la mayor razón” del legislador racional y en su presunta voluntad implícita en el sentido de que una vez regulada una cierta consecuencia jurídica de un supuesto la misma aplica con mayor razón a los distintos supuestos incluidos en el primero. Lo cierto es que es falaz en la medida que la mayoría de razón fue construida sobre una petición de principio. Dado que si no explicó de qué manera es aceptable la interpretación de los referidos preceptos de que es obligatorio para los instructores recabar pruebas para mejor proveer (y no potestativo), entonces, el argumento *a fortiori* se desvanece al no estar seguros de la premisa de la cual parte. Además tampoco quedó explicado cómo es que puede merecer similar tratamiento el perfeccionamiento de pruebas deficientes, en particular, ordenar la traducción de documentales aportadas en idioma extranjero en cuanto considerarse como un supuesto obligatorio del juzgador recabarla. Esto es, en qué sentido es posible asumir que sea un supuesto implícito el perfeccionamiento de pruebas respecto a las facultades de mejor proveer en mención. El esquema de argumentación del criterio B donde la conclusión (C) al problema (P) tiene sustento en dos argumentos, con las deficiencias señaladas de partir de una petición de principio que lo hacen sumamente débil en su integridad, sería:



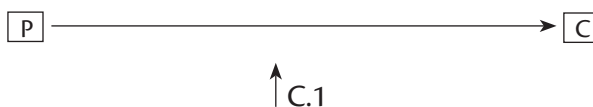
3. *Criterio C.* El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito analizó un caso en el cual la Sala fiscal determinó que no había sido allegado el expediente administrativo del que derivaba la resolución impugnada por la parte actora y ante dicha insuficiencia de pruebas no podía analizar lo correcto de sus planteamientos en cuanto a lo decidido por su contraria en un recurso interpuesto ante aquélla. Por lo dicho, el colegiado se ocupó de establecer si comprendía una violación procesal que ameritaba ordenar una reposición del juicio contencioso que la instructora no hubiere recabado el expediente administrativo referido.

Luego, tuvo que definir si la facultad de recabar pruebas por el instructor a que alude el numeral 230 de la codificación fiscal comprendía una obligación y por ende, si debió allegarse tal sumario. La conclusión fue que sí era obligatorio allegarse de ese elemento y los argumentos que apoyan dicha conclusión son:

C.1 Obligación del instructor de recabar pruebas para mejor proveer. Señaló que para cumplir con los principios de congruencia y exhaustividad contenidos en el artículo 237 del Código Fiscal de la Federación, así como el deber tanto de fundar como motivar su decisión, y de impartir justicia completa —pronunciarse sobre cada una de las pretensiones que el actor deduzca en su demanda de nulidad—, estaba constreñida la autoridad jurisdiccional en términos de lo previsto en el último párrafo del artículo 230 del Código Fiscal de la Federación, de que cuando así sea necesario, acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los hechos controvertidos. Lo interpretó como una “obligación”, siempre y cuando las mismas tengan una relación estrecha con la litis y sean necesarias para resolver la pretensión del actor. Señaló que expresión “podrá” utilizada en el precepto no era factible interpretarla sólo gramaticalmente como facultad discrecional sino que comprendía una obligación de acuerdo al examen relacionado de las disposiciones fiscales y la naturaleza de las facultades constitucionales de fundar y motivar debidamente todo acto que de ellas emane. Así que para cumplir con la finalidad de impartir justicia completa, exhaustiva y congruente en términos de lo previsto en el artículo 17 constitucional y 237 de la citada codificación, era sólo si el órgano jurisdiccional tenía el conocimiento real y completo de los hechos controvertidos, por lo que asumió que debió recabarse el expediente administrativo comentado.

Análisis del argumento: Este criterio pretendió sustentarse en lo sustancial en un argumento sistemático, que como refiere Ezquiaga (1998: 176-179) comprende la interpretación en que se intenta dotar a un enunciado normativo de comprensión dudosa de un significado sugerido o no impedido por el sistema jurídico del que forma parte que reenvía al concepto de sistema. En el cual se da una fe al legislador racional de haber construido una normativa con sistematicidad objetiva intrínseca sin verdaderas antinomias. Claro está que presenta ciertas deficiencias porque no queda claro en qué medida el cumplimiento de los principios de coherencia y exhaustividad de las relaciones directamente pueden facultar a interpretar como un “deber” el verbo “poder” que retoma el numeral

230 (al igual que el 41 de la legislación vigente) para ejercer las atribuciones de recabar pruebas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Además, tampoco explica de qué modo están interrelacionados como sistema los preceptos que prevén tales principios (fundar y motivar las sentencias, el imperativo constitucional de administrar justicia completa, respecto al que prevé las facultades de tal órgano para recabar pruebas). Luego, no está evidenciado cuál es la base para negar la interpretación gramatical y la contundencia o preferencia del argumento sistemático en que pretende tener apoyo el criterio C. El diagrama relativo sería el siguiente:



V. Argumentos principales de la ejecutoria de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Como cuestión previa cabe precisar que la Corte decidió que sí existía la contradicción de tesis denunciada y que el problema jurídico a resolver en cuanto a lo que era punto de discrepancia era si los magistrados instructores de las diversas Salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, para mejor proveer y hasta antes del cierre de la instrucción, con el objeto de resolver la cuestión efectivamente planteada, tienen la obligación de allegarse de los elementos necesarios para hacerlo, pudiendo ordenar incluso que se recaben pruebas no ofrecidas por el actor para acreditar la acción deducida y que se practiquen diligencias de manera oficiosa (como el perfeccionamiento de pruebas deficientemente aportadas por el demandante), siempre y cuando las mismas tengan una relación estrecha con la *litis* y sean necesarias para resolver la pretensión del actor, con la finalidad de que la sentencia que al efecto emita la Sala responsable, sea de manera completa e imparcial; exhaustiva y congruente, sin que ello implique relevar a las partes de la carga procesal de probar sus pretensiones, sino el cumplimiento del tribunal responsable al imperativo constitucional de impartir justicia emitiendo resoluciones de manera completa. O si por el contrario, era una obligación en lugar de una facultad discrecional.

En cuanto a este apartado cabe mencionar que no fue del todo precisa y objetiva la delimitación del problema de contradicción de tesis a resolver pues en la propia pregunta estaban sugeridos algunos de los argumentos principales en juego, por lo de algún modo fue contaminada la pregunta y limitada la neutralidad respecto al punto a analizar. Incluso, en cierto sentido fue confundido el punto

de discrepancia de los órganos contendientes.⁵ Así que dicha situación incide en la integridad del criterio adoptado por la Corte mexicana pues ya existía cierta predisposición a validar que el ejercicio de tales atribuciones de los magistrados instructores comprendía una negación de la carga probatoria y del equilibrio procesal de las partes, por ende, que debía imperar el principio dispositivo y prácticamente hacerse nugatoria la referida atribución legal contenida en el artículo 41 de la legislación en consulta (antes 230 de la codificación fiscal federal), a tal grado que no solamente quedó como conclusión que se trataba de una “facultad discrecional” sino que además no podía usarse para recabar pruebas no ofrecidas por las partes o perfeccionar las deficientemente desahogadas. Lo que en esencia implica negar la dualidad del sistema probatorio mixto del juicio contencioso porque se hace ineficaz la referida facultad si rige la interpretación de su imposibilidad de ejercerse en dichos casos, pues no se deja alternativa posible desde el instante en que si las partes ofrecieron de manera completa las pruebas relevantes para decidir la controversia es claro que no existiría un contexto de necesidad de recabar alguna para mejor proveer por el juzgador. Por el contrario, cuando no hayan sido ofrecidas o sean incompletas, dudosas y deficientes las allegadas puede generalmente surgir el parámetro de tener que esclarecer ciertos hechos controvertidos y por lo tanto, la necesidad de allegarlas de ser indispensables para la solución del caso, pero la Corte negó la aplicación del principio inquisitivo. Así que si el punto en que difrieron específicamente los órganos contendientes (criterios A, B y C) fue específicamente en torno a si comprendía una facultad “discrecional”, o bien, una “obligación” la citada atribución de los magistrados instructores de recabar pruebas para un mejor conocimiento de los hechos controvertidos, por ende, los términos en que debía interpretarse el precepto que prevé dichas facultades. Luego, queda claro que el problema a dirimir era en lo fundamental determinar si tales atribuciones eran discrecionales u obligatorias. En su caso, sus alcances en un régimen probatorio mixto.

No se desatiende que ello comprendía un problema complejo que recurrentemente ha aquejado a tales sistemas probatorios mixtos, pues en un inicio los

⁵ Ello es así porque el sólo hecho de preguntarse si el juzgador debe recabar las pruebas base de la acción del actor y que ello no infrinja la carga de la prueba que tiene éste, por los motivos que se anuncian, implica implícitamente sugerir la posible respuesta, es decir, que estaría menoscabándose el principio dispositivo y correspondiente deber del actor de probar los extremos de su acción, desatendiendo que el juicio contencioso como muchos otros prevén un sistema probatorio mixto, donde a la par de la referida carga probatoria están contemplados preceptos que prevén la facultad de los juzgadores de recabar pruebas para mejor proveer y *el punto es dirimir en principio si ello es una mera facultad discrecional o una obligación, así como de qué manera pueden conjugarse o encontrar armonía tales temas*. Esto es, cómo va a interpretarse la facultad de recabar tales elementos para mejor proveer de los instructores del juicio contencioso administrativo federal en un contexto normativo donde concurren el principio dispositivo y el inquisitivo (tanto la carga probatoria de las partes pero también la facultad del juzgador de allegarse elementos de prueba de oficio).

principios dispositivo e inquisitivo en juego son antagónicos por lo que si el legislador ha contemplado la carga de la prueba de las partes, pero a la par no ha dejado a su exclusiva responsabilidad el allegar elementos de convicción con exclusión del juzgador, sino que también ha depositado en éste atribuciones para recabarlos a fin de tener un mejor conocimiento de los hechos controvertidos, por ende, surge la disyuntiva de cómo debe interpretarse la coexistencia de tales principios (dispositivo e inquisitivo) así como equilibrar la posibilidad de que operen en forma compatible al mismo tiempo en juicios como el contencioso administrativo. La solución no es del todo fácil porque de privilegiar únicamente la carga probatoria de las partes puede indirectamente negarse el papel previsto por el legislador en materia de recaudación de pruebas a favor del juzgador. Puede anticiparse que no se trata de reconocer únicamente la obligación de las partes de demostrar su acción o excepción, sino de qué forma puede encontrar coherencia este sistema mixto para procurar el conocimiento de la verdad material de los hechos sobre la formal, es decir, evitar decidir conforme a puntos fácticos dudosos y privilegiar el orden público que rige a los procesos así como el imperativo de impartir justicia efectiva y completa.

Veamos entonces la estructura argumentativa de la sentencia que dirimió la citada contradicción de criterios e identificado como criterio terminal de mayoría. En lo sustancial asume como conclusión que los magistrados instructores no pueden allegarse, hasta antes del cierre de instrucción, de pruebas, ni deben ordenar, de oficio, la práctica de cualquier diligencia, con las que el actor pudiera demostrar la acción deducida si no fueron ofrecidas o fueron deficientemente desahogadas. Dicho criterio tuvo como sustento total exponer lo que comprende la carga probatoria y que el instructor no puede relevar al actor de una carga procesal que le corresponde, alterándose los principios de equidad procesal y de estricto derecho que imperan en el juicio contencioso administrativo. Posteriormente asumió como supuesto dado la facultad discrecional de los instructores del proceso para ejercer las atribuciones de recabar pruebas para mejor proveer y retomó una vez más el tópico de la carga probatoria, por lo que como quedará señalado no existe un enlace lógico entre el consecuente y el antecedente.

Así señaló en esencia lo siguiente:

T.1) Carga probatoria de las partes en el juicio contencioso administrativo federal. El fallo del alto Tribunal comienza con la transcripción de los preceptos que contemplan dicha carga y los sujetos a discusión que prevén las facultades para mejor proveer. Esto es los artículos 14, fracciones IV y V, 15, 20, fracciones II a VII, 21, fracciones I y V, 40 y 41 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, así como de los derogados numerales 209, fracciones III y VII, 214, fracción VI y 230 del Código

Fiscal de la Federación, de los que advirtió que en los juicios ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa corresponde al actor probar los hechos constitutivos de su acción y al demandado sus excepciones, es decir, la parte interesada en demostrar un punto de hecho debe aportar la prueba conducente y gestionar su preparación y desahogo, pues en ella recae tal carga procesal. Añadió que esclarecer las cuestiones de hecho es tan importante como esclarecer el derecho, ya que la debida aplicación de éste dependerá de lo demostrado con aquéllas.

Análisis del argumento: Este planteamiento propiamente comprende únicamente una interpretación literal del contenido de los preceptos invocados, especialmente de los que prevén la carga de la prueba de la parte actora, para concluir que existe dicho deber de probar sus afirmaciones, y da por hecho que debe privilegiarse dicha carga probatoria sin mayor reflexión respecto al contexto normativo de concurrencia con las atribuciones de recabar pruebas para mejor proveer del instructor del proceso. Es decir, no se analizó cómo debe interpretarse dicho sistema mixto, o bien, si la facultad del juzgador aludida puede ser entendida de manera compatible conforme a un contexto determinado en que estén conjugados. Incluso, destaca que el anotado criterio jurisprudencial concluye refiriendo que la prueba constituye una carga procesal, en cuanto que es una actividad optativa para las partes; y si no la desarrollan, sufren las consecuencias de su inactividad, que redundará en la improcedencia ya sea de la acción, o bien de la excepción opuesta, al no probar los hechos fundatorios de su dicho, tal como les correspondía hacerlo, pero no señala de qué modo ello limita el contenido de los numerales 41 o 230 citados (el principio inquisitivo o facultades del juzgador para recabar de oficio pruebas).

T.2) Facultad discrecional de recabar pruebas para mejor proveer. En ese sentido agregó que no es óbice a la citada carga probatoria el último párrafo del derogado artículo 230 del Código Fiscal de la Federación y el numeral 41 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevean que el Magistrado Instructor podrá acordar la exhibición de cualquier documento relacionado con los hechos controvertidos u ordenar la práctica de cualquier diligencia, pues era una potestad discrecional para ampliar las diligencias probatorias previamente ofrecidas por las partes y desahogadas durante la instrucción, cuando considere que existen situaciones dudosas, imprecisas o insuficientes en dichas probanzas, siempre que tales ampliaciones resulten indispensables para el conocimiento de la verdad sobre los puntos en litigio. Por lo que la facultad de ordenar la

práctica de las referidas diligencias no entraña una obligación, sino una potestad de la que el Magistrado puede hacer uso “libremente”, sin llegar al extremo de suplir a las partes en el ofrecimiento de pruebas.

Análisis del argumento: Dicho planteamiento propiamente contiene una petición de principio porque no obstante de estar a discusión precisamente la interpretación del artículo 41 y 230, citados, así como si sus alcances podían dar lugar a que el instructor requiriera al actor las pruebas para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos y los límites de tales atribuciones, el alto Tribunal asumió como premisa dada que tal dispositivo dispone una mera “potestad” para recabar pruebas en contraposición a una obligación, pero sin exponer cuáles son los motivos para interpretar de tal forma dicho precepto. Es decir, en momento alguno se estudia realmente cuáles serían las bases para poder explicar que no comprende una obligación sino una mera facultad discrecional (las atribuciones referidas) entendido ello como una capacidad de actuar “libremente”. Incluso, así como está desarrollada la sentencia este sería un argumento adicional que no está construido en función del anterior punto de la carga probatoria, ya que no hay un enlace entre antecedente y consecuente, dado que sólo se expone lo que comprende cada uno, pero no se explica en qué sentido la carga probatoria permite concluir después la posibilidad de actuar libremente del juzgador, además de que al final el criterio terminal concluye negando esa “libertad” de recabar pruebas al señalar que no procede cuando no se ofrecen o son aportadas deficientemente, lo que es una cuestión contradictoria.

Aquí empieza a evidenciarse la falta de correspondencia o enlace de los argumentos para soportar la conclusión adoptada, pues propiamente el fallo analizado sólo describe dos puntos que son el presupuesto del problema, por una parte que en el juicio contencioso rige la carga probatoria de las partes (expresión del principio dispositivo) y por otro lado que existen preceptos que contemplan las facultades de los magistrados instructores para allegarse de pruebas para mejor proveer —sin excitativa de parte previa como ocurría en los sistemas en que regía preponderantemente el sistema inquisitivo—. Esto comprende precisamente el contexto de decisión, pues precisamente el problema es que rige un sistema mixto y está sujeto a estudio cómo debe interpretarse dicha coexistencia de mecanismos probatorios.

T.3) Violación a los principios de equidad procesal y estricto derecho. El tercer argumento se limita a precisar que de estimar lo contrario, sería tanto como alterar los principios de equidad procesal y de estricto derecho que imperan en el juicio contencioso administrativo, ya que no debe perderse de vista que en el juicio contencioso administrativo prevalece el principio de estricto derecho.

Análisis del argumento: la estructura discursiva anterior denota que pretendió retomar la reducción al absurdo o argumento apagógico del criterio A, ya estudiado, por lo que resulta aplicable lo ya dicho respecto al punto A.1, en especial que comprende una petición de principio al no justificar la razón que se tiene para afirmar el citado desequilibrio procesal o en qué consiste la infracción al principio de estricto derecho y menos en qué radica lo absurdo de la consecuencia y, de ahí, para asumirlo como inaceptable, no obstante que precisamente se está frente a un sistema mixto como se ha narrado.

Cabría añadir que lo relativo a que en el juicio contencioso rige el principio de estricto derecho realmente es inaplicable pues ello se refiere al deber del órgano jurisdiccional de limitarse a resolver sobre la eficacia de los conceptos de invalidez de la parte actora en función de cómo hayan sido desarrollados, sin suplir la queja deficiente. Luego, comprende un tema diferente como es el propiamente jurídico (en oposición al fáctico) en cuanto decidir la *litis* planteada según los vicios alegados, no la cuestión procesal de recabar pruebas para el conocimiento de la verdad de los hechos, por lo que no se aprecia una justificación válida de que la circunstancia de que el instructor del proceso recabe pruebas pueda implicar una infracción al principio de estricto derecho ya que éste no rige la cuestión probatoria sino el análisis restrictivo de los conceptos de invalidez en torno a no ir más allá de lo estrictamente discutido.

De ahí que se invalida la tesis de que es “incuestionable” que la facultad otorgada a los magistrados instructores de las Salas del Tribunal Fiscal no puede llegar al extremo de obligar a demostrar un hecho en perjuicio evidente de una de las partes, pues debe entenderse que esa potestad se refiere a dilucidar por parte de los magistrados, cualesquier duda de orden técnico en el juicio de anulación, pero de ninguna manera a la obligación de “alterar la *litis*”, haciéndole la prueba a una de las partes.

T.4) La facultad discrecional de recabar pruebas no implica desconocer la carga probatoria. Reitera la ejecutoria a estudio que la noción de diligencias para mejor proveer parte del supuesto de que el material probatorio ya ha sido aportado en su totalidad al proceso por las partes y de que una vez considerado por el juzgador, éste encuentra aspectos dudosos o insuficientes en las pruebas, o falta precisión en sus resultados para formar una convicción, de suerte que mientras éstas no se hayan desahogado íntegramente, no existe razón para disponer las medidas que nos ocupan. Que esa facultad no puede entenderse en el sentido de eximir a la parte actora de su obligación de exhibir las pruebas documentales que ofrezca a fin

de demostrar su acción, ni de perfeccionar las aportadas deficientemente para ese mismo efecto, sino que tal facultad se refiere a que puede solicitar la exhibición de cualquier prueba considerada necesaria para la correcta resolución de la cuestión planteada.

Análisis del argumento: Estas manifestaciones en esencia son una contradicción, reflejo de haberse ocupado el criterio terminal de sólo narrar lo que implica la carga probatoria y la potestad de recabar pruebas para mejor proveer por el órgano instructor, sin abordar cómo a pesar de esa coexistencia de mecanismos para allegar pruebas al juicio contencioso administrativo federal, debía imperar uno u otro, o bien, la manera de conjugarlos. Además de que propiamente no quedó motivada una de las premisas de las cuales se partió como fue haber concluido que era una facultad discrecional la atribución para recabar pruebas, no obstante que ello era el punto trascendental en que se oponían los colegiados discrepantes y por ende, interesaba saber cuál debía ser la interpretación de los citados numerales 41 y 230, en cuanto a si prevén una atribución potestativa (hasta dónde) o un deber (obligación) del juzgador.

Lo anterior da lugar a considerar que el alto Tribunal propiamente se construyó a una interpretación-actividad *noética*, a que hace referencia Lifante (1999); la cual se produce tratándose de una captación del significado como un pensamiento intuitivo, es decir, como una captación intelectual inmediata de una realidad inteligible; en lugar de una *dianoética* que era la que exigía el asunto, es decir, cuando se requiere un pensamiento discursivo, una argumentación. En la primera, refiere Lifante (siguiendo a Wróblewski en cuanto a dos situaciones de comunicación: la comprensión directa de un lenguaje y la existencia de dudas que deben ser superadas precisamente por la interpretación), se apunta la captación del significado que se produce en la comprensión directa de una comunicación mientras que la dianoética atiende al conocimiento de dudas de esa primera fase que necesitan ser rebasadas con una argumentación o interpretación. En el caso, no era suficiente que el alto Tribunal se hubiere limitado a captar que en el juicio contencioso administrativo federal, conforme a los citados preceptos preponderantemente analizados daban cuenta de la existencia de la carga probatoria y las atribuciones del magistrado para recabar pruebas para mejor proveer, sino requería de una actividad dianoética en el sentido de superar la duda sobre si el reconocimiento de tal carga podía implicar realmente la negación del narrado sistema mixto, en su caso, las razones para asumir que la facultad inquisitiva de orden probatorio del magistrado instructor era una mera facultad discrecional y no una obligación como lo entendió uno de los órganos discrepantes.

Por otra parte, la contradicción lógica del argumento de la Corte también se observa al anotar que tal tipo de atribuciones del instructor no permiten eximir de la carga de probar su acción al actor, ni de perfeccionar las aportadas deficientemente para ese mismo efecto, sino que tal facultad se refiere a que puede solicitar la exhibición de cualquier prueba considerada necesaria para la correcta resolución de la cuestión planteada. La aceptación de este último enunciado precisamente implicaría el recabar pruebas no ofrecidas o deficientemente desahogadas si inciden en tener un desconocimiento de los hechos que requiera ser atendido para mejor proveer y allegar un conocimiento de la verdad material. El esquema de esta argumentación del criterio terminal analizado sería la siguiente, de la manera en que se partió de un problema jurídico y pudo llegarse a una conclusión, contando con tres argumentos con las deficiencias citadas y los cuales no están enlazados entre sí.



La idea de que la carga probatoria es exclusiva de las partes y que limita ostensiblemente a los jueces en su facultad indagatoria parte de la premisa de que el juez que ejerce estos poderes pierde la imparcialidad misma, porque ésta acaba favoreciendo a una u otra parte, y que también pierde su independencia, porque valora inequitativamente las pruebas que él mismo ha mandado recabar. Lo anterior es una falacia de petición de principio de las que recurrentemente hace mención Atienza que se presentan en la elaboración de sentencias de los tribunales (2008 y 2009), pues se pierde de vista que no se explica de qué manera es válido interpretar que únicamente debe imperar en el juicio contencioso el principio dispositivo y prácticamente negarse la eficacia del inquisitivo que de manera complementaria previó el legislador, además de que se desatiende que cuando recaba oficiosamente pruebas en ningún momento piensa en las partes, sino en la búsqueda de la verdad dentro del proceso, con objeto de dar a cada quien lo que le corresponde, atento a la sana aplicación de los principios que rigen al proceso y la prueba pues estos últimos constituyen una pieza clave del derecho dada su naturaleza flexible en función de la manera en que pueden concretarse en cada asunto al no operar como reglas rígidas (Atienza:1996).

Además, como anota Taruffo (2010: 207), este tipo de interpretaciones en que prevalece el principio dispositivo ante todo en los procesos judiciales pierden de vista un elemento muy valioso como es la formación técnico-jurídica del juez

como docto en lo que implica la búsqueda y determinación de la verdad al desarrollar la función de juzgar, en los que la asunción de las pruebas y la determinación de los hechos constituyen por regla general el núcleo esencial del proceso, y es esta experiencia formada por la práctica judicial de los problemas de la prueba los que pueden darle los conocimientos y capacidades necesarias para desarrollar adecuadamente la función epistémica.

Como refiere Atienza (2008: 24) la adquisición de virtudes por los jueces, entre ellas las judiciales, no son una mera cuestión de enseñanza sino de hábito, pues es la práctica y experiencia de juzgar la que va haciendo al juez prudente y un buscador por naturaleza de la verdad material sobre la formal en las sociedades contemporáneas, según lo demanda la sociedad. De esa manera, las deficiencias argumentativas del criterio terminal que motivó la jurisprudencia mexicana analizada, dan cuenta de lo que en materia de cultura de la ley y el derecho menciona Vigo (2003: 3) en el sentido que en ocasiones se muestra cierta esquizofrenia jurídica, es decir, cuando en lo académico se imponen a los juristas ciertos parámetros de comprensión del derecho —como sería lo entendido por sistemas mixtos donde concurren de cierta manera el principio dispositivo con el inquisitivo así como el tan socorrido pregonar de la búsqueda de la verdad objetiva o material en oposición a la formal o persuasiva para dar cabida a una justicia real y efectiva—, pero de los que luego se prescinde a la hora de actuar “conforme a derecho” u operar con el mismo en los tribunales. De ahí que es una la faceta de comprensión del derecho la que brinda el juzgador cuando actúa en el ámbito académico y una muy opuesta la que muestra en la labor jurisdiccional, prácticamente modificando los paradigmas bajo los que actúa en uno y otro ámbito.

VI. Voto “concurrente” del Ministro Sergio A. Valls Hernández

Las comillas obedecen a que el ministro referido realmente no coincide con el criterio de la mayoría, por lo que no era dable que apareciera resuelta por “unanimidad de cinco votos”, pues en forma contraria, estimó que las referidas atribuciones de recabar pruebas para mejor proveer del instructor eran obligatorias y no una facultad discrecional. En dicho voto anotó que si bien compartía el señalamiento de que sí existió la contradicción de tesis, se apartaba parcialmente de la conclusión a la que se llega en la tesis aprobada. Luego, aunque coincidía con lo relativo a que el juzgador tiene una facultad discrecional a efecto de dictar las medidas para mejor proveer y su conceptualización precisada por la mayoría, posteriormente defiende una tesis contraria, al aludir que dichas medidas “no constituyen una facultad discrecional del juzgador para efectuarlas en el caso de que exista incertidumbre en el ánimo del juzgador”. Para ese efecto defendió en

lo sustancial los argumentos que se indican a continuación, en el entendido que se comparten en cierta medida para sustentar la propuesta de interpretación de cómo pueden entenderse las atribuciones de recabar pruebas para mejor proveer en un sistema mixto como el citado y sus alcances o límites.

V.1) El carácter de interés público del proceso y el papel del juzgador como rector del proceso. Refirió que el proceso actualmente ya no es entendido como una controversia sujeta única y exclusivamente a los intereses particulares de los contendientes —como se entendía inicialmente en los inicios del derecho procesal—, donde el juzgador era considerado como un sujeto pasivo y ajeno en la dirección del proceso. Sino que actualmente —bajo los postulados del derecho procesal científico— se considera que el juzgador deja de ser un mero receptor pasivo de las instancias de las partes —*juez espectador*—, para ser un verdadero *director* del proceso, que cumple con la función tutelada por el Estado de impartir justicia. En este sentido, su función se encuentra sujeta a los imperativos constitucionales que norman el proceso, y en específico, a la más alta función del juez de impartir justicia como lo estatuye el artículo 17 constitucional de manera completa, pronta e imparcial. Así que el Estado tiene interés en que se realice la justicia, por ser uno de los fundamentos que lo legitiman.

V.2) Justicia completa y eficaz. Al respecto anotó que es preciso que el juez, a fin de impartir justicia completa, decida el litigio con una sentencia que refleje la verdad de los hechos, de manera que su resolución no se encuentre subordinada a la actuación de las partes respecto del derecho sustantivo controvertido, sin que con ello se vulneren los principios de equidad e igualdad de las partes en el proceso. Que en diversos códigos de procedimientos que rigen el proceso en México, se conceden al juzgador las diligencias para mejor proveer a efecto de poder dilucidar de mejor manera la controversia. Por lo anterior, en caso de que las pruebas ofrecidas por las partes generen en el ánimo del juzgador duda de la realidad de los hechos, tiene la obligación de ejercer el mejor proveimiento, porque de sostener lo contrario, sería atentar contra los principios de una efectiva realización de justicia y que la materia del derecho sustantivo controvertido quedara sujeta a una falsa o parcial apariencia de la verdad.

V.3) La atribución de recabar pruebas para mejor proveer como una cuestión obligatoria y no discrecional. Anota que el hecho de que diversos códigos de procedimientos utilicen para otorgar al juzgador los medios para mejor proveer, el verbo “podrán” —uno de los argumentos que se aprecian

en la resolución para señalar que es una facultad/derecho del juez — no es obstáculo ya que los sujetos públicos como los juzgadores, al encomendárseles cierta función — impartir justicia —, se les otorgan ciertas potestades para cumplirla, y en este sentido, se colige que el cumplimiento de esa función es imperativa para el juzgador, pues cumple con una función pública en la que está interesada toda la sociedad, y por lo mismo, para el cumplimiento de su función, al sujeto se le dota de ciertas facultades para cumplirla — medios para mejor proveer —.

V.4) No vulneración del principio de equidad procesal y carga probatoria. Añade que lo anterior no significa que el juez conculque los principios de igualdad de las partes, equidad de los contendientes y cargas procesales de las partes, ya que justamente las medidas para mejor proveer se dan únicamente cuando las partes aportaron al juez las pruebas conducentes para demostrar sus pretensiones, y por lo tanto, cumplieron con sus respectivas cargas procesales; sin embargo, dichas medidas sirven para que el juzgador, en caso de que tenga duda sobre una cuestión de los hechos controvertidos, las dilucide a efecto de que se concrete el imperativo constitucional de impartir una justicia completa y efectiva.

VII. Propuesta de solución al problema

La cuestión no se limitaba a únicamente narrar qué comprende la carga probatoria de las partes y dar como premisa que el artículo 41 (o el anterior 230, de las legislaciones en consulta), prevé una facultad discrecional a favor de los magistrados instructores de recabar pruebas para mejor proveer, para enseguida negar que dicha atribución implicaba eximir de la carga probatoria o la posibilidad de producir desequilibrios procesales o hasta infringir el principio de estricto derecho o incurrir en una indebida suplencia de la queja; y a su vez, el punto a dirimir en lo que fue materia de oposición por los órganos participantes de la contradicción de tesis era propiamente: que dado el sistema mixto anotado en que existen preceptos legales que reconocen la carga probatoria de las partes por un lado y del otro la atribución del instructor para recabarlas para el mejor conocimiento de los hechos discutidos era necesario saber si tales atribuciones comprendían una obligación o un facultad discrecional del juzgador. En segundo término, cómo podía interpretarse la concurrencia de esas dos cuestiones y en su caso los límites de las facultades del instructor.

Pues bien, la interpretación que debe darse al artículo 41 anotado⁶ es que el órgano instructor sí tiene una cierta vinculación normativa de recabar elementos de prueba relevantes o trascendentales para la solución del caso, a la luz de las circunstancias particulares del expediente, aunque no hayan sido ofrecidos por las partes o estén deficientemente desahogados, claro está, bajo un régimen de armonía con la anotada carga probatoria, partiendo de una concepción distinta de “poder discrecional”.

Ahora bien, pueden actualizarse al menos tres supuestos: a) omisión total de pruebas que sean la base total y directa de la acción del actor —incumplimiento generalizado de la carga probatoria—, b) omisión parcial o contar con datos incompletos para la solución del caso —existe un cumplimiento relativo o parcial de probar—, o bien, c) pruebas suficientes o carga probatoria satisfecha de manera total. Es obvio que el tercer supuesto queda fuera de discusión porque si las partes han ofrecido todas las pruebas que les correspondía y en su caso el juzgador tiene la información integral y suficiente para decidir el caso con apego a procuración de la verdad material resultaría innecesario decretar medidas para mejor proveer. Por lo que las hipótesis que interesan son las dos primeras en que debe valorarse hasta dónde rige la carga de probatoria de las partes, su impacto en la reglamentación del juicio contencioso administrativo federal y cómo puede tener cabida la facultad de recabar elementos de oficio por el instructor. Es en el supuesto de incumplimiento generalizado de la carga de probar en que se estima que el juzgador no puede obrar inquisitivamente dado que las partes no han allegado lo mínimo, pero no así cuando existe un cumplimiento parcial (sustancial) de probar los hechos materia de acción y los controvertidos quedan no del todo claros o fehacientemente probados, como se explica a continuación.

El precepto citado dispone la facultad que tiene el Magistrado instructor, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada dentro del juicio de nulidad, de allegarse de los elementos necesarios para ello, pudiendo ordenar que se recaben pruebas y se practiquen diligencias de manera oficiosa, siempre y cuando las mismas tengan una relación estrecha con la *litis* y sean necesarias para resolver la pretensión del actor. La primera cuestión es cómo interpretar tal término “podrá”. La Corte mexicana ha señalado que esta clase de disposiciones no deben entenderse en el sentido de que el legislador necesariamente otorgó a la autoridad una facultad discrecional sino que puede comprender una “obligación”, según

⁶ Artículo 41. El Magistrado Instructor, hasta antes de que se cierre la instrucción, para un mejor conocimiento de los hechos controvertidos, *podrá acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los mismos*, ordenar la práctica de cualquier diligencia o proveer la preparación y desahogo de la prueba pericial cuando se planteen cuestiones de carácter técnico y no hubiere sido ofrecida por las partes.

El magistrado ponente podrá proponer al Pleno o a la Sección, se reabra la instrucción para los efectos señalados anteriormente.

el contexto normativo y hermenéutico.⁷ Luego, dicho verbo no necesariamente tiene significado de alternatividad u opción, es decir, de *discrecionalidad*, refiere el alto Tribunal, sino que puede implicar *obligatoriedad*. Esto podría llevar a defender una tesis: el poder de recabar pruebas del juzgador no presupone invariablemente un “libre” ejercicio de esa facultad o discrecionalidad. Lo cierto es que no resulta clara la construcción del argumento. Este tipo de poder, incluso discrecional (bajo la concepción que será desarrollada), sí puede implicar constreñimiento del juzgador de actuar de tal forma para la consecución del fin previsto por el legislador, utilizado en el sentido connotativo de deber para acercarse lo mejor posible al objetivo fijado normativamente, ya que de no ejercer la facultad comentada, tendría efectos relevantes como es llegar a resolver sin las constancias elementales que pueden permitir el análisis de la controversia y como consecuencia, el dictado del fallo idóneo.

Pudiera parecer paradójico de qué forma el intérprete puede partir de un “poder” de actuación de la autoridad a un “deber” de hacerlo. Pero no es del todo impensable si fuera reformulada la concepción de discrecionalidad que se predica y, en su caso, la distinción de lo que concebimos jurídicamente como “poder discrecional” de la autoridad y su contraposición con las obligaciones cerradas (donde no hay alternancia a otra consecuencia que no sea la prevista en la norma para una conducta determinada), así como que aquel poder en ciertos contextos normativos puede implicar un imperativo de actuar en cierta dirección para la optimización y consecución de un fin normativamente relevante, como lo sostiene Lifante (2006: 125), cobrando trascendencia el grado con el cual provee medios idóneos para ello, en la medida que no le es indiferente al ordenamiento

⁷ Este argumento toma como base la tesis aislada 2a. LXXXVI/97 de la propia Segunda Sala, que refiere: “PODER. EL USO DE ESTE VERBO EN LAS DISPOSICIONES LEGALES, NO NECESARIAMENTE IMPLICA UNA FACULTAD DISCRECIONAL. En el ámbito legislativo el verbo poder no necesariamente tiene el significado de discrecionalidad, sino que en ocasiones se utiliza en el sentido de obligatoriedad, pues en tal hipótesis se entiende como un deber. Sin embargo, no siempre es claro el sentido en el que el legislador utiliza el verbo poder, por lo que para descubrir la verdadera intención del creador de la ley, los principios filosóficos de derecho y de la hermenéutica jurídica aconsejan que es necesario armonizar o concordar todos los artículos relativos a la cuestión que se trate de resolver, máxime en aquellos casos en que el verbo, por sí solo, no es determinante para llegar a la conclusión de que la disposición normativa en que se halla inserto, otorga una facultad potestativa o discrecional a la autoridad administrativa.” Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VI, agosto de 1997, página 217.

cuáles son los medios que procuran tal fin. De modo que el medio óptimo será aquel que consiga maximizarlo, afectando en menor medida los intereses o valores protegidos por el sistema jurídico.⁸

Previamente, es conveniente aclarar que el numeral 41 no puede ser interpretado estrictamente en forma gramatical, sino sistemáticamente, esto es, en relación con las restantes normas reguladoras del procedimiento contencioso administrativo como es el artículo 47 de la legislación aludida,⁹ que contempla la obligación de que el Magistrado instructor, abra el período de alegatos, siempre que no existiere ninguna cuestión pendiente que impida su resolución. Entre tales situaciones que imposibilitarían resolver el juicio destacan aquellas pruebas que resulten determinantes para decidir con certeza sobre los puntos previamente discutidos por las partes, de tal forma que por su íntima conexión con los hechos discutidos y su trascendencia para su análisis, resultara necesario allegarlas. Caso en el cual el tribunal fiscal, debe emitir las medidas indispensables para lograr su exhibición, con la finalidad de que la sentencia que al efecto dicte optimice la consecución del fin de juzgar de manera completa e imparcial como lo exige el artículo 17 constitucional, al igual que de manera exhaustiva y congruente como lo regula el artículo 50 de la legislación procesal referida. Así que empieza advertirse que lo que parecería una “libertad” amplia del juzgador de recabar pruebas no lo es, pues este contexto normativo, principalmente el de impartir justicia con apego a la verdad material –una adecuada demostración de las premisas fácticas– no es indiferente para la posibilidad de afectar a los justiciables. Ello se puede lograr si el juzgador cuenta con todas las constancias que le permitan conocer la verdad histórica del asunto y sólo así se evitará el injusto proceder que implica enjuiciar la legalidad de una determinación, a partir de elementos que no

⁸ En este aspecto parto de la redeterminación del concepto de discrecionalidad jurídica dworkiniana que retoma Lifante (2006: 108-110), al hacer mención de que cuando se predica tal discrecionalidad implica: a) una referencia a un contexto normativo –no necesariamente jurídico– y relativo, en cuanto un sujeto esté encargado de tomar decisiones guiadas por normas cuyas consecuencias no estén taxativamente determinadas, b) poderes de autoridad o heterónomos (que afectan a otros) y c) otorgados para la consecución de fines que persiguen un interés público. Así que por *discrecionalidad jurídica*, como anota dicha autora podría defenderse la tesis de que implica el ámbito del ejercicio de ciertos poderes normativos conferidos por el Derecho a los órganos públicos que pueden afectar a otros, sin que ello sea sinónimo de arbitrariedad o entendido como ausencia de regulación jurídica que guíe la toma de una determinada decisión, sino más bien, como “la consecuencia de regular de determinada manera la conducta consistente en el ejercicio de poderes heterónomos por parte de los órganos jurídicos”. Poderes dados para concretar el interés público (obligación de ejercer la función pública al servicio de los intereses generales, donde las consecuencias juegan un papel central, como señala Lifante [2006:122]).

⁹ Artículo 47. El Magistrado Instructor, diez días después de que haya concluido la sustanciación del juicio y *no existiere ninguna cuestión pendiente que impida su resolución*, notificará por lista a las partes que tienen un término de cinco días para formular alegatos por escrito. Los alegatos presentados en tiempo deberán ser considerados al dictar sentencia.[...].

se aportaron al tribunal, no obstante haber tenido la posibilidad de tenerlos a la vista. De lo contrario, se privaría a las partes del derecho a obtener una resolución apegada a la certeza de los hechos controvertidos que requieran ser clarificados, ya que se carecería de los elementos necesarios para tomar una decisión fundada y motivada al resolver la *litis* en el aspecto de que se trata, pues partiría de una apreciación insuficiente, incompleta o dudosa de los hechos controvertidos y con un amplio margen de yerro en la solución adoptada al no ser ciertas las premisas de hecho del caso.

La tendencia de los procedimientos jurisdiccionales contemporáneos y la fuerza vinculante que guardan los principios constitucionales como el de acceso efectivo a la justicia y seguridad jurídica, han dado margen a esta clase de disposiciones, cuya finalidad es que el juzgador resuelva conforme a una verdad real sobre la procesal, sin más límite que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos. De ahí que el poder del referido tribunal administrativo de recabar las pruebas que juzgue indispensables para formar su convicción respecto de la *litis* que le fue planteada para decidir, en justicia, al margen de formulismos y argucias procesales que son denegatorias de justicia y de los valores que consagra la propia Constitución, comprenden un cierto contexto de normas fin, entendidas, como propone Lifante (2006: 116), como un tipo de regulación de la conducta distinta a las normas de acción, pero no entendidas como un amplio margen o permiso para elegir los distintos medios para conseguir tal fin (en el caso, conocimiento de la verdad y calidad de la justicia material), sino donde la selección de los medios resulta relevante y es responsabilidad de su destinatario, así como susceptible de justificación (en oposición a una capacidad de decisión arbitraria). Así, los numerales 41 de la ley y 17 constitucional se tratan de normas fin, y más de una cuestión cualitativa que cuantitativa, en el sentido de qué tanto el juzgador actúa para procurar conocer la verdad material y despejar las condiciones borrosas o confusas de decidir cierto caso (optimizar los recursos disponibles para la consecución o maximización de juzgar con la verdad). Por ende, la utilización más eficiente del ejercicio de sus atribuciones de mejor proveer para incrementar las condiciones mínimas de resolver apegado a una óptima acreditación de los hechos en que previamente las partes han proveído ciertos elementos básicos de su acción, o donde han allegado lo mínimo indispensable para demostrar su pretensión según con qué intensidad rija el cumplimiento de su carga procesal.

De ahí que conforme a la distinción que analiza Lifante (2006: 118-119) entre normas de acción (obligación de llevar a cabo una acción predefinida normativamente) y las de fin (dar lugar a un estado de cosas determinado), que retoma de Atienza y Ruiz Manero (con ciertas objeciones), detrás de un poder discrecional está generalmente una previsión normativa de fin, por ende, un cierto deber

u obligación —no reglado taxativamente sino con un margen de flexibilidad o indeterminación— susceptible de hacerse determinable en función de las circunstancias del caso, así que la capacidad del juzgador de recabar pruebas de oficio si bien puede comprender un poder discrecional en tanto que la norma no prevé plenamente cómo y cuándo puede ejercer tales atribuciones, no por ello, puede ser entendido ese poder bajo una concepción clásica de libertad absoluta (arbitraria) de elegir (sin justificación interna o externa alguna) en torno a ejercerlo, pues habrá de fondo un cierto deber de maximización de un fin (juzgar más acercado a la verdad material sin situaciones confusas y brindar justicia de calidad), donde la conducta del instructor ve reducida en cierta medida su discrecionalidad para perseguir tal fin, pues habrá de optimizar los recursos disponibles para conseguirlo.¹⁰

Lo anterior, de manera alguna implica relevar a las partes de la carga procesal de probar en el juicio sus pretensiones, sino se limita al cumplimiento del tribunal fiscal, del imperativo constitucional de impartir justicia administrativa, emitiendo resoluciones de manera completa; lo que solamente puede lograrse cuando dicho órgano jurisdiccional tiene el conocimiento real y completo de los hechos elementales, respecto de los cuales habrá de emitir su resolución. Juzgar un caso sin tener certeza de las cuestiones de hecho controvertidas, o denegar el análisis de lo correcto de los planteamientos deducidos por las partes so pretexto de no contar con la información suficiente o pruebas indispensables para dar la razón a uno u otro, es hacer nugatoria la tutela judicial efectiva y la certidumbre que debe imperar a la corrección de las sentencias dictadas por los juzgadores. Al respecto, es necesario considerar que debe existir un adecuado equilibrio entre los poderes de instrucción del órgano jurisdiccional y la carga probatoria que asiste a las partes.

¹⁰ Así el numeral 41 en estudio comprendería una norma fin que establece un mandato de optimización de un objetivo (procurar la impartición de justicia más apegada a la verdad material) donde la norma no puede prever de antemano cuál debe ser la acción a implementar por el juzgador, sino que dicha determinación deberá ser efectuada por el instructor (autoridad destinataria del poder discrecional y la norma fin) a la luz de las circunstancias de cada caso, que objetivamente le irán dando pauta de la decisión que deberá adoptar en cada expediente, para que bajo cierto contexto de cumplimiento parcial de la carga de la prueba de las partes haga uso en mayor o menor medida de las facultades para mejor proveer según lo requiera la necesidad de optimizar los efectos de conseguir o maximizar el fin (de interés público) perseguido con el precepto legal en mención al prever tales facultades. Dado que se trata de conseguir el fin o fines (públicos) para los que fue conferido el poder y en tanto la arbitrariedad está prohibida al presuponerse un Estado de Derecho los órganos con este tipo de poderes discrecionales están vinculados a justificar (a futuro, generalmente) cualquier decisión de ejercer o no dichas atribuciones según las consecuencias trascendentes que puedan generar en la optimización de la consecución de tales objetivos.

La cuestión no es nueva pues en la doctrina ha generado discusiones recurrentes.¹¹ Sin embargo, existen numerosos sistemas procesales en los que el juez cuenta con amplios poderes de instrucción, en oposición a aquellos que se inspiraron en la ideología clásica que defendía la presencia de un juez pasivo y que el monopolio de todos los poderes procesales y probatorios, estaban reservados a las partes, como expone Michele Taruffo.¹² En el caso, se está frente aquel modelo donde el ordenamiento dota al juez de un poder general de disponer de oficio la adquisición de pruebas, no deducidas por las partes, que estime útiles para la comprobación de los hechos. La cuestión es establecer si ese poder discrecional del juez, bajo la concepción en mención, puede implicar un cierto deber de adquirir de oficio las pruebas relevantes del caso, una vez entendido el numeral 41 como una norma fin, en que si bien la conducta a realizar por el juzgador no está estrictamente predeterminada sino abierta, tal apertura tampoco llega al grado de una indeterminabilidad *per se* de sus facultades y las condiciones para actualizarse sino que podrá ser fijada por su destinatario —juzgador— y correspondiente órgano de control o revisor, en la medida que son las condiciones particulares del caso (como sería lo actuado en el expediente por las partes) lo que permitirá determinar la conducta a seguir en cuanto al ejercicio de tales atribuciones, donde una acción concreta de su ejercicio vendrá justificada e incluso susceptible de exigencia, a la luz de la situación objetiva que prevalezca en el juicio de que se trate, el cumplimiento parcial de haber probado en lo sustancial los hechos manifestados por las partes y la exigencia que reporta el expediente de esclarecer ciertos hechos o pertinencia de esclarecerlos para bien juzgar. Para ello, podrán tomarse en cuenta las premisas fácticas (circunstancias del asunto), técnicas (idoneidad de los medios para la optimización del fin normativo) y valorativas (evaluación del mejor medio) que le son propias a este tipo de poderes como propone Lifante (2006: 125) y que será aquel que consiga maximizar el fin de impartir justicia razonada con premisas de hecho lo más acertadas.

Así, la interpretación armónica de los numerales 41, 47 y 50 de la legislación en comento denota que la instrucción probatoria no es una función marginal y simbólica (una mera formalidad que sólo sirve para legitimar la decisión, haciéndola parecer como aceptable, sin que la naturaleza o el contenido de ella tengan ninguna importancia, de modo que cualquier decisión, independientemente de

¹¹ Montero Aroca, Juan, “Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Número 7, 2000, páginas 15-66. Del mismo autor “El juez que instruye no juzga”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Número 1, 1999, p. 1801-1816. Por otra parte, véase Alvarado Velloso, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo Blanch, España, 2005.

¹² Para ampliar una visión de este punto puede consultarse Taruffo, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa.”, en *Ius et Praxis*, volumen 1.12, número 2, 2006, p. 95-122. Disponible versión electrónica en: <http://www.scielo.cl/>

su justicia intrínseca y de su relación con los hechos reales de la causa, sea racionalmente aceptable), sino denotan una perspectiva diferente del proceso (legal-racional como propone Jerzy Wróblewski [2001]) donde la preocupación central es la calidad de la decisión y como consecuencia, de la administración de justicia, en función de lo cual aquélla debe estar fundada en una aplicación correcta, y racionalmente justificada del derecho.

De modo que una de las condiciones para que el proceso conduzca jurídicamente y de modo racional a decisiones correctas, por lo tanto justas, es que éste sea orientado a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa. Para esto podrían invocarse varias justificaciones pero dos son elementales, como enseña Michele Taruffo,¹³ a saber: a) la necesidad de la verdad y b) la racionalidad y legalidad de la decisión judicial, que no puede ser tal como tampoco justa, si se basa en una comprobación errónea y no verdadera de los hechos fundamentales a los que se refiere. De manera que, como expone dicho autor, cada decisión no es «buena» sólo porque pone punto final al conflicto; la decisión es tal si concluye el conflicto fundada en criterios legales y racionales, entre los que asume importancia particular la veracidad de la comprobación de los hechos. De modo que si se piensa que un juez debe ser capaz de ejercer correctamente y racionalmente sus poderes, no hay razón de temer que se vuelva parcial, e incapaz de valorar las pruebas, por el solo hecho de haber dispuesto o sugerido su adquisición. Sólo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil se puede temer que pierda su propia imparcialidad.

Bajo tales parámetros, si bien el órgano jurisdiccional no está obligado a recabar las pruebas idóneas para acreditar la procedencia de las acciones o excepciones, que formulan las partes propiamente en el juicio contencioso administrativo, como podría suceder en la hipótesis señalada de incumplimiento generalizado de la carga de probar u ofrecer los elementos básicos de la acción (donde el actor o demandado no se ocupa de probar las cuestiones mínimas de su pretensión pretendiendo que el juzgador resuelva prácticamente con sus simples afirmaciones), también es cierto que en los casos en que hay cumplimiento parcial de esa carga probatoria el juzgador está vinculado en mayor o menor medida a ejercer su poder discrecional según el deber de optimización del fin público de juzgador apegado a la verdad material, decidiendo la controversia con datos completos, suficientes y ciertos, de manera fundada y motivada. Lo anterior no se puede realizar si carece de aquellas probanzas básicas o fundamentales que le permitirían analizar los hechos controvertidos y no del todo esclarecidos con lo probado por

¹³ Esta posición se expone por el autor en la obra citada al explicar las implicaciones ideológicas de las tipologías de los poderes de instrucción. También puede consultarse “Investigación judicial y producción de prueba por las partes.” *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen 15, 2003, p. 205-213. Disponible versión electrónica en: <http://www.scielo.cl/>

las partes (una vez que ya existe un principio de cumplimiento de la carga probatoria), así como la validez de sus argumentos o de los propios razonamientos que deba formular el órgano para resolver el asunto planteado.

En el entendido que tampoco se trata de una facultad ilimitada porque no autoriza la práctica de cualquier prueba o el perfeccionamiento de los medios de convicción ya ofrecidos, que propiamente corresponda realizar a las partes que se introduzcan hechos no controvertidos o alegaciones distintas a las expresadas por éstas, o se haga uso de esa facultad con el ánimo de investigar, en forma injustificada o desproporcionada a lo que es el objeto de discusión sino que su objeto radica en esclarecer los hechos cuestionados una vez que las partes ya han pretendido cumplir con su carga probatoria, aunque sea de manera deficiente. Por lo que ante la omisión de recabar las probanzas necesarias y conducentes para el conocimiento de la verdad sobre el asunto, a efecto de dirimir la cuestión litigiosa propuesta por las partes, aspecto que, se encuentra dentro de las formalidades esenciales del procedimiento contencioso administrativo de acuerdo con el artículo 41 aludido, es dable sostener que se infringen tales reglas básicas y resultaría necesario reponer el procedimiento en que se hubiere cometido tal violación de procurar el conocimiento de la verdad material. Máxime que tal proceder priva a las partes del derecho a obtener una resolución apegada a la certeza de los hechos controvertidos que requieran ser clarificados y contraviene los principios de oficiosidad y eficacia del proceso administrativo, conforme a los cuales éste se debe impulsar oficiosamente por el órgano jurisdiccional, el cual a su vez debe cuidar que alcance sus finalidades y efectos legales dicho procedimiento.

VIII. Conclusiones

1. El análisis de los argumentos de los criterios discrepantes y los de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (terminales y obligatorios) muestra que la conclusión adoptada en torno a la carga probatoria de las partes y la facultad del juzgador para recabar pruebas en el juicio contencioso administrativo federal no es suficientemente sólida porque: a) la cadena de argumentos y su enlace para soportar la conclusión de cada órgano es mínima, incluso, en algunos casos existen múltiples peticiones de principio, b) existe una tendencia de aplicar argumentos clásicos de poca contundencia para fortalecer la afirmación principal como son el *a contrario*, *a fortiori*, *sistemático* y *de reducción al absurdo*, además de que no están suficientemente desarrollados —satisfechos los requisitos de que parte cada uno—, pues se incurre constantemente en la falacia de asumir como premisa válida lo que es materia de discusión —obligatoriedad o discrecionalidad de las atribuciones del órgano instructor de recabar pruebas para mejor proveer y la manera

en que puede coexistir con la carga probatoria de las partes — así como tampoco fue fijado correctamente el problema jurídico a dirimir en la contradicción de tesis al incluir aspectos que anticipan la respuesta a dar por el alto Tribunal.

2. La edificación argumentativa del criterio terminal —jurisprudencia por contradicción de tesis— denota la veneración que aún guarda el principio dispositivo en los procesos jurisdiccionales modernos no obstante el reconocimiento que el legislador ha dado al principio inquisitivo para coexistir con el primero en sistemas mixtos, al proveer a los juzgadores de atribuciones para recabar pruebas sin necesidad de su ofrecimiento por las partes. Por lo que aún pervive con fuerte incidencia el prejuicio de estar frente a una conducta de presunta parcialidad hacia una de las partes en el sentido de corregirle la plana, cuando el juzgador provee la recepción de pruebas para esclarecer los hechos discutidos y tener un mejor conocimiento de ellos, olvidando que así lo demanda el interés público de los procesos, la calidad de la justicia de contar con decisiones que no sólo pongan fin al conflicto sino que sean buenas decisiones porque han juzgado con la verdad objetiva y no una aparente.

3. Contrario al constante miedo de romper con la equidad procesal y la carga de probar, que se atribuye a la facultad del juzgador de recabar pruebas de oficio, lo cierto es que las partes mantienen la posibilidad de ejercer controles sobre las pruebas recabadas por aquél en cuanto las pone a su conocimiento, como son los criterios de control racional, el principio de contradicción entre las partes y la capacidad de cuestionar la motivación del juicio sobre los hechos que anota Taruffo (2002: 420-435), dado que no se trata de negarle al juzgador esa valiosa capacidad de actuar para el conocimiento más fidedigno de los hechos sino asegurar un buen uso de la discrecionalidad en las elecciones relativas a la utilización y valoración de las pruebas, dando margen a que ponga en práctica sus virtudes y experiencia en la materia.

4. Dado que no existe una coherencia plena, razonabilidad y eficacia de los argumentos que apoyan el criterio terminal en torno a que el instructor del juicio contencioso no está obligado a recabar pruebas no ofrecidas o perfeccionarlas, la interpretación jurídica que pugna por privilegiar el principio dispositivo (carga probatoria de las partes) y restringir las facultades para mejor proveer del juzgador (inspirado en el principio inquisitivo) fue una simple elección de optar por uno en lugar del otro, más que justificar con bases contundentes tal selección, perdiéndose de vista que comprende un problema de procuración del conocimiento de la verdad material y la necesidad de buscar una solución que conjugue de manera equilibrada la interrelación de ambas figuras, pues el fin último es impartir una justicia de calidad más apegada a la realidad de los hechos que garantice en los ciudadanos la idea de que la solución del caso no partió de hechos dudosos o cuyo conocimiento era insuficiente o incompleto por criterios que se oponen

a las garantías de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica de índole constitucional, sino que ante todo, el rector del proceso salvaguardó recabar aquellos elementos indispensables o fundamentales para el conocimiento completo de los hechos debatidos en congruencia con la carga de la prueba que asiste a las partes. Ello, como una expresión de un “poder discrecional” bajo una concepción distinta como la propuesta que atiende a las características de las normas fin y donde se otorga ese tipo de poderes para promover su consecución por el juzgador con los medios más óptimos que maximicen el valor de juzgar no sólo bien, sino lo más apegado a la verdad material de los hechos.

Bibliografía

- Atienza, Manuel (2003). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- _____(2007) *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona.
- _____(2008) *La guerra de las falacias*, Compas, Alicante.
- _____(2009) *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- ____y otros (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- _____(2008) “Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de de derecho”, en Carbonell, Miguel y otros, *Jueces y derecho. Problemas jurídicos contemporáneos*, Porrúa, México.
- Devis Echandia, Hernando (2002). *Teoría General del Proceso*, Universidad, Buenos Aires, Argentina.
- Ezquiaga, Francisco (2006). *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.
- _____(1998) “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” en Vázquez, Rodolfo, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México.
- Gascón, Marina (2004). *Los hechos en el derecho*, Escuela Judicial Electoral, México.
- Lifante, Isabel (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____(2006) “Poderes discrecionales” en *Racionalidad y Derecho*, Coordinador Alfonso García Figueroa, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Platas, María (2003). *Filosofía del Derecho. Analogía de proporcionalidad*, Porrúa, México.

Taruffo, Michele (2002). *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid.

_____(2010) *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid.

Vigo, Rodolfo (2003), *De la ley al derecho*, Porrúa, México.

Wróblewski, Jerzy (2001), *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamata, México.