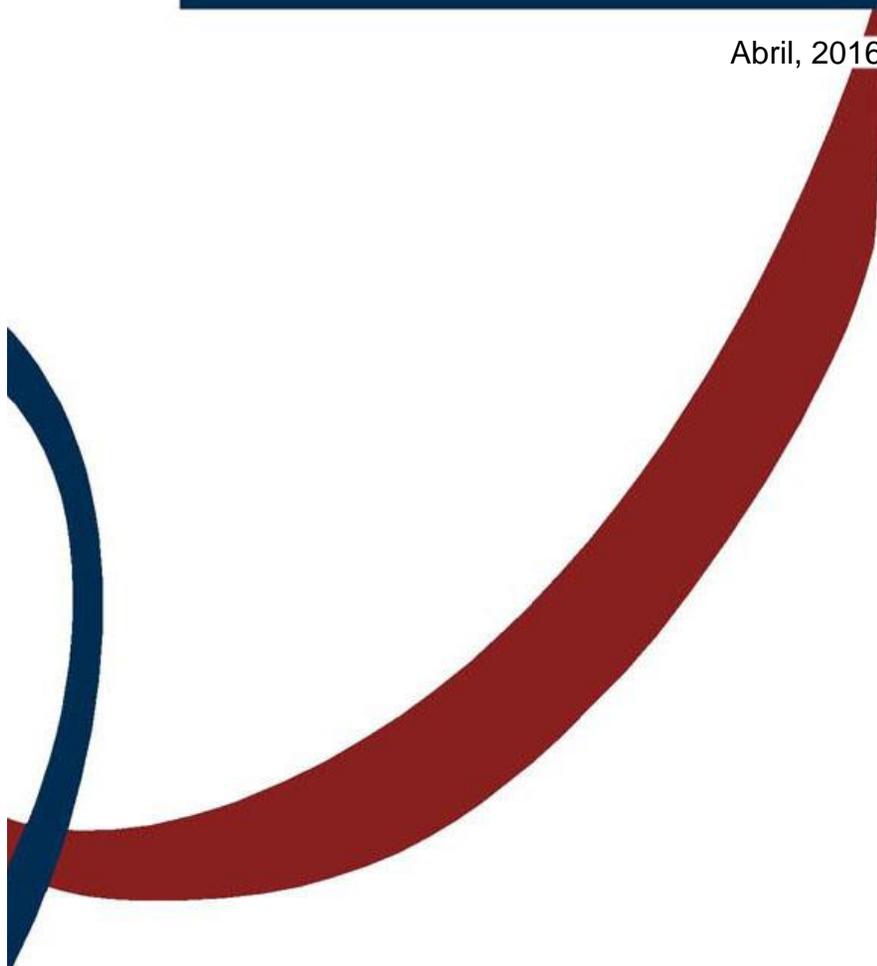


Diagnóstico de la formación, certificación,
acreditación y desempeño de peritos que actúan en
procedimientos administrativos de regulación y
competencia en los sectores de las
telecomunicaciones y radiodifusión en México
Documento Final

Abril, 2016



ITAM

 **ift**


**Centro de Estudios
de Competitividad**

Índice

Acrónimos.....	6
DIAGNÓSTICO NACIONAL	7
Introducción	7
Enfoque y principales hallazgos	10
Capacidades.....	11
Objetividad	13
Relevancia del dictamen	14
Recomendaciones alineadas a las áreas de oportunidad diagnosticadas	16
Capacidades.....	16
Objetividad	17
Relevancia del dictamen	17
1. Concepto de perito en México.....	19
1.1 La actividad pericial en México	19
1.2 La pericia en materia penal.....	19
1.3 La pericia en materia civil.....	21
2. Contexto institucional: reguladores y poder judicial.....	22
2.1. Entidades regulatorias en materia de competencia económica.....	22
2.2. Reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión	25
3. Tipos de peritos.....	27
3.1 Circunstancias en las que se requiere un perito	27
3.2 En función de sus calificaciones: Perito profesional vs. Perito técnico	28
3.3 En función de su designación: peritos judiciales vs. peritos de parte	29
3.4 El perito – institución como caso excepcional de peritación	33
4. Regulación de peritos	36
4.1 Regulación de los peritos en los procedimientos administrativos a cargo del IFT	36
4.2 Dictamen pericial.....	39
4.3 Desahogo de la prueba pericial.....	42
4.4 Valoración de la prueba pericial	48
4.5 Selección de los peritos	50
4.6 Pago/Costos del peritaje.....	51
5. Capacitación	52
6. Certificación.....	52
7. Acreditación	55
7.1. Peritos de parte.....	55
7.2. Peritos judiciales	55
7.3. Acreditación a nivel estatal	58

7.4. Experiencias en materia de telecomunicaciones y radiodifusión	60
8. Evaluación	61
8.1 Evaluación de peritos oficiales en materia penal	61
8.2 Evaluación de peritos inscritos en la Lista del Consejo de la Judicatura Federal	63
8.3 Evaluación de los peritos a instancia de parte	64
8.4 Responsabilidades del juez	65
Referencias.....	68
ESTUDIO COMPARATIVO INTERNACIONAL.....	70
1. Alemania	70
1.1 Antecedentes	70
1.2 Definición y tipología.....	71
1.3 Praxis – Reglamentos.....	73
1.4 Operación.....	76
1.5 Comentarios	79
1.6 Referencias.....	80
2. Australia	81
2.1 Antecedentes	81
2.2 Definición y tipología.....	81
2.3 Praxis – Reglamentos.....	82
2.4 Operación.....	87
2.5 Comentarios	91
2.6 Referencias.....	92
3. Brasil	93
3.1 Antecedentes	93
3.2 Definición y tipología.....	94
3.3 Praxis – Reglamentos.....	94
3.4 Proceso de selección y evaluación.....	95
3.5 Comentarios	99
3.6 Referencias.....	100
4. Corea	101
4.1 Antecedentes	101
4.2 Definición y tipología.....	101
4.3 Praxis – Reglamentos.....	102
4.4 Proceso de selección y evaluación.....	103
4.5 Comentarios	108
4.6 Referencias.....	109
5. Chile	110
5.1 Antecedentes	110
5.2 Definición y tipología.....	111
5.3 Praxis - Reglamentos	112
5.4 Proceso de selección y evaluación.....	113
5.5 Comentarios	115
5.6 Referencias.....	116
6. España	117
6.1 Antecedentes	117

6.2 Definición y tipología.....	119
6.3 Praxis – Reglamentos.....	120
6.4 Proceso de selección y evaluación.....	120
6.5 Comentarios	127
6.6 Referencias.....	127
7. Estados Unidos de Norteamérica (EUA).....	128
7.1 Antecedentes	128
7.2 Definición y tipología.....	128
7.3 Praxis – Reglamentos.....	129
7.4 Proceso de selección y evaluación.....	132
7.5 Comentarios	134
7.6 Referencias.....	134
8. Francia	136
8.1 Antecedentes	136
8.2 Definición y tipología.....	136
8.3 Proceso de selección y evaluación.....	137
8.4 Comentarios	142
8.5 Referencias.....	143
9. Reino Unido	144
9.1 Antecedentes	144
9.2 Definición y tipología.....	144
9.3 Proceso de selección y evaluación.....	146
9.4 Comentarios	153
10. Unión Europea	155
10.1 Antecedentes	155
10.2 Definición y tipología.....	156
10.3 Proceso de selección y evaluación.....	157
10.4 Comentarios	161
MEJORES PRÁCTICAS Y RECOMENDACIONES	163
Definición del perito	164
¿Quién contrata al perito?.....	165
Praxis-Reglamentos	166
Mecanismos de selección	167
Personalidad del perito	168
Código de conducta	170
Capacitación sustantiva	171
Capacitación procesal.....	172
Certificación.....	173
Acreditación.....	174
Evaluación del desempeño.....	176
Presentación del dictamen de la prueba pericial.....	178
Uso de modelos económicos	179

Penalizaciones.....	179
Pago/Costos del peritaje.....	181
Resumen de recomendaciones	182
ANEXO I: CUESTIONARIO PARA ENTREVISTAS CON IFT.....	184
ANEXO II. CONTENIDO GENERAL DE LA ENTREVISTA AL MAGISTRADO JEAN CLAUDE TRON PETIT, MAGISTRADO DE LOS TRIBUNALES DE COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES	186
ANEXO III. REGLAS DE GESTIÓN PERICIAL DE LA CONAMED.....	193

Acrónimos

AANS	Asociación Americana de Cirujanos Neurológicos
ANATEL	Agencia Nacional de Telecomunicaciones
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CIME	Colegio de Ingenieros Mecánicos Electricistas
CNC	Comisión Nacional de Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica
COFETEL	Comisión Federal de Telecomunicaciones
CONAMED	Comisión Nacional de Arbitraje Médico
CONAPPTTEL	Comité Nacional Permanente de Peritos en Telecomunicaciones
CP	Código Penal Español
DOF	Diario Oficial de la Federación
EGLE	European Guide of Legal Expertise
EWI	Expert Witness Institute
FNE	Fiscalía Nacional Económica
FTC	Federal Trade Commission
IFT	Instituto Federal de Telecomunicaciones
IMCP	Instituto Mexicano de Contadores Públicos
KCPA	Korea Civil Procedure Act
KFTC	Korean Fair Trade Commission
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica
LFTR	Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión
MRFTA	Monopoly Regulation and Fair Trade Act
NSW	New South Wales
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
TAE	The Academy of Experts
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
UCPR	Uniform Civil Procedure Rules 2005
ZPO	Zivilprozessordnung o Ley de Enjuiciamiento Civil alemana

Diagnóstico nacional

Introducción

La presente sección corresponde al diagnóstico de la situación nacional en lo referente a la regulación y requisitos que deben cubrir los expertos y profesionales que prestan sus servicios como peritos. Las recomendaciones y sugerencias derivadas de este análisis se encuentran en la sección de Mejores prácticas y recomendaciones.

Con el fin de obtener información de primera mano sobre la prestación de los servicios periciales en materia de competencia económica para los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, se aplicaron entrevistas a profundidad con expertos del sector como magistrados de los tribunales especializados, funcionarios del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) y peritos en telecomunicaciones que han trabajado para Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) e IFT.

Como ejemplo podemos destacar que en la entrevista del Magistrado Tron, se señaló que hay jurisprudencia que servirá para determinar qué constituye una prueba científica y que no, lo que es muy relevante para la parte de competencia económica. También se comentó que México está en un momento de inflexión (como en el caso Daubert de Estados Unidos) en donde se podrían resolver a través de jurisprudencia cuestiones acerca de qué constituye una prueba científica y los criterios para determinar qué es información pública, confidencial o reservada, las cuales son importantes para casos de competencia en radiodifusión y telecomunicaciones.

El desarrollo tecnológico sumamente acelerado de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, aunado a la diversidad de legislaciones y regulaciones propias de cada país, exige actualmente a los organismos encargados de la regulación en telecomunicaciones y radiodifusión, y la competencia económica apoyarse en especialistas o expertos independientes (peritos). Estos participan activamente con sus opiniones y dictámenes en los procedimientos técnico-legales de conflicto o controversia, derivados de la aplicación de disposiciones y reglamentos, o bien, en desacuerdos que surjan entre organizaciones privadas, en los cuales tenga que intervenir una autoridad administrativa o judicial.

Vale la pena subrayar que la figura de perito y sobre todo, de perito especializado en asuntos de economía, cobra mayor relevancia en México a partir de las recientes reformas realizadas en el marco normativo de las telecomunicaciones y radiodifusión en el cual, al IFT no solo se le otorgan potestades para regular asuntos de telecomunicaciones y radiodifusión, sino también los de competencia económica. Esto coloca al IFT en un selecto club

de reguladores en el que se encuentran la Superintendencia de Telecomunicaciones de Costa Rica, Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones de Perú y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España, que ven dos caras de una misma moneda: 1) regulación; y 2) competencia, sin tener que pasar por el organismo transversal que se encarga de esta materia.

Es importante hacer notar que la complejidad de los problemas derivados de la aplicación regulatoria a sectores en constante evolución tecnológica como son las telecomunicaciones, vuelve a poner de relieve la importancia de los peritos. Baste unos cuantos ejemplos para manifestar la necesidad de contar con expertos independientes que coadyuven en el esclarecimiento de distintos asuntos en este sector.

Desde la publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 12 de abril de 2011, la entonces Cofetel establecía los Modelos de Costos del Servicio de Interconexión para el sector de telecomunicaciones y radiodifusión, pero su completa definición y actualización se publicó en el DOF hasta el 18 de diciembre de 2014, introduciendo el concepto de Costo Incremental Total Promedio de Largo Plazo que señala que “los modelos de costos que se elaboren deberán considerar elementos técnicos y económicos de los servicios de interconexión, debiéndose emplear el enfoque de modelos ascendentes (*bottom-up*)”.

La incorrecta interpretación de estos conceptos y su aplicación en la elaboración de costos y tarifas provocó en varios casos controversias entre operadores, los cuales manifestaron su inconformidad ante el regulador requiriendo la opinión de expertos independientes para resolver las disputas técnico-legales.

De igual manera, la necesidad de definir los mecanismos para medir, tasar, contabilizar y conciliar los tráficos de llamadas telefónicas y datos, ha sido otra de las áreas que ha requerido una participación de expertos en contabilidad, economía e ingeniería.

Otro aspecto técnico-legal, que dada su complejidad intrínseca, requiere y seguirá requiriendo la intervención de expertos-peritos especializados, se refiere a la asignación eficiente del espectro radioeléctrico. Los procesos de asignación en todas sus modalidades (*beauty-contest*, subastas, etc.) necesitan una evaluación previa en temas sensibles como la competencia económica en los mercados y la eventual colusión entre participantes.

Asimismo, cada día se pone de manifiesto con mayor énfasis, la importancia de la interconexión de redes. Este concepto es de gran relevancia en la estructura actual de la industria, ya que sin interconexión no puede haber competencia y

los suscriptores y usuarios de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión no pueden seleccionar a sus proveedores de servicios de telecomunicaciones.

Vale la pena subrayar nuevamente, que el aspecto más importante que pone en primer plano la utilización de peritos-expertos en asuntos económicos son las nuevas atribuciones otorgadas al IFT en materia de competencia económica, regulación e investigación a partir de la reforma constitucional de 2013. Estas reformas tienen dos implicaciones importantes. La primera es que las medidas dictadas por el Instituto no pueden ser suspendidas mediante amparo como en el pasado reciente; y 2) el IFT tendrá que realizar procedimientos adicionales a las que hacía la Cofetel, como definir mercados, mercados relevantes, investigar conductas colusorias, determinar si existen conductas unilaterales que afectan la competencia y evaluar las concentraciones, las cuales en su mayoría estaban en manos de la Comisión Federal de Competencia.

En resumen, entre las especialidades que pueden ser asociadas a la nueva problemática de la industria de telecomunicaciones y radiodifusión en México referentes a la economía, competencia económica y regulación, y que tienen como consecuencia la necesidad de contar con peritos, están las siguientes:

- Conductas anticompetitivas
- Prácticas monopólicas absolutas o relativas
- Existencia de barreras a la libre competencia y a la competencia económica
- Determinación del mercado relevante, del poder sustancial y del insumo esencial
- Determinación de concentraciones
- Imputación de costos de regulación
- Separación contable entre servicios
- Subsidios y subsidios cruzados
- Canasta de servicios básicos
- Costos hundidos

Un último factor sumamente importante, derivado de la reforma del 2014 en materia de competencia en telecomunicaciones y radiodifusión, que nos da la pauta de la mayor relevancia que adquirirán los peritos-expertos, es la creación de nuevos tribunales especializados encargados de dirimir las controversias. El hecho de que un conflicto escale y tenga que ser resuelto en tribunales, implica que probablemente las partes en litigio harán uso de especialistas que los ayuden a construir, a partir del uso de evidencia técnica y científica, los casos que defiendan sus intereses. Asimismo, es indudable que los propios jueces en los tribunales tendrán que recurrir a los peritos-expertos que les permitan entender cuál es la naturaleza del litigio y sobre todo los peritos tenderán a volverse un apoyo para la valoración de las distintas pruebas que ofrecen las partes. Para que esas opiniones o dictámenes ayuden

a dirimir el litigio, las personas que los emitan necesitan tener los conocimientos y la experiencia necesarios, y sobre todo hacerlo de la manera más objetiva posible, para que no se introduzcan sesgos.

El propósito de este documento es presentar un diagnóstico de la situación actual del Peritaje en México en general y en particular, para el caso de peritos especializados en materia de regulación y competencia económica dentro de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. Asimismo, a lo largo de esta sección se analizarán diversos aspectos que permitan introducir los elementos más importantes para que el IFT pueda tener una guía en materia de:

- Áreas y especialidades en las que debe haber peritos
- Conocimientos y experiencia que los aspirantes a perito deben tener
- Mecanismos de acreditación y actualización utilizados
- Características de los organismos que acreditan a los candidatos a peritos

En suma se proporcionará un panorama general del peritaje y su evolución en México.

Enfoque y principales hallazgos

Para la preparación del diagnóstico de la situación de los peritos en materia económica en México, se utilizaron dos metodologías:

En primer lugar, se realizó un análisis exhaustivo del marco legal que regula la actuación de los peritos tanto en materia administrativa como civil y penal. Este análisis permite identificar las posibilidades de introducción de nuevas disposiciones dirigidas a asegurar un mayor nivel de profesionalismo, calidad y objetividad en los peritos. El resto de las secciones del presente capítulo describen para el caso de México: el contexto institucional, el concepto de perito, la tipología, la regulación, así como su capacitación, certificación, acreditación y evaluación, según la normatividad actual.

De forma complementaria, se realizó una investigación cualitativa a través de entrevistas semi-estructuradas personales (en el Anexo I se presenta el cuestionario utilizado) y en grupo a varios de los agentes o *stakeholders* relevantes: peritos económicos, personal del IFT, abogados, empresas involucradas en algún tipo de investigación por parte del IFT y jueces.

Ambos análisis permitieron arrojar un primer hallazgo fundamental: el marco normativo es adecuado para regular a la figura del perito, aun cuando existen lagunas en lo referente a los aspectos de certificación, acreditación y evaluación de los peritos en materia económica y de telecomunicaciones y radiodifusión. Sin embargo, encontramos que en la práctica existen importantes deficiencias en cuanto a las capacidades de los peritos, su

objetividad y la calidad de los dictámenes. Específicamente se identificaron las siguientes áreas de oportunidad:



Gráfica 1 Principales áreas de oportunidad en materia de peritos en México

Fuente: CEC-ITAM, 2016.

A continuación se describen, para cada tema, las principales áreas de oportunidad identificadas en la revisión bibliográfica y en las entrevistas, con una breve explicación.

Capacidades

Existe ambigüedad en las características personales y profesionales del perito

Se plantearon varias cuestiones sobre las que existe ambigüedad:

- a) La figura de perito ¿está asociada a una persona física o puede actuar como perito una empresa, un grupo de personas, un despacho de profesionistas, una institución académica?
- b) ¿Solamente pueden actuar como peritos personas físicas u organizaciones mexicanas, o pueden también ser extranjeras?

Se percibe que las funciones de un perito no están definidas claramente

Más allá de que un perito económico debe elaborar algún tipo de documento (dictamen), para lo cual requiere conocimientos de alta especialización y una amplia experiencia en el campo de su pericia, no está acotado el papel de un perito. En el caso de peritos en telecomunicaciones y radiodifusión, su función consiste en homologar equipos y participar en acciones que requieran de un peritaje, pero no se define cuáles son estas acciones. En el caso de peritos en economía y competencia económica. De conformidad con los artículos 95 Fracción V, y 104 Fracción II, el dictamen pericial se limita al cuestionario que para tal efecto se ofrezca y en su caso se adicione.

No están claros o no existen mecanismos de acreditación, certificación y evaluación de peritos

Para definir estos mecanismos es necesario responder preguntas como:

- a) ¿Qué requisitos debe satisfacer una persona física o una organización para poder recibir una acreditación o una certificación como perito?
- b) ¿Quién puede certificar o acreditar que una persona física u organización cumple con los requisitos para ser perito?
- c) ¿Quién determina las credenciales que debe tener una persona física u organización para ser recibir una certificación de perito?
- d) Dado que un perito ingeniero puede ser acreditado por el IFT, para posteriormente ser aceptado y protestado por un Tribunal Especializado en materia de Telecomunicaciones y Radiodifusión, ¿la certificación por estas instancias podría crear conflictos de interés? Es importante verificar que la acreditación de peritos por el organismo regulador no sea en temas en los que potencialmente tengan que emitir dictámenes que puedan contravenir decisiones del regulador, para evitar conflictos de interés.

En lo que refiere al último inciso, la certificación en temas de ingeniería puede ser proporcionada por el agente regulador, mientras que las certificaciones en temas económicos deben ser proporcionadas por agentes externos. De esta forma se evitan los conflictos de interés para el regulador.

¿Cómo se logra el equilibrio entre la garantía de la capacidad técnica del perito y el respeto a la libre competencia?

El diseño de mecanismos de acreditación y certificación no debe implicar barreras de entrada ya que se debe fomentar el crecimiento del mercado de peritos.

En otros países se ha demostrado que la colegiación obligatoria no tiene un impacto positivo en el desempeño profesional. La Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) emitió una opinión al respecto en la cual recomendó: 1) no establecer un sistema de regulación profesional que implique mayores barreras y requisitos, 2) descartar la colegiación obligatoria como uno de los mecanismos para regular el ejercicio de una profesión.¹

La opinión de la Cofece es que la colegiación podría traducirse en barreras artificiales a la competencia en los mercados de servicios profesionales, y su implementación resultaría en mayores requisitos y costos a los actuales para que un profesionista pueda ejercer una actividad o prestar un servicio profesional.

Si se piden requisitos burocráticos, o se ponen obstáculos innecesarios para que una persona u organización actúe como perito, se desincentiva la participación de peritos que podrían hacer aportaciones valiosas.

También existe preocupación sobre la posible diferencia de capacidades entre los peritos oficiales y los presentados por las partes afectadas. Esta diferencia se debe a la capacidad de remuneración, pues para el caso de peritos oficiales existen lineamientos que definen y limitan la remuneración, mientras que las partes, al no tener topes de presupuesto, pueden recurrir a expertos internacionales de gran capacidad y reconocimiento. Otra causa de diferencia de capacidad identificada, es el grado de especialización. Los miembros del equipo investigador oficial, que frecuentemente fungen como peritos, tienen que atender asuntos sobre temas diferentes, mientras que el sector privado puede contratar al experto especializado en el tema del proceso. Así por ejemplo, un privado puede contratar a un experto que se dedique únicamente a costos de interconexión en infraestructura de última generación o a alguien que haya apoyado litigios en todo el mundo sobre mercado relevante en servicios de radio difusión, mientras que los peritos oficiales simultáneamente tiene que atender asuntos de costos, concentración y los demás temas relevantes para el Instituto.

Objetividad

Se reconoce que existe un grave peligro de falta de objetividad de los peritos presentados tanto por las partes afectadas, como de los peritos oficiales. En este sentido, es necesario diseñar mecanismos *ex ante* y *ex post* que limiten el conflicto de interés:

¹ (ONP-12-2015 y acumulado
<http://www.cofece.mx:8080/cfcresoluciones/docs/Mercados%20Regulados/V9/1/2415052.pdf>)

Potencialmente existe conflicto de interés entre el perito y la parte que representa

Un elemento importante de las obligaciones de un perito debe ser su declaración de no-conflicto de interés previo al desarrollo y aceptación de su peritaje. Es decir, evitar que busque dañar a la empresa que ahora representa en beneficio de clientes anteriores, o que las declaraciones e informes periciales prestados en el pasado contravengan sus análisis actuales, lo cual también implicaría un importante efecto en su reputación. Para ser consistentes con su responsabilidad, esta declaración debe estar acompañada de la figura de perjurio. Este y otros mecanismos reputacionales están detallados en la sección de recomendaciones.

En la práctica no existen consecuencias por el mal desempeño de un perito

Con la finalidad de obtener dictámenes periciales que realmente aporten un análisis serio y profesional en un procedimiento, debe especificarse la responsabilidad que asume y acepta un perito al presentar dicha prueba. Si bien se acepta que la prueba refleja la opinión de quien la elabora, en ningún caso se aceptará que haya información falsa o incompleta; quien elabora la prueba pericial debe estar consciente de que si se demuestra que incurrió en ese tipo de situaciones podría aplicársele penalizaciones o divulgación de su conducta contraria a las reglas de ética y profesionalismo. La ética profesional, la honestidad e imparcialidad de los peritos son consecuentemente elementos fundamentales para su cabal desempeño.

Relevancia del dictamen

Mayor peso de las credenciales del perito que la calidad del dictamen

La importancia de la participación de un perito en un proceso radica en la información que presente como dictamen. Por tanto, las autoridades que en ejercicio de sus funciones deban utilizar un dictamen pericial, deben enfatizar su atención en las características que debe dicho dictamen y su calidad como estudio científico que explica el problema, más que en las condiciones que deba satisfacer una persona física u organización para actuar como perito.

En ocasiones se ignora el dictamen pericial en el procedimiento

La principal preocupación de algunos entrevistados es que los organismos reguladores y eventualmente los propios jueces no consideran las pruebas periciales que presenta la parte afectada, independientemente de su calidad y solidez, así como del reconocimiento y experiencia que puedan tener los expertos que las elaboran.

Falta de claridad del contenido que se requiere para el dictamen

Es necesario definir criterios precisos para la presentación de análisis y pruebas periciales (incluidos modelos matemáticos que puedan ser reproducidos por las entidades en controversia) que tengan validez entre los distintos organismos civiles y jurídicos.

Falta de réplicas frente al juez y entre partes

La experiencia de peritos que han actuado en procedimientos contenciosos es que no existe propiamente un derecho a réplica directo en caso de que exista diferencia entre las partes, ya que se resume a un nuevo "cuestionario" persistiendo la divergencia de opinión entre los peritajes. La réplica ante la autoridad está prevista actualmente en el artículo 104, fracciones II y IV de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. De esta forma se podría aclarar y defender el esquema de razonamiento y análisis seguido en la elaboración del dictamen. Como antecedente a esta práctica está el artículo 236 del Código Federal de Procedimientos Penales: "Cuando las opiniones de los peritos discordaren, el funcionario que practique las diligencias los citará a junta en la que se discutirán los puntos de diferencia, haciéndose constar en el acta el resultado de la discusión. Si los peritos no se pusieran de acuerdo, se nombrará un perito tercero en discordia."

Equilibrio entre la justificación de los métodos empleados en el dictamen y un sustento razonable de referencias

Si bien en un dictamen pericial se recomienda presentar algunas citas de trabajos externos que justifiquen el enfoque metodológico del peritaje, de acuerdo a la experiencia de peritos que actúan regularmente en México, para satisfacer el requerimiento de jueces y funcionarios se recurre innecesariamente a extensas y numerosas referencias que desvirtúan el conocimiento y experiencia del propio perito.

En términos generales, existió un consenso entre los entrevistados que la especialidad pericial en economía, competencia económica y contabilidad es una necesidad real para el IFT así como para las empresas del sector y por lo tanto deben definirse lo antes posible tanto los perfiles del perito como sus áreas de mayor especialidad.

Las siguientes secciones presentan los principales hallazgos sobre la situación normativa de los peritos en México.

Recomendaciones alineadas a las áreas de oportunidad diagnosticadas

Al inicio de este documento se identificaron unas áreas de oportunidad para el esquema de funcionamiento actual de los peritos en materia de competencia económica en el ámbito específico de telecomunicaciones y radiodifusión (*Gráfica 1*).

A continuación se proponen las recomendaciones que, de manera específica, atienden las áreas de oportunidad identificadas en el diagnóstico inicial:

Capacidades

Área de oportunidad	Recomendación
Ambigüedad en las características personales y profesionales del perito.	Los servicios periciales pueden ser prestados tanto por expertos individuales o en grupo, empresas, organizaciones, e incluso funcionarios públicos. Deben admitirse los mejores peritos, siendo irrelevante su nacionalidad.
Las funciones de un perito no están definidas claramente	<p>Considerar la definición aportada por la Unión Europea, que se basa precisamente en una taxonomía de las funciones a desarrollar por un perito:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Experto técnico • Testigo experto • Experto legal • Experto privado
No están claros o no existen mecanismos de acreditación, certificación y evaluación de peritos	<p>Revisión y comprobación de títulos, diplomas, experiencia, CV, comprobantes de educación y formación continua, así como otras credenciales que comprueben sus conocimientos sustantivos.</p> <p>El perito debe especificar en un informe preliminar, de manera detallada y con pruebas, por qué su conocimiento es relevante para el caso que va a ser dirimido.</p> <p>Es recomendable, pero no necesario, contar con capacitación procesal.</p> <p>No se recomienda un proceso de certificación por los problemas de restricción a la competencia que se asocian con estos mecanismos.</p> <p>En caso de optar por un modelo de certificación, se recomienda considerar el caso de Reino Unido como modelo para el diseño de los procedimientos de certificación.</p>
No está claro cómo se logra el equilibrio entre la	No se recomienda optar por mecanismos de acreditación tipo colegiación o pertenencia a asociaciones de expertos,

Área de oportunidad	Recomendación
garantía de la capacidad técnica del perito y el respeto a la libre competencia	ya que: <ul style="list-style-type: none"> • Se generan problemas de restricción a la competencia. • No se ha demostrado su impacto en términos de mayor profesionalismo. • No existe certeza de que los mecanismos de certificación de estos institutos sean idóneos.

Objetividad

Área de oportunidad	Recomendación
Se percibe un conflicto de interés entre el perito y la parte que representa	Llevar a cabo dos modelos de evaluación del desempeño de los peritos: <ul style="list-style-type: none"> • <i>Ex ante</i> o recusación, en donde se hace una revisión de la experiencia y participación en casos anteriores, previa a la ejecución del caso. Específicamente se recomienda seguir el esquema del Código de Conducta del European Guide of Legal Expertise (o EGLE por su acrónimo en inglés) de la Unión Europea • <i>Ex post</i>: apercibimiento, amonestación y sanción judicial impuestos tanto por el tribunal como por otros órganos colegiados (barras o asociaciones profesionales o universidades). • Se recomienda publicar los dictámenes periciales

Relevancia del dictamen

Área de oportunidad	Recomendación
Mayor peso de las credenciales del perito que la calidad del dictamen	Cambiar el énfasis de la regulación del perito al dictamen pericial.
En ocasiones se ignora el dictamen pericial en el procedimiento	El regulador o el juez, en su caso, debe comentar sobre el valor probatorio o informativo del dictamen justificando su valoración en términos metodológicos y de contenido.
Falta de claridad del contenido que se requiere para el dictamen	Adoptar el modelo alemán, ya que sus criterios están bien definidos y son exhaustivos e inequívocos respecto a la información que debe contener el dictamen pericial.
Falta de réplicas frente al juez y entre partes	Exigir una junta de peritos que informe al regulador o al juez sobre los argumentos de cada uno de los peritos, permitiéndose que cada uno de los peritos pueda cuestionar al otro sobre aspectos metodológicos y de contenido de los dictámenes contrarios.

Área de oportunidad	Recomendación
Se percibe que se premia el uso excesivo de referencias	Debe limitarse la extensión de los dictámenes promoviendo la síntesis de los argumentos, de forma que éstos sean lo más sucintos y concretos posibles.

1. Concepto de perito en México

1.1 La actividad pericial en México

En términos de las disposiciones del orden penal, civil y por aplicación supletoria de este último al ramo administrativo, la pericia es un atributo individual, que por regla general, está a cargo de una persona física. No obstante, existen en nuestro sistema jurídico casos, aunque muy contados, en los que algunos textos normativos reconocen la existencia de peritos de carácter institucional, como es el caso de instituciones financieras, Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales, Procuraduría Federal del Consumidor y Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed), según se detalla más adelante.

Cabe señalar que la especificidad de cada categoría responde a ciertas necesidades que se requieren de parte del perito, tanto de carácter técnico como intelectual, aunque también se toma en consideración la necesidad de reforzar esquemas de intervención dentro de los procesos judiciales que doten de mayor certeza a las resoluciones de la autoridad.

1.2 La pericia en materia penal

La definición legal más específica respecto de la figura del "perito" se encontraba, hasta antes de la reforma a nuestro sistema penal, en lo dispuesto por el artículo 220 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), que lo regulaba en los siguientes términos:

"Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos, se requieran conocimientos especiales se procederá con intervención de peritos".

En el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP),² la figura del perito se puede deducir en lo dispuesto por los artículos 368 y 369, que se refieren a la "prueba pericial". En el primero, se precisa que dicha probanza "podrá ofrecerse [...] cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio", en tanto que el artículo 369 establece que "los peritos deberán poseer título oficial en la materia relativa al punto sobre el cual dictaminarán y no tener impedimentos para el ejercicio profesional, siempre que la ciencia, el arte, la técnica o el oficio sobre la que verse la pericia en cuestión esté reglamentada; en caso contrario, deberá designarse a una persona de idoneidad manifiesta y

² Conforme a lo dispuesto por el artículo segundo transitorio del *DECRETO por el que se expide el CNPP*, publicado en el DOF el 5 de marzo de 2014, éste "entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016".

que preferentemente pertenezca a un gremio o agrupación relativa a la actividad sobre la que verse la pericia”.

De lo anterior se deduce que la regulación penal establece, en principio, que el carácter de perito es de naturaleza personal y que quien desempeñe el cargo debe poseer conocimientos especiales en una ciencia, arte, técnica u oficio.

Es el mismo artículo 369, el que introduce, aunque no en forma expresa, la figura del “testigo experto”, concepto que proviene del derecho anglosajón y que se incorpora en nuestro contexto jurídico a partir de las reformas legales de marzo de 2014, que transforman el sistema de administración de justicia penal conforme a los principios del proceso acusatorio y oral. En efecto, la disposición legal señala, refiriéndose a la obligación de los peritos de contar con título oficial, que *“no se exigirán estos requisitos para quien declare como testigo sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, aunque para informar sobre ellos utilice las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte, técnica u oficio”*. Esta afirmación, sin embargo, no diluye la diferencia sustancial que existe entre el perito y el testigo, aunque en la doctrina se les suela denominar “testigo experto” y “testigo perito”, respectivamente, como tampoco estandariza el valor probatorio de sus opiniones, por más que el “testigo experto” tenga las mismas aptitudes o capacidades intelectuales del perito.

En esta materia también es necesario distinguir la participación de los peritos que intervienen en la etapa de investigación, cuya indagatoria se encuentra a cargo de los agentes del Ministerio Público, de aquellos que concurren al proceso judicial y que desempeñan su función conforme a las reglas establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) para el desahogo de la prueba pericial. Dentro de la averiguación previa, el perito tiene por finalidad aportar elementos probatorios para acreditar ante el Ministerio Público la probable responsabilidad del inculpado, mientras que en el proceso judicial, su dictamen pretende causar en el juzgador la convicción necesaria respecto del hecho ilícito y su relación causal con el acto u omisión atribuido al imputado.

A ese respecto, el dictamen del perito dentro de la averiguación previa tiene carácter de “peritación informativa”, en tanto que durante el proceso judicial, el dictamen se transforma en “prueba”, no obstante se trata del mismo documento y tiene un mismo origen.³

³ Esta distinción ha sido reconocida por el Poder Judicial Federal, conforme al criterio que se titula: “Valor del peritaje formulado en la averiguación previa.”, cuyo contenido señala que “la simple formulación de un dictamen dentro del periodo de averiguación previa, no constituye en esencia la prueba pericial y el acusado tiene expedito su derecho para que, dentro del proceso, abra el juicio pericial si a su interés conviene, ofreciendo tal prueba, o bien, impugne el referido peritaje. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, número 59, noviembre de 1992, P. 67.

No obstante que la materia penal no es supletoria en los procedimientos administrativos a cargo del IFT, para los efectos del presente estudio resulta interesante la distinción entre la intervención pericial durante la averiguación previa y en el proceso judicial en materia penal, pues al igual que en esta materia, en cuestiones de competencia económica existe una investigación previa al desahogo del procedimiento seguido en forma de juicio. En materia penal la indagatoria concluye con la consignación ante el juez, por parte del Ministerio Público, mientras que en el IFT la autoridad investigadora emite su dictamen preliminar y, en su caso, el Pleno del Instituto lo turna a la autoridad encargada de desahogar el procedimiento administrativo.

Un punto de referencia importante en la materia se encuentra contenido en el artículo 236 del Código Federal de Procedimientos Penales, que permite la intervención del juzgador ante opiniones discordantes de los peritos de parte, dado que facilita una mejor comprensión de las diferencias y permite que se cuestione de manera directa a los suscriptores de los dictámenes.

1.3 La pericia en materia civil

El artículo 143 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), aplicable de manera supletoria⁴ a los procedimientos del orden administrativo en materia de competencia económica, establece que “la prueba pericial tendrá lugar en las cuestiones de un negocio relativas a alguna ciencia o arte, y en los casos en que expresamente lo prevenga la ley”, mientras que el artículo 144 del mismo ordenamiento legal precisa la obligación de los peritos de contar con título profesional “en la ciencia o arte a que pertenezca la cuestión sobre que ha de oírse su parecer, si la profesión o el arte estuviere legalmente reglamentado”, aunque también permite la participación de personas “entendidas”, es decir, que sin tener título profesional cuenten con los conocimientos sobre la materia pericial, cuando la profesión “no estuviere legalmente reglamentado, o, estándolo, no hubiere peritos en el lugar”.

Como puede notarse, entre las características del perito en materia penal y el perito en materia civil, existe una **total congruencia**, en el sentido de que, en principio, se alude a una persona física, quien debe contar con conocimientos especiales en determina ciencia o arte.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, en materia civil no existe una etapa previa de investigación, pues la disputa es de naturaleza privada y se ventila de manera directa ante los tribunales en donde las partes contendientes, a través de los diversos medios de prueba, entre ellos, la pericial, pretenden generar en el juzgador la convicción respecto de sus pretensiones, en el entendido de que una máxima del proceso civil reza que

⁴ En efecto, el régimen de supletoriedad en aquellos casos de omisiones regulatorias tanto en la LFCE como en la LFTR, se surte en términos de las disposiciones del CFPC.

“quien alega un hecho debe probarlo”, lo que en términos jurídicos se plasma en la llamada “carga de la prueba”.

No obstante, los peritos que las partes ofrezcan dentro del proceso, se encuentran sujetos a una serie de reglas específicas para la emisión de sus dictámenes, pues si bien se trata de una de las pruebas de mayor fortaleza para que el juzgador concluya sobre la verdad legal de la controversia, su valoración, como la de cualquier otro tipo de probanza, corresponde de manera exclusiva al juez, pues el perito sólo es un auxiliar dentro de los procesos de administración de justicia.

2. Contexto institucional: reguladores y poder judicial

2.1. Entidades regulatorias en materia de competencia económica

En México, el IFT es, según dispone el artículo 28 Constitucional, la autoridad responsable de promover el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, a través de la función regulatoria que le es propia respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusión, tomando en cuenta la autonomía constitucional que le ha sido atribuida.

En ese sentido, el texto constitucional señala que el IFT “será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia”.

En ese sentido, corresponde al IFT “prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes”, tal y como lo señala el párrafo décimo tercero del artículo constitucional en cita, que enlista las atribuciones de la Cofece.

Dado que ni la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) ni la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR) contienen disposiciones específicas en lo que corresponde a la intervención de peritos ni al desahogo de la prueba pericial en los procedimientos administrativos a cargo del IFT (con excepción del Art. 15 fracción XXVI de la LFTR), resulta necesario, en principio, acudir al régimen de supletoriedad.

En ese sentido, el TÍTULO V de la LFCE, "DE LAS REGLAS GENERALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS", señala en su artículo 121 que "en lo no previsto por esta Ley o en las Disposiciones Regulatorias, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles".

No obstante, esta hipótesis debe interpretarse en armonía con las disposiciones de la LFTR, en particular con lo dispuesto en el artículo 6º, que para efectos de supletoriedad enlista en primer lugar la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (fracción IV) y posteriormente se refiere al Código Federal de Procedimientos Civiles (fracción VII), lo cual genera, en apariencia, una contradicción normativa.

Lo anterior se resuelve al amparo de lo señalado en el artículo 1º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo que delimita la aplicación de sus disposiciones, mediante un régimen de exclusión explícito, aplicable a las siguientes materias: fiscal, responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ni al ministerio público en ejercicio de sus funciones constitucionales, y enfatiza "que en materia de competencia económica, únicamente les será aplicable el título tercero A", el cual regula aspectos de mejora regulatoria.

Así las cosas, no queda más que afirmar que la supletoriedad queda a cargo del Código Federal de Procedimientos Civiles. Sin embargo, el último párrafo del artículo 6º de la LFTR introduce una nueva inquietud en la materia, al referir que "los asuntos que no tengan previsto un trámite específico conforme a la Ley Federal de Competencia Económica o esta Ley, se tramitarán conforme a lo dispuesto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo".

De lo anterior surge la interrogante sobre el alcance normativo de la prescripción, pues no obstante que se localiza dentro del artículo relativo al régimen de supletoriedad, hace un señalamiento muy preciso a "los asuntos que no tengan un trámite específico" en ambos cuerpos normativos (LFCE y LFTR).

Por ello, en el contexto del presente análisis, la pregunta a dilucidar es si el desahogo de la prueba pericial tiene un "trámite específico" en las leyes en cita y la respuesta es en sentido negativo, lo que de nueva cuenta hace presumir, que en principio, se aplican las disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Empero, tomando en consideración lo ya señalado en cuanto a que dicho cuerpo normativo (artículo 1º) excluye los asuntos en materia de "competencia económica" que no estén relacionados con mejora regulatoria, luego entonces, se reafirma la aplicación de las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Conforme a lo anterior, a los procedimientos a cargo del IFT le son aplicables de manera supletoria las reglas del procedimiento civil federal, y si bien la LFCE no establece las correspondientes al desahogo de la prueba pericial, las mismas se encuentran contenidas en el artículo 104 de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicadas en el DOF el 12 de enero de 2015. No debe perderse de vista que el Instituto emitió la regulación específica en la materia, con fundamento en las atribuciones constitucionales que lo facultan para expedir disposiciones regulatorias en las materias de su competencia.

En consideración a los preceptos normativos citados, es posible señalar que las atribuciones del IFT están asociadas a materias complejas en las que el conocimiento técnico y científico resultan elementos fundamentales para el desarrollo de una regulación sectorial no sólo constitucional y legal, en términos normativos, sino también eficaz y eficiente.

Pensemos, por ejemplo, en que conforme a las disposiciones legales vigentes la *autoridad investigadora* del IFT contribuye de manera relevante al cumplimiento de las atribuciones regulatorias del citado órgano tendentes a “prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados”, de tal suerte que dentro de las actividades a su cargo, la relacionada con los procedimientos de investigación de prácticas anticompetitivas tiene una particular relevancia, dado que puede detonar el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio y, por tanto, la fijación de una serie de medidas de regulación económica e incluso sanciones a los agentes económicos.

En ese sentido, en el marco de los procedimientos administrativos a cargo del IFT, la intervención de expertos que contribuyan a dilucidar las cuestiones sustantivas de la investigación es un aspecto central que redundará en la eficacia, eficiencia, y legalidad de las resoluciones del órgano regulador.

La participación de expertos debe asegurar la imparcialidad y el rigor metodológico de las intervenciones de la *autoridad investigadora* dentro de las indagatorias por presuntas conductas anticompetitivas, prácticas monopólicas absolutas o relativas, existencia de barreras a la libre competencia y a la competencia económica, determinación del mercado relevante, del poder sustancial y del insumo esencial, así como de la determinación de concentraciones.

Tomando en consideración que en cualquier procedimiento (tanto de investigación de determinadas conductas presumiblemente ilegales como en los de naturaleza jurisdiccional), la intervención de peritos supone la necesidad de ilustrar a la autoridad en aspectos que requieren conocimientos

especializados que le son ajenos, la participación de expertos, a través de la aplicación de un rigor metodológico específico de la ciencia o arte en la cual se desempeñan, no sólo robustece el ejercicio de las atribuciones conferidas a las autoridades del IFT (*autoridad investigadora y Unidad responsable de instruir el procedimiento seguido en forma de juicio*), sino que fortalece la certeza jurídica e imparcialidad de sus resoluciones en los asuntos de su competencia, como es el caso de presuntas conductas anticompetitivas, prácticas monopólicas absolutas o relativas, existencia de barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica, determinación del mercado relevante, del poder sustancial y del insumo esencial, así como de la determinación de concentraciones.

En este tenor, si bien la LFCE no señala de manera expresa la posibilidad de que la Autoridad Investigadora acuerde que en la indagatoria participen expertos en carácter de peritos (los artículos 28, fracción IX y 79, fracción III los presumen en forma implícita), el artículo 89 de las Disposiciones Regulatorias afirma dicha hipótesis al precisar que entre los elementos de convicción del Dictamen de Presunta Responsabilidad (DPR) pueden estar fundados en “comparecencias, periciales o inspecciones”.

En ese sentido, el propósito de la intervención de expertos en los procedimientos administrativos que son competencia del IFT, en particular dentro de la indagatoria a cargo de la Autoridad Investigadora, es garantizar el valor probatorio del DPR, no sólo dentro del procedimiento seguido en forma de juicio, sino de manera particular, en la sustanciación del proceso judicial a cargo de los tribunales especializados en competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión,⁵ en el entendido de que los argumentos que se formulen en el DPR deben orientarse a que no se confunda al experto que emitió el dictamen pericial durante la investigación a cargo del IFT, con el perito de parte durante la sustanciación de la prueba pericial dentro del proceso judicial.

2.2. Reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión

La evolución del marco normativo mexicano en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, y competencia económica ha fomentado la utilización de peritos en los asuntos de dichas materias. En esta sección se buscará destacar algunos de los aspectos de la reforma constitucional del 2013 que ponen de relevancia la utilización de peritos-expertos.

⁵ Hay que distinguir los procedimientos tramitados por el Instituto de conformidad con la LFTyR de aquellos tramitados al amparo de la LFCE. En el caso de estos últimos, de conformidad con el artículo 121 de la LFCE, en lo no previsto en dicha ley ni en las disposiciones, se aplicará supletoriamente el CFPC y no así la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Entre los beneficios destacables de la nueva reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión se encuentran:

1. Servicios públicos de interés general
2. Derechos de los usuarios
3. Derechos de las audiencias
4. *Must Carry Must Offer*
5. Nuevas cadenas de televisión
6. Determinar medidas de preponderancia.
7. Creación de un nuevo Instituto con autonomía técnica y financiera
8. No suspensión de actos del IFT en materia de amparo

Como se pueda apreciar, esta serie de medidas contempladas en la reforma constitucional viene aparejada con nuevos incentivos para la utilización de peritos en el ámbito económico para asuntos como la determinación de preponderancia, la valuación de las nuevas cadenas de televisión y asuntos de determinación de *Must Carry Must offer*. Más aún, las nuevas atribuciones del IFT sin duda requerirán de peritos para asuntos completamente nuevos como son los derechos de audiencias, los cuales aunque no son de índole económica, requerirán de un nuevo tipo de *expertise*.

Asimismo, vale la pena destacar que la creación de una nueva institución como el IFT obedece a tres cuestiones: 1) la necesidad de contar con autonomía; 2) la necesidad de dotar al regulador con atribuciones suficientes, no solo para que pueda ejercer sus facultades, sino para alejarlo de presiones; 3) hacer que el regulador responda a cuestiones técnicas y no a grupos de interés. En este contexto, el conocimiento de los peritos expertos cobra una nueva dimensión, ya que el propio diseño institucional busca privilegiar las cuestiones técnicas y de *expertise*.

Asimismo, la no suspensión de los actos del IFT (por amparo directo) también introduce un elemento importante para que las empresas o personas afectadas por los actos del instituto busquen defenderse en los tribunales con la presentación de dictámenes técnicos de mayor calidad.

La reforma constitucional del 2013, se vio complementada con la entrada en vigor de la LFTR en 2014, la cual también refuerza en algunos aspectos la utilización de peritos. A manera de ejemplo, la ley introduce conceptos como son, la administración del espectro en favor de los usuarios, el otorgamiento de concesiones que beneficien a los usuarios con menores precios, y la fijación de contraprestaciones con base en el interés general que deberán pagar los concesionarios. Como se puede apreciar, estas cuestiones de índole altamente técnica vuelven a resaltar la necesidad de priorizar el conocimiento técnico.

Un último factor a tomar en cuenta y que incrementará la utilización de los peritos es la creación de tribunales especializados en materia de

telecomunicaciones y radiodifusión, y competencia. Tal y como lo menciona González de Cossío:

(...) Ello no sólo es un gran acierto, sino un pendiente que desde hace mucho tiempo se debió implementar en nuestro país, dada la creciente especialización e importancia de estas materias, y el hecho que existen juzgadores y funcionarios que cuentan con preparación y pericia para ocupar dichas posiciones (...)⁶

Cómo se puede apreciar, los tribunales en sí mismos también son parte de la reforma y del nuevo diseño institucional que obliga a la utilización de los peritos de dos maneras distintas. Por un lado, las empresas y/o personas afectadas por las decisiones del IFT que busquen recurrir a sus decisiones ante los tribunales, y es probable que no solo se utilicen a despachos de abogados, sino que también recurran a servicios periciales.

Por su parte, es previsible que los tribunales especializados también recurran al uso de peritos-expertos que les ayuden a interpretar la evidencia que proporcionan las partes en litigio.

En suma, la nueva reforma que viene acompañada de la creación de órganos reguladores autónomos como el IFT y la Cofece, además de tribunales especializados, ha creado una serie de nuevos incentivos que hacen previsible una utilización mucho más intensa de expertos-peritos, dada la profesionalización y complejidad de un sector en constante evolución.

3. Tipos de peritos

3.1 Circunstancias en las que se requiere un perito

Es posible identificar los siguientes tipos de conflictos, inconformidades o controversias, que podrían requerir la intervención de un perito mediante la elaboración de un dictamen pericial:

- a) Conflicto entre empresas de alguno de los sectores, que no puede ser resuelto por las partes interesadas, por lo cual se turna a alguna autoridad administrativa para su intervención, para proporcionar una opinión, una decisión vinculante.
- b) Conflicto entre empresas de alguno de los sectores, que no puede ser resuelto por las partes interesadas, por lo cual se turna a alguna

⁶ Para mayor información sobre este asunto véase Francisco González de Cossío, la modificación constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia: un comentario desde la perspectiva de competencia en (México: CIDAC, 2013) p. 10

- autoridad judicial para su intervención, generalmente para proporcionar una decisión vinculante.
- c) Conflictos o controversias entre alguna empresa o grupos de empresas de alguno de los sectores, y alguna autoridad administrativa de regulación o de competencia; que incluye la actividad de investigación realizada por el IFT (a través de la Autoridad Investigadora), de acuerdo con lo que establece el artículo 62 del Estatuto Orgánico, sobre posibles violaciones a la Ley de Competencia.
 - d) Conflictos o controversias entre alguna empresa o grupos de empresas de alguno de los sectores, llevados a una instancia del poder judicial (p. ej. cuando una empresa es declarada preponderante y decide ampararse).
 - e) Procedimientos regulatorios (por ejemplo, la definición de los precios de la canasta básica de servicios ofrecidos por Telmex).

3.2 En función de sus calificaciones: Perito profesional vs. Perito técnico

El fundamento legal que corresponde a los tipos de peritos, en materia penal, es el artículo 3º, fracciones VIII y IX del Reglamento del Servicio de Carrera de Procuración de Justicia Federal, el cual distingue dos clases de peritos. Al primero se le denomina "perito profesional", quien es un "experto que para ejercer la ciencia, técnica, arte o disciplina de que se trate, requiere tener cédula profesional, expedida por la autoridad legalmente facultada para ello", mientras que el "perito técnico", es aquél que no requiere de cédula profesional, pero "posee los conocimientos correspondientes a la disciplina sobre la que deba dictaminar".

El artículo 143 del CFPC, aplicable de manera supletoria a los procedimientos del orden administrativo, establece que "la prueba pericial tendrá lugar en las cuestiones de un negocio relativas a alguna ciencia o arte, y en los casos en que expresamente lo prevenga la ley", mientras que el artículo 144 del mismo ordenamiento legal precisa la obligación de los peritos de contar con título profesional "en la ciencia o arte a que pertenezca la cuestión sobre que ha de oírse su parecer, si la profesión o el arte estuviere legalmente reglamentado", aunque también permite la participación de personas "entendidas", es decir, que sin tener título profesional cuenten con los conocimientos sobre la materia pericial, cuando la profesión "no estuviere legalmente reglamentado, o, estándolo, no hubiere peritos en el lugar".

Como puede notarse, entre las características del perito en materia penal y el perito en materia civil, existe una total congruencia, en el sentido de que, en principio, se alude a una persona física, quien debe contar con conocimientos especiales en determina ciencia o arte.

Un criterio complementario al de sus calificaciones es el del área del conocimiento en el que el perito es experto.⁷

3.3 En función de su designación: peritos judiciales vs. peritos de parte

Peritos solicitados por el poder judicial

Se trata principalmente de personas seleccionadas como auxiliares de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial de la Federación que han demostrado ser expertos en arte, ciencia o técnica, además de honorables e imparciales, que apoyan con sus conocimientos al juzgador o a los titulares de las áreas administrativas.

Respecto de la designación de peritos seleccionados de un listado oficial, en el ámbito federal corresponde al Consejo de la Judicatura Federal, según dispone el artículo 81, fracción XXIX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación,⁸ “Formar anualmente una lista con los nombres de las personas que puedan fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación, ordenándolas por ramas, especialidades y circuitos judiciales”, para lo cual, mediante Acuerdo General 16/2011,⁹ el Pleno acordó los términos para regular la integración de la lista de personas que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación. Con base en el Acuerdo en cita, el 7 de julio de 2015, la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal, publicó en el DOF la “Convocatoria para integrar la lista de personas que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación, correspondiente al año dos mil dieciséis”, de lo que resultó la Lista oficial que fue aprobada por la Comisión de Carrera Judicial en sesión de uno de diciembre de dos mil quince, según certificación suscrita por el Secretario Ejecutivo de Carrera Judicial y Creación de Nuevos Órganos del Consejo de la Judicatura Federal, del uno de diciembre de dos mil quince.¹⁰

⁷ Existen un sinnúmero de áreas en que tradicionalmente se ha reconocido la importancia de los peritos y de las pruebas periciales que ellos elaboran. Con la finalidad de ilustrar, al menos parcialmente, el universo en que existen peritos, a continuación se presentan algunos ejemplos de especialidades: *Construcción, responsable de obra, administración, arquitectura, valuación, auditoría a obra pública, topografía, estructuras, biología, cirugía estética, finanzas, corredería pública, traducción, criminalística, documentoscopia, balística, forense, identificación forense, tránsito terrestre, identificación de vehículos, incendios, explosiones, maquinaria y equipo, grafoscopia, dactiloscopia* (Cicem.org.mx/pagina%20programa%20cursos.html, http://poderjudicialags.gob.mx/servicios/peritos/lista_peritos.pdf)

⁸ Publicada en el DOF el 26 de mayo de 1995. Última reforma publicada por el mismo medio el 11 de abril de 2015.

⁹ Publicado en el DOF el 9 de junio de 2011.

¹⁰ <http://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2015/pdf/ListaPersonasFungirPeritos.pdf>

Peritos de parte

Las partes contendientes pueden recurrir a la prueba pericial para generar en el juzgador la convicción respecto de sus pretensiones.

Es importante subrayar que los peritos ofrecidos por las partes dentro del proceso, se encuentran sujetos a las Disposiciones Regulatorias en la materia para la emisión de sus dictámenes y supletoriamente a las disposiciones del CFPC.¹¹ La prueba pericial es una de las pruebas de mayor fortaleza para que el juzgador concluya sobre la verdad legal de la controversia, por lo que su valoración corresponde de manera exclusiva al juez, pues el perito sólo es un auxiliar dentro de los procesos de administración de justicia.

Perito tercero en discordia

En términos del CFPC, la prueba pericial puede concluir con un dictamen en el cual los peritos de las partes estén de acuerdo en los aspectos relativos a la controversia.

Es frecuente que los dictámenes de los peritos de las partes sean contradictorios en sus puntos de vista, por lo que el Juez debe designar a un “perito tercero”, que puede ser un “perito oficial” o un agente externo, de acuerdo con lo establecido por la legislación, quien tiene un carácter de auxiliar de la administración de justicia. Estos peritos designados suelen ser servidores públicos de la Administración Pública, miembros de los colegios de profesionistas o de las instituciones de educación superior, entre los más socorridos.

De acuerdo con el Semanario Judicial de la Federación, el perito tercero en discordia no tiene una misión arbitral que limita su actividad a impugnar o a defender alguno de los dictámenes emitidos por los peritos de los litigantes. Su función es más bien, la de ilustrar el criterio del juzgador respecto a la verdad del hecho que se busca en la controversia, por lo que goza de libertad para aportar todos los elementos que contribuyan a esclarecer el tema en discusión.¹²

Implicaciones de la falta de objetividad y el papel del perito tercero

Uno de los graves problemas asociados a la práctica de los peritos en economía en casos de telecomunicaciones y radiodifusión es la falta de objetividad que asumen en su argumentación. En muchos de los países analizados, incluyendo México, se observa que la autoridad regulatoria y los

¹¹ Hay un conjunto de reglas formales que en el CFPC están señaladas en los artículos 79 al 94 (de carácter general), mientras que los artículos 143 y subsiguientes regulan en lo específico la prueba pericial.

¹² Semanario Judicial de la Federación. Tercera Parte, LIX Página: 66. Tesis Aislada Materia(s): Común. Registro No. 266964 Localización: Sexta Época Instancia: Segunda Sala.

jueces, parten de la base que los argumentos aportados por el perito están sesgados para favorecer a la parte que lo contrató. Este supuesto es contrario al principio básico de la objetividad del razonamiento científico que aporta el perito, además de que la opinión del perito debe representar a la mayoría de una corriente científica.

Sin embargo, a través de los sesgos de selección, afiliación y compensación, lo más probable es que los peritos sean cada vez menos precisos y favorezcan a la parte que los contrata.

Específicamente, el **sesgo de selección** se produce al traer expertos que pueden tener opiniones poco representativas. En este sentido, se ha observado que la introducción de los peritos puede llevar a una falsa representación de la distribución de opiniones respecto a un tema. Es posible que las corrientes académicas favorezcan, por ejemplo, mayoritariamente un cierto criterio de definición de mercado, pero siempre será posible encontrar un académico que difiera de la mayoría (en una distribución de opiniones 99/1 por llevarlo al extremo). No obstante, para un juez esa distribución será del 50/50, ya que su muestra es de dos dictámenes que deberían tener una ponderación equivalente en su resolución. En la mayoría de los casos, la solución adoptada es contar con la opinión de un perito tercero que adquiere artificialmente el poder decisor al inclinarse por uno de los dos dictámenes contrapuestos.

El **sesgo de afiliación** se genera debido al contacto entre alguna de las partes, su abogado y el perito, antes y durante la preparación del dictamen, lo que puede llevar a sesgos en la selección de la información y efectos de anclaje.

Finalmente, el **sesgo de compensación** se debe al compromiso moral que puede sentir el perito de favorecer a la parte que financia su trabajo de análisis. En este sentido, en EUA, la Federal Rule of Civil Procedure 26(a) (2) requiere que las partes indiquen públicamente para cada perito, el monto de su compensación así como los materiales utilizados en la elaboración del dictamen.

El gran problema es que aunque se cumplan con los requisitos básicos para la preparación "teóricamente objetiva" del dictamen como son la revisión de datos relevantes, utilización de metodología confiable y capacidad técnica, no es posible evitar el principal riesgo de sesgo. Éste se refiere a una desviación en el uso de los datos, selección de los métodos que favorecen a la parte contratante o un análisis aparentemente objetivo que lleve a conclusiones sesgadas.

Para contrarrestar la posible falta de objetividad de los peritos, se han propuesto diferentes alternativas, que pueden categorizarse en tres áreas:

1. Justificar la objetividad a través del propio Dictamen pericial:
 - 1.1. Justificar que la opinión vertida en el Dictamen responde a la opinión de la mayoría (o del consenso si es posible) en la comunidad académica relevante. Este nivel de acuerdo puede lograrse a través de la revisión de la literatura o la realización de meta-análisis (como se realiza en la comunidad médica, a través de Cochrane Reviews¹³)
2. A través de mecanismos reputacionales de los peritos:
 - 2.1. Obligar a los peritos a emitir previamente su opinión respecto a ciertos temas, independientemente de a quien puedan favorecer. (Allensworth, 2012). Esta alternativa se refiere a que como parte de su proceso de acreditación, los peritos deberían presentar algún escrito (publicado o no) que justificar su nivel de experiencia en el tema y en el que se exponga su opinión respecto a ciertos temas clave relativos a competencia económica en materia de radiodifusión y telecomunicaciones (como por ejemplo definición de mercados). El objetivo es que el perito no pueda emitir un dictamen con el único objetivo de beneficiar a la parte que le contrató. Se trata de que el perito exponga su opinión ex ante, de forma que no pueda emitir opiniones opuestas a su exposición inicial en caso de que quien le contrate pretenda que el perito asuma la posición contraria.
 - 2.2. Publicar los dictámenes, de forma que los peritos no puedan cambiar sus argumentos dependiendo de la parte que los contrate.
 - 2.3. A través del veto de ciertos peritos: las partes tienen la posibilidad de vetar ciertos peritos propuestos por la parte contraria, justificando su opinión. (Bray, 1992). Esta propuesta tiene su origen en la práctica del sistema estadounidense de selección del jurado. Uno de los principios es intentar evitar tener en el jurado personas con opiniones extremas, ya que se persigue llevar a veredictos basados en opiniones homogéneas que representen a la mayoría. En ese sentido, la ley procesal permite que cada una de las partes vete a uno de los candidatos a jurado (normalmente se basa en criterios como la raza, edad, género etc). En el contexto de testigos expertos, abogados pueden conocer las opiniones pertinentes de los testigos sin basarse en estereotipos o prejuicios, por lo que la exclusión de algún experto puede basarse en criterios mejor fundamentados que en cualquier caso deben ser justificados ante el juez. De nuevo, debe buscarse evitar que la opinión de un experto que es minoritaria en la literatura o en la práctica profesional aparezca como la opinión de la corriente mayoritaria y pueda tener una influencia determinante en la opinión del juez o de la autoridad regulatoria.

13 <http://www.cochrane.org/>

3. A través del acuerdo en la selección de un tercer perito objetivo:
 - 3.1. Que los peritos de cada una de las partes acuerden un tercer perito (como ocurre en la práctica arbitral)(Rubinfeld, 1985). Los honorarios del perito tercero, aunque la literatura no lo indica, pueden formar parte de las costas procesales o de la multa impuesta por el IFT en su caso.
 - 3.2. Que se asigne un perito de forma análoga a la revisión de artículos académicos, a través de un mecanismo *double-blind*, que implica que el tercer perito desconoce la identidad de las partes y ellos a su vez desconocen la identidad del perito. (Robertson, 2010)
 - 3.3. Que las partes propongan una lista y que el juez decida entre los nombres propuestos.
 - 3.4. Que se seleccione de un grupo o panel de expertos permanente. (Weinstein, 1986).
 - 3.5. Que el propio juez seleccione a un perito tercero. Es interesante observar que en EUA, esta selección ocurre en contadas ocasiones, básicamente por las razones aportadas por Robertson (2010, p.200).

La argumentación de Robertson es que probablemente los jueces no cuentan con el tiempo, conocimientos o recursos para:

- Averiguar qué tipo de expertos son necesarios en cada uno de los casos asignados;
- Realizar búsquedas de expertos cualificados;
- Seleccionar a un experto para cada aspecto de cada caso;
- Contactar y gestionar la participación de los expertos;
- Informar a los expertos sobre los hechos determinantes de los casos;
- Revisar los dictámenes de los expertos.

Este tema se ha analizado a profundidad en EUA, siendo las opciones reputacionales y la justificación a través del propio dictamen preferidas a las de los peritos terceros.

3.4 El perito – institución como caso excepcional de peritación

No obstante que tanto en materia penal como civil, existen reglas muy claras y específicas sobre los procesos de designación de los peritos y de los términos en que se desahoga la prueba pericial, mediante el pronunciamiento de este tipo de expertos, la publicidad de las listas de peritos para su utilización por parte de los contendientes dentro de los procesos judiciales, así como la práctica generalizada de designación del “tercero en discordia” por parte del juzgador, sin que se puedan resguardar sus datos de identificación, ha propiciado la perversión de los procesos mediante actos de comportamiento inadecuado, tanto de las partes como de los propios peritos.

Por ello es pertinente considerar la utilización de la figura jurídica del perito institucional o “perito – institución”, como alternativa para garantizar la mayor

objetividad de los dictámenes periciales, dado que no se puede identificar con precisión a la "persona física" que contribuyó en la elaboración del dictamen con su opinión especializada y experta. La idea es que el dictamen se base en los principios del "blind review", ya que aunque generalmente siempre hay un responsable de elaboración, es la institución como conjunto de expertos la que responde por la calidad y el contenido del dictamen.

Así, dentro de la legislación mexicana existen casos en los cuales se permite la participación de instituciones públicas en su calidad de perito. Es el caso, por ejemplo, de la *Ley de Instituciones de Crédito*, que en su artículo 46, fracción XXII, establece que las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones en ella señaladas, dentro de las cuales se alude a la relativa a encargarse de hacer avalúos que tienen la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito.

Como se aprecia, la disposición legal faculta a una institución, es decir, a una persona jurídica colectiva, para que emita un dictamen técnico, el cual cuenta con el mismo valor jurídico probatorio que el elaborado por un perito en lo individual. Es decir, frente al perito persona física se coloca otro más, éste, una persona jurídica colectiva: un perito institucional.

En materia financiera el Gobierno Federal cuenta con una institución especializada en materia de avalúos, caso del Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales, que según dispone el artículo 3º de su Reglamento, cuenta con atribuciones para "emitir los avalúos y justipreciaciones de rentas que soliciten las dependencias y entidades, así como todo tipo de trabajos valuatorios a nivel de consultoría que soliciten las instituciones públicas (fracción IV). De igual forma el Instituto está facultado para "expedir las metodologías, criterios y procedimientos de carácter técnico conforme a los cuales este Instituto, las instituciones de crédito y los especialistas en materia de valuación con cédula profesional expedida por autoridad competente, llevarán a cabo los avalúos que soliciten las dependencias y entidades, en los casos previstos por los artículos 143 y 144 de la Ley, así como aquéllos conforme a los cuales el propio Instituto practicará los servicios valuatorios a nivel de consultoría, sin perjuicio de las atribuciones que en materia de avalúos de bienes muebles correspondan a la Unidad de Normatividad de Contrataciones Públicas de la Secretaría" (fracción V).

Otro caso similar en el que se regula la figura del perito institucional lo encontramos en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, respecto de la Procuraduría del mismo nombre, a la que se le atribuye el carácter de perito. Así, la fracción X del artículo 24 de la ley en cita, entre otras atribuciones, incorpora la relativa a la posibilidad de actuar como perito y consultor en materia de calidad de bienes y servicios.

No obstante la especificidad legal sobre la naturaleza de las facultades periciales atribuidas a estas instituciones, no puede afirmarse que se trate de una práctica común, pues no todas las corporaciones colectivas cuentan con la capacidad legal para constituirse en peritos, de ahí que llama la atención el caso de la Conamed,¹⁴ que cuenta con facultades para colaborar en calidad de perito institucional en la resolución de controversias por presunta negligencia médica, tanto dentro de los procesos de arbitraje que tiene a su cargo, como en la emisión de dictámenes periciales a petición de los órganos de procuración y administración de justicia.

En efecto, el artículo 4º, fracción IX, de su Decreto de creación le otorga facultades específicas para:

“Elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia”.

Esta facultad ha sido reglamentada para favorecer el pronunciamiento institucional, no sólo a petición de las autoridades señaladas en la disposición legal en cita, sino también, para desahogar el proceso arbitral médico, que por su naturaleza de sustituto jurisdiccional, permite que la institución, ya sea mediante arbitraje en conciencia o en estricto derecho, resuelva controversias entre prestadores y usuarios de los servicios de atención médica por presuntos actos de mala práctica en la actividad profesional sanitaria.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º, fracción VII, se define, en primer lugar, el “dictamen médico institucional”, como el “Informe pericial de la Conamed, precisando sus conclusiones respecto de alguna cuestión médica sometida a su análisis, dentro del ámbito de sus atribuciones. Tiene carácter institucional, no emitido por simple perito persona física y no entraña la resolución de controversia alguna; se trata de mera apreciación técnica del acto médico, al leal saber y entender de la Conamed, atendiendo a las evidencias presentadas por la autoridad peticionaria”.

La definición es importante en virtud de que el citado dictamen tiene por finalidad ilustrar a las autoridades de procuración e impartición de justicia sobre aspectos relacionados con los servicios de atención médica, dado que ni el Ministerio Público ni los jueces, tienen los conocimientos necesarios para comprender cuestiones tan especializadas de la ciencia médica.

En tal virtud, las reglas específicas de la gestión pericial se encuentran plasmadas de manera expresa en el Capítulo Cuarto del *Reglamento de Procedimientos para la atención de Quejas Medicas y Gestión Pericial de la Conamed*, publicado en el DOF el 21 de enero de 2003 (última reforma

¹⁴ La Conamed es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, cuyo decreto de creación fue publicado en el DOF el 3 de junio de 1996.

publicada DOF 25 de julio de 2006), cuyas hipótesis jurídicas relevantes para la materia del presente análisis, se encuentran en el Anexo III.

4. Regulación de peritos

4.1 Regulación de los peritos en los procedimientos administrativos a cargo del IFT¹⁵

El objetivo de esta sección es analizar el marco normativo vigente que se aplica a los procedimientos administrativos a cargo del IFT, como es el caso de las investigaciones sobre presuntas conductas anticompetitivas, prácticas monopólicas absolutas o relativas, existencia de barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica, determinación del mercado relevante, del poder sustancial y del insumo esencial, así como de la determinación de concentraciones, referidas en la LFCE; y de las investigaciones sobre instalación y operación de las redes públicas de telecomunicaciones, de la numeración, direccionamiento y denominación de los servicios de telecomunicaciones, del acceso y la interconexión, de la compartición de infraestructura, de las redes públicas de telecomunicaciones con participación pública, de la neutralidad de las redes, del aprovechamiento de los bienes del estado para el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, y de la comunicación satelital, reguladas en la LFTR.

Además se analiza el procedimiento seguido en forma de juicio que regulan ambas legislaciones.

Para ello, resulta necesario recordar que en términos del párrafo segundo del artículo 6º de la LFTR, “los asuntos que no tengan previsto un trámite específico conforme a la Ley Federal de Competencia Económica o esta Ley, se tramitarán conforme a lo dispuesto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo”. Así, la supletoriedad se surte en términos de las disposiciones del CFPC, tanto para las investigaciones sobre presuntas conductas anticompetitivas, prácticas monopólicas absolutas o relativas, existencia de barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica, determinación

¹⁵ En el sentido de que la LFCE en su artículo 121 señala que “en lo no previsto por esta Ley o en las Disposiciones Regulatorias, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles” no debe perderse de vista que constitucionalmente el IFT es autoridad exclusiva en materia de competencia económica y que conforme a lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 6 de la LFTR, “los asuntos que no tengan previsto un trámite específico conforme a la LFCE o esta Ley, se tramitarán conforme a lo dispuesto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo”. En este sentido, prevalece la disposición anteriormente señalada, pues existe una referencia expresa a “los asuntos que no tengan un trámite específico”, como es el caso de los procedimientos administrativos y en concreto, lo relacionado con la participación de peritos, mientras que lo señalado en la LFCE respecto de la supletoriedad, tiene un carácter genérico. De cualquier manera, como se ha señalado en el estudio, la LFPA establece un régimen de exclusión específico en materia de competencia económica, salvo para las cuestiones de mejora regulatoria, de ahí que en cualquier circunstancia, a los procedimientos administrativos, ya sea en materias específicas que regula la LFTR o en asuntos de competencia económica con base en la LFCE, les son aplicables las disposiciones del CFPC.

del mercado relevante, del poder sustancial y del insumo esencial, así como de la determinación de concentraciones, como para el desahogo del procedimiento seguido en forma de juicio.

En este contexto y en relación con la institución jurídica del peritaje, debe hacerse notar la importancia de la intervención de expertos durante los procedimientos administrativos a cargo del IFT, pues aunque no encontramos en la LFCE ni en la LFTR una referencia expresa a la participación de “peritos” en las hipótesis que regulan las investigaciones a cargo de la *autoridad investigadora*, ni en lo correspondiente al desahogo del procedimiento seguido en forma de juicio, el *Acuerdo sobre Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión* (en adelante, Disposiciones Regulatorias),¹⁶ señala de forma específica los términos para el ofrecimiento y desahogo de la prueba pericial, que por cierto no se aparta de los principios tradicionales regulados en materia civil para esa institución jurídica.

De la lectura de las disposiciones de las Disposiciones Regulatorias, resulta una exposición normativa muy precisa respecto de la participación de peritos en el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, lo que podría suponer que en lo que se refiere a las investigaciones a cargo de la *autoridad investigadora*, para delimitar presuntas conductas anticompetitivas, prácticas monopólicas absolutas o relativas, existencia de barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica, determinación del mercado relevante, del poder sustancial y del insumo esencial, así como de la determinación de concentraciones, no resulta aplicable la participación de peritos.

No obstante, las hipótesis contenidas en las Disposiciones Regulatorias, por disposición expresa del artículo 1º, establecen el marco jurídico aplicable para la “sustanciación de los procedimientos en materia de competencia económica”, por lo cual la intervención de “expertos” es aplicable tanto a las investigaciones sobre presuntas conductas anticompetitivas, prácticas monopólicas absolutas o relativas, existencia de barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica, determinación del mercado relevante, del poder sustancial y del insumo esencial, de la determinación de concentraciones, así como al procedimiento administrativo que deriva de las indagatorias en comento.

En efecto, la hipótesis a que se refiere el artículo 72 de las Disposiciones Regulatorias confirma la posibilidad de que durante la sustanciación de los procedimientos de investigación se utilice la figura pericial, pues faculta a la autoridad para practicar u ordenar “cualquier actuación que estime conducente para determinar o esclarecer los hechos materia de las investigaciones que

¹⁶ Publicado en el DOF el 12 de enero de 2015.

tramite”, entre las cuales, dada la especialidad de algunas de las materias sujetas a investigación, puede acordarse la intervención de expertos, es decir, de peritos.

En lo que corresponde al procedimiento seguido en forma de juicio, diversas hipótesis contenidas en las Disposiciones Regulatorias no dejan lugar a dudas sobre los términos en que se ofrece la prueba pericial. Es el caso de los artículos 88 al 95, que señalan que es posible que un denunciante pueda utilizar los interrogatorios o cuestionarios como pruebas periciales, así como un imputado puede presentar un interrogatorio para los peritos.

Asimismo, que tanto los denunciados como los que presentan la denuncia pueden hacer aclaraciones sobre las pruebas que ofrecen, y la obligación de entregar la prueba pericial, el cuestionario de preguntas y la designación del perito único.

En cuanto a su desahogo de pruebas, el artículo 104 de las Disposiciones Regulatorias establece que una vez que se realiza la notificación sobre la admisibilidad de las pruebas, el perito debe acreditar sus estudios o conocimientos y experiencia respecto de la materia específica en la que se ofreció la prueba.

En las pruebas periciales deben presentarse por escrito y para las cuales se pueden solicitar las aclaraciones necesarias, además de que el Instituto puede citar o emitir requerimiento de información al perito, por conducto del Agente Económico que haya ofrecido la prueba pericial.

Por su parte, el artículo 105 regula la posibilidad de que el oferente de la prueba pericial pueda nombrar nuevo perito “hasta un día antes de la fecha señalada para presentar su dictamen o comparecer ante el Instituto”, cuando sobrevenga una imposibilidad física o jurídica, lo cual podrá hacerse por una sola ocasión. En el mismo artículo se establece la prevención al oferente cuando el domicilio y/o el nombre del perito sea incorrecto o incierto.

De los términos en que se regula la intervención pericial en los procedimientos administrativos a cargo del IFT, tenemos que no existe ningún exceso o incompatibilidad normativa en relación con las disposiciones en materia civil (artículos 143 a 160 del CFPC), acorde con el régimen de supletoriedad que señala la propia LFTR, pues en todo caso el Acuerdo regula en forma adicional algunas particularidades relacionadas con la naturaleza del procedimiento seguido en forma de juicio, como es el caso de la capacidad del denunciante de “coadyuvar” con la autoridad en el perfeccionamiento de la prueba pericial, sin que necesariamente sea considerado como parte contendiente.

Tomando en consideración lo anterior, debe advertirse que el IFT regula y acredita a peritos técnicos en telecomunicaciones y radiodifusión, pero no

existen dentro del marco regulatorio expedido por el propio IFT mecanismos de formación, certificación y acreditación de peritos en temas económicos y contables.

4.2 Dictamen pericial

Práctica de los dictámenes en materia penal

Por la diversidad de estructuras que puede haber, es difícil plantear un formato general para los documentos elaborados por los peritos. Sin embargo, en cualquier caso deben contener, al menos, los siguientes elementos:

- El cuestionario, la pregunta o la descripción del tema que se va a abordar.
- Todos los elementos que permitan contestar la o las preguntas, o que se requieran para entender la línea de razonamiento que conducirá a la solución del problema planteado.
- Referencias bibliográficas y fuentes que permitan verificar lo que se plantea, o bien, que permitan ampliar los conocimientos de quien lee el documento.
- Las conclusiones a que conduce cada una de las preguntas o planteamientos.
- La descripción de las credenciales del perito, su experiencia, su profesión, las asociaciones gremiales a que pertenece.

Finalmente, en cuanto a la forma, es decir, la estructura de un dictamen pericial, la ley penal, como tampoco otras, no es estricta al respecto, pues no establece criterios específicos a los que deba ajustarse el perito, aunque demanda "ciertas características especiales", como lo señala Pamela Romero Guerra,¹⁷ en su Manual sobre servicios periciales, en virtud de que se encuentra ligado a una situación delictiva determinada. De esta manera, la autora recomienda, la siguiente estructura:

Elementos de forma:

- a) Nombre de la institución, dirección ejecutiva, departamento o área de la cual emana el dictamen;
- b) Número de folio;
- c) Número de averiguación previa, acta circunstanciada, causa penal, partida, juicio de amparo, toca u oficio;
- d) Asunto;
- e) Lugar y fecha;

¹⁷ Véase, Romero Guerra, Pamela. INACIPE. Manual para la Averiguación Previa, visible en <http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAPITULO%2014%20EI%20Ministerio%20Publico%20y%20su%20vinculo%20con%20los%20servicios%20periciales.pdf>

- f) Nombre de la autoridad a la que va dirigido;
- g) Exordio;
- h) Cuerpo del dictamen (contenido);
- i) Nombre y firma del perito (s)¹⁸.

Elementos de contenido:

- a) Preámbulo o marco de referencia;
- b) Problema a resolver;
- c) Petición sobre algo en particular;
- d) Selección y ordenamiento de datos;
- e) Elaboración de hipótesis (consideraciones, comentarios, opiniones, referencias);
- f) Conceptos generales y particulares;
- g) Requisitos de importancia técnica;
- h) Características de formalidad científica y metódica;
- i) Conclusiones.

Además, la autora recomienda que "al ser un documento con trascendencia jurídica, debe cumplir con los lineamientos específicos de objetividad, transparencia e imparcialidad".

Práctica de los dictámenes en materia de telecomunicaciones y radiodifusión

Para el análisis de esta sección se consultó y refirió a todas las legislaciones en materia de competencia económica y sobre el sector de radiodifusión y telecomunicaciones. En los casos en los que no existe este tipo de regulación, se recurrió a los códigos civiles debido a su carácter supletorio en lo que refiere a la regulación de peritos y uso de pruebas.

También se integró una tabla comparativa sobre las capacidades de las autoridades de competencia, con la cual se busca señalar la fortaleza institucional de los organismos reguladores, que supone una ventaja comparativa en la defensa de la libre competencia.

Los dictámenes o pruebas periciales pueden tener una estructura dialéctica o bien, pueden tener la estructura de respuestas a preguntas planteadas por alguno de los interesados, pero invariablemente deben contribuir a llegar a una conclusión, que es lo que propiamente constituye la prueba o el dictamen.

En ese sentido, si bien como se ha dicho, ni la LFCE ni la LFTR contienen disposiciones específicas sobre la materia pericial, de algunas de sus hipótesis

¹⁸ En el caso de que el perito sea persona moral, el documento lo puede firmar el representante legal, en caso de que sea un peritaje institucional, o la persona física responsable del peritaje.

normativas se infiere la posibilidad de que durante la indagatoria a cargo de la autoridad investigadora y durante el procedimiento seguido en forma de juicio, dichas autoridades puedan allegarse de un experto (perito) que contribuya en el desahogo de los procedimientos administrativos a su cargo.

En cuanto a la LFCE, lo anterior se desprende de los artículos 28, fracción IX (Recabar declaraciones de testigos o de Agentes Económicos, y demás medios de convicción necesarios, para lo cual podrá solicitar el auxilio de las Autoridades Públicas), 83, fracción III, segundo párrafo (son admisibles todos los medios de prueba, excepto la confesional y la testimonial a cargo de autoridades...), 83, fracción IV (una vez desahogadas las pruebas y dentro de los diez días siguientes, la Comisión podrá allegarse y ordenar el desahogo de pruebas para mejor proveer o citar para alegatos...), 84 (la Comisión goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas, para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valoración. La valoración de las pruebas por parte de la Comisión deberá basarse en la apreciación en su conjunto de los elementos probatorios directos, indirectos e indiciarios que aparezcan en el proceso). Por su parte, la LFTR alude al tema en el artículo 26 (la autoridad investigadora conocerá de la etapa de investigación y será parte en el procedimiento seguido en forma de juicio de conformidad con lo establecido en la Ley Federal de Competencia Económica...).

A diferencia de las leyes en cita, las Disposiciones Regulatorias contienen disposiciones específicas en relación con la participación de peritos durante los procedimientos administrativos a cargo del IFT. En lo que corresponde a las indagatorias a cargo de la autoridad investigadoras, si bien la Sección Segunda del Capítulo V no contiene una referencia expresa, lo dispuesto en el artículo 89, que forma parte de Sección Quinta (del mismo Capítulo V), correspondiente al *Procedimiento seguido en forma de juicio*, permite suponer la hipótesis de que durante la investigación la autoridad está en posibilidades de auxiliarse de peritos, pues se enlista a las "periciales" dentro de los "elementos de convicción" que pueden sustentar la probable responsabilidad de un agente económico.

Es el mismo dispositivo legal el que alude de manera concreta al derecho del probable responsable para presentar "interrogatorio" para los peritos, mientras que el artículo 94, que forma parte de la Sección Sexta (medios de prueba), señala en la fracción V que al ofrecerse la prueba pericial, el oferente deberá señalar su "objeto" y acompañar "el cuestionario de preguntas...".

En cuanto a las reglas específicas para el desahogo de la prueba pericial, las mismas se encuentran señaladas en el artículo 104 de las Disposiciones Regulatorias, tal como se analiza en el apartado correspondiente.

Para las controversias en los sectores de interés de este estudio, la práctica común hoy en día en México consiste en ofrecer un cuestionario para ser contestado por el perito o experto quien al final de sus respuestas, y con base en ellas, emite una opinión fundamentada sobre el tema o la pregunta en controversia.

Los expertos participantes opinaron que quedaría como tema pendiente la elaboración de una "guía de mejores prácticas" para la elaboración de dictámenes periciales y análisis, particularmente en temas de competencia económica.¹⁹

4.3 Desahogo de la prueba pericial

Instancias de participación de los peritos

Un dato relevante en lo que corresponde al desahogo de la prueba pericial, se refiere al hecho de distinguir entre la participación de peritos en las siguientes instancias:

- a) Durante la investigación de presuntas conductas contrarias a la libre competencia y concurrencia, prácticas monopólicas, concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, a cargo de la "autoridad investigadora" del IFT, que como hemos señalado en el estudio, cuenta con "autonomía técnica".

Como también se dijo, en esta etapa la autoridad puede allegarse de "peritos" externos, para el efecto de que su participación contribuya con la Autoridad Investigadora en la elaboración del DPR por conductas presumiblemente contrarias a la libre competencia y concurrencia, prácticas monopólicas, concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, o en su caso, para desestimar la denuncia y cerrar la investigación.

- b) Durante el desahogo del procedimiento seguido en forma de juicio, a cargo de la autoridad instructora del procedimiento, dentro del IFT.

En este procedimiento, la autoridad investigadora es "parte", al igual que el "presunto responsable" y como ha quedado señalado, la "autoridad investigadora" puede adicionar los puntos que crea convenientes al pliego de preguntas ofrecido por el presunto responsable, a efecto de que el "perito" responda cualquier cuestión relacionada con el dictamen entregado a la autoridad instructora, lo cual

¹⁹ Documentos internacionales pueden utilizarse como punto de partida para estos lineamientos, en particular el Issue Paper sobre Expert Witness del gobierno de New South Wales, Australia, disponible en: <http://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/Documents/ip25.pdf> ; así como el Código de Conducta para peritos, también del gobierno de Australia, disponible en: <http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/cm7>

hace presumir, que la “autoridad investigadora” no ofrece la “prueba pericial”

- c) Durante el proceso judicial ante tribunales especializados (Juicio de Amparo), en donde si bien las disposiciones del CFPC son supletorias de la Ley de Amparo, según precisa el artículo 2º de la Ley de Amparo, no debe perderse de vista que los artículos 119 y 120 de dicho cuerpo normativo introducen ciertas particularidades para el desahogo de la prueba pericial, que en estricto sentido no se apartan de las reglas generales de la citada probanza a los términos que lo regula el CFPC.

No obstante, lo relevante de este hecho es que el Juez de Amparo conforme a sus facultades, admite las pruebas, de tal suerte que las partes, en este caso el IFT (no la “autoridad investigadora” ni tampoco la “autoridad instructora”), así como el presunto infractor (agente económico) están en aptitud de ofrecer la prueba pericial según les convenga (Artículos 119 y 120 de la Ley de Amparo).

En caso de que estuviera regulada la facultad de emitir dictámenes institucionales, el Juez de Amparo no tendría que ordenar la presencia de un perito “persona física”, lo cual a nuestro parecer, dotaría de mayor certeza a los pronunciamientos periciales del IFT. Esto permitiría además dar continuidad a los razonamientos lógico jurídicos del dictamen de presuntas prácticas anticompetitivas, que finalmente es el documento que origina tanto al procedimiento seguido en forma de juicio, como al proceso judicial.²⁰

²⁰ Los artículos 119 y 120 de la Ley de Amparo establecen las particularidades del ofrecimiento y designación de la prueba pericial, conforme a lo siguiente:

Artículo 119. Serán admisibles toda clase de pruebas, excepto la confesional por posiciones. Las pruebas deberán ofrecerse y rendirse en la audiencia constitucional, salvo que esta Ley disponga otra cosa. La documental podrá presentarse con anterioridad, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional haga relación de ella en la audiencia y la tenga como recibida en ese acto, aunque no exista gestión expresa del interesado.

Las pruebas testimonial, pericial, inspección judicial o cualquier otra que amerite desahogo posterior, deberán ofrecerse a más tardar, cinco días hábiles antes de la audiencia constitucional, sin contar el del ofrecimiento ni el señalado para la propia audiencia.

Este plazo no podrá ampliarse con motivo del diferimiento de la audiencia constitucional, salvo que se trate de probar o desvirtuar hechos que no hayan podido ser conocidos por las partes con la oportunidad legal suficiente para ofrecerlas en el plazo referido, por causas no imputables a su descuido o negligencia dentro del procedimiento. En estos casos, el plazo para el ofrecimiento de tales pruebas será el señalado para la audiencia constitucional, tomando como indicador la nueva fecha señalada para la audiencia.

Para el ofrecimiento de las pruebas testimonial, pericial o inspección judicial, se deberán exhibir original y copias para cada una de las partes de los interrogatorios al tenor de los cuales deberán ser examinados los testigos, proporcionando el nombre y en su caso el domicilio cuando no los pueda presentar; el cuestionario para los peritos o de los puntos sobre los que deba versar la inspección. No se admitirán más de tres testigos por cada hecho.

Cuando falten total o parcialmente las copias a que se refiere el párrafo anterior, se requerirá al oferente para que las presente dentro del plazo de tres días; si no las exhibiere, se tendrá por no ofrecida la prueba. El órgano jurisdiccional ordenará que se entregue una copia a cada una de las partes para que puedan ampliar por escrito, en un plazo de tres días, el cuestionario, el interrogatorio o los puntos sobre los que deba versar la inspección, para que puedan formular repreguntas al verificarse la audiencia.

Artículo 120. Al admitirse la prueba pericial, se hará la designación de un perito o de los que estime convenientes para la práctica de la diligencia, sin perjuicio de que cada parte pueda designar a uno para que se asocie al nombrado por el órgano jurisdiccional o rinda dictamen por separado, designación que deberá hacer dentro de los tres días siguientes a aquél en que surta sus efectos la notificación del auto admisorio de la prueba.

Como se ha señalado, la participación de expertos que auxilien al IFT en la revisión de prácticas presuntamente contrarias a la libre competencia y concurrencia, prácticas monopólicas, concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, tiene impacto en tres momentos diferentes: en la indagatoria que está a cargo de la *Autoridad Investigadora*, durante el desahogo del Procedimiento administrativo seguido en forma de Juicio, en donde la citada autoridad es parte y, finalmente, durante el proceso judicial.

Por ello, pareciera pertinente fortalecer la naturaleza de este tipo de participación pericial, a efecto de que en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial se reconociera la calidad de su contenido como parte esencial de la investigación, de tal suerte que se hiciera comprensible que dentro de ambas instancias resulta innecesario que el IFT ofreciera la prueba pericial y designara perito de su parte. Esto podría formularse dentro de las *Disposiciones Regulatorias*, en un esquema similar al que se encuentra regulado en el Reglamento para la Atención de Quejas Médicas, de la Conamed, cuyos artículos 101 y 102 son explícitos en cuanto a la naturaleza institucional del documento.

Lo anterior no obsta que el Juez de Amparo ejerza su facultad de designar un perito, además de la posibilidad formal de que las partes estén en aptitud de ofrecer perito de parte.

Procedimiento de desahogo de la prueba pericial

El CFPC) señala los términos para el desahogo de la prueba pericial (artículos 145 al 160):

- a)** Cada parte puede nombrar un perito, aunque es posible buscar un acuerdo para nombrar uno solo, cuando existan más de dos litigantes y tengan las mismas pretensiones en el entendido de que , de no existir acuerdo, el órgano jurisdiccional lo designará.
- b)** La prueba pericial se promueve por escrito, en el cual deberán formularse las preguntas o precisar los puntos sobre los que debe versar el dictamen.
- c)** Corresponde a quien ofrece la prueba, proponer al “perito tercero”, para el caso de que los dictámenes de los peritos de las partes sean discordantes.
- d)** La parte contraria tiene derecho de adicionar el cuestionario que presente el promovente con los puntos que le interesen.

Los peritos no son recusables, pero el nombrado por el órgano jurisdiccional de amparo deberá excusarse de dictaminar cuando exista alguna de las causas de impedimento a que se refiere el artículo 51 de esta Ley. Al aceptar su nombramiento manifestará bajo protesta de decir verdad que no se encuentra en la hipótesis de esos impedimentos.

- e) El Órgano jurisdiccional, de oficio, puede nombrar al perito de la parte contraria, en caso de que no sea propuesto por ésta dentro del término legal, así como al tercero, cuando la parte contraria tampoco se pronuncie al respecto.
- f) Las partes están obligadas a presentar a sus peritos ante el Tribunal, para el acto de aceptación y protesta del cargo.
- g) En caso de que los peritos de parte no acepten el cargo, el tribunal, de oficio, hará las designaciones.
- h) El tribunal está facultado para presidir la diligencia según lo juzgue conveniente, y de la misma manera puede solicitar todas las aclaraciones que estime conducentes, así como exigir a los peritos la práctica de nuevas diligencias.
- i) Los peritos pueden suscribir un mismo dictamen, si están de acuerdo sobre los puntos de la prueba ordenada, en caso contrario, cada uno entregará su dictamen.
- j) Ante criterios discordantes de los peritos, el Tribunal notificará al "tercero" con copia de los dictámenes de los peritos de parte.
- k) El perito tercero no está obligado a adoptar alguna de las opiniones de los otros peritos.
- l) Los honorarios de cada perito serán pagados por la parte que lo nombró; los correspondientes al perito tercero, por ambas partes.

En lo que se refiere a los honorarios de los peritos, no se define nada en el CFPC respecto a quién fija o define el monto de los honorarios que recibirá el perito. Si bien, el caso de acuerdo 16/2011 del Consejo de la Judicatura, define que es la dirección del Consejo de la Judicatura (en caso de que sean los jueces los que solicitan el peritaje) quien le pague al perito, de acuerdo con la sección de la Estimación de Honorarios, en los artículos 25 y 26:

Artículo 25. El procedimiento de estimación de honorarios y los parámetros de pago serán aprobados por la Comisión de Administración, a propuesta de la Dirección General. La Comisión determinará los procedimientos jurisdiccionales en los cuales será procedente la estimación y pago de honorarios.²¹

Artículo 26. La Dirección General estimará el monto de los honorarios de los peritos en los casos en que éstos vayan a prestar sus servicios a los órganos e informará al órgano del resultado de su petición.

²¹ Los artículos 159 y 160 del CFPC establecen expresamente las reglas aplicables a los honorarios (por ejemplo, se señala que "los honorarios de cada perito serán pagados por la parte que lo nombró, o en cuya rebeldía lo hubiere nombrado el tribunal y, los del tercero, por ambas partes".

Pero esto se da solo si son los jueces los que están solicitando el peritaje y no se establece algún procedimiento alterno, en cualquier otro caso.

En términos del CFPC, la prueba pericial puede concluir con un dictamen en el cual los peritos de las partes estén de acuerdo en los aspectos relativos a la controversia.

Como lo anterior es improbable que ocurra, pues por regla general los dictámenes resultan contradictorios en sus puntos de vista, corresponde al Juez designar "perito tercero", que puede ser un "perito oficial" o un agente externo, de entre los que la ley permite, en su carácter de auxiliares de la administración de justicia, como puede ser el caso de servidores públicos de la Administración Pública, miembros de los colegios de profesionistas o de las instituciones de educación superior, entre los más socorridos.

En los procedimientos administrativos en materia de competencia económica a cargo del IFT, se aplica lo dispuesto en el *Acuerdo sobre Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión*, Publicado en el DOF el 12 de enero de 2015, cuyas hipótesis, en cuanto al procedimiento, guardan congruencia con las disposiciones del CFPC en aquellos temas que ambos cuerpos normativos regulan, no obstante de revisar una omisión importante.²² Las hipótesis en común derivan de siguientes puntos relevantes:

- a)** El denunciante puede adicionar lo que considere necesario al cuestionario ofrecido por la contraria para el desahogo de la prueba (artículo 88).
- b)** El imputado puede presentar, al momento de la contestación del dictamen, interrogatorio para los peritos (artículo 89).
- c)** El probable responsable o el denunciante pueden realizar aclaraciones sobre las pruebas ofrecidas por el probable responsable y el desahogo de las mismas (artículo 90, fracción VIII).
- d)** Los medios de pruebas deben ofrecerse con el escrito de manifestaciones al dictamen de probable responsabilidad, entre ellos, la prueba pericial, si fuera el caso (artículo 91).
- e)** Quien ofrezca las pruebas debe realizar los actos y asumir los costos necesarios tendientes a su oportuno desahogo (artículo 91).
- f)** Al ofrecer las pruebas, el imputado deberá acompañar, entre otros documentos, el cuestionario de preguntas y la designación del perito único (artículo 94, fracción V).
- g)** Al desahogar la vista que se le otorgue con relación al escrito de manifestaciones al dictamen de probable responsabilidad o el

²² Tomando en consideración que las Disposiciones Regulatorias establecen reglas precisas sobre la prueba pericial, y aunque son aplicables de forma supletoria las disposiciones del CFPC en esta materia, sería prudente tomar nota de una ausencia normativa en cuanto a la designación de un perito por parte de la autoridad investigadora (que en términos formales es parte del procedimiento), así como en relación con la posible designación de un perito tercero por parte del IFT (autoridad responsable del procedimiento seguido en forma de juicio), cuando los dictámenes de las partes sean contradictorios.

Dictamen Preliminar, **la Autoridad Investigadora puede adicionar el cuestionario** y formular nuevas posiciones de la prueba pericial que ofrezca el o los emplazados (Artículo 96, fracción II). [*Énfasis añadido*]

El resaltado anterior hace presumir que la autoridad investigadora, que es una de las partes dentro del procedimiento administrativo seguido en forma de juicio (la otra parte es el probable responsable de presuntas conductas anticompetitivas, prácticas monopólicas absolutas o relativas, existencia de barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica, determinación del mercado relevante, del poder sustancial y del insumo esencial, así como de la determinación de concentraciones), no “ofrece” la prueba pericial, pues tiene la facultad de adicionar el cuestionario ofrecido por el perito del agente económico.

Dicha presunción se fortalece conforme a lo dispuesto por el artículo 104 del Acuerdo, que regula el desahogo de la prueba pericial, entre cuyas reglas más relevantes se encuentran las siguientes:

- a) Corresponde al oferente presentar al perito a efecto de que ratifique su nombramiento y proteste el encargo.
- b) El perito debe exhibir documento con el que a juicio del Instituto acredite los estudios o conocimientos y experiencia respecto de la materia específica en la que se ofreció la prueba;
- c) En el desahogo de la diligencia, el servidor público designado puede solicitar al perito todas las aclaraciones que estime conducentes;
- d) El perito deberá rendir su dictamen por escrito en un plazo que no excederá de quince días contados a partir del día siguiente a aquél en que acepte y proteste el cargo, o en su caso, a partir del día siguiente a aquél en que se tenga por adicionado el cuestionario de preguntas presentado por el denunciante o la Autoridad Investigadora.
- e) El Instituto puede citar o emitir requerimiento de información al perito, por conducto del Agente Económico que haya ofrecido la prueba pericial, para formularle las preguntas que estime necesarias para aclarar los puntos del dictamen.
- f) Asimismo, puede requerir al perito la práctica de nuevas diligencias cuando tenga razones justificadas para ello.
- g) Si el perito nombrado por el oferente de la prueba no comparece sin causa justificada a ratificar su nombramiento y protestar el encargo o no rinde su dictamen, la prueba se declarará desierta.

4.4 Valoración de la prueba pericial

Conforme a lo dispuesto por el artículo 93 del CFPC, la ley reconoce como medios de prueba a los dictámenes periciales.

Al respecto, es menester señalar que el "dictamen" es el producto de la actividad "pericial", es decir, del trabajo del perito y que la denominación "prueba pericial" se utiliza de manera indistinta en relación con el "dictamen". En materia civil, por ejemplo, el artículo 93 del CFPC se refiere a los "dictámenes periciales" como medios de prueba, y sin embargo, el artículo 143 y demás relativos al desahogo de esta probanza, se refieren a la "prueba pericial".

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

Lo anterior debe interpretarse, respecto de la prueba pericial, conforme a lo que dispone el artículo 211, que es preciso en cuanto a que "el valor de la prueba pericial quedará a la prudente apreciación del tribunal", es decir, que la valoración de la prueba pericial no se sigue un sistema rígido expresamente reglado, como si se hace en lo que respecta a otro tipo de pruebas como la confesional o los documentos públicos.

Para comprender lo anterior, resulta necesario acudir a la doctrina y a la jurisprudencia, que al igual que la ley, son fuentes del derecho. Jairo Parra Quijano señala que "cuando se dice que las pruebas se aprecian de conformidad con las reglas de la sana crítica, no se está haciendo referencia a una sujeción del juez a la ley (tarifa legal), que establece el valor a la prueba, ni tampoco a una libertad absoluta que implicaría arbitrariedad, sino a una libertad reglada, ya que el juez debe tener en cuenta para valorar la prueba los excedentes extralegales que son: las reglas de la experiencia, las de la lógica, de la ciencia y la técnica"²³.

Lo anterior ha sido reconocido, entre otros, por el criterio jurisprudencial siguiente:

SANA CRÍTICA. SU CONCEPTO.

Debe entenderse como el adecuado entendimiento que implica la unión de la lógica y la experiencia, tendientes a asegurar el

²³ (Véase Jairo Parra Quijano, en "Razonamiento judicial en materia probatoria" <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/7.pdf>).

más certero y eficaz razonamiento a través de procesos sensibles e intelectuales que lleven a la correcta apreciación de los hechos.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO²⁴.

Así lo reconoce, igualmente, la siguiente Tesis aislada, en materia administrativa I.1o.A.E.27 A (10a.)²⁵,

CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ELEVADA COMPLEJIDAD TÉCNICA. SUS CARACTERÍSTICAS.

Ante la dificultad de probar o de conocer y evaluar adecuadamente los referentes o soluciones técnicas que gobiernan a los actos de elevada complejidad técnica, considerando que se trata de una realidad fáctica de difícil acceso para no expertos, resulta aconsejable que el control judicial se limite a corregir procederes ilógicos, abusivos o arbitrarios (escrutinio débil), al verificar que se hayan acatado los principios que deben regir la actividad administrativa, que se cumplan las reglas de la **sana crítica** y se apliquen máximas de experiencia que hagan razonable lo decidido, es decir, debe comprobarse únicamente si se respetaron las normas de procedimiento y motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación y que no exista desvío de poder.

Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa **Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones**, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción en toda la República.

Para la valoración de la prueba dentro del procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, las Disposiciones Regulatorias no señalan criterios específicos para que la autoridad le otorgue valor probatorio a los dictámenes que en su caso presenten las partes, de ahí que en términos del régimen de supletoriedad anotado con antelación, particularmente lo dispuesto en los artículos 197 y 211 del CFPC, se otorga a quien instruye el citado procedimiento la más amplia libertad para analizar las pruebas rendidas, determinar su valor y establecer conforme a los principios de la sana crítica el resultado.

²⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, agosto de 2006, página 2095, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.4o.C. J/22; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, agosto de 2006, página 2008.

²⁵ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época, de los Tribunales Colegiados de Circuito, visible en el Libro 16, marzo de 2015, Tomo III, Página 2347.

En ese sentido, no parece necesario adicionar las Disposiciones Regulatorias, pues dicha posibilidad podría limitar el ejercicio de la función jurisdiccional que en este caso particular lleva a cabo el Instituto.

4.5 Selección de los peritos

En cuanto a los procesos de selección y desempeño de los peritos, el ámbito penal es quizá el que se encuentra mejor regulado, ya que de conformidad con lo dispuesto en artículo 2º del Reglamento del Servicio de Carrera de Procuración de Justicia Federal, publicado en el DOF el 26 de enero de 2005, la actividad pericial está comprendida dentro del *Servicio de Carrera de Procuración de Justicia Federal*, como “un sistema para garantizar la igualdad de oportunidades en el ingreso, así como en los ascensos en el Servicio, con base en el mérito y en la experiencia; elevar y fomentar la profesionalización de sus miembros y asegurar el cumplimiento de los principios que establece la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”.²⁶

Otro aspecto relevante en materia penal es el relativo a la forma en que se designa a los peritos. En la averiguación previa, el perito actúa bajo la coordinación del Ministerio Público con la finalidad de acreditar la probable responsabilidad del inculpado,²⁷ de tal suerte que el perito es siempre un servidor público que se encuentra adscrito a una oficina responsable de atender las solicitudes del Ministerio Público, lo que de ninguna manera limita su independencia técnica en la emisión del dictamen pericial,²⁸ mientras que durante el proceso judicial, precisa el artículo 103 del citado CNPP que “tratándose de la prueba pericial, el Órgano jurisdiccional ordenará, a petición de parte, la designación de peritos de instituciones públicas, las que estarán obligadas a practicar el peritaje correspondiente, siempre que no exista impedimento material para ello”.

Lo anterior, acota el margen de designación de peritos por parte del juzgador, ya que anteriormente, el artículo 225 del CFPP señalaba que “la designación de peritos hecha por el tribunal o por el Ministerio Público deberá recaer en las

²⁶ En el Reglamento se establecen las categorías y niveles asignados a los peritos, así como reglas específicas para el ingreso al servicio de carrera, al igual que las características de la formación y capacitación e hipótesis muy concretas para su desarrollo, profesionalización y permanencia dentro del servicio. Cabe precisar que en este apartado sólo se hace referencia a la designación de los peritos “oficiales” que actúan bajo la coordinación del Ministerio Público en la etapa de Averiguación Previa, ya que lo relacionado con la designación de aquellos que participan en el proceso judicial, se aborda al momento de hacer el análisis de la pericia en materia civil, dado que las disposiciones ordenadas por el Consejo de la Judicatura Federal, que allá se precisan, resultan aplicables para todos los órganos del poder Judicial de la Federación.

²⁷ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 272 del CNPP, “durante la investigación, el Ministerio Público o la Policía con conocimiento de éste, podrá disponer la práctica de los peritajes que sean necesarios para la investigación del hecho”.

²⁸ Señala el artículo 25 del CNPP que, para los efectos de la averiguación previa, “los peritos actuarán bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público de la Federación, sin perjuicio de la autonomía técnica e independencia de criterio que les corresponde en el estudio de los asuntos que se sometan a su dictamen”.

personas que desempeñen ese empleo por nombramiento oficial y a sueldo fijo, o bien en personas que presten sus servicios en dependencias del Gobierno Federal, en Universidades del país, o que pertenezcan a Asociaciones de Profesionistas reconocidas en la República”.

Cabe advertir que la designación de peritos “oficiales” por parte del Ministerio Público o el Juez, en la etapa de averiguación previa y también durante el juicio, no limita la posibilidad de que el presunto responsable ofrezca como parte de sus pruebas a un perito, pues tal posibilidad forma parte del derecho que le asiste a cualquier persona, para el efecto de que se respeten los principios del debido proceso.

En teoría, como lo señala el CFPC, la prueba pericial puede concluir con un dictamen en el cual los peritos de las partes estén de acuerdo en los aspectos relativos a la controversia, y de ser el caso, según lo señala el artículo 151 del Código en cita, “extenderán su dictamen en un mismo escrito que presentarán, o en un acta que harán asentar por el secretario del tribunal, firmando los dos”. Lo anterior, sin embargo, es muy posible que no suceda, en virtud de que cada una de las partes en disputa cubre los honorarios de su perito, bajo la lógica de que su dictamen habrá de darles la razón, de ahí que por regla general los dictámenes resultan contradictorios en sus puntos de vista, lo que lleva al juzgador a la designación del llamado “perito tercero en discordia”, que en ocasiones trabaja de manera expresa para auxiliar dentro de los procesos de administración de justicia (peritos oficiales) y en otras, es un agente externo, de entre los que la ley permite, en su carácter de auxiliares de la administración de justicia, como puede ser el caso de servidores públicos de la Administración Pública, miembros de los colegios de profesionistas o de las instituciones de educación superior, entre los más socorridos.

4.6 Pago/Costos del peritaje

Para efectos de simple ilustración, cabe señalar que tanto en materia penal como en materia de competencia económica, existe cierta similitud entre las etapas de la averiguación previa y de las investigaciones a cargo del IFT por presuntas conductas presumiblemente anticompetitivas (en ambos casos son etapas previas a un proceso jurisdiccional), en donde el costo de la contratación corresponde a la autoridad, pues por regla general se trata de “peritos oficiales”, mientras que en los procesos judiciales, dado que se trata de peritos de “parte”, los costos los asume cada uno de los contendientes. Los honorarios de un perito son cubiertos por quien lo propuso o con quien estableció una relación de comercial/profesional. En el procedimiento seguido en forma de juicio, el costo del perito será a cargo del oferente de la prueba.²⁹

²⁹ Artículo 93 de las Disposiciones Regulatorias.

5. Capacitación

En el presente documento, hemos distinguido entre dos clases de capacitación: la capacitación sustantiva, es decir la formación requerida en la materia en la que será perito (p. ej. economía, costos) y la capacitación procesal, que se refiera a los conocimientos necesarios para desempeñar la función de perito (p. ej. elaboración de dictamen, proceso de examinación cruzada).

No se identificaron en México centros de formación, capacitación y acreditación con algún reconocimiento oficial para capacitar a peritos expertos en los temas centrales de este estudio (p. ej. competencia económica, finanzas) para los sectores de telecomunicaciones o de radiodifusión.

La ley tanto en materia penal como en materia civil, y por tanto por aplicación supletoria al ramo administrativo, sólo distingue a los peritos "profesionales". Es decir, aquellos que para su actuación deben contar con título profesional, siempre que la profesión esté legalmente reglamentada (como la contabilidad), así como peritos "técnicos", que no requieren de un título profesional. De hecho, según los entrevistados,³⁰ la evidencia tiene el mismo peso independientemente de si el perito tiene grado de licenciatura, maestría o doctorado. Sólo en materia penal y en lo que respecta a la etapa de averiguación previa, los "peritos oficiales" están sujetos a un proceso de capacitación para efectos de permanencia.

En la rama Civil, si bien se establecen requisitos de conocimientos y experiencia para la integración de las "listas de peritos", no existe un proceso formal de capacitación que asegure su permanente actualización.

En cuanto a capacitación procesal, se identificaron escuelas especializadas en la formación de peritos, pero estas generalmente se referían a escuelas para peritos en criminalística o peritos forenses. Sin embargo, no identificamos instituciones que se concentraran en los aspectos procesales de la labor del perito.

6. Certificación

La certificación es el acto mediante el cual una persona hace constar que posee los conocimientos, habilidades, destrezas y valores en la o las áreas en la que pretende actuar como experto. La certificación asegura a un profesionista y a

³⁰ La experiencia de los entrevistados se refiere a su actuación como peritos, lo cual también les ha permitido darse cuenta de que los jueces no hacen distinciones respecto a grados académicos.

quien utiliza sus servicios profesionales, que este posee los conocimientos y habilidades para ejercer su profesión:³¹

- Valora el grado de adecuación a los requerimientos de la práctica profesional y sus perspectivas de desarrollo
- Permite valorar los niveles de competencia en el sector correspondiente
- Brinda elementos de mayor transparencia y seguridad en el funcionamiento, del mercado del trabajo

No existe en México una entidad u organización que agrupe a los peritos, ya que la colegiación de profesionistas no es un requisito obligatorio.

Las asociaciones y colegios de profesionistas desempeñan un papel destacado en la difusión de normas éticas y en el ejercicio de la actividad profesional. Algunas de estas asociaciones han desarrollado esquemas de evaluación y procedimientos para la certificación de los conocimientos y la experiencia de sus miembros, a quienes certifican en diferentes niveles de especialización.³²

En este sentido, la Secretaría de Educación Pública podría vigilar que los procesos de certificación de profesionistas cumplan con márgenes de seguridad jurídica, imparcialidad, honestidad y equidad, para evitar conflictos de intereses y calificar la idoneidad de los procesos de certificación que realizan las asociaciones y colegios de profesionistas.³³

La valoración de los procesos de certificación profesional de las asociaciones y colegios de profesionistas, la realiza la Dirección General de Profesiones, a través de la definición de las características que deben cumplir para considerarse como idóneas en la vigilancia del ejercicio profesional a través de la certificación profesional.³⁴

Para los sectores de interés del presente estudio, es importante resaltar que los peritos en telecomunicaciones y radiodifusión (todos ellos son ingenieros) que han asistido desde hace años a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en sus proyectos y controversias legales, a la extinta Cofetel y actualmente en los aspectos técnicos de homologación al propio organismo regulador, IFT, están agrupados en el Colegio de Ingenieros Mecánicos

³¹ Colegio Nacional de Licenciados en Administración A.C. Certificación. Consultado el lunes 11 de enero de 2016, en: <http://www.conla.org.mx/certificacion.html>

³² Dirección General de Profesiones. Invitación a las asociaciones y colegios de profesionistas que aspiren a obtener el reconocimiento de idoneidad como Auxiliares en la vigilancia del ejercicio profesional en la modalidad de certificación profesional

³³ Dirección General de Profesiones. Invitación a las asociaciones y colegios de profesionistas que aspiren a obtener el reconocimiento de idoneidad como Auxiliares en la vigilancia del ejercicio profesional en la modalidad de certificación profesional

³⁴ Dirección General de Profesiones. Invitación a las asociaciones y colegios de profesionistas que aspiren a obtener el reconocimiento de idoneidad como Auxiliares en la vigilancia del ejercicio profesional en la modalidad de certificación profesional

Electricistas (CIME), y forman el Comité Nacional Permanente de Peritos en Telecomunicaciones (Conapptel).

Las organizaciones profesionales (el CIME, por ejemplo) forman y certifican peritos en telecomunicaciones y radiodifusión, y presentan cada año sus propuestas al regulador IFT para su registro y expedición de constancias.

El Conapptel mantiene la actualización de sus miembros con cursos obligatorios y presenta anualmente al IFT una lista de expertos que prestan sus servicios como peritos del ramo.

En general, estos peritos acreditados se dedican principalmente a la homologación de equipos y sistemas de grandes empresas proveedoras y en menor medida a preparar los argumentos técnicos para defender la posición de una empresa o grupos de empresas frente a controversias o disputas derivadas, irónicamente, de las medidas regulatorias emitidas por el propio Instituto.

Cabe señalar que las empresas, a excepción de aquéllas interesadas en los trámites de homologación de equipos y sistemas frente al Instituto, pueden libremente elegir expertos que no sean necesariamente peritos acreditados o bien recurrir a grupos consultores para la defensa de su posición en una determinada controversia.

De hecho, desde el punto de vista de procedimientos, el Conapptel puede servir de ejemplo para otras especialidades, a pesar de que seguramente existen aspectos de esta agrupación que podrían revisarse o mejorarse (por ejemplo, las especialidades, debido a la rápida evolución tecnológica de los sectores involucrados).

Finalmente, en el Capítulo I "Del Instituto", Sección I "De las Atribuciones del Instituto y su Composición", el Artículo 15, XXVI señala como atribuciones del IFT: *"Autorizar a terceros para que emitan certificación de evaluación de la conformidad y acreditar peritos y unidades de verificación en materia de telecomunicaciones y radiodifusión"*.

Nuestra interpretación es que el IFT está plenamente autorizado a acreditar peritos de cualquier índole relacionada con los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión y que la homologación de equipos es sólo una parte de sus facultades.

7. Acreditación

7.1. Peritos de parte

En conflictos entre dos entidades privadas, es probable que la controversia pueda ser solucionada por expertos técnico-legales de la confianza de cada parte, sin que estos expertos hayan sido acreditados oficialmente como peritos por algún organismo nacional.

Generalmente en estos casos las empresas recurren a bufetes de abogados de renombre quienes contratan a especialistas que prestan servicios de peritaje. Los honorarios de estos especialistas son cubiertos por el mismo bufete.

7.2. Peritos judiciales

Para el desahogo de los procesos judiciales en materias penal y civil del fuero federal, el Consejo de la Judicatura Federal tiene la atribución de formar anualmente una lista por ramas, especialidades y circuitos judiciales, con los nombres de las personas que puedan fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación.³⁵

Estas listas son una referencia para que otras instancias, como el IFT, puedan contactarlos y solicitar sus servicios, los cuales deben ser remunerados. Lo anterior, sin embargo, no se encuentra regulado.

Respecto de la designación de peritos, de un listado oficial, en el ámbito federal corresponde al Consejo de la Judicatura Federal, según dispone el artículo 81, fracción XXIX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación,³⁶ "Formar anualmente una lista con los nombres de las personas que puedan fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación, ordenándolas por ramas, especialidades y circuitos judiciales", para lo cual, mediante Acuerdo General 16/2011,³⁷ el Pleno acordó los términos para regular la integración de la lista de personas que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación.

En este, se establecen los siguientes requisitos, según lo señalado en el artículo 13 del Acuerdo General 16/2011:

- I.** Tener título en el arte, ciencia o técnica en la materia en la que desee registrarse, en el caso de que estén legalmente reglamentados.

³⁵ Art.81, Fracción XXIX de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

³⁶ Publicada en el DOF el 26 de mayo de 1995. Última reforma publicada por el mismo medio el 11 de abril de 2015.

³⁷ Publicado en el DOF el 9 de junio de 2011.

En estos casos, será necesario tener un mínimo de cinco años de ejercicio profesional, el cual se contará a partir de la expedición de la cédula personal con efectos de patente para el ejercicio correspondiente, por parte de la Dirección General de Profesiones, dependiente de la Secretaría de Educación Pública; o del documento que avale sus conocimientos por la autoridad gubernamental, federal o estatal, competente.

- II.** Tener conocimientos relacionados con el arte, ciencia o técnica respectiva, en caso de que no estén legalmente reglamentados.
- III.** En los casos a que se refieren las fracciones anteriores, se deberá acreditar la dedicación cotidiana a las actividades vinculadas a las áreas del conocimiento en que se solicita el registro.
- IV.** Los aspirantes deberán presentar constancias de estudios, cursos o talleres, que muestren una constante actualización.
Tratándose de disciplinas de reciente aplicación, estén o no reglamentadas, el tiempo mínimo de su ejercicio, deberá ser igual al tiempo en que inició su aplicación, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos que, en general, se prevén en este artículo.
- V.** Acreditar su pericia mediante examen que presentará con la cooperación de instituciones públicas o privadas, en aquellos casos que determine la Comisión de Carrera Judicial.
El costo que derive de la aplicación de los exámenes será cubierto por el sustentante.
- VI.** Gozar de buena reputación y tener un modo honesto de vivir.
- VII.** No haber sido condenado, mediante sentencia ejecutoriada, por delito doloso que merezca pena privativa de libertad.
- VIII.** No estar activo en el servicio público.

En el caso de quien se haya desempeñado como servidor público, no haber sido sancionado administrativamente por los órganos de los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo federales o estatales, por la comisión de alguna falta grave.

Más adelante se complementa con "Los expertos que integren la lista de personas que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación por tal hecho no adquieren el carácter de servidores públicos

del Consejo de la Judicatura Federal y su registro no otorga certificación alguna de sus conocimientos.”

De acuerdo con nuestra investigación, a la Convocatoria de 2015 se presentaron muy pocos candidatos y particularmente sólo tres peritos en competencia económica fueron puestos en la lista.

La acreditación de la especialidad está normada por el acuerdo 16/2011 del Consejo de la Judicatura (cuyos elementos pueden retomarse de la entrevista con el Magistrado Tron). Esta norma señala que para recibir la acreditación como peritos se requiere:

- Tener título en el arte, ciencia o técnica en la materia en que quiera registrarse, en el caso de que estén legalmente reglamentados.
- Acreditar cinco años de ejercicio profesional
- Acreditar dedicación cotidiana a las actividades en las que se desea ser registrado.
- Presentar constancias de estudio, cursos o talleres que muestren una constante actualización.
- Tratándose de disciplinas de reciente aplicación y no reglamentadas también será necesario acreditar 5 años.
- Acreditar su pericia mediante examen que presentará a través de una cooperación de instituciones públicas o privadas según lo determine la Comisión de Carrera Judicial.
- Gozar de buena reputación y tener un modo honesto de vida.
- No haber sido condenado, mediante sentencia ejecutoria, por delito doloso que merezca pena privativa de la libertad.

También se entrevistó a uno de los tres peritos que fueron seleccionados, quien mencionó que no se requirió presentar exámenes de conocimientos, aunque sí fue necesario cumplir con todos los requisitos de papeleo.³⁸

Como referencia para análisis posteriores cabe señalar que el Consejo de la Judicatura Federal publica su lista de Peritos³⁹ para la mayoría de sus “circuitos” en el país.

Dentro del esquema de designación a que se refiere el Acuerdo General 16/2011, aludido con antelación, también se precisan los derechos y obligaciones de quienes habrán de fungir como peritos dentro de los procesos

³⁸ Tal como lo dice el acuerdo, no se trata de una certificación en sí, sino de un registro en la lista.

³⁹ www.cjf.gob.mx/noticias/docs_noticias/2014/LISTA_FINAL_PERITOS_2014.pdf

judiciales del orden federal,⁴⁰ según lo disponen los artículos 34 y 35, en los siguientes términos:

Artículo 34.- Las personas integrantes de la Lista tendrán los siguientes derechos:

- I.** Obtener la remuneración que corresponda por la prestación de sus servicios, en términos de lo señalado por el presente acuerdo y por los procedimientos que de éste se deriven.
- II.** Ser oídos por la Dirección General, y en su caso, por la Comisión, cuando por motivo de un procedimiento de investigación sea susceptible de ser sancionado.
- III.** Ser elegidos preferentemente para auxiliar a los órganos.
- IV.** Las demás inherentes a las funciones que desempeñen.

Artículo 35.- Las personas auxiliares tendrán las siguientes obligaciones:

- I.** Cumplir con las disposiciones inherentes a las funciones que desempeñen.
- II.** Avisar a la Dirección General de aquellas situaciones que impidan su nombramiento.
- III.** Atender los requerimientos de los órganos que soliciten sus servicios, y en su caso, acreditar su impedimento.
- IV.** Avisar a la Dirección General sobre sus cambios de domicilio y/o teléfono.
- V.** Exhibir recibos de honorarios o facturas que cumplan con los requisitos fiscales vigentes, para el trámite de pago de sus servicios.
- VI.** Acudir, a solicitud de la Dirección General, a la capacitación que se determine.

7.3. Acreditación a nivel estatal

Resalta en particular el Estado de Nuevo León con nombramientos de peritos en las ramas de economía, competencia económica, contabilidad y tecnologías de la información, así como la especialidad más común de perito traductor.⁴¹

Los requisitos que deben cubrir los interesados para formar parte de la Lista Oficial de Peritos, son:⁴²

⁴⁰ Las disposiciones del Acuerdo General 16/2011, en cuanto a que los peritos que se integren a las listas deberán colaborar con los órganos del Poder Judicial de la Federación, incluye a los diversos juzgados y tribunales de carácter federal, tanto civiles como penales. Esta precisión es importante, dado que en el apartado en que se analiza la pericia en materia penal sólo se hizo alusión a los criterios para la designación de peritos "oficiales" que actúan dentro de la averiguación previa.

⁴¹ Aunque predomina la especialidad de perito traductor inglés-español, se observan igualmente peritos traductores en lenguas indígenas.

- I. Ser ciudadanos mexicanos;
- II. Tener título en el arte, ciencia o técnica de la materia en la que deseen ingresar, además de ser necesario que tengan un mínimo de cinco años de ejercicio profesional a partir de la expedición de la cédula profesional;
- III. Tener conocimientos relacionados con el arte, ciencia o técnica respectiva, en caso que no estén legalmente reglamentados, que se comprueben con su experiencia (mínima de cinco años de ejercicio profesional o técnico), a partir de la expedición del documento más antiguo que avale sus conocimientos;
- IV. En cuanto a las disciplinas de reciente aplicación, , el tiempo mínimo de ejercicio debe ser igual al tiempo en que inició la aplicación de la citada disciplina;
- V. Dedicarse cotidianamente a las actividades vinculadas al arte, ciencia, o técnica en la que deseen ingresar;
- VI. Observar buena conducta y ser de reconocida solvencia moral;
- VII. No haber sido condenado por delito que lastime seriamente la buena fama en el concepto público;
- VIII. No haber sido sancionado por los órganos de gobierno, en cualquiera de sus niveles, federal o local, por la comisión de alguna falta grave;
- IX. No haber sido dado de baja de manera definitiva de la lista oficial del Tribunal Superior de Justicia del Estado, con motivo de algún procedimiento de queja seguido en su contra; y,
- X. Estar inscrito en el Registro Federal de Contribuyentes, preferentemente bajo el régimen de honorarios profesionales y/o actividad empresarial.

El proceso de acreditación como peritos ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, consiste en la revisión de solicitudes e integración de una lista preliminar.⁴³

Los interesados cuyos nombres se incorporan en dicha lista deben cumplir con un curso de inducción referente a los conocimientos jurídico-procesales, forenses y de ética profesional, que deben tener presentes durante el desempeño de su función.⁴⁴

Después de verificar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en esta convocatoria, y de la valoración de los documentos exhibidos por los

⁴² PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. Convocatoria para la integración de la Lista Oficial de Peritos para el año 2016.. consultado el 4 de abril de 2016, en. https://www.pjenl.gob.mx/ConsejoJudicatura/Transparencia/TArt13_7/Convocatoria_Peritos.pdf

⁴³ PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. Convocatoria para la integración de la Lista Oficial de Peritos para el año 2016, consultado el 4 de abril de 2016, en. https://www.pjenl.gob.mx/ConsejoJudicatura/Transparencia/TArt13_7/Convocatoria_Peritos.pdf

⁴⁴ PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. Convocatoria para la integración de la Lista Oficial de Peritos para el año 2016, consultado el 4 de abril de 2016, en. https://www.pjenl.gob.mx/ConsejoJudicatura/Transparencia/TArt13_7/Convocatoria_Peritos.pdf

aspirantes, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado emitirá un acuerdo general en el que determinará quiénes integrarán la Lista Oficial de Peritos para el año correspondiente.⁴⁵

Es indispensable que los expertos autorizados cuenten con su nombramiento actualizado, ya que éste les será requerido para que el tribunal les expida la identificación correspondiente.⁴⁶

Al menos en el caso analizado del Estado de Nuevo León no parece tan claro que los peritos nombrados por el Tribunal Superior se desempeñen exclusivamente como auxiliares técnicos de los jueces y magistrados, ya que se anuncian públicamente como tales, ofertando sus servicios a empresas y personas físicas que los requieran.

En el caso del Estado de San Luis Potosí, las leyes estatales que facultan al Tribunal Estatal para acreditar peritos datan de 1996 y su lista de peritos distingue dos categorías de peritos que parecen dar mayor claridad al ámbito de su desempeño, pues se listan por una parte “peritos particulares” y por otra “Peritos de las Dependencias Estatales Oficiales.”⁴⁷

Para el Estado de Veracruz la Procuraduría General de Justicia del Estado, expide la convocatoria y acredita los peritos, a través del Instituto de Formación Profesional, con sede en la ciudad de Xalapa.⁴⁸

Como puede observarse cada Tribunal Estatal tiene sus propios procedimientos, aunque se observan similitudes en los términos de su convocatoria anual, de los perfiles generales que deben cumplir los candidatos y de sus derechos y obligaciones.

7.4. Experiencias en materia de telecomunicaciones y radiodifusión

Las Disposiciones Regulatorias, en el artículo 104 señalan:

“...El perito debe exhibir documento con el que a juicio del Instituto acredite los estudios o conocimientos y experiencia respecto de la materia específica en la que se ofreció la prueba;”

⁴⁵ PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. Convocatoria para la integración de la Lista Oficial de Peritos para el año 2016, consultado el 4 de abril de 2016, en. https://www.pjenl.gob.mx/ConsejoJudicatura/Transparencia/TArt13_7/Convocatoria_Peritos.pdf

⁴⁶ PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. Convocatoria para la integración de la Lista Oficial de Peritos para el año 2016, consultado el 4 de abril de 2016, en. https://www.pjenl.gob.mx/ConsejoJudicatura/Transparencia/TArt13_7/Convocatoria_Peritos.pdf

⁴⁷ www.stjslp.gob.mx (Periódico Oficial 27 de junio 2015)

⁴⁸ www.veracruz.gob.mx/justicia/files/2015/01/CONVOCATORIA-PERITOS.pdf

Con esto queda en evidencia que es estrictamente a juicio del IFT la acreditación de conocimientos y experiencia.

En opinión y experiencia de los funcionarios entrevistados, el IFT (y probablemente su antecesor Cofetel) no ha contratado directamente los servicios de un perito en materia de competencia económica o economía en general, sino que generalmente recurren a consultorías de renombre internacional o nacional que les proporcionan a los especialistas y expertos que han requerido, quienes sólo fungen como consultores. En el caso de la COFECE, las pruebas periciales provienen también de sus propios funcionarios, y no recorren a expertos externos.⁴⁹

La contratación de peritos, acreditados por el propio Instituto, ha correspondido a las empresas del sector y en su mayor parte, de peritos en ingeniería para fines de homologación de equipos y sistemas.

En el trabajo de campo encontramos renuencia por aceptar acreditaciones expedidas por los estados, como válidas en los procesos del IFT. Un funcionario del IFT entrevistado, manifestó que el Instituto no reconocería *a priori* una acreditación como perito en economía y en competencia económica por parte del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, si no que establecería lineamientos técnicos propios para acreditar a aquellos especialistas que deseen convertirse en peritos.

8. Evaluación

Cada institución (penal o civil) establece una serie de obligaciones y responsabilidades de los peritos, sin embargo, en materia administrativa (aplicable al IFT) existe una omisión al respecto, pues el *Acuerdo sobre Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión*, Publicado en el DOF el 12 de enero de 2015, sólo regula los términos en que se desahoga la prueba pericial.

8.1 Evaluación de peritos oficiales en materia penal

En lo que corresponde a las causales de responsabilidad derivadas de su ejercicio profesional, los peritos "oficiales" se encuentran sujetos a un régimen jurídico de carácter disciplinario, tal como lo precisa el artículo 62 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, entre cuyas hipótesis destacan:

⁴⁹ De acuerdo con la Directora General de lo Contencioso de COFECE, Erica Hernández, en la etapa de litigio las pruebas periciales provienen de la propia autoridad (es decir de los funcionarios de la COFECE) que son expertos en el tema y hasta dónde recuerda no se han registrado casos en los que se recurra a peritos externos.

- I. No cumplir, retrasar o perjudicar por negligencia la debida actuación del Ministerio Público de la Federación;
- II. Realizar o encubrir conductas que atenten contra la autonomía del Ministerio Público de la Federación, tales como aceptar o ejercer consignas, presiones, encargos, comisiones o cualquier otra acción que genere o implique subordinación indebida respecto de alguna persona o autoridad;
- ...
- IV. No solicitar los dictámenes periciales correspondientes o abstenerse de realizarlos;
- ...
- VI. Omitir la práctica de las diligencias necesarias en cada asunto;
- ...
- XI. Incumplir cualquiera de las obligaciones a que se refieren los artículos 63 y 64.

Las obligaciones a que se refiere el artículo 63, citado en la fracción XI anterior, aplicables a los peritos "oficiales", se encuentran vinculadas al cumplimiento de un conjunto de estándares axiológicos aplicables al conjunto de los servidores públicos, que deben ajustar su actuación a los principios de certeza, legalidad, objetividad, imparcialidad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad, disciplina y respeto a los derechos humanos en el desempeño de sus funciones, para lo cual, entre las obligaciones más relevantes, podemos enlistar:

- I. Conducirse siempre con apego al orden jurídico y respeto a los derechos humanos;
- ...
- V. Observar un trato respetuoso con todas las personas debiendo abstenerse de todo acto arbitrario y de limitar indebidamente las acciones o manifestaciones que en ejercicio de sus derechos constitucionales y con carácter pacífico realice la población;
- VI. Desempeñar su función sin solicitar ni aceptar compensaciones, pagos o gratificaciones distintas a las previstas legalmente. En particular se opondrán a cualquier acto de corrupción;
- ...
- X. Obedecer las órdenes de los superiores jerárquicos, siempre y cuando sean conforme a derecho, y cumplir con todas sus obligaciones legales;

XI. Preservar el secreto de los asuntos que por razón del desempeño de su función conozcan;

XII. Abstenerse en el desempeño de sus funciones de auxiliarse por personas no autorizadas por las disposiciones aplicables;

...

XIV. Abstenerse de abandonar las funciones, comisión o servicio que tengan encomendado, sin causa justificada;

XV. Someterse a los procesos de evaluación en los términos de esta ley y demás disposiciones aplicables

En lo que corresponde a las sanciones incumplimiento de las obligaciones anteriormente reseñadas, la Ley Orgánica en cita, en su artículo 67 establece las siguientes, que dependerán de la conducta y de la gravedad de la misma: I. Amonestación pública o privada; II. Suspensión; III. (No aplicable a los peritos), o IV. Remoción.

8.2 Evaluación de peritos inscritos en la Lista del Consejo de la Judicatura Federal

Al igual que en el caso de los peritos en materia penal, existen disposiciones específicas para supervisar el cumplimiento de los peritos incluidos en un listado oficial. En ese sentido, los artículos 36 al 54 del Acuerdo General 16/2011, del Consejo de la Judicatura Federal, establecen, entre los puntos de mayor relevancia, los siguientes aspectos procedimentales:

- a) La investigación por presuntos incumplimientos de parte de los peritos, se inicia a partir de denuncia que formule cualquier persona.
- b) La denuncia debe ser ratificada, y quien la formula debe aportar todos los elementos de prueba que consideren necesarios para acreditar su dicho y manifestar lo que a su derecho convenga.
- c) La denuncia se desahoga mediante procedimiento en el que se siguen las formalidades esenciales que aseguren al denunciado el respeto de los principios del debido proceso.
- d) La autoridad a cargo, goza de la más amplia libertad para determinar la idoneidad de las pruebas ofrecidas, así como para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria.
- e) Del resultado del procedimiento de investigación, y en caso de que se demuestren las irregularidades denunciadas, se podrá imponer al perito las siguientes sanciones:

I.- Apercibimiento privado o público;

- II.- Amonestación privada o pública;
 - III.- Suspensión provisional de la Lista; y
 - IV.- Baja definitiva de la Lista;
- f) Para determinar la sanción, la autoridad tomará en cuenta la gravedad de la falta, la antigüedad del infractor en la Lista de personas auxiliares, las condiciones y los medios de ejecución en que se desarrollaron las faltas imputadas, la reincidencia y el posible beneficio, daño o perjuicio derivado del incumplimiento de que se trate.
- g) La resolución que emita la Comisión en el presente procedimiento será definitiva e inatacable, y por lo tanto, no admite recurso alguno en su contra.

8.3 Evaluación de los peritos a instancia de parte

En materia civil federal, los peritos son responsables, en primer lugar, frente a la parte que los haya designado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 148, último párrafo y 149 del CFPC que a la letra señalan:

Artículo 148.-El tribunal deberá presidir la diligencia cuando así lo juzgue conveniente, o lo solicite alguna de las partes y lo permita la naturaleza del reconocimiento, pudiendo pedir, a los peritos, todas las aclaraciones que estime conducentes, y exigirles la práctica de nuevas diligencias.

Artículo 149.- En el caso del párrafo final del artículo anterior, se observarán las reglas siguientes:

I.- El perito que dejare de concurrir, sin causa justa, calificada por el tribunal, será responsable de los daños y perjuicios que, por su falta, se causaren.

Lo anterior, se concatena con lo dispuesto en el artículo 153 del mismo texto normativo, el cual dispone, que además de la responsabilidad frente a la parte que lo propuso, el perito también es responsable de su actuación frente al Juez, quien puede imponerle una multa:

Artículo 153.- Si el perito nombrado por una parte no rinde su dictamen, sin causa justificada, designará el tribunal nuevo perito, en substitución del omiso, e impondrá, a éste, una multa hasta por la cantidad de ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

La omisión hará, además, responsable, al perito, de los daños y perjuicios que por ella se ocasionen a la parte que lo nombró.

Si el perito de que se trata no rinde su dictamen dentro del plazo que se le fijó, pero sí antes de que se haya hecho el nuevo

nombramiento, sólo se le aplicará la multa señalada en el párrafo precedente.

Cabe señalar que en lo que corresponde al procedimiento administrativos seguido en forma de juicio, a cargo del IFT, el artículo 104, fracción IV, segundo párrafo, del *Acuerdo sobre Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión*, del 12 de enero de 2015, sólo dispone que “si el **perito** nombrado por el oferente de la prueba no comparece sin causa justificada a ratificar su nombramiento y protestar el encargo o no rinde su dictamen, la prueba se declarará desierta”, pero no se regula ninguna otra sanción y tampoco se especifica que el perito pueda ser responsable de los daños y perjuicios causados, por lo que se aplicarían de manera supletoria las disposiciones del CFPC.

Lo anterior no obsta para que el oferente de la prueba (al que se le causa el daño), pueda llevar a proceso civil al perito, mediante un proceso de naturaleza civil por reparación de daños y perjuicios, sin embargo, se trata de un proceso independiente.

8.4 Responsabilidades del juez

Los servidores públicos adscritos al Poder Judicial de la Federación (a excepción de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), se encuentran sujetos a un régimen disciplinario en términos del Título Cuarto de la Constitución General de la República, que regula las responsabilidades del conjunto de quienes laboran para el servicio público en cualquiera de los órganos gubernamentales.

Es el caso de los jueces y Magistrados, quienes son responsables de una actuación irregular, que se denuncia ante la Contraloría del citado Poder federal, en términos de las disposiciones a que se refiere el artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En efecto, señala el artículo 81 que son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal:

Fracción II. Expedir los reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario del Poder Judicial de la Federación, y todos aquellos acuerdos generales que fueren necesarios para el adecuado ejercicio de sus atribuciones en términos del artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

Fracción XII. Resolver sobre las quejas administrativas y sobre la responsabilidad de servidores públicos en términos de lo que dispone esta ley incluyendo aquellas que se refieran a la

violación de los impedimentos previstos en el artículo 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por parte de los correspondientes miembros del Poder Judicial de la Federación, salvo los que se refieran a los miembros de la Suprema Corte de Justicia;

Fracción XXXVI. Investigar y determinar las responsabilidades y sanciones a los servidores públicos y empleados del propio Consejo; de los tribunales de circuito, que para el caso de que se trate de tribunales colegiados, deberá considerar las grabaciones que se encuentren documentadas de las sesiones en que resuelvan los juicios o recursos promovidos ante ellos; y juzgados de distrito; todo ello en los términos y mediante los procedimientos establecidos en la ley, los reglamentos y acuerdos que el Consejo dicte en materia disciplinaria

Fracción XXXVIII. Dictar las medidas que exijan el buen servicio y la disciplina en las oficinas de los tribunales de circuito, juzgados de distrito y órganos auxiliares del Consejo de la Judicatura Federal.

Conforme a lo anterior, el Consejo de la Judicatura Federal, ha expedido, entre otros, los siguientes Criterios en Materia Disciplinaria:

Criterio Número: 2 ABUSO EN EL EJERCICIO DEL CARGO. INCURRE EL FUNCIONARIO JUDICIAL QUE EMITE EN FORMA DELIBERADA UNA SENTENCIA CONTRA LEGEM.

Los artículos 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el diverso 47, fracción I, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, establecen como obligación de todo servidor público, desempeñar el cargo que le haya sido encomendado, apegándose en todo momento a la ley, y conduciéndose en forma honesta, leal, imparcial y eficiente. En congruencia con lo anterior, abusar de un cargo significa ejercerlo, extralimitándose en el uso de las facultades que le son inherentes; esto es, actuando más allá de lo legalmente permisible. Luego, si un funcionario emite en forma deliberada una sentencia contra legem, es evidente que infringe lo dispuesto en las citadas disposiciones legales, pues al actuar así lesiona el recto ejercicio de la función pública y, por tanto, al incurrir en responsabilidad, debe ser sancionado.

Criterio Número: 131 Apego a la legalidad de resoluciones judiciales. El consejo de la judicatura federal puede examinarlo al resolver sobre la responsabilidad administrativa de jueces de distrito o magistrados de circuito. Si bien el objeto de la materia disciplinaria no es el de un medio de defensa

susceptible de modificar el sentido de las resoluciones emitidas en los procedimientos que se siguen en los órganos jurisdiccionales, puesto que su única finalidad consiste en estudiar que la actuación de los servidores públicos no se aparte de los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismos e independencia, lo cierto es, que al resolver sobre la responsabilidad administrativa de Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, el Consejo de la Judicatura Federal puede analizar los fundamentos y motivos de esas determinaciones, siempre que se refieran a una desviación de la legalidad que no sea una cuestión de criterio o arbitrio debatible u opinable, sino que derive de datos objetivos, como sería haberse emitido en clara contravención al texto expreso de la ley aplicable, por ignorar constancias de autos de carácter esencial o por inobservar jurisprudencia cuya aplicabilidad sea notoria. Visita Extraordinaria 1/2011. Pleno del Consejo de la Judicatura Federal. 4 de diciembre de 2013. Proyectó: Carlos Manuel Padilla Pérez Vertti, Secretario Ejecutivo de Disciplina. Secretario Técnico: Héctor del Castillo Chagoya Moreno.

Referencias

- Alarcón Flores, Luis Alfredo. "La prueba pericial." Consultado en <http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/criminalistica/103-la-prueba-pericial>
- Allensworth, Rebecca (2012) Adversarial Economics in Antitrust Litigation: Losing Academic Consensus in the Battle of the Experts, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 11-23
- Asociación de Peritos de la República Mexicana. Asociación-de-peritos-de-la-republica-mexicana.sitiocom.mx
- Bray, Karen M. (1992) Reading the Final Chapter in the Story of Peremptory Challenges, 40 UCLA L. REV. 517, 519 (1992).
- Cicem.org.mx/pagina%20programa%20cursos.html
- Comités Nacionales de Peritos, su Formación y su Estructura. "Reglamento General de los Comités Nacionales Permanentes de Peritos." Consultado en www.fecime.org/referencias/cime_reglamento.pdf
- Consejo de la Judicatura Federal. "Lista de personas que pueden fungir como peritos." www.cjf.gob.mx/noticias/docs_noticias/2014/LISTA_FINAL_PERITOS_2014.pdf
- Gobierno del estado de Veracruz. "Convocatoria para peritos." www.veracruz.gob.mx/justicia/files/2015/01/CONVOCATORIA-PERITOS.pdf
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. https://www.scjn.gob.mx/Sistema_Bibliotecario/Documents/normativa/LEY_ORGANICAPJF.pdf
- Periódico oficial del estado libre y soberano de San Luis Potosí. Periódico oficial de fecha 27 de junio 2015. www.stjslp.gob.mx
- Peritos forenses.com "Capacitación para Peritos." <http://www.peritosforenses.com.mx/formacionperito.html>
- Poder Judicial del Estado de Aguascalientes Supremo Tribunal de Justicia. http://poderjudicialags.gob.mx/servicios/peritos/lista_peritos.pdf
- Robertson, Christopher T. (2010) Blind Expertise, 85 N.Y.U. L. REV.174, 176-254

Rubinfeld, Daniel L. (1985).Econometrics in the Courtroom, 85 COLUM. L. REV. 1048, 1096

Universidad Autónoma de Aguascalientes. "Convocatoria proceso de reclutamiento." www.uaa.mx/eventos/septiembre/pgr.pdf

Weinstein, Improving Expert Testimony, 20 U. RICH. L. REV. 473, 482-490

Estudio comparativo internacional

1. Alemania

1.1 Antecedentes

La principal autoridad en materia de defensa de la competencia en Alemania es el Bundeskartellamt (Oficina Federal del Cártel, o Federal Cartel Office 'FCO'). Esta institución fue creada en 1958 y se dedica a investigar de oficio y sancionar los casos en los que se incurren en prácticas restrictivas de la competencia.

Existe también la posibilidad de demandar de forma privada la restitución de un daño causado por una práctica restrictiva de la competencia. La base para la aplicación *anti-trust* desde una perspectiva privada en Alemania es la Ley contra las Restricciones de la Competencia (ARC).⁵⁰ Esta ley se aplica primordialmente por el Bundeskartellamt.

El número de casos relacionados con la defensa de la competencia a través de procedimientos civiles, principalmente casos de cártel, ha aumentado en los últimos años, al igual que el número de casos basados en el abuso de posición dominante, sobre todo aquéllos de rechazo a la venta de ciertos productos.

En 2005 la legislatura alemana fomentó el número de procedimientos civiles privados a través de la séptima enmienda de la citada ley. De esta forma se pretende defender la libre competencia en los mercados, además de proporcionar una compensación por las pérdidas derivadas de conductas anti-competitivas.

Entre las transformaciones más importantes del Bundeskartellamt en los últimos años –según Andreas Mundt, su Presidente desde el 2009–, destaca el incremento de su personal en el área de análisis económico. El enfoque de las investigaciones en conceptos económicos sofisticados y las consiguientes investigaciones de mercado realizadas en los últimos años se han visto reflejadas en las reglas para el control de fusiones empresariales.⁵¹

Las características esenciales del Bundeskartellamt son su similitud estructural a la de un tribunal, así como la profundidad en el análisis económico. Estas peculiaridades son las que explican la mejora en su calificación como autoridad de defensa de la competencia, que de acuerdo con el *Global Competition Review*, se encuentra entre el grupo de excelencia.

⁵⁰ www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/06_GWB_7_Novelle_e.pdf

⁵¹ <http://globalcompetitionreview.com/features/article/39268/an-interview-andreas-mundt/>

Desde su inicio, el Bundeskartellamt se ha esforzado por integrar a economistas y abogados en el proceso de revisión de cada caso. El número de doctores en Economía ha pasado de 1 en 2007 a 27 en 2015, e incluso en este año se creó una segunda unidad de análisis económico especializada en análisis cuantitativo y métodos avanzados de recolección de datos. Actualmente el 37% de los empleados de la institución, que son de servicio civil de carrera, son economistas (Global Competition Review).

El Bundeskartellamt cuenta con doce Divisiones de Decisión encargadas de la operación de los casos y la decisión sobre éstos. En el área de enjuiciamiento o evaluación de cárteles, la institución cuenta con tres divisiones especializadas en decisiones en este tema y una unidad especial para la lucha contra los cárteles. Esta estructura organizativa genera un alto nivel de eficiencia que fue incrementado por la revisión de sus directrices para el establecimiento de sanciones en 2013. Normalmente, el análisis de cada caso involucra el análisis conjunto de economistas y abogados.

Consciente de mejorar internamente el conocimiento y la experiencia en temas económicos, el Bundeskartellamt estableció una Unidad de Política General sobre "Cuestiones Económicas en temas de Política de Defensa de la Competencia" a mediados de la década de los 2000. Su tarea principal es apoyar a las Divisiones de Decisión en su trabajo y asesorarlos en temas económicos, sin tener ningún derecho de veto formal en el proceso de toma de decisiones. El apoyo a las divisiones de la decisión es polifacético e incluye la evaluación de los peritajes económicos presentados por las partes, así como el análisis económico en casos específicos.

Debido a la estrecha integración de los analistas económicos en el proceso de revisión, el Bundeskartellamt tiene la capacidad de analizar todos los temas económicos por sí mismo. Por ello, la contratación de expertos externos es más bien una excepción. Sin embargo, el Bundeskartellamt mantiene relaciones continuas con los académicos en talleres, seminarios o conversaciones informales.⁵²

1.2 Definición y tipología

La Zivilprozessordnung (ZPO o Ley de Enjuiciamiento Civil alemana) permite el uso de expertos, pero hay características particulares que los distinguen de su uso en otras jurisdicciones. Un dictamen pericial puede utilizarse para demostrar o comprobar hechos. A diferencia de un testigo, el perito no informa acerca de su percepción personal, sino que extrae conclusiones de hechos en función de sus hipótesis y metodologías rigurosas.

⁵² <http://www.oecd.org/daf/competition/EconomicEvidenceInMergerAnalysis2011.pdf>

La legislación alemana distingue dos tipos de expertos: peritos designados por el tribunal y expertos aportados por las partes.

- En realidad, la ZPO sólo trata sobre **expertos designados por el tribunal** ya que son los únicos considerados como evidencia admisible. El tribunal puede tomar la decisión de oficio de consultar con un experto o siguiendo la petición de una de las partes.⁵³ El tribunal selecciona y nombra a uno o más expertos según sea el caso, posiblemente después de consultar con las partes. El tribunal instruye y supervisa a los expertos y puede dar instrucciones. Las partes podrán recusar el nombramiento de un experto en particular si duda de su imparcialidad o independencia. Dependiendo de las instrucciones dadas por el tribunal, el experto ofrece generalmente una opinión por escrito. En el momento de la entrega del informe, el experto puede ser interrogado por las partes y el tribunal, para demostrar la precisión del informe y su imparcialidad. En consecuencia, el experto actúa efectivamente como un 'ayudante' del tribunal.
- **Expertos aportados por las partes:** sus reportes son elementos de las presentaciones escritas de esa parte. En sentido estricto, estas opiniones no tienen ningún valor probatorio especial. Por lo tanto, el Tribunal puede ignorar por completo el dictamen del experto aportado por la parte. Sin embargo, su presentación puede ayudar a que el tribunal entienda mejor el caso y para formar una opinión educada sobre qué preguntas o aspectos relevantes necesitan ser elaborados por un experto designado por el tribunal. Es muy frecuente que los expertos se contraten para evaluar los daños y su relación causal con la violación de la ley de competencia.

En la práctica, mientras que a menudo puede ser aconsejable presentar un informe elaborado por un experto seleccionado por la parte, se corre el riesgo de excluir al experto de la posibilidad de ser llamado por el tribunal, ya que no pueden designarse como peritos aquellos expertos que hayan colaborado previamente con alguna de las partes. Cuanto más especializado sea el nivel de conocimiento requerido en el perito, el riesgo que el tribunal no encuentre un experto adecuado puede ser demasiado alto, lo que inhibe a las partes de aportar ciertos peritos como expertos a instancia de parte.

Adicionalmente, en virtud de la sección 90(2) de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, el Presidente del Bundeskartellamt puede actuar como *amicus curiae* en procedimientos civiles. Puede presentar documentos y declaraciones, identificar hechos relevantes y proveer evidencia. Mientras que el *amicus curiae* ciertamente no califica como un experto en un sentido procesal, el Presidente del Bundeskartellamt dispone de conocimiento superior y por lo tanto, en un sentido funcional, puede ser considerado un experto en el área de su ámbito de trabajo. Además, dada la autoridad del

⁵³ <http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/72/jurisdictions/11/germany/>

Bundeskartellamt, las declaraciones de su Presidente pueden ejercer un impacto considerable en la opinión del tribunal.

La sección 90a (2) de la Ley contra las Restricciones de la Competencia da derecho a la Comisión Europea a actuar como *amicus curiae* en los procedimientos judiciales. En esencia, la posición de la Comisión es comparable con la del Presidente del Bundeskartellamt, por lo que las consideraciones anteriores se aplican de la misma forma.

Por lo que respecta a los procesos de defensa de la competencia iniciados por el Bundeskartellamt, generalmente las partes cuentan con la posibilidad de presentar dictámenes económicos durante el proceso de autorización de fusiones. Estos dictámenes son estudiados cuidadosamente y analizados por el equipo del Bundeskartellamt encargado del caso y, cuando lo considere necesario, también por la Unidad de Política General sobre "Cuestiones Económicas en temas de Política de Defensa de la Competencia". Posteriormente, el equipo del caso analiza los resultados con las partes involucradas como parte del proceso de evaluación.

Si las partes deciden apelar las decisiones del Bundeskartellamt, la revisión corresponde al Tribunal Superior Regional de Düsseldorf como el Tribunal de primera instancia. Dicho tribunal tiene jurisdicción para decidir sobre un caso tanto con respecto a los hechos como a aspectos de derecho. Sus decisiones pueden apelarse ante el Tribunal Federal de Justicia en temas de Derecho. Los tribunales evalúan los casos y, en consecuencia, el uso por parte del Bundeskartellamt de la evidencia cuantitativa y su análisis económico.

1.3 Praxis – Reglamentos

La regulación sobre los peritos se encuentra en los artículos 404 y siguientes de la ZPO.

El artículo 404 analiza el proceso de elección de los peritos. Destaca que el tribunal puede exigir a las partes que propongan candidatos a ser peritos. El artículo 404.4 establece que, si las partes coinciden en la identificación de ciertos peritos como expertos en el tema, el tribunal está obligado a respetar este acuerdo, aunque es posible que limite la elección de las partes a un cierto número de expertos.

El artículo 404.a establece que el tribunal tiene que dirigir la actividad del perito y puede dar indicaciones para el alcance de dicha actividad. Igualmente, el tribunal puede establecer los límites bajo los cuales el perito puede comunicarse con las partes, además de las condiciones en que las partes pueden intervenir en la investigación del perito.

El propio Bundeskartellamt emitió en octubre de 2010⁵⁴ una instrucción formal (*formal notice*) sobre estándares de calidad de los dictámenes de peritos cuyo cumplimiento es obligatorio. El objetivo de este documento es asegurar que la interacción entre los expertos económicos de las partes, las autoridades de competencia y los tribunales, contribuya eficazmente a una decisión de alta calidad. De hecho, la evaluación de la calidad de un dictamen económico equivale a una evaluación de su **valor probatorio**, por lo que aquellos dictámenes que no cumplan con estos preceptos de calidad no serán considerados como elementos de prueba en sentido estricto.⁵⁵

Los principios básicos que rigen los estándares son relevancia y confiabilidad. Los estándares se refieren tanto a aspectos sustantivos como de procedimiento, especificando con mayor nivel de detalle los primeros.

A continuación se reproduce el índice del documento de estándares:

- I. Principios para dictámenes económicos
 1. Principios generales
 - 1.1. Requisitos básicos
 - 1.2. Lenguaje
 - 1.3. Resumen no técnico
 - 1.4. Versión No confidencial
 - 1.5. Bibliografía
 - 1.6. Preferencia por las teorías y métodos establecidos
 2. Normas para los análisis teóricos/conceptuales
 - 2.1. Elección del modelo
 - 2.2. Relación entre el modelo y el tema de competencia objeto de análisis
 - 2.3. Robustez
 3. Normas para el análisis empírico
 - 3.1. Metodología
 - 3.2. Selección y procesamiento de datos
 - 3.3. Presentación de resultados
 - 3.4. Robustez

⁵⁴ Bundeskartellamt, Best Practices for expert economic opinions, Octubre 20, 2010, disponible en: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/Bekanntmachung_Standards_Englisch_final.pdf.

En caso de concurso sólo la versión alemana es válida, la cual está disponible en: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/Bekanntmachung_Standards_final.pdf

⁵⁵ Bundeskartellamt, Best Practices for expert economic opinions, Octubre 20, 2010, disponible en: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/Bekanntmachung_Standards_Englisch_final.pdf, p. 2.

II. Aspectos procesales

1. Contactos antes de presentar un dictamen pericial
2. Presentación de un dictamen pericial
3. Procedimiento en casos individuales

Los principales requisitos exigidos a los dictámenes presentados ante el Bundeskartellamt son:

A. Requisitos formales

- Enfoque comprensivo, completo. Un dictamen pericial se considera completo si el Bundeskartellamt es capaz de replicar los argumentos pertinentes y los análisis cuantitativos en cada detalle. Si faltaran detalles relevantes, el dictamen es considerado incompleto y, dependiendo del nivel de falta de información, no se considerará de forma absoluta o sólo en menor grado.⁵⁶
- Transparencia en cuanto a los supuestos del modelo, fuentes de datos y procesamiento de los mismos.
- Replicabilidad respecto a los análisis cuantitativos. Presentación de los datos relevantes (datos puros antes del análisis, documentación del proceso de recolección y procesamiento de datos), códigos del programa de cómputo utilizado en el análisis, así como las explicaciones que sean necesarias para seguir y replicar los resultados empíricos presentados.
- Presentación/comprensión (incluye un Resumen Ejecutivo).

B. Requisitos sustanciales (valor probatorio)

- Relevancia de los modelos conceptuales y analíticos en el caso específico analizado.
- Robustez. Por ejemplo, si un cierto modelo es muy sensible a pequeñas variaciones en los supuestos o en los datos, su valor probatorio es menor.
- Preferencia por los métodos y teorías consolidados. Los estándares expresan claramente una preferencia por los métodos y las teorías establecidos y probados. Esto implica que hayan sido publicados en revistas científicas, y por lo tanto sometidos a una revisión arbitrada. Lo ideal es que también hayan sido utilizados en procedimientos de Derecho de la Competencia anteriormente, por lo que han sido examinados en relación con su valor informativo, así como sus limitaciones en el contexto específico.

⁵⁶ Bundeskartellamt, Best Practices for expert economic opinions, Octubre 20, 2010, disponible en: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/Bekanntmachung_Standards_English_final.pdf, p. 9.

No obstante, los estándares no descartan la posibilidad de aplicar conceptos o métodos relativamente nuevos y no comprobados.⁵⁷ Sin embargo, requieren una justificación más detallada para ser aceptados. Dicha argumentación debe incluir una explicación de por qué no se están aplicando teorías o métodos ya consolidados .

1.4 Operación

Capacitación y certificación

La mayor parte de los expertos que preparan dictámenes ante el Bundeskartellamt son empleados de consultoras especializadas en economía cuya práctica se centra en Alemania o tienen presencia internacional y aparecen en los rankings de Global Competition Review (Ewald, 2014, p.9).

El perito puede ser tanto una persona física, equipos de personas, como una persona moral.

En Alemania, existen varios organismos que emiten certificaciones públicas cuyo objetivo es demostrar que un experto está excepcionalmente calificado en un campo particular. Tal es el caso de la Sachverständigenwesen (Registro Nacional de Expertos)⁵⁸ o de algunas Cámaras de Comercio como la de Frankfurt.⁵⁹

Los expertos certificados juran públicamente que actuarán de forma independiente e imparcial, lo que justifica la confiabilidad de sus dictámenes. Esta certificación también ampara la imparcialidad del organismo que contrata a los expertos certificados, fortaleciendo así su propia reputación al liberarse de cualquier sospecha de sesgo. Por ello, las reglas procesales requieren a los tribunales alemanes que utilicen testigos certificados cuando necesitan un dictamen pericial.

Sólo los expertos con calificaciones sobresalientes pueden obtener una certificación pública. Para obtenerla están obligados a aprobar una serie de exámenes y ser objeto de supervisión por ciertos organismos autorizados que mantengan una lista constantemente actualizada de expertos certificados (en Alemania principalmente las cámaras de arquitectos, cámaras de oficios, cámaras de industria y comercio, cámaras de ingenieros, cámaras de agricultura). La actualización permanente significa que los expertos que ya han recibido la certificación pública pueden perderla si no se actualizan de acuerdo

⁵⁷ Bundeskartellamt, Best Practices for expert economic opinions, Octubre 20, 2010, disponible en: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/Bekanntmachung_Standards_English_final.pdf, p. 4.

⁵⁸ <http://svv.ihk.de/svv/content/home/faq.ihk?cid=587651>

⁵⁹ http://www.frankfurt-main.ihk.de/english/legal_matters/publicly_certified_experts/

con la normativa vigente. La confiabilidad y la integridad personal de los peritos certificados también es objeto de examen.

Acreditación

Se distinguen cuatro situaciones:

- a) Peritos que rinden dictámenes ante la Bundeskartellamt contratados por la propia Comisión: en la práctica no existen, ya que son sus propios empleados quienes instruyen los dictámenes.
- b) Peritos que rinden dictámenes ante la Bundeskartellamt a instancia de parte: no se requiere ninguna acreditación.
- c) Peritos que intervienen en procesos civiles a instancia de parte: no se requiere acreditación.
- d) Peritos designados judicialmente: las Cámaras de cada disciplina aparentemente generan unas listas pero no se encontró en la ZPO este requisito en los artículos 402 a 414 que tratan del tema de la prueba pericial. Sí se menciona en el art 404.2 que, *“en caso de que para una determinada clase de dictámenes se precisen peritos públicos pueden ser elegidas otras personas cuando circunstancias especiales así lo exijan”*.

El art 404.2 establece que, *“en caso de que las partes se pongan de acuerdo sobre determinadas personas para que actúen como peritos, el tribunal entonces tiene que actuar en consecuencia; el tribunal, puede, sin embargo, limitar la elección de las partes a un determinado número”*.

Art 407. Deber de realización del dictamen.

- 1) *Aquel que haya sido designado como perito tiene que cumplir con ello cuando él fue designado como perito oficial, cuando por su ciencia, arte o industria cuyo conocimiento es presupuesto para el dictamen, por su ejercicio público o cuando realiza el ejercicio de su cargo basándose en un apoderamiento o designación pública.*
- 2) *Para la realización del dictamen también está obligado aquél quien se haya declarado ya predispuesto para hacerlo en el tribunal.*

Evaluación y desempeño

La ZPO especifica a detalle las obligaciones que tiene el perito en su labor:

407.a Otros deberes del perito.

- 1) *El perito tiene que aprobar sin demora si el encargo entra en su área de conocimiento y si su realización puede efectivizarse sin que sea necesario incluir otros peritos. Si este no fue el caso, el perito tiene que comunicárselo al tribunal en forma inmediata.*

- 2) *El perito no está autorizado a transferir el encargo a otro. En caso de que el perito se desempeñe como colaborador de otra persona tiene que mencionar su nombre y el alcance de su actividad, en caso de que no se trate de una asistencia de poco significado.*
- 3) *En caso de que el perito tenga dudas sobre el contenido y el alcance del encargo para la pericia, tiene que solicitar sin demora la aclaración en el tribunal. En caso de que se generen costas evidentemente desproporcionadas con relación al valor del objeto de la Litis o que excedan el monto exigido como anticipo de gastos, ello debe ser advertido por el perito oportunamente.*
- 4) *El perito tiene que hacer entrega inmediatamente del expediente u otros documentos que sean necesarios para el peritaje, como así también los resultados de la pericia cuando ello sea exigido por el tribunal. En caso de incumplimiento de este deber, el tribunal debe ordenar la entrega.*
- 5) *El tribunal debe advertir a los peritos sobre sus deberes.*

Consecuencia de la incomparecencia o de la negativa para la realización de un dictamen.

- 1) *Cuando un perito no comparece o se niega a realizar un dictamen, sea que esté obligado para ello o cuando detiene expedientes u otros documentos, se le impondrán las costas producidas. Igualmente se fijara contra él una multa. En caso de reiteración de la desobediencia, se le puede imponer nuevamente una multa.*
- 2) *Contra la providencia es admisible la queja inmediata.*

Juramento del perito.

- 1) *El perito debe ofrecer juramento antes o luego de la realización del dictamen. La fórmula de juramentos consiste en que el perito fue imparcial en la realización del dictamen requerido y que lo ha realizado o realizará de acuerdo con su mejor conocimiento y conciencia.*
- 2) *En caso de que el perito por su clase haya jurado en general para la realización del dictamen, es suficiente la referencia a dicho juramento otorgado; ello puede ser también aclarado en forma escrito en un dictamen.*

Dictámenes escritos.

- 1) *En caso de que ordene un dictamen por escrito, el perito debe dejar el dictamen firmado en la secretaría del tribunal. El juez puede fijarle un plazo para que lo realice.*
- 2) *En caso de no realizar el dictamen en el plazo establecido, se le puede determinar una multa, la cual debe contener un nuevo emplazamiento. En caso de reiterarse el incumplimiento en dicho plazo, se le puede imponer*

nuevamente una multa. El artículo 409 apartado 2 rige en lo que corresponda.

- 3) El tribunal puede ordenar la comparecencia del perito de modo tal que aclare el dictamen escrito.
- 4) Las partes pueden comunicar al tribunal dentro de un tiempo adecuado sus impugnaciones contra el dictamen que se vincule con las peticiones y preguntas, y solicitar que sea completado en relación con la pericia. El tribunal puede emplazar a las partes para ello, el artículo 296 apartados 1 y 4 rige en lo que corresponda.

411. Utilización de dictámenes periciales judiciales. La pericia escrita puede ser sustituida por la utilización de un dictamen judicial pericial realizado en otro proceso.

412. Nuevo Dictamen.

- 1) El tribunal puede ordenar una nueva pericia por el mismo y otro perito cuando considera al dictamen como insuficiente.
- 2) El tribunal puede ordenar la pericia por otro perito cuando el perito, luego de realizado el dictamen, sea recusado con éxito.

413. Reembolso de gastos al perito. El perito recibe una remuneración de acuerdo con la Ley de Retribución y Resarcimiento.

414. Testigos peritos. Las disposiciones sobre prueba de testigos son aplicables en caso de que sea necesario probar hechos o estados para cuya percepción se necesita determinada especialidad y se necesita que declaren determinadas personas que tengan esa preparación.

La ley contempla el proceso de recusación de los peritos de designación judicial cuando existan fundamentos de temor de imparcialidad.

1.5 Comentarios

La característica más importante del proceso de designación de peritos en el sistema alemán es la publicación de los estándares de calidad de los dictámenes periciales en materia de competencia. Dichos estándares, basados en los principios de relevancia y transparencia, son claves para la admisión de los dictámenes y son valorados muy positivamente por los despachos de economistas (quienes establecen que en su trabajo se respetan escrupulosamente dichos requisitos) como por instituciones como el Global Competition Review.

1.6 Referencias

Bundeskartellamt, Best Practices for expert economic opinions, 20 October 2010, available at http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/Bekanntmachung_Standards_Englisch_final.pdf.

Christiansen, Arndt and Ewald, Christian (2013), *Best Practices for Expert Economic Opinions - Key Element of Forensic Economics in Competition Law*.

Global Competition Review (2012) *Handbook of competition economics: Germany*.

Knable G., Ileana (2013) *The Private. Competition. Enforcement Review*. Law Business Research.

OECD (2008) Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement
"Techniques for Presenting Complex Economic Analysis to Judges: Germany."

2. Australia

2.1 Antecedentes

La legislación australiana reconoce la figura de los peritos para inquirir y reportar sobre situaciones específicas en las que se requiere de conocimientos especializados más allá de la experiencia y conocimiento de los tribunales.⁶⁰

Los tribunales aceptan la opinión y análisis de los peritos en los temas sobre los que se discute, los cuales pueden ser contratados por las partes involucradas en los juicios. Sin embargo, los peritos deben tener claro, siempre y en todo momento, que su compromiso es con la corte, con quien se tiene siempre la responsabilidad de lealtad y de proceder de manera justa y en favor de la verdad.⁶¹

Los peritos que ayudan en los procedimientos reglamentarios ofrecen sus conocimientos sobre temas específicos, ya sea explicando conceptos económicos y la aplicación de la teoría económica relacionada con el caso, evaluando propuestas particulares con referencia a modelos económicos o econométricos, evaluando parámetros de entrada en las estimaciones de costos y/o ayudando en cuestiones técnicas relacionadas con la infraestructura o servicio objeto de los procesos regulatorios.⁶²

2.2 Definición y tipología

Australia cuenta con un sistema general en el que los peritos son nombrados por las partes involucradas en las controversias. A su vez, algunas jurisdicciones han creado áreas específicas de expertos para apoyar a la corte, aunque con este sistema se han identificado problemas de sesgos y altos costos por la contratación de los peritos, por lo que el sistema de contratación individual ha resultado ser la mejor opción para reducir costos y perjuicios.⁶³

No existe una regulación como tal sobre el trabajo o desempeño de los peritos en las cortes. Sin embargo, existe una guía para el trabajo de estos en los procedimientos de la Corte Federal de Australia. Dicha guía no pretende abordar todos los aspectos de los derechos y obligaciones de los testigos, sino que ofrece recomendaciones para la presentación de pruebas de opinión,

⁶⁰ Uthmeyer, S., Cooke, N. Economic Experts: how necessary are they? A paper for the 2009 ACCC Regulatory Conference. July 2009.

⁶¹ Ward, R., HAZARDS OF AN EXPERT WITNESS – AN AUSTRALIAN EXPERIENCE. Symposium Series NO. 154

⁶² Uthmeyer, S., Cooke, N. Economic Experts: how necessary are they? A paper for the 2009 ACCC Regulatory Conference. July 2009.

⁶³ Crosby, N., Kincaid, D., Murdoch, J., Lavers, A. Expert valuation witnesses in Australia and the UK. Journal of Property Research, September 2003, 20(3) 281-304.

además de buscar ayudar a los peritos a entender lo que los tribunales esperan de ellos.⁶⁴

Entre otros aspectos, destaca que los peritos deben de ser objetivos y evitar emitir opiniones a favor de las empresas que los contratan, ya que su compromiso debe ser siempre hacia la corte y a favor de la verdad.⁶⁵

Si bien, la figura de los peritos es utilizada con mayor frecuencia por las partes involucradas en un procedimiento jurídico, la corte también puede citar por su cuenta a expertos para que le proporcionen evidencia y asistencia. Esto generalmente se aplica en tres formas:⁶⁶

- a) citar a un experto que analice sobre un tema en particular y presente un reporte a la corte
- b) requerir a un asesor para apoyar y aconsejar a la corte en asuntos específicos que surjan durante un procedimiento
- c) solicitar a un árbitro para que refiera, investigue y haga un reporte sobre un tema en particular

Las cortes australianas tienen el poder de nombrar a una o más personas con conocimientos específicos para ayudar a la corte en temas particulares del caso que requieren conocimientos especializados para su comprensión. En cualquier proceso civil, las cortes pueden recurrir a la asistencia de una persona especialmente calificada para asesorar sobre cualquier asunto que surja en el proceso, quien podrá emitir opiniones al respecto. Las personas a las que se recurre en estos casos son llamadas asesores.⁶⁷

El árbitro puede ser una persona con experiencia específica en un campo particular. El árbitro debe informar a la corte sobre el conjunto de las actuaciones o de cualquier problema que surja en el procedimiento. La corte podrá someter un asunto a un árbitro en cualquier fase del procedimiento bajo el supuesto de que al hacerlo mejorará la resolución del caso de manera justa, rápida y menos costosa.⁶⁸

2.3 Praxis – Reglamentos

La Law Reform Commission of New South Wales – NSW (Report 109 – Expert Witnesses), realizó un informe sobre los juicios y acciones jurídicas realizadas en Australia, que permitió la introducción de la codificación integral de NSW

⁶⁴ Australian Government. Annexure B. Guidelines for Expert Witnesses in Proceedings in the Federal Court of Australia. Practice Direction.

⁶⁵ Australian Government. Annexure B. Guidelines for Expert Witnesses in Proceedings in the Federal Court of Australia. Practice Direction.

⁶⁶ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

⁶⁷ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

⁶⁸ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

the Uniform Civil Procedure Rules (UCPR) 2005 para el uso de pruebas periciales.⁶⁹

De esta manera, diferentes tribunales australianos han formulado guías y reglas para peritos:⁷⁰

- Reglas de la Corte Familiar
- Instrucciones Prácticas de la Corte Territorial y de Medio Ambiente
- Normas de Procedimiento Civil Uniforme
- Tribunal Federal de Australia Nota Práctica CM7: Peritos en procedimientos en el Tribunal Federal de Australia

De acuerdo con la Opinion Rule and its Exceptions, los peritos son actores a los que se les permite opinar en la corte sobre el significado y las implicaciones de hechos. La opinión del perito o experto es importante porque está basada en su conocimiento profesional y especializado en alguna materia específica. En la ley australiana las pruebas de opinión de los expertos se refieren a puntos de vista sobre las reglas que controlan la admisibilidad.⁷¹

El uso de opiniones de expertos en la legislación australiana se basa en cuatro reglas:⁷²

1. Regla de especialización. El conocimiento o pericia del experto debe ser reconocido como creíble por otros que son capaces de evaluar sus fundamentos teóricos y experimentales, en la cual el experto debe tener suficiente conocimiento y experiencia que le permite ayudar al tribunal.
2. Regla de conocimiento común. La información que se busca ser proveída por el experto, debe ser algo para lo que el tribunal necesita la ayuda expresa de un tercero, en lugar de confiar en su conocimiento general y el sentido común.
3. Regla para la utilización de un experto. La contribución del experto no debe tener el efecto de suplantar la función del tribunal para tomar una decisión.
4. Regla de base. La admisibilidad de las pruebas la opinión de expertos depende de la prueba de una base fáctica de su opinión.

⁶⁹ The Australian Property Institute. Technical Information Paper. Acting as an Expert Witness. Exposure Draft, 1 February, 2014.

⁷⁰ The Australian Property Institute. Technical Information Paper. Acting as an Expert Witness. Exposure Draft, 1 February, 2014.

⁷¹ Australian Government. Australian Law Reform Commission. The Opinion Rule and its Exceptions. Opinions based on specialized knowledge. Consultado el 26 de noviembre de 2015, en: <http://www.alrc.gov.au/publications/9.%20The%20Opinion%20Rule%20and%20its%20Exceptions/opinions-based-specialised-knowledge>.

⁷² Australian Government. Australian Law Reform Commission. The Opinion Rule and its Exceptions. Opinions based on specialized knowledge. Consultado el 26 de noviembre de 2015, en: <http://www.alrc.gov.au/publications/9.%20The%20Opinion%20Rule%20and%20its%20Exceptions/opinions-based-specialised-knowledge>.

Por otra parte, en el derecho común australiano existe un debate sobre el uso y la medida en la que la ley debería exigir la demostración de un campo de experiencia o la aceptación de una disciplina en particular o algún otro requisito como condición de admisibilidad de la opinión de expertos. Los proyectos de ley sobre el uso de evidencias no contienen este tipo de requisito, pero requieren la demostración de conocimientos específicos sobre la opinión experta que se puede usar como evidencia.⁷³

Sin embargo, se dice que el perito debe ser "calificado a través de capacitación o experiencia práctica en un área de conocimiento más allá de la que posee el juez de los hechos, y que la ayuda sea evidente para él". El "conocimiento especializado" con el que debe contar el perito, de acuerdo con la Sección 79 de la Ley de Evidencias, se demuestra a través de su experiencia o estudios profesionales en la materia en la que se manifiesta como experto.⁷⁴

Es así que las Reglas para el Uso de Evidencia se han desarrollado en el transcurso de los años y han sido probadas y redefinidas. Estas reglas representan un intento por desarrollar un método de investigación mejor diseñado para evitar errores y apelar siempre a la verdad.⁷⁵

Las reglas se han codificado en las Leyes para el Uso de Evidencias uniformes de cada estado y territorio, y su objetivo es garantizar que los tribunales reciban la evidencia más confiable.⁷⁶

La guía de procedimientos de peritos señala que no tiene un carácter regulatorio ni obligatorio en el uso de opiniones de expertos, ya que al tratar de aplicar sus diferentes recomendaciones de manera literal puede ser inútil, debido a la diversidad de casos y situaciones en las que se aplican los análisis y recomendaciones de expertos.⁷⁷

La legislación establece reglas específicas para la presentación de reportes y evidencias de los expertos, con las cuales se pretende asegurar la confiabilidad de dicha evidencia. Para complementar la regulación para el uso de evidencia y pruebas de expertos, se aplican otras regulaciones como el UCPR 2005 y el Land and Environment Court Rules 2007 que contienen reglas para diferentes aspectos en el uso de evidencias y opiniones de expertos como:

⁷³ Australian Government. Australian Law Reform Commission. The Opinion Rule and its Exceptions. Opinions based on specialized knowledge. Consultado el 26 de noviembre de 2015, en: <http://www.alrc.gov.au/publications/9.%20The%20Opinion%20Rule%20and%20its%20Exceptions/opinions-based-specialised-knowledge>.

⁷⁴ Australian Government. Australian Law Reform Commission. The Opinion Rule and its Exceptions. Opinions based on specialized knowledge. Consultado el 26 de noviembre de 2015, en: <http://www.alrc.gov.au/publications/9.%20The%20Opinion%20Rule%20and%20its%20Exceptions/opinions-based-specialised-knowledge>.

⁷⁵ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

⁷⁶ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

⁷⁷ Australian Government. Annexure B. Guidelines for Expert Witnesses in Proceedings in the Federal Court of Australia. Practice Direction.

- a) Cumplimiento del código de perito de conducta
- b) Divulgación de los honorarios
- c) Control judicial sobre las pruebas periciales presentadas
- d) Instrucciones de los tribunales respecto a las pruebas periciales
- e) Presentación de entrevistas e informes conjuntos

Código de conducta

El código de conducta de los peritos, define las responsabilidades y compromisos de éstos con la corte. Se integra de cuatro elementos principales: el compromiso de cumplimiento del mismo código, el compromiso general con la corte, el compromiso de trabajar conjuntamente con otros peritos, y el contenido del informe o reporte final.

De acuerdo con el UCPR 2005, el perito debe cumplir con el código de conducta, para lo cual debe ser provisto con una copia de éste tan pronto como inicie su participación en un caso. De acuerdo con esta legislación, las pruebas, evidencias y opiniones del perito no serán recibidas, a menos que éste reconozca haber leído el contenido del Código de Conducta, así como haber aceptado estar vinculado a éste.⁷⁸

Según el Código de Conducta, el perito tiene la obligación fundamental de ayudar a la corte en cuestiones relacionadas con su área de especialización de manera imparcial. El deber primordial del perito es hacia la corte y no hacia ninguna de las partes involucradas en el caso, ya que un perito no es un defensor.⁷⁹

El perito debe acatar cualquier instrucción de la corte, incluyendo las indicaciones para dialogar con otros peritos y preparar un informe conjunto. De esta forma, el perito debe ejercer su análisis profesional de manera independiente al caso, debe esforzarse por llegar a un acuerdo con el perito de la contraparte, y no debe actuar bajo instrucción o solicitud de retener o evitar un acuerdo con la contraparte.⁸⁰

Respecto al contenido del informe del perito, según el Código de Conducta, éste debe incluir la siguiente información:⁸¹

- a) Las cualificaciones del perito como experto en el tema objeto del informe
- b) Los hechos y supuestos del hecho, en el que se basan las opiniones del informe
- c) Las razones del perito para cada opinión expresada

⁷⁸ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

⁷⁹ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

⁸⁰ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

⁸¹ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

- d) En su caso, señalar si un tema en especial no entra dentro de su campo de especialización
- e) Las referencias literarias o materiales utilizadas para respaldar y justificar sus opiniones
- f) Todas las evaluaciones, pruebas, investigaciones y análisis que el perito haya realizado y en los que haya basado su opinión
- g) En el caso de que el informe sea muy extenso o complejo de entender, incluir al principio del informe, un resumen breve

Asimismo, si en la presentación del informe, el perito considera que está incompleto, que requiere de alguna otra calificación, que no existen datos suficientes o que es necesario hacer una investigación más profunda, debe indicarlo en el mismo reporte, y expresarlo cuando lo entrega.⁸²

Si el perito cambia de opinión sobre algún tema en particular después de proporcionar el informe, debe avisar inmediatamente a la parte contratante (o al representante legal), y entregar un informe complementario con la nueva información, el cual debe cumplir con los mismos requisitos que el informe original.

Resolución de controversias

En algunos tribunales australianos se han adoptado medidas especiales para la resolución de conflictos entre las partes involucradas en una controversia, a través de acciones que abarcan:⁸³

- La adopción de reglas específicas de la corte sobre pruebas periciales
- Exigir a los peritos que se adhieran al Código de Conducta
- Exigir entrevistas conjuntas con los peritos de las diferentes partes
- Exigir a los peritos dar sus testimonio al mismo tiempo
- Utilizar o recurrir por su cuenta a peritos independientes y diferentes a los asignados por las partes
- Utilizar la experiencia de expertos técnicos de la Corte (comisionados)

Asimismo, cuando las pruebas periciales son presentadas por las diferentes partes de una controversia, el regulador está sujeto a la comprobación de sus informes. Con frecuencia, la naturaleza de los reportes de evidencia económicos hace que estos puedan llegar a presentar resultados completamente diferentes, por lo que la corte debe valorar y evaluar por su cuenta el material entregado.⁸⁴

⁸² The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

⁸³ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

⁸⁴ Uthmeyer, S., Cooke, N. Economic Experts: how necessary are they? A paper for the 2009 ACCC Regulatory Conference. July 2009.

Debido a esto, las pruebas periciales están sujetas a la verificación de los propios reguladores, quienes cuentan con los conocimientos necesarios para valorar las pruebas periciales que son objeto de la controversia. Los reguladores pueden contar con el apoyo de peritos contratados por las partes en el proceso, quienes participan ya sea criticando directamente las opiniones de los demás peritos, o respondiendo a las críticas hechas a sus propios reportes.⁸⁵

Los reguladores también pueden optar por contratar a un perito por su cuenta para evaluar las pruebas presentadas por los peritos, sobre todo para que les ayuden a resolver sus dudas respecto a temas que no conocen o para los que no cuentan con los conocimientos técnicos necesarios.⁸⁶

Las pruebas presentadas a los reguladores son especialmente importantes en los casos en los que la revisión de fondo de la corte impone límites sobre la presentación de evidencias. En tales casos, las partes se limitan a usar a un abogado para defender el enfoque de un perito sobre el otro, basado en el material que fue presentado al regulador. La manera en que se prepara un informe para los procesos ante el regulador, tiene por tanto, un impacto importante sobre su credibilidad ante la corte.⁸⁷

Por el contrario, en los procedimientos de revisión ante la Corte Federal, y en aquellos en los que no existen limitaciones a la presentación de evidencias, la Corte puede emplear diversas técnicas para probar la documentación presentada por los peritos de las diferentes partes.⁸⁸

De estas técnicas, la más conocida es la de "hot tub", que se utiliza para facilitar la comprensión de los miembros de la corte respecto a análisis económicos complejos. Utiliza una mezcla de intercambios directos entre los peritos, y entre los expertos y los abogados.⁸⁹

2.4 Operación

En Australia no existen requerimientos formales de educación, entrenamiento, o certificaciones de práctica para ser peritos.⁹⁰

⁸⁵ Uthmeyer, S., Cooke, N. Economic Experts: how necessary are they? A paper for the 2009 ACCC Regulatory Conference. July 2009.

⁸⁶ Uthmeyer, S., Cooke, N. Economic Experts: how necessary are they? A paper for the 2009 ACCC Regulatory Conference. July 2009.

⁸⁷ Uthmeyer, S., Cooke, N. Economic Experts: how necessary are they? A paper for the 2009 ACCC Regulatory Conference. July 2009.

⁸⁸ Uthmeyer, S., Cooke, N. Economic Experts: how necessary are they? A paper for the 2009 ACCC Regulatory Conference. July 2009.

⁸⁹ Uthmeyer, S., Cooke, N. Economic Experts: how necessary are they? A paper for the 2009 ACCC Regulatory Conference. July 2009.

⁹⁰ Crosby, N., Kincaid, D., Murdoch, J., Lavers, A. Expert valuation witnesses in Australia and the UK. Journal of Property Research, September 2003, 20(3) 281-304.

De acuerdo con la legislación australiana, el término “conocimiento especializado” no es restrictivo a alguna profesión y este engloba el conocimiento expresamente especializado y basado en la experiencia.⁹¹

En este sentido, se maneja el término de experto *ad hoc*, quienes son personas que no cuentan con una formación en alguna área específica de interés, pero que han adquirido experiencia basada en su trabajo.⁹²

El sistema jurídico australiano ha reconocido el concepto de los expertos *ad hoc* de manera común dentro de la ley. En diferentes cortes y casos se ha dado relevancia a las evidencias mostradas por estos expertos a través de sus interpretaciones y conocimientos particulares.⁹³

Capacitación y certificación

El gobierno australiano no cuenta con entidades oficiales de certificación de peritos, y la legislación australiana tampoco expresa requerimientos o siquiera recomendaciones relacionadas con certificaciones o algún tipo de documento oficial que avale la experiencia de los peritos.

Sin embargo, en la investigación y revisión documental de este análisis se identificaron diversos organismos privados, independientes del gobierno australiano, que ofrecen cursos de capacitación y diplomas de certificación para peritos expertos en diferentes áreas y profesiones.

Los programas de capacitación de estos organismos están diseñados para dotar a los peritos de las habilidades necesarias para declararlos como testigos expertos; mejorar la calidad de la redacción de sus informes, así como construir su conocimiento y confianza para actuar en escenarios judiciales.

Considerando lo anterior, estas instituciones reconocen que un perito competente requiere una comprensión de las expectativas de los tribunales y los litigantes, por lo que al ofrecer una opinión, es importante que entienda los límites en los que el perito puede aceptar una comisión, cómo preparar un informe, qué se espera cuando el perito entra en un conflicto, y cómo responder a las preguntas de los defensores de la otra parte en el juicio.

⁹¹ Australian Government. Australian Law Reform Commission. The Opinion Rule and its Exceptions. Opinions based on specialized knowledge. Consultado el 26 de noviembre de 2015, en: <http://www.alrc.gov.au/publications/9.%20The%20Opinion%20Rule%20and%20its%20Exceptions/opinions-based-specialised-knowledge>.

⁹² Australian Government. Australian Law Reform Commission. The Opinion Rule and its Exceptions. Opinions based on specialized knowledge. Consultado el 26 de noviembre de 2015, en: <http://www.alrc.gov.au/publications/9.%20The%20Opinion%20Rule%20and%20its%20Exceptions/opinions-based-specialised-knowledge>.

⁹³ Australian Government. Australian Law Reform Commission. The Opinion Rule and its Exceptions. Opinions based on specialized knowledge. Consultado el 26 de noviembre de 2015, en: <http://www.alrc.gov.au/publications/9.%20The%20Opinion%20Rule%20and%20its%20Exceptions/opinions-based-specialised-knowledge>.

Los componentes básicos de los programas de capacitación para peritos son:

- El papel del perito en los procesos judiciales
- Las reglas de la presentación de evidencia
- Informe de la escritura y habilidades de comunicación
- Procedimientos judiciales aplicados en casos de conflicto con los peritos de la contraparte
- Comprensión de los objetivos y métodos de examinación y conainterrogatorio

Acreditación

El Australian Property Institute, en su documento técnico de información recomienda que los reportes de evidencia de los peritos deben incluir siempre un Curriculum Vitae o un documento equivalente que muestre sus cualificaciones como un experto en el tema objeto del informe.⁹⁴ Dicha información es la misma que se encuentra listada en Código de Conducta, descrito anteriormente.

Adicionalmente, las cortes aplican cuatro diferentes tipos de “pruebas” a partir de las cuales valoran si los informes de los peritos pueden ser admitidos como evidencia para un caso, estas pruebas son:⁹⁵

- a) Prueba de relevancia o utilidad
- b) Prueba de conocimiento especializado
- c) Prueba de cualificaciones
- d) Prueba de fundamentos

La primera prueba es fundamental en la toma de decisiones judiciales. Cualquier evidencia, ya sea de hecho o de opinión, sólo es admisible si ésta es relevante para el procedimiento. La evidencia relevante es aquella evidencia que de ser aceptada, podría afectar de forma racional (directa o indirectamente) la valoración de la probabilidad de la existencia de un hecho controvertido en el procedimiento. Si la evidencia no puede ayudar racionalmente al tribunal, entonces no es útil.

La prueba de relevancia requiere una conexión lógica mínima entre la evidencia y el hecho del que se trata el caso. En términos de probabilidad, es suficiente que la evidencia relevante haga del tema en cuestión más probable o menos probable, de lo que podría ser sin la evidencia. La prueba de relevancia abarca dos conceptos: la conexión lógica entre la evidencia y los hechos; y el requisito de que el asunto sobre el que se lleva la evidencia, es un asunto debatido en el juicio.

⁹⁴ The Australian Property Institute. Technical Information Paper. Acting as an Expert Witness. Exposure Draft, 1 February, 2014.

⁹⁵ The Hon. Justice Brian J Preston SC. Specialised Court Procedures for Expert Evidence.

La segunda prueba requiere que la base de la opinión sea sobre los "conocimientos especializados". La expresión "conocimientos especializados" en la Ley de pruebas de 1995 (NSW) se desarrolló para dar lugar a una prueba equivalente a la posición en la ley. De acuerdo con la legislación, la opinión de un perito debe estar dentro de un campo de conocimiento que la ley reconoce como aquel en el que la prueba pericial puede ser desarrollada. La prueba de la ley común consiste en preguntar:

- a) Si el tema objeto de la opinión es tal que una persona sin instrucción o experiencia en el área, sería capaz de formar un juicio sobre el asunto sin la asistencia de testigos que posean un conocimiento especial o experiencia
- b) Si el tema objeto de la opinión forma parte de un conjunto de conocimientos o experiencia que esté lo suficientemente organizado o reconocido para ser aceptado como un campo confiable de conocimiento o experiencia, o como un conocimiento especial con el que se podría rendir un testimonio ante la corte

La primera de estas preguntas pretende excluir sobre la base de que una persona común sería capaz de formarse una opinión correcta sobre el tema en cuestión como lo haría en cualquier otro tema. La segunda pregunta busca excluir pruebas que, al no estar basadas en un campo específico de conocimiento o experiencia, sean "insuficientemente fiables".

La tercera prueba es la prueba de cualificaciones. El testigo debe ser calificado como un experto en el campo de su experiencia y demostrar haber adquirido conocimientos especializados sobre su "formación, estudio o experiencia". El tipo de conocimiento especializado y los medios por los cuales este se gana dependerá del área de conocimiento en cuestión.

Si el área de conocimiento en cuestión es de tipo técnico o científico, la mera experiencia sin la formación profesional adecuada puede ser insuficiente. Para determinar las cualificaciones que requiere un perito y si las posee o no, será necesario identificar de manera precisa el tema respecto al cual se requiere la evidencia. Debe existir una relación entre las cualificaciones y el tema de análisis.

La cuarta prueba se enfoca en la opinión real expresada por el perito y evalúa su fundamento. Se debe de establecer de dos maneras:

- a. La opinión del perito debe ser total o sustancialmente basada en su conocimiento especializado
- b. La base fáctica de la opinión debe ser divulgada y demostrada por pruebas admisibles

El primer elemento requiere que haya una relación entre el conocimiento especializado en un tema identificable con la opinión. No puede haber una relación si la opinión se desvía fuera del área de especialización del perito. Del

mismo modo, no puede haber una relación, incluso si la opinión se inscribe en el campo de especialización, si no se usa el "conocimiento especializado" para llegar a esa opinión. La opinión debe ser total o sustancialmente basada en el conocimiento especializado.

El segundo elemento requiere que el perito informe los hechos o supuestos sobre los que basa su opinión. Estos hechos deben tener la cualidad de poder ser demostrados por pruebas admisibles, y la evidencia debe ser admitida para probar los hechos asumidos sobre los que se basa la opinión.

Evaluación y desempeño

En el caso de Australia no se identificaron mecanismos específicos de evaluación del desempeño de los peritos. Sin embargo, se encontró información respecto a las acciones que pueden tomar los tribunales en caso de que el trabajo de los peritos no cumpla con la regulación.

De acuerdo con el Juez Brian J Preston, si un perito no cumple con lo establecido en la normatividad para la aportación de pruebas, evidencias o la elaboración de su informe, las cortes o los tribunales tienen las facultades de:

- a) Pedir el testimonio de los peritos para asistir a la corte
- b) Negarse a aceptar el informe del perito, o alguna de las respuestas a las preguntas que le fueron encomendadas
- c) Aceptar el informe encomendado, pero calificar como "incumplido" cuando se considere el peso de las pruebas presentadas por el perito
- d) Tener en cuenta el incumplimiento al momento de emitir órdenes para:
 - i. Una extensión o reducción de un límite de tiempo
 - ii. La suspensión de la causa
 - iii. Los intereses a pagar en una suma ordenada a pagar
 - iv. Los costos

2.5 Comentarios

Aun cuando el sistema da preferencia a la contratación de peritos por las partes involucradas en un caso o controversia, la legislación deja claro que el compromiso de estos es siempre hacia la corte, por lo que deben de actuar de manera legítima y honesta y nunca en favor de ninguna de las partes.

Otro elemento destacable es que a pesar de reconocer la importancia y utilidad de los servicios periciales, el gobierno no ha desarrollado algún sistema oficial de formación y certificación de peritos. Este elemento se puede relacionar también con un tema de confianza y honorabilidad, ya que las acreditaciones que requieren las cortes se basan solamente en documentos como el curriculum del perito, así como la demostración de su experiencia en su área de conocimiento de especialización.

2.6 Referencias

Australian Government. Annexure B. *Guidelines for Expert Witnesses in Proceedings in the Federal Court of Australia. Practice Direction.*

Australian Government. Australian Law Reform Commission. *The Opinion Rule and its Exceptions. Opinions based on specialized knowledge.* Consultado el 26 de noviembre de 2015, en: <http://www.alrc.gov.au/publications/9.%20The%20Opinion%20Rule%20and%20its%20Exceptions/opinions-based-specialised-knowledge>.

Crosby, N., Kincaid, D., Murdoch, J. and Lavers, A. Expert valuation witnesses in Australia and the UK. *Journal of Property Research*, September 2003, 20(3): 281–304.

The Australian Property Institute. Technical Information Paper. *Acting as an Expert Witness.* Exposure Draft, 1 February, 2014.

The Hon. Justice Brian J Preston SC. *Specialised Court Procedures for Expert Evidence.*

Uthmeyer, S. and Cooke, N. Economic Experts: how necessary are they? A paper for the 2009 ACCC Regulatory Conference. July 2009.

Ward, R. Hazards of an Expert Witness – *An Australian Experience. Symposium Series No. 154.*

3. Brasil

3.1 Antecedentes

Las políticas de competencia en la constitución brasileña se establecieron en 1988, señalando en su artículo 173/4 que “la legislación reprimirá el abuso del poder económico que tiene como objetivo el dominio de los mercados, la eliminación de la competencia, y el aumento arbitrario de los beneficios”.⁹⁶

Aunque el proceso de liberalización económica de Brasil comenzó en 1990 con una serie de reformas que incluyeron la privatización de empresas estatales, así como la liberalización de los precios y la desregulación en diferentes sectores, en 1994 se promulgó la nueva Ley de Competencia 8884/94, la cual dotó al Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de independencia institucional, y estableció controles para las fusiones empresariales.⁹⁷

Durante la misma década fueron creadas nuevas agencias regulatorias independientes para los sectores de telecomunicaciones, electricidad, petróleo y gas natural, así como para los sectores de transportación terrestre y aérea.⁹⁸

La Ley de Competencia confiere al CADE el poder de decisión como una agencia independiente, quien se apoya en otras dos agencias estatales: la Secretaría de Regulación Económica, del Ministerio de Justicia (Secretaria de Direito Econômico), y la Secretaría de Seguimiento Económico, del Ministerio de Finanzas (Secretaria de Acompanhamento Econômico).⁹⁹

La SDE inicia todas las investigaciones de conducta económica (como convenios anticompetitivos o abuso de posición dominante) y entrega sus reportes y recomendaciones al CADE, para que este tome decisiones al respecto. Por su parte, el SEAE cuenta con facultades para participar en las investigaciones iniciadas por el SDE, de manera que analizan y presentan reportes al CADE conjuntamente. El CADE puede complementar las investigaciones comenzadas por el SDE y el SEAE. Estos tres organismos en conjunto integran el Sistema Político de Competencia Brasileño (Brazilian Competition Policy System).¹⁰⁰

El sector de telecomunicaciones liberalizó en 1997 a las empresas pertenecientes al estado, mientras que la Ley Nacional de Telecomunicaciones creó un nuevo regulador sectorial que fue la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL).

⁹⁶ OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

⁹⁷ OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

⁹⁸ OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

⁹⁹ OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

¹⁰⁰ OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

ANATEL y CADE son las responsables de la aplicación de la ley de competencia, en el sector de telecomunicaciones.¹⁰¹ Dichas instituciones han desarrollado un acuerdo de trabajo cooperativo en el cual la ANATEL asume el papel de la SDE y revisa los casos de fusión que comprenden al sector de telecomunicaciones, además de realizar investigaciones y proporcionar una opinión técnica, mientras que el CADE emite el juicio final.¹⁰²

Con respecto a los casos de conducta económica, ANATEL comparte su jurisdicción concurrente con el SDE y la SEAE, de modo que cualquiera de las tres puede realizar funciones de investigación y presentar recomendaciones al CADE.¹⁰³

3.2 Definición y tipología

En la legislación brasileña, los servicios periciales son importantes cuando los tribunales no cuentan con las competencias profesionales para evaluar ciertos temas.¹⁰⁴

De acuerdo con la legislación brasileña, un perito es un especialista en temas tecnológicos, científicos, políticos o económicos, quien debe tener experiencia y autoridad en el tema solicitado por el tribunal.¹⁰⁵

Los peritos son llamados por el tribunal para evaluar algún caso a través de un cuidadoso estudio empírico, que demuestre las conclusiones científicas descubiertas hasta el momento de ser presentadas.¹⁰⁶

En la legislación brasileña no se especifica la interacción entre los peritos y la entidad reguladora como parte de los procesos administrativos. Aunque la literatura consultada señala que incluso cuando se utilizan los informes económicos del CADE, los tribunales solicitan en apoyo de un perito experto que los interprete y explique al tribunal.

3.3 Praxis – Reglamentos

Los casos que se deciden en la Suprema Corte suelen ser más complicados que los que se deciden ante otras instancias, ya que algunos temas superan el

¹⁰¹ OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

¹⁰² OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

¹⁰³ OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

¹⁰⁴ Massadas, J. (2015). Between Legal Authority and Economic Competence: A case Study of the Brazilian Supreme Court. (E. a. World Academy of Science, Ed.) International Journal of Social, Behavioral, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering, 9(6), 2156-2160.

¹⁰⁵ Massadas, J. (2015). Between Legal Authority and Economic Competence: A case Study of the Brazilian Supreme Court. (E. a. World Academy of Science, Ed.) International Journal of Social, Behavioral, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering, 9(6), 2156-2160.

¹⁰⁶ Massadas, J. (2015). Between Legal Authority and Economic Competence: A case Study of the Brazilian Supreme Court. (E. a. World Academy of Science, Ed.) International Journal of Social, Behavioral, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering, 9(6), 2156-2160.

domino legislativo y requieren de la experiencia y conocimiento técnico o científico de un experto, por lo que en estos casos los testimonios y los reportes periciales son cruciales para la toma de decisiones.¹⁰⁷

La legislación anti-monopolio brasileña no señala el tipo de pruebas que deben presentarse para el análisis de conductas anticompetitivas, tanto el CADE como la empresa investigada pueden usar todo tipo de evidencias admitidas por la legislación brasileña, que incluye estudios cuantitativos y cualitativos, opiniones de expertos, audiencias, y cualquier tipo de documentos, inspecciones, premisas, etc.¹⁰⁸

3.4 Proceso de selección y evaluación

Los peritos proporcionan un conocimiento muy específico y especial de fenómenos científicos, cuyo informe es único y no debe ser confundido con asuntos judiciales o políticos. El informe pericial permite presentar alegatos al tribunal, para exigir evaluaciones judiciales diferentes a las que se requieren como testimonios regulares.¹⁰⁹

En 2013 se realizó una reforma a la legislación antimonopolio que requiere, entre otras cosas, la presentación de información detallada y el análisis económico de los mercados involucrados para los casos analizados. El nuevo sistema aumenta la necesidad de análisis cada vez más minuciosos.¹¹⁰

Además de la prueba pericial ordenada por el tribunal, las partes pueden presentar sus propios análisis independientes, así como estudios económicos u opiniones legales de los juristas y autoridades con el fin de avanzar en su caso. Los tribunales tienden a estar abiertos a estas contribuciones, siempre y cuando cumplan con el debido proceso de ley, y que no se utilicen para sorprender a la otra parte o para obstaculizar el progreso de la demanda.¹¹¹

Un elemento importante en el análisis y solución de los casos es la efectividad de los estudios económicos, particularmente los cuantitativos y econométricos, que tiende a ser mayor, según la capacidad de éstos para demostrar su relación con la evidencia empírica del mercado.¹¹²

¹⁰⁷ Massadas, J. (2015). Between Legal Authority and Economic Competence: A case Study of the Brazilian Supreme Court. (E. a. World Academy of Science, Ed.) *International Journal of Social, Behavioral, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering*, 9(6), 2156-2160.

¹⁰⁸ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹⁰⁹ Massadas, J. (2015). Between Legal Authority and Economic Competence: A case Study of the Brazilian Supreme Court. (E. a. World Academy of Science, Ed.) *International Journal of Social, Behavioral,*

¹¹⁰ Bernardo Gouthier Macedo, G. M. (2016). Brazil Overview. In G. C. Review, *The Handbook of Competition Economics 2016*.

¹¹¹ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹¹² Bernardo Gouthier Macedo, G. M. (2016). Brazil Overview. In G. C. Review, *The Handbook of Competition Economics 2016*.

El análisis económico ha sido relevante en casos de investigación de cárteles en la evaluación de los impactos económicos, en donde el estudio de sus efectos es fundamental para la discusión y asignación de multas. Los análisis económicos sirven para medir la magnitud de los daños en los mercados como medida de comparación para calcular las penalizaciones.¹¹³

Por su parte, las decisiones del CADE deben basarse en el estricto cumplimiento de la ley (que describe los hechos ilícitos e impone restricciones a la cancelación de ciertas fusiones) y dependen de conocimientos técnicos específicos. Para revisar las decisiones del CADE, los tribunales recurren a especialistas que elaboran informes periciales.¹¹⁴

Los procedimientos civiles brasileños no incluyen alguna fase de análisis o investigación previa al juicio, todas las pruebas deben producirse en la corte ante el juez durante el procedimiento. El Código de Processo Civil de Brasil considera todos los medios legales de prueba admisible, así como los que son moralmente legítimos.¹¹⁵

Asimismo, no existen jerarquías jurídicas en cuanto a los diferentes tipos de pruebas que pueden ser recibidos por la corte, por lo que los tribunales son libres para valorarlos y utilizarlos como mejor les parezca.¹¹⁶

La responsabilidad de presentar las pruebas corresponde al demandante, pero en los litigios que afectan a los consumidores, la responsabilidad se puede trasladar a la parte demandada, si el demandante se considera más vulnerable (p. ej. Cuando hay una asimetría significativa de información o recursos económicos entre los involucrados).¹¹⁷

Cada parte tiene derecho a solicitar que la otra testifique, aunque no pueden solicitar su propia declaración en el tribunal. El objetivo principal de la solicitud de declaraciones es conseguir que la otra parte admita hechos que van en detrimento de su causa.¹¹⁸

Cuando se les cita a declarar, las partes no pueden negarse a asistir a la corte, o negarse a responder al juez o a las preguntas de la otra parte, si lo hacen sin

¹¹³ Bernardo Gouthier Macedo, G. M. (2016). Brazil Overview. In G. C. Review, The Handbook of Competition Economics 2016.

¹¹⁴ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹¹⁵ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹¹⁶ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹¹⁷ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹¹⁸ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

causa adecuada y justificada, el juez considerará su conducta como una admisión de la verdad de las demandas en su contra.¹¹⁹

Las partes también tienen derecho a llamar a un máximo de diez testigos, limitado a tres para cada uno de los hechos que se tiene la intención de demostrar. La corte hace el papel de interlocutor en la presentación de testimonios, ya que a las partes no se les permite hacer preguntas directamente a los testigos.¹²⁰

Capacitación

Si en una controversia se requiere de la evaluación de aspectos técnicos, el juez puede citar a un experto en el campo para llevar a cabo una evaluación, ya sea de oficio o a petición de las partes.¹²¹

En los problemas de competencia por lo general se requiere de la opinión de un economista o contadores, pero dependiendo del mercado de referencia, el producto o la infraestructura involucrada en la disputa, los tribunales pueden invocar a los ingenieros, médicos o cualquier otro experto en el campo relacionado (la prueba pericial puede implicar múltiples campos). El tribunal determina el alcance de la opinión técnica, además de permitir a las partes sugerir las preguntas que quieren que el experto considere en su análisis.¹²²

La participación de economistas en los casos de competencias se requiere de manera cada vez más intensiva y con mayor grado de cualificación por parte de éstos, con lo que se espera que aumente sustantivamente la importancia del análisis económico en el proceso de investigación y las razones de la decisión de casos.¹²³

El mayor reto en el uso de herramientas cuantitativas es la presentación de una imagen del mercado consistente con la información derivada de la evidencia. Este reto lo asumen de mejor manera los economistas que buscan mostrar su trabajo en un lenguaje que puede ser entendido por todos los profesionales que lo reciben, sin necesidad de hacer sacrificios en cuanto a la precisión técnica.¹²⁴

¹¹⁹ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹²⁰ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹²¹ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹²² de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹²³ Bernardo Gouthier Macedo, G. M. (2016). Brazil Overview. In G. C. Review, *The Handbook of Competition Economics* 2016.

¹²⁴ Bernardo Gouthier Macedo, G. M. (2016). Brazil Overview. In G. C. Review, *The Handbook of Competition Economics* 2016.

Certificación y acreditación

La literatura consultada no indica el tipo de preparación que se exige a los expertos en análisis económico para asesorar la resolución de conflictos relacionados con la competencia económica.

Las partes en un juicio o procedimiento pueden contratar a sus propios expertos para supervisar y evaluar el trabajo del perito judicial, pero los expertos convocados por las partes no se consideran peritos ante el tribunal, y éste no está obligado a considerar su opinión; por lo tanto su análisis no tiene un valor importante.¹²⁵

Para la elaboración de la prueba pericial, el perito puede utilizar cualquier medio disponible, incluyendo interrogatorios a los testigos y solicitar documentos en poder de las partes, como libros, registros y demás información económica para calcular, por ejemplo, pérdida de ganancias o recargos ilegales aplicados a los bienes o servicios.¹²⁶

Las decisiones del CADE respecto a violaciones antimonopolio son tratadas como documentos, ya que no fueron producidas por un perito judicial. Aunque debido a su autoridad y conocimiento tienen un peso importante en la toma de decisiones del tribunal.¹²⁷

Evaluación y desempeño

A excepción de las personas sujetas a una obligación de confidencialidad las partes en una controversia tienen plena libertad para llamar a peritos. No hay reglas de juramento, pero si se descubre que el perito ha mentido o presentado falso testimonio, está sujeto a un proceso penal. Es común que el tribunal advierta al perito antes de que brinde su testimonio.¹²⁸

Algunos datos e información contenidos en el informe pericial solo pueden ser comprendidos por el perito, por lo que se asume que lo que éste aporta al juicio no es su opinión, sino su recomendación experta.¹²⁹

El pago de los honorarios de los peritos son asumidos por las partes que los solicitaron, y en los casos en los que ambas partes lo hacen, el juez determina la forma de pago.¹³⁰

¹²⁵ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015

¹²⁶ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹²⁷ de Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. *Overview of Competition Law in Brazil*, IBRAC, 2015.

¹²⁸ Gonçalves, E.D., Barbosa, F.S., (2013) Arbitration Guide. IBA Arbitration Committee. Brazil.

¹²⁹ OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

3.5 Comentarios

En los casos de competencia económica en Brasil donde se utilizan los servicios de peritos, se parte de la legislación civil que regula la actuación de estos actores en los procedimientos judiciales.

En cuanto a la formación esperada de los peritos, sobre todo en los casos de competencia, se busca que sean economistas o contadores quienes elaboren los análisis. Sin embargo, los tribunales se reservan el derecho a consultar con especialistas en otras ciencias o artes según la complejidad del caso y los temas que este involucre.

Las partes son libres de convocar hasta a diez peritos y presentar todas las pruebas, análisis y estudios que consideren relevantes para su caso, pero todos estos no son considerados como testimonios, e incluso los peritos convocados por las partes, no son considerados como peritos ante el tribunal, sino como testigos expertos, cuyo análisis, si bien puede aportar información útil para el caso, no es determinante en la toma de decisión del juez.

Las opiniones del CADE son tratadas con mayor consideración, dado que se trata de la autoridad en materia de competencia, y sus análisis y opiniones tienen un peso importante en las cortes.

De aquí destaca el hecho de que los análisis y estudios económicos, y sobre todos los análisis cuantitativos tienen cada vez una mayor relevancia como pruebas para la toma de decisiones.

¹³⁰ Costa Ferreira, M.V., Valdetaro Mathias, G., Chateaubriand Martins, A. Chambers and Partners. Brazil Law & Practice. Litigation 2014-2015. Consultado el 1 de marzo de 2016, en: <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6581/1414-200>

3.6 Referencias

- Bernardo Gouthier Macedo, G. M. (2016). Brazil Overview. In G. C. Review, The Handbook of Competition Economics 2016.
- Costa Ferreira, M.V.,, Valdetaro Mathias, G., Chateaubriand Martins, A. Chambers and Partners. Brazil Law & Practice. Litigation 2014-2015. Consultado el 1 de marzo de 2016, en: <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6581/1414-200>
- De Magalhães, CF; Nogueira Dias, G.; Del Debbio, CR; Niclós Negrão, F. (2015) PRIVATE ANTITRUST DAMAGES. Overview of Competition Law in Brazil, IBRAC, 2015.
- Gonçalves, E.D., Barbosa, F.S., (2013) Arbitration Guide. IBA Arbitration Committee. Brazil.
- Massadas, J. (2015). Between Legal Authority and Economic Competence: A case Study of the Brazilian Supreme Court. (E. a. World Academy of Science, Ed.) International Journal of Social, Behavioral, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering, 9(6), 2156-2160.
- OECD/IDB. (2010). Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review.

4. Corea

4.1 Antecedentes

Corea promulgó su primera legislación en materia de competencia, la Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA) en 1980, y fue diseñada a partir de la legislación japonesa, al igual que muchas otras legislaciones administrativas coreanas en ese tiempo. Como resultado, el marco estatutario del MRFTA es muy similar al de la Ley Antimonopolio japonesa.¹³¹

Una característica interesante de la legislación coreana en materia de competencia y prácticas, es la influencia que tiene de las legislaciones y recomendaciones jurídicas estadounidenses. Asimismo, los casos y las teorías económicas desarrolladas en las legislaciones norteamericanas y europeas son utilizados de manera rutinaria como referencia en los documentos de la Korean Fair Trade Commission (KFTC), lo que ha servido como base para un desarrollo más maduro y sofisticado de la legislación y la práctica la competencia en Corea.¹³²

La KFTC es una organización administrativa central a nivel ministerial, bajo la autoridad del primer ministro, que funciona como un órgano cuasi-judicial. La Comisión formula y administra las políticas de competencia, y delibera, decide, y se ocupa de los casos antimonopolio. La KFTC desempeña sus funciones y deberes de forma independiente sin la intervención de una organización externa, es actualmente el único y más importante ejecutor de la ley de competencia en Corea.¹³³

El uso de análisis económicos en la regulación de competencia se ha expandido más allá de las funciones judiciales de la KFTC hacia el campo de los litigios administrativos o civiles (para la compensación de daños), incluyendo el testimonio como testigo en el juicio y el informe de análisis económico sometido al tribunal.¹³⁴

4.2 Definición y tipología

Tanto la legislación de procedimientos civiles como las normatividad en materia de competencia definen diferentes actores que participan en los juicios, casos y controversias de competencia económica, cuya experiencia o *expertise* es utilizada en los casos, los actores identificados son:

¹³¹ Sang-Seung Yi, Youngjin Jung (2007). A New Kid on the Block. Korean Competition Law, Policy and Economics. *Competition Policy International*. Volume 3 Number 2. Autumn 2007.

¹³² Sang-Seung Yi, Youngjin Jung (2007). A New Kid on the Block. Korean Competition Law, Policy and Economics. *Competition Policy International*. Volume 3 Number 2. Autumn 2007.

¹³³ KFTC. About KFTC. Who we are. Consultado el 27 de enero de 2016, en: <http://eng.ftc.go.kr/about/overview.jsp?pageId=0102>

¹³⁴ Korea Fair Trade Commission. Annual Report 2011.

- Los examinadores profesionales, quienes son designados por la corte de manera *ex officio* o por solicitud de las partes. Los examinadores profesionales pueden participar en los procedimientos de litigios. Esta figura debe presentar un documento en el que se describa su explicación, opinión o declaración después de haber participado en los procedimientos de litigio en los que se requirió de conocimientos especializados.¹³⁵
- Testigo experto/perito, cualquier persona con la experiencia necesaria para presentar un testimonio. Los peritos son designados por el tribunal de la demanda o por un juez.¹³⁶
- Perito de análisis económico, es una persona que asiste a una audiencia de la KFTC y da testimonio con respecto a las pruebas de análisis económico.¹³⁷

El código de procedimientos civiles señala que en caso de ser necesario, un tribunal puede designar a una agencia pública, a una escuela o a otro tipo de organización, la elaboración de un informe pericial.¹³⁸

Además de la definición de los actores que pueden presentarse ante un tribunal como testigos o peritos, el Guidelines on the Submission of Economic Analysis Evidence de la KFTC, señala otras dos definiciones importantes en cuanto al uso de evidencias y análisis económicos:¹³⁹

1. Análisis económico, es un análisis basado en teorías o análisis empíricos económicos sobre el impacto del comportamiento de las empresas en los mercados.
2. Evidencia de análisis económico, es el resultado del análisis económico presentado por un defensor o un examinador ante la Sesión Plenaria o ante un subcomité para probar la ocurrencia de una violación a la ley.

En lo que respecta a la relación entre los testigos expertos y la KFTC, en la legislación coreana se reconoce la figura del perito de análisis económico, quien es una persona que asiste a una audiencia de la KFTC y da testimonio con respecto a las pruebas de análisis económico, por lo que se incide qué si se utilizan los servicios de profesionales expertos en de los procesos administrativos.

4.3 Praxis – Reglamentos

En cuanto a la regulación relacionada con el uso de peritos o testigos expertos, así como del uso de testimonios y pruebas periciales se utiliza el Korea Civil

¹³⁵ KCPA. Article 164-2 (Participation of Professional Examiners).

¹³⁶ KCPA. Article 334 (Obligation to Give Expert Testimony)

¹³⁷ KFTC (2010). Guidelines on the Submission of Economic Analysis Evidence.

¹³⁸ KCPA. Article 341 (Entrustment for Expert Testimony)

¹³⁹ KFTC (2010). Guidelines on the Submission of Economic Analysis Evidence.

Procedure Act (KCPA), que es el documento legislativo más importante para la resolución de disputas y rige todos los procedimientos civiles del país, incluido el uso de testigos expertos solicitados por los tribunales o por las partes involucradas en un litigio.

El KCPA no hace distinciones o especificaciones concretas sobre las profesiones o características de los testigos expertos, aunque sí sobre el uso de este tipo de testimonios.

4.4 Proceso de selección y evaluación

El uso de la prueba pericial en Corea se basa en lo estipulado en el KCPA, quien describe el proceso de uso de este tipo de pruebas:¹⁴⁰

- Después de la presentación de los alegatos iniciales, las partes pueden solicitar al tribunal la designación de un perito.
- Alternativamente, el tribunal puede considerar por su cuenta si el caso amerita el análisis de un experto.
- El tribunal puede solicitar a las partes nominar a un perito que sea seleccionado de una lista, o escoger conjuntamente a otro candidato.
- En los casos relacionados con temas o especialidades requeridas frecuentemente, la corte podrá escoger de una lista de expertos que hayan testificado en casos previos, sin recurrir a las partes.
- Los tribunales pueden contar con una lista de expertos que incluya académicos y facultades universitarias para desarrollar experimentos científicos en los casos que sea necesario.
- Los expertos incluidos en dichas listas no son considerados miembros de paneles o barras de expertos certificados.
- Un juez de distrito dirige al personal de la corte para mantener las listas, con lo que el proceso se vuelve informal y conveniente para los jueces.

Las listas de expertos o peritos señaladas son elaboradas y actualizadas por los tribunales, quienes almacenan los nombres de expertos en diferentes áreas, de acuerdo con los casos que se han presentado con anterioridad, como tasadores de bienes raíces de las disputas sobre el valor del suelo, médicos de acciones de lesiones personales, o departamentos académicos universitarios para los casos que requieren análisis académicos y técnicos.¹⁴¹

Los individuos en estas listas no se consideran miembros de grupos especiales de peritos certificados. En algunos distritos, los nombres de los peritos se

¹⁴⁰ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁴¹ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

almacenan en las listas generadas por computadora desde donde pueden ser seleccionados al azar.¹⁴²

Una vez que se ha citado al perito, el tribunal lo convoca a rendir juramento, y posteriormente le asigna sus tareas de acuerdo con el caso. La asignación de tareas depende en gran medida de la decisión del juez o, si el caso lo está llevando un tribunal colegiado, de la categoría del juez; a su vez, el tribunal puede tomar alguna de las siguientes decisiones:¹⁴³

- Solicitar al perito que aclare únicamente o que confirme ciertos datos.
- Dar instrucciones al perito para que dé su opinión respecto a un punto fundamental de alguna acción.

Asimismo, el tribunal es quien decide si el testigo debe o no asistir a los procesos o revisar las pruebas presentadas. El perito entrega un reporte escrito al tribunal quien lo entrega a su vez a las partes. El informe debe contener la posición del perito y sus cualificaciones especiales, un resumen de las tareas asignadas, el listado de los materiales y documentos revisados, así como su análisis y conclusiones.¹⁴⁴

Aun cuando la corte cita solamente a un perito por caso, las partes pueden utilizar adicionalmente los servicios de expertos que testifiquen en los campos o áreas de experiencia sin el título de “peritos citados por el tribunal”. Sin embargo, si se presentan casos en los que la evidencia es contradictoria, se puede asumir que los peritos de las partes son parciales, sesgados o que son poco objetivos, por lo que muchos litigantes prefieren no recurrir a peritos adicionales.¹⁴⁵

Aunque existen casos especiales, sobre todo aquellos relacionados con temas complejos o disputas en las que la comunidad de expertos están divididos, las partes pueden ofrecer el testimonio de expertos imparciales.¹⁴⁶

Asimismo, los tribunales pueden cuestionar las conclusiones de los peritos citados por ellos mismos, y buscar la opinión de otro experto, o

¹⁴² Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁴³ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁴⁴ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁴⁵ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁴⁶ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

alternativamente, aceptar el reporte pericial de alguno de los peritos “adicionales” de las partes.¹⁴⁷

Durante el proceso de litigio, los demandantes presentan los análisis económicos que fueron asignados a los peritos externos. Dado que el tribunal no tiene suficiente conocimiento experto en dicho campo, se le recomienda a la KFTC revisar –y en su caso refutar– el análisis recibido por el demandante. De ser necesario, la corte puede solicitar al demandante que presente una réplica a la refutación de la KFTC.¹⁴⁸

Dado que los tribunales aceptan el uso de análisis económicos, se considera necesario que los términos económicos y ecuaciones sean presentados de manera que su comprensión sea fácil para todo el público. Además de ello, si se considera que es necesario que el perito que elaboró el informe se presente ante el tribunal, se le puede requerir que asista para explicar las opiniones presentadas y para responder a las dudas del tribunal.¹⁴⁹

En cuanto al pago de los costos derivados por la contratación de los servicios periciales, la sentencia definitiva de los tribunales incluye la decisión sobre la asignación de los gastos del procedimiento.¹⁵⁰

Los costos de litigio, en principio, están a cargo de la parte perdedora (artículo 98, Ley de Procedimiento Civil de Corea). En una victoria parcial, el tribunal tiene la facultad de decidir la proporción o cantidad de los costos de litigios que las partes respectivas deben pagar.¹⁵¹

Capacitación

El artículo 306 (1) del Code of Civil Procedure, señala que “cualquier persona que posea erudición y/o la experiencia necesaria para brindar un informe pericial, tiene la obligación de brindarlo”. Aunque dicha legislación no describe la especialización profesional en la que se puede requerir informes periciales, en la práctica se puede solicitar la especialización en cualquier ciencia o arte.¹⁵²

¹⁴⁷ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁴⁸ OECD (2008). Presenting Complex Economic Theories to Judges. Policy Roundtables. DAF/COMP(2008)31

¹⁴⁹ OECD (2008). Presenting Complex Economic Theories to Judges. Policy Roundtables. DAF/COMP(2008)31

¹⁵⁰ Jin Yeong Chung and Sungjean Seo (2015). Litigation and enforcement in South Korea: overview. Practical Law GLOBAL GUIDE 2015/16 DISPUTE RESOLUTION.

¹⁵¹ Jin Yeong Chung and Sungjean Seo (2015). Litigation and enforcement in South Korea: overview. Practical Law GLOBAL GUIDE 2015/16 DISPUTE RESOLUTION.

¹⁵² Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

Como contribución para la evidencias, la presentación de opiniones escritas es la prueba más común, y los peritos externos que las redactan son usualmente académicos o profesores universitarios de economía.¹⁵³

Certificación

Como se mencionó en la sección anterior, el artículo 306 (1) del Code of Civil Procedure señala que cualquiera con las habilidades y conocimientos requeridos sobre un tema en específico puede ejercer como perito. Se da un peso importante a la formación profesional y académica de los expertos, por lo que la pura experiencia no es un requisito exclusivo para calificar como perito.¹⁵⁴

Los estándares para citar a un perito ante la corte pueden ser notablemente altos, ya que se considera al perito como un asistente neutral y se espera que posea formación profesional en alguna habilidad o naturaleza analítica. La utilidad de los servicios expertos del perito para la corte, se reservan a la discrecionalidad de los tribunales.¹⁵⁵

Acreditación

El proceso de selección de peritos en Corea consiste básicamente en la citación del perito que puede hacerla exclusivamente el tribunal (artículo 308 del Code of Civil Procedure). El artículo 308, como el ya referido artículo 306, destacan la autoridad del tribunal respecto al uso de los servicios periciales.¹⁵⁶

El perito en Corea se considera como un individuo con un grado de educación avanzada en un campo o disciplina particular o como prestador de un servicio que requiere una habilidad certificada o licencia. El perito designado por el tribunal es alguien que tiene la capacidad para realizar y servir en análisis especiales o críticos, o un profesional especializado que puede servir como asistente judicial.¹⁵⁷

El Code of Civil Procedure señala la obligación de un experto a presentarse en un proceso judicial ante el tribunal. Dicha obligación se garantiza mediante la

¹⁵³ OECD (2008). Presenting Complex Economic Theories to Judges. Policy Roundtables. DAF/COMP(2008)31

¹⁵⁴ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁵⁵ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁵⁶ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁵⁷ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

imposición de multas a aquellos que se nieguen a presentarse. Sin embargo, se trata más bien de una regla precautoria, porque generalmente, los tribunales rara vez solicitan los servicios de expertos que se rehúsen a testificar.¹⁵⁸

Evaluación y desempeño

Los artículos del Code of Civil Procedure referentes a temas de evidencias, contienen las reglas referentes al manejo de los informes periciales en las cortes coreanas, y se trata básicamente de cuestiones de procedimiento, como el método para citar a un perito, el procedimiento para impugnar el nombramiento de un perito, las peticiones judiciales de testimonios escritos, y peticiones judiciales de testimonios de expertos de una organización en lugar de un individuo.¹⁵⁹

La revisión de pruebas periciales en procesos administrativos se hace de la siguiente manera:¹⁶⁰

- Las partes interesadas solicitan una revisión de las pruebas ante la corte y se les asigna un evaluador.
- Las partes interesadas nombran a un economista que redacte una opinión escrita que es presentada al tribunal como alegato.
- La corte consulta con las partes u organizaciones relacionadas, como instituciones públicas, escuelas e instituciones públicas de otros países, sobre los elementos necesarios para el procedimiento judicial (normalmente conocidos como "investigación de hecho", que son aplicadas por oficio por el tribunal o por la persona en cuestión).
- Las partes interesadas solicitan la declaración de un perito al tribunal para que testifique en el juicio.

Una vez que se ha recibido el informe, las partes y el tribunal pueden solicitar una evaluación del perito dentro del tribunal, aunque dicha evaluación se limita a los contenidos del informe escrito. La información del reporte se maneja con un alto grado de discrecionalidad por parte del tribunal.¹⁶¹

Los jueces no están obligados a aceptar o adoptar las conclusiones del perito y son libres de rechazar cualquier punto o sección del informe pericial. Así, aunque el perito convocado por el tribunal puede llegar a verse como un

¹⁵⁸ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁵⁹ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁶⁰ OECD (2008). Presenting Complex Economic Theories to Judges. Policy Roundtables. DAF/COMP(2008)31

¹⁶¹ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

colaborador y se supone que su testimonio es imparcial, sus conclusiones y testimonios no garantizan ser infalibles.¹⁶²

Si un tribunal en Corea no está satisfecho con la evidencia mostrada por las partes, el Code of Civil Procedure le otorga facultades para hacer la investigación de pruebas bajo su propia autoridad. De esta forma, la normatividad les permite convocar a peritos que no hayan sido requeridos por las partes e incluso a realizar una investigación de pruebas fuera de los tribunales. Esta investigación de pruebas puede ser realizada ya sea por otro juez o por una organización pública o privada.¹⁶³

4.5 Comentarios

El uso de pruebas periciales así como de los servicios de expertos como testigos y peritos es una práctica común en la legislación coreana en materia de competencia.

La legislación permite que se convoque a personas cuya experiencia y formación profesional sean útiles en la solución de conflictos y controversias. Asimismo, la legislación permite que los peritos sean tanto personas físicas como organismos o entidades, siempre que cuenten con las capacidades para elaborar un informe o análisis pericial.

La decisión de convocar a un perito pueden tomarla tanto el juez como algunas de las partes, que solicitan este tipo de intervención.

La asignación de peritos, según el procedimiento civil se hace a partir de una lista que es elaborada por cada tribunal, en la cual se integran los nombres de peritos que han participado en casos anteriores. Salvo esta referencia, no es posible identificar si existen otros requisitos adicionales para la integración de estas listas.

En lo referente a la formación profesional del perito, la legislación señala que deben ser profesionales que puedan demostrar sus conocimientos y experiencia en la materia para la que fueron convocados. Si bien no se señala de qué manera pueden demostrar estas características, se entiende que en los casos de competencia económica, los peritos deben contar con formación profesional en esta ciencia.

En cuanto a la evaluación del desempeño del perito, una vez que se ha recibido el informe pericial, tanto las partes como el tribunal pueden solicitar una

¹⁶² Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

¹⁶³ Eric Ilhyung Lee (1997), *Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

evaluación del perito dentro del tribunal. Dicha evaluación se limita a los contenidos del informe escrito y la información del reporte se maneja con un alto grado de discrecionalidad por parte del tribunal.

Cuando un juez no está satisfecho con las pruebas presentadas por las partes, la legislación le permite consultar a otros expertos e incluso en otros tribunales sobre las pruebas aportadas.

No se identificaron mecanismos de penalización o sanción en el caso en el que los peritos no cumplan con sus obligaciones y responsabilidades ante el tribunal, salvo la imposición de multas por negarse a participar o a declarar como testigos cuando son convocados.

4.6 Referencias

Eric Ilhyung Lee (1997), Expert Evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence: A Comparative Study, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 585. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol19/iss3/3>

Jin Yeong Chung and Sungjean Seo (2015). Litigation and enforcement in South Korea: overview. Practical Law GLOBAL GUIDE 2015/16 DISPUTE RESOLUTION.

KFTC. About KFTC. Who we are. Consultado el 27 de enero de 2016, en: <http://eng.ftc.go.kr/about/overview.jsp?pageId=0102>

Korea Civil Procedure Act.

Korea Fair Trade Commission. Annual Report 2011.

OECD (2001). Competition Law and Policy in Korea. 2001 Annual Report. Consultado el 27 de enero de 2016, en: <http://www.oecd.org/korea/2488909.pdf>

OECD (2008). Presenting Complex Economic Theories to Judges. Policy Roundtables. DAF/COMP(2008)31

Sang-Seung Yi, Youngjin Jung (2007). A New Kid on the Block. Korean Competition Law, Policy and Economics. Competition Policy International. Volume 3 Number 2. Autumn 2007.

5. Chile

5.1 Antecedentes

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) es la agencia nacional responsable de la libre competencia en Chile, y es la encargada de defender y promover la competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena.¹⁶⁴

La Ley de Defensa de la Competencia, Decreto Ley No. 211 establece que la FNE es una institución pública descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio.¹⁶⁵

En el sistema institucional de protección y promoción de la competencia chileno participa la FNE y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), así como la Corte Suprema de Chile. La FNE es la responsable de las investigaciones y el procesamiento de los casos. El TDLC es un tribunal colegiado independiente que se especializa exclusivamente en cuestiones relacionadas con la libre competencia. Su función es prevenir, corregir y sancionar las violaciones a la ley de competencia, así como de revisar la actuación de la FNE.¹⁶⁶

La FNE busca proteger el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para lo cual investiga todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos. La FNE combate las prácticas colusorias, los abusos de posición monopólica y analiza las concentraciones que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor.¹⁶⁷

De acuerdo con el resultado de sus investigaciones, cuando lo estime procedente, la FNE puede solicitar al TDLC que adopte las medidas o sanciones que procedan para evitar o reparar los efectos anticompetitivos de las conductas o hechos investigados.¹⁶⁸

La FNE divide su trabajo en cuatro divisiones (Litigios, Abusos Unilaterales, Estudios y Promoción, y Administración), una unidad (Carteles) y un departamento (Relaciones institucionales). Cada una de estas áreas realiza su

¹⁶⁴ OCDE (2015). Competencia y estudios de mercado en América latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú.

¹⁶⁵ OCDE (2015). Competencia y estudios de mercado en América latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú.

¹⁶⁶ OCDE (2015). Competencia y estudios de mercado en América latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú.

¹⁶⁷ FNE. Qué hacemos. Consultado el 24 de febrero de 2016, en: <http://www.fne.gob.cl/fne/que-hacemos/>

¹⁶⁸ FNE. Qué hacemos. Consultado el 24 de febrero de 2016, en: <http://www.fne.gob.cl/fne/que-hacemos/>

trabajo de forma interdependiente, bajo la supervisión y coordinación del Fiscal Nacional Económico y el Sub-Fiscal Nacional.¹⁶⁹

La FNE cuenta con alrededor de 90 funcionarios, cuyo trabajo es interdisciplinario. En cada labor de defensa y promoción de la competencia participa un equipo de expertos, particularmente en derecho y economía.

El tribunal está compuesto por tres abogados y dos economistas, cuyas decisiones se dan de manera colegiada. El TDLC actúa normalmente en respuesta a las peticiones o demandas iniciadas por la FNE o particulares. Las decisiones finales adoptadas por el TDLC en procedimientos sancionatorios y consultas de particulares pueden ser revisadas por la Corte Suprema, que es el organismo de revisión judicial definitiva.¹⁷⁰

5.2 Definición y tipología

En la literatura chilena se entiende por perito a "aquel tercero, técnicamente idóneo y capaz, llamado a dar opinión y dictamen fundado en un proceso, acerca de la comprobación de hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especiales sobre determinada actividad, técnica o arte, el cual es ajeno al juzgador."¹⁷¹

El testimonio de expertos en alguna ciencia o arte es un medio importante de pruebas o evidencias en los juicios que requieren de conocimientos especializados sobre el asunto en discusión, para comprender mejor el asunto de la controversia.¹⁷²

La evidencia que presentan los especialistas se llama informe de los expertos y cualquiera de las partes en un juicio o controversia puede solicitar a la corte que le permita presentar evidencias como parte de los procedimientos, y el mismo juez puede permitirlos como un paso necesario para resolver mejor el caso. En algunos juicios es obligatorio presentar el informe de los expertos, aunque en otros su uso se deja a la discrecionalidad del juez.¹⁷³

En lo que se refiere al valor probatorio del informe experto, el tribunal considera esta información de acuerdo con las normas de la sana crítica, en

¹⁶⁹ FNE. Cómo trabajamos. Consultado el 24 de febrero de 2016, en: <http://www.fne.gob.cl/fne/como-lo-hacemos/>

¹⁷⁰ OCDE (2015). Competencia y estudios de mercado en América latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú.

¹⁷¹ Aguirrezabal Grünstein, M. (2012) Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte, Año 19 No. 1.

¹⁷² Chambers and Partners (2014). Chile Law & Practice. Litigation 2014. Consultado el 15 de febrero de 2016, en: <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6584/1396-200>

¹⁷³ Chambers and Partners (2014). Chile Law & Practice. Litigation 2014. Consultado el 15 de febrero de 2016, en: <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6584/1396-200>

donde el juez basa su opinión en la razón honesta, la opinión racional, la lógica y los hechos científicos.¹⁷⁴

Además de la evidencia de los expertos designados por el tribunal o por el juez, las partes pueden usar en el juicio los reportes de los expertos contratados por su propia cuenta, cuyo valor probatorio en el juicio es el de un testigo.¹⁷⁵

El Código Procesal Chileno señala que el informe de los peritos debe entregarse por escrito y contener:

- a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él.
- b) La relación de todas las operaciones practicadas y su resultado.
- c) Las conclusiones de los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

En el caso de los procesos administrativos, de acuerdo con la legislación en materia de competencia chilena, el Fiscal de la FNE, podrá instruir las investigaciones que estime procedentes. Con tal efecto, dictará una resolución que así lo ordena, en la que hará referencia a las actividades económicas, mercados y/o industrias en que hayan tenido o pudieren tener lugar, conductas eventualmente atentatorias contra la libre competencia.

Por su parte, el Decreto de Ley N°211 para la promoción y defensa de la libre competencia, señala que una de las facultades del TDLC es la de requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos.

5.3 Praxis - Reglamentos

El sistema utilizado en Chile para resolver y examinar los casos relativos a cuestiones de competencia es acusatorio judicial. Judicial porque en Chile el organismo encargado de conocer y juzgar los casos de competencia es el TDLC, órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Es acusatorio, porque el TDLC no puede avocarse de oficio el conocimiento de eventuales atentados contra la libre competencia. Los únicos que tienen poderes legítimos para iniciar una causa ante el TDLC por un supuesto atentado contra la competencia son los particulares, a través de una demanda, o la FNE, a través de un requerimiento.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Chambers and Partners (2014). Chile Law & Practice. Litigation 2014. Consultado el 15 de febrero de 2016, en: <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6584/1396-200>

¹⁷⁵ Chambers and Partners (2014). Chile Law & Practice. Litigation 2014. Consultado el 15 de febrero de 2016, en: <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6584/1396-200>

¹⁷⁶ FNE. División de Estudios (2009). Cuestionario para la UNCTAD. Consultado el 15 de febrero de 2016, en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/UNCT_0001_2009.pdf

5.4 Proceso de selección y evaluación

El Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la FNE¹⁷⁷ señala las pautas y criterios aplicados por la FNE en el desarrollo de sus investigaciones, cuyos criterios son aplicados al momento de recabar datos, indicios, antecedentes y cualquier otro tipo de información que sirva para justificar las acciones que corresponda ejercer al TDLC con el fin de prevenir o sancionar conductas que puedan afectar la libre competencia.

El Instructivo señala que las partes involucradas (definidas en el documento como “afectados por la investigación”) en una investigación, así como los abogados que los representen, podrán presentar informes jurídicos y económicos, solicitar audiencia con los profesionales a cargo de la investigación, a la que podrán concurrir expertos que los asesoren, y aportar los antecedentes que consideren pertinentes.

Asimismo, señala que el Fiscal podrá instruir las investigaciones que estime procedentes, referentes a las actividades económicas, mercados y/o industrias en que hayan tenido o pudieren tener lugar, conductas eventualmente atentatorias contra la libre competencia.

Por su parte, el Decreto de Ley N°211 para la promoción y defensa de la libre competencia, señala que una de las facultades del TDLC es la de requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos. Esta es la única referencia textual que se hace al uso y contratación de peritos expertos en los casos de competencia económica.

En cuanto a la remuneración de los peritos, los gastos y honorarios que se originen en los litigios o controversias, correrán a cargo de la parte que la haya solicitado; salvo que sea el tribunal quien estime necesaria la intervención del perito para el esclarecimiento de la cuestión, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas. El tribunal, de oficio o a petición de parte, también podrá ordenar que previamente se consigne una cantidad prudencial para responder a los gastos y honorarios referidos.¹⁷⁸

La resolución por la cual se fije el monto de la consignación será notificada por cédula al que solicitó el informe de peritos. Si dicha parte deja transcurrir diez días, contados desde la fecha de la notificación, sin efectuar la consignación, se la tendrá por desistida de la diligencia pericial solicitada, sin más trámite.¹⁷⁹

¹⁷⁷ FNE (2013). Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la FNE. Consultado el 24 de febrero de 2016, en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf

¹⁷⁸ Ministerio de Justicia (2015) Ley 1552. Código de Procedimiento Civil.

¹⁷⁹ Ministerio de Justicia (2015) Ley 1552. Código de Procedimiento Civil.

Capacitación

De acuerdo con el Presidente del Tribunal de la Libre Competencia, en Chile no existen manuales o procedimientos normativos para reclutar a los testigos expertos. Lo normal es que se contrate a un economista experto en la materia para que elabore un informe sobre el caso y después dicho economista concurre como testigo a ratificar su informe y contestar las preguntas que se le hagan al respecto.

El Código de Procedimiento Civil chileno, en su artículo 412, indica que el reconocimiento de peritos podrá decretarse de oficio en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo podrán solicitarlo dentro del término probatorio.¹⁸⁰

Asimismo, el artículo 413 señala que no pueden ser peritos aquellas personas que no tengan título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera está reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.¹⁸¹

Acreditación y certificación

El artículo 414 del Código de Procedimiento Civil indica que para el nombramiento de peritos, el tribunal debe citar a las partes a una audiencia, en la cual se fijará el número de peritos que deban nombrarse, la calidad, aptitudes o títulos que deban tener y el punto o puntos materia del informe. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de las personas, los peritos serán nombrados por el tribunal, en cuyo caso ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas inicialmente por cada parte podrá ser nombrada.¹⁸²

Cuando el nombramiento se haga por el tribunal, lo hará de entre los peritos de la especialidad requerida que figuren en las listas propuestas cada dos años por la Corte de Apelaciones respectiva, según el número determinado de peritos que en su concepto deban figurar en cada especialidad.¹⁸³

Para formar las listas, cada Corte de Apelaciones convocará a concurso público, al que podrán postularse quienes posean y acrediten conocimientos especiales de alguna ciencia, arte o especialidad. Las Cortes tendrán en cuenta la vinculación de los candidatos con la docencia y la investigación universitarias.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Ministerio de Justicia (2015) Ley 1552. Código de Procedimiento Civil

¹⁸¹ Ministerio de Justicia (2015) Ley 1552. Código de Procedimiento Civil

¹⁸² Ministerio de Justicia (2015) Ley 1552. Código de Procedimiento Civil

¹⁸³ Ministerio de Justicia (2015) Ley 1552. Código de Procedimiento Civil

¹⁸⁴ Ministerio de Justicia (2015) Ley 1552. Código de Procedimiento Civil

De acuerdo con el Auto Acordado sobre Confección de Lista de Peritos en el Procedimiento Civil,¹⁸⁵ las cortes de apelaciones deben de tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) Acreditación de los conocimientos específicos de alguna ciencia, arte o especialidad para la cual se considerará la vinculación del candidato con la docencia y la investigación universitaria.
- b) Los años de experiencia acreditados mediante título profesional o equivalente.
- c) Los informes de los jueces, policías, Colegio de Abogados, y reclamos o felicitaciones expresadas por instituciones o particulares y de los respectivos colegios profesionales, en su caso.
- d) Cualquier otro antecedente que se relacione con su desempeño como perito o profesional en la ciencia, arte o especialidad.

Evaluación y desempeño

En los procedimientos civiles y comerciales, la ley establece que los testigos serán examinados personalmente por el juez y que cada una de las partes tiene el derecho de dirigir preguntas a través del juez. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los jueces no examinan personalmente testigos, esto lo hacen los abogados de las partes.¹⁸⁶

El Código de Procedimiento Civil regula los motivos sobre los que se desafían los documentos presentados por la otra parte (por ejemplo, por falta de autenticidad o integridad). Los documentos expedidos por las partes litigantes sólo tendrán valor probatorio si el perito (y autor de los mismos) presta testimonio sobre su autenticidad. Los testigos también pueden ser impugnados por razones específicas establecidas por el mismo código para asegurar su imparcialidad.¹⁸⁷

5.5 Comentarios

La Ley de Defensa de la Competencia sólo hace una breve mención sobre el uso de peritos. Aunque queda claro que no los prohíbe, no hace ninguna referencia sobre su contratación (por parte de quién debe de hacerse), o sobre los requerimientos que deben cumplir, como cualidades profesionales, méritos, diplomas, reconocimientos, etc.

¹⁸⁵ Corte Suprema de Chile (2007). Auto Acordado sobre Confección de Lista de Peritos en el Procedimiento Civil, Acta Nº140-2007. Consultado el 24 de febrero de 2016, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=263995>

¹⁸⁶ Latin Lawyer (2015). Litigation 2016. Chile. Consultado el 15 de febrero, en: <http://latinlawyer.com/reference/topics/60/jurisdictions/3/chile/>

¹⁸⁷ Latin Lawyer (2015). Litigation 2016. Chile. Consultado el 15 de febrero, en: <http://latinlawyer.com/reference/topics/60/jurisdictions/3/chile/>

Al señalarse que los casos de competencia económica se resuelven mediante instancias acusatorias judiciales, se incide que la regulación en materia de peritaje es la misma que se señala en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Procesal Penal.

La legislación en materia de peritaje también es muy escueta ya que solo indica algunos rasgos generales obligatorios que deben de cumplir los peritos, pero no cuáles son las credenciales o el tipo de documentación que deben presentar para ser acreditados como expertos en las ciencias o artes que representan.

Los jueces valoran la calidad de los informes periciales con base en su utilidad para ayudar a resolver los casos.

5.6 Referencias

Aguirrezabal Grünstein, M. (2012) Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte, Año 19 No. 1

Asociación Gremial de Peritos Judiciales de Chile. (2013). Código de Ética. Consultado el 16 de febrero de 2016, en: <http://agpj.cl/wp-content/uploads/codigo-de-etica.pdf>

Chambers and Partners (2014). Chile Law & Practice. Litigation 2014. Consultado el 15 de febrero de 2016, en: <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6584/1396-200>

Corte Suprema de Chile (2007). Auto Acordado sobre Confección de Lista de Peritos en el Procedimiento Civil, Acta N°140-2007. Consultado el 24 de febrero de 2016, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=263995>

FNE. División de Estudios (2009). Cuestionario para la UNCTAD. Consultado el 15 de febrero de 2016, en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/UNCT_0001_2009.pdf

Latin Lawyer (2015). Litigation 2016. Chile. Consultado el 15 de febrero, en: <http://latinlawyer.com/reference/topics/60/jurisdictions/3/chile/>

Ministerio de Justicia (2015) Ley 1552. Código de Procedimiento Civil.

Ministerio de Justicia (2015) Ley 19696. Código Procesal Penal.

OCDE (2015). Competencia y estudios de mercado en América latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú.

6. España

6.1 Antecedentes

La principal autoridad en materia de competencia en España es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), creada el 7 de octubre de 2013.

La CNMC es un organismo de **supervisión integrado** en un doble sentido: es un órgano de supervisión **multisectorial**, porque aglutina la supervisión de los sectores regulados de red; y es **convergente** porque aúna la aplicación de la normativa de competencia y supervisión regulatoria.

Se optó por este modelo multisectorial y convergente de supervisión de mercados y aplicación de la normativa de competencia, asumiendo que debe mejorar la eficiencia y eficacia de la supervisión, tanto de competencia como de la regulación, en beneficio finalmente de los consumidores.

El modelo de la CNMC surge por la necesidad de asegurar la coherencia entre las medidas de defensa de la competencia y las que se dirigen a los sectores regulados, pero también por los cambios que se están produciendo en esos sectores (Energía, Telecomunicaciones y Sector Audiovisual y Transporte y Sector Postal).

La importancia y amplitud de funciones que le otorga la legislación —entre otras, la defensa de la competencia en toda la economía y la supervisión regulatoria de algunos sectores estratégicos— convierten a la CNMC en un elemento fundamental para asegurar el buen funcionamiento de la economía de mercado y cimentar su potencial de crecimiento.

Funciones de la CNMC

Según la Ley de creación de la CNMC, la Comisión cuenta con funciones de carácter general que tienen por objeto «garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos» (Ley 3/2013, del 4 de junio; Art. 5, 1). Además, tendrá competencias específicas en algunos sectores, en concreto «los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, en el sector ferroviario, en materia de tarifas aeroportuarias y el mercado postal» (ibíd., Art. 5, 3).

La CNMC ejerce sus competencias básicamente a través de tres tipos de funciones:

1. Es autoridad de supervisión de los sectores regulados (energía, telecomunicaciones y audiovisuales, transportes y postal),
2. Es autoridad de competencia encargada de la aplicación de la normativa de competencia, y
3. Es órgano consultivo en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

La unión de la supervisión regulatoria y la aplicación de la normativa de competencia, ha sido objeto de cuestionamiento. Se defiende esta estructura con base en el siguiente argumento: desde un punto de vista económico, no tiene sentido que la definición de un mercado, el entendimiento sobre cuál es su estructura, la determinación de los operadores con poder de mercado, el establecimiento de metodologías de costos o los análisis sobre la capacidad de réplica de otros operadores, se enfoquen de distinta forma según actúe una autoridad de competencia o de regulación. La unión de la regulación y la competencia se justifica por compartir un objetivo: que los mercados sean eficientes. Así, la regulación se establece como mecanismo para tratar de solucionar las fallas del mercado. Desde esta perspectiva, unir competencia y supervisión regulatoria permite al regulador estar mejor preparado —por el conocimiento y el saber práctico acumulados de ambas vertientes— para afrontar los problemas, y le proporciona un abanico de instrumentos mayor, lo que le permitirá ser más efectivo y más eficiente en todas las tareas que desempeña.

Las Direcciones de Instrucción son los órganos técnicos de instrucción de los expedientes que debe resolver el Consejo. Los directores son nombrados por el Consejo y están sujetos a un estricto régimen de incompatibilidades, lo que garantiza la independencia del Gobierno y de las empresas. Además, ejercen sus funciones de instrucción con independencia del Consejo, lo que supone una garantía adicional para los operadores, en especial en procedimientos sancionadores. Hay cuatro Direcciones de Instrucción: Competencia, Energía, Telecomunicaciones y Sector Audiovisual, y Transporte y Sector Postal.

La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes de la CNMC en materia de comunicaciones electrónicas y del sector audiovisual, con el objetivo de regular, supervisar y controlar el correcto funcionamiento de dichos mercados a través del establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que deban cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.

6.2 Definición y tipología

La regulación de la figura del perito se enmarca en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) publicada en el año 2000 al establecer la actividad probatoria realizada por perito bajo la denominación “Del dictamen de perito” en la Sección V, del Capítulo VI, titulado de los medios de prueba y las presunciones, del Libro II, que trata de los procesos declarativos.

La prueba pericial o dictamen de peritos es un medio de prueba en virtud del cual una persona, ajena al proceso, con conocimientos especializados o técnicos que el órgano jurisdiccional no tiene, los aporta al mismo para que el juez pueda valorar mejor la naturaleza de los elementos o hechos de prueba, sin olvidar que esa prueba debe referirse precisamente a conceptos, juicios y máximas de experiencia propias de un saber especializado (González, 2000, p.309).

El fundamento pues de la intervención de los peritos en el proceso, es la necesidad surgida en el mismo de conocimientos especializados que el juez precisa para llevar a cabo su función y esta necesidad es la que concreta la función y el objeto de su intervención en el proceso, articulándose por medio de la prueba pericial (Garcandía, 1999, pág. 186).

Además de la función probatoria que el perito debe desempeñar en el proceso cuando actúa sobre los hechos, en otras ocasiones el perito suple la falta de conocimientos especializados del juzgador, supuesto en el cual actúa como un mero auxiliar del órgano jurisdiccional sin cumplir estrictamente la finalidad probatoria.

En el caso del órgano regulador de la competencia (la CNMC), la práctica es **no** contratar peritos, ya que el propio organismo cuenta con sus expertos como parte de su planta laboral. “La labor de análisis la realizan las unidades de la CNMC responsables, con su personal. Asimismo, el documento de la CNMC es siempre un documento propio, firmado por el responsable de la unidad (por ejemplo, Director de Competencia en casos de control de concentraciones)”.¹⁸⁸

Los tribunales pueden conocer directamente los casos de competencia que no afectan al interés público (conflictos bilaterales). Para estos casos, la ley contempla dos tipos de peritos: de parte o designados por el juez.

Los peritos pueden ser designados sin restricciones por las partes o puede ser el juez, a solicitud de parte, el que designe al perito durante el proceso, en los casos que señala el Artículo 339 de la LEC.

¹⁸⁸ Comunicación personal con Jordy Fornells, Subdirector de Sociedad de la Información dentro de la Dirección de Competencia (Noviembre 19, 2015).

El Artículo 435 de la LEC contempla también una oportunidad para que la prueba pericial se decrete de oficio por el juez, a propósito de las diligencias probatorias finales, disponiendo en el inciso segundo del mencionado artículo que *"Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos"*.

6.3 Praxis – Reglamentos

Al adoptar la LEC la expresión del "dictamen de perito" para las actividades relacionadas con la prueba pericial, el legislador parece distanciarse de la legislación anterior que se centraba más en la persona del perito que en el informe por él presentado.

De acuerdo con los Artículos 265.1.4º y 336 de la LEC, para el dictamen a instancia de parte, y el Artículo 346 de la LEC, para el dictamen de designación judicial, se establece que "Todo dictamen pericial debe incorporarse en autos por escrito y con orden y precisión; presentando a la persona del perito (sus títulos y sus conocimientos); concretando el objeto de la pericia; las fuentes y metodología utilizadas; y realizándose una exposición ordenada de razonamientos justificados que resulte comprensible". La obligatoriedad de que el dictamen sea presentado por escrito puede representar un intento de conferir mayor peso valorativo al resultado objetivo de la prueba —materializada en el informe escrito—, frente a la autoridad profesional del perito (Escalada, 2007, p.309). Específicamente, "el concepto que el juez tenga sobre la autoridad personal o profesional del perito no puede determinar cómo se llevará a cabo la valoración de la prueba pericial." (Matos de Araujo, Manoel 2012, p. 16). No obstante, se observa que la forma de designación del perito sigue ocupando un lugar destacado entre los criterios jurisprudenciales de valoración del dictamen, especialmente en los supuestos de conclusiones contradictorias entre el informe del perito designado a instancia de parte del dictamen emitido y el perito de designación judicial.

6.4 Proceso de selección y evaluación

Capacitación

El perito puede ser tanto una persona física como una persona moral (Art. 340.2 de la LEC que se refiere también a "las Academias e Instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia").

El perito es traído al proceso exclusivamente por su preparación artística, científica o técnica sin que sea esencial el modo de adquisición de sus conocimientos, ni siquiera que tenga o no un título oficial que le faculte para ejercer la profesión, aunque la ley prefiera lógicamente a los titulados (Art. 340.1 de la LEC). El Artículo 340 de la LEC establece que *"los peritos deberán poseer el título de oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias"*.

La Asociación Profesional Colegial de Peritos Judiciales del Reino de España ofrece cursos en temas procesales para actuar como perito en procesos judiciales.

En cuanto al personal de la CNMC que labora realizando tareas de instrucción de expedientes de competencia (similares a los de peritaje), los requisitos exigidos para el puesto son titulación universitaria de grado superior o título equivalente en ciencias económicas o similar, se valorará segunda licenciatura, así como máster en economía o similar.¹⁸⁹ Adicionalmente, se valorarán de forma específica los siguientes aspectos:

- Un mínimo de 5 años de experiencia profesional en autoridades de competencia nacionales o internacionales, consultorías económicas y organismos de las Administraciones públicas con competencias en materia de regulación económica, en instituciones académicas, en centros de investigación o en organizaciones internacionales en estas mismas tareas.
- Capacidad demostrada para gestionar equipos y para relacionarse con otros profesionales de distintas especializaciones y formaciones.
- Capacidad conceptual y analítica, conocimiento de métodos cuantitativos aplicados, en particular de índole estadística/econométrica.
- Habilidad para analizar, resumir y presentar resultados ante especialistas de competencia y de sectores regulados que no tengan formación de economistas, en especial juristas e ingenieros.
- Excelente capacidad de comunicación oral y escrita en inglés, francés y español.
- Profundo conocimiento de la normativa de defensa de la competencia española y de las principales reformas estructurales realizadas en España y en la Unión Europea.

Certificación

La LEC sólo exige el requisito de la colegiación para el caso de los peritos judiciales, pero no el caso de los peritos a instancia de parte. Si bien este requisito pareciera garantizar un mayor nivel de conocimientos, las autoridades

¹⁸⁹ <http://www.boe.es/boe/dias/2014/04/12/pdfs/BOE-A-2014-3971.pdf>

de Defensa de la Competencia en España lo conciben como una práctica restrictiva de la libre competencia. Así, en el Informe emitido por la Comisión Nacional de Competencia (CNC) sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios se analizó la problemática del mercado de peritos judiciales desde la perspectiva de competencia. El principal obstáculo a la competencia evaluado radicaría en la exclusión de profesionales no colegiados de la lista de peritos. Ello se debe, en principio, a una redacción del Artículo 341 de la LEC en la que se otorga una preferencia a los Colegios en la aportación de listas a los órganos jurisdiccionales, que podría derivar en la elaboración de las referidas listas exclusivamente con sus colegiados en virtud del Artículo 5 h) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, excluyendo tanto a colegiados de otros colegios como a profesionales no colegiados.

El Informe de Colegios subraya: "A este respecto, es fundamental la consideración de que la colegiación no es un requisito imprescindible para el peritaje, pues, por un lado, el propio Artículo 341 de la LEC prevé el procedimiento a seguir cuando no exista Colegio Profesional, situación en la que las listas de peritos estarán formadas necesariamente por profesionales no colegiados; y por otro lado, el Artículo 340 de la LEC, que establece los requisitos para ser perito, no prevé como condición la colegiación sino únicamente la titulación.

La CNC consideró conveniente una redacción del Artículo 341 de la LEC más favorable a la competencia, que no permita establecer reservas de actividad injustificadas en aquellos casos en que profesionales colegiados y no colegiados, que reúnan las competencias técnicas necesarias, puedan realizar la labor pericial, suprimiendo toda referencia a las profesiones colegiadas que pueda ser interpretada como las únicas idóneas para prestar estos servicios. Para pertinentemente cualificado y titulado, con el único límite que establezca en su caso la normativa correspondiente de reconocimiento de capacitación, para ejercer la concreta actividad objeto de la lista, e independientemente de su relación con las organizaciones colegiales, y (iii) que la selección inicial de un perito se realice aleatoriamente. Ello se propone una redacción del Artículo 341 basada en los siguientes principios: (i) que las listas sean elaboradas por los órganos judiciales correspondientes; (ii) que las mismas incluyan a todo profesional que solicite voluntariamente su inclusión. Sin embargo, esta recomendación no ha sido recogida en las modificaciones que la LEC ha experimentado hasta el momento actual.

Acreditación

Se distinguen cuatro situaciones:

- e) Peritos que rinden dictámenes ante la CNMC contratados por la propia Comisión: en la práctica no existen, ya que son sus propios empleados quienes instruyen los dictámenes.

- f) Peritos que rinden dictámenes ante la CNMC a instancia de parte: no se requiere ninguna acreditación.
- g) Peritos que intervienen en procesos civiles: no se requiere acreditación.
- h) Peritos designados judicialmente: las listas de los peritos acreditados para fungir como perito judicial las proporcionan los Colegios Profesionales al inicio de cada año.

Por lo que se refiere al proceso de selección para su participación en un proceso judicial, cuando son las partes las que aportan los dictámenes periciales al inicio del proceso, la designación del perito es un actividad privada, de carácter extraprocesal y, por tanto, no interesa al legislador, en cuanto son las partes quienes deben buscar al experto que tenga, a su entender, los conocimientos adecuados para el esclarecimiento de los hechos.

En el caso de designación de los peritos judiciales, su forma de selección está regulada por el Artículo 341 de la LEC: Procedimiento para la designación judicial de perito: *"1. En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo. 2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona."*

Adicionalmente, el mecanismo de designación de peritos judiciales del Artículo 341 de la LEC se ha regulado por parte del Consejo General Poder Judicial, mediante dos textos: la Instrucción 5/2001, del 19 de diciembre, del Consejo, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de las listas profesionales para su designación judicial como peritos, y el Protocolo de actuación del servicio común procesal para la asignación de peritos judiciales, del 9 de febrero de 2005.

En oposición a esta regulación, la Resolución del Consejo de la CNC S/0136/09, del 17 de agosto de 2009 abogaba por la confección de una lista de peritos en la que pudieran tener cabida tanto las relaciones de colegiados remitidas por los Colegios como las que se aporten por parte de asociaciones de profesionales, sin que sea incompatible la pertenencia de los peritos a listas

distintas. Esta recomendación se formuló ya que se entiende que la exigencia de colegiación representa una práctica restrictiva de la competencia.

Este procedimiento de selección de peritos judiciales es cuestionado por los propios jueces, según concluye un análisis realizado por la consultora KPMG en 2008. "Por otra parte, a tenor de lo que han transmitido los Jueces en las entrevistas personales, éstos perciben que no siempre el procedimiento previsto por la LEC para asignar a un perito judicial mediante listas de actuación profesional o insaculación garantiza que el perito asignado posea la experiencia adecuada a la complejidad del caso o incluso que disponga de los recursos necesarios para ofrecer un servicio de calidad." (KPMG, 2008, p. 19).

"En opinión de los Jueces entrevistados, una de las medidas a adoptar para que los peritos asignados judicialmente ofrezcan un servicio de mayor calidad sería la elaboración de listas de peritos más detalladas o con unos determinados filtros previos, tales como experiencia previa probada en asuntos de similar naturaleza, especialidad que poseen, medios disponibles, etc.; sugieren que estas listas deben ser realizadas mediante controles exhaustivos por organismos autónomos, tales como los Colegios Profesionales." (KPMG, 2008, p. 19).

Como instrumento adicional para garantizar la imparcialidad de los peritos seleccionados, la LEC contempla el proceso de recusación (exclusión) de los peritos de designación judicial y el proceso de tacha (desestimación) de los presentados por las partes.

La recusación se reserva a los peritos de designación judicial, siempre y cuando concorra alguna causa de recusación de las previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (Arts. 219 y 220) o alguna de las que la nueva ley procesal civil señala expresamente (Art. 124.3). De acuerdo con este precepto son causas específicas de recusación para los peritos las siguientes:

- Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso.
- Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.
- Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

Por lo que se refiere a la tacha de peritos designados por las partes, las causas de la desestimación o tacha (término usado por la ley) de peritos (Art. 343.1 de la LEC) son:

- Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de una de las partes, de sus abogados o procuradores.
- Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

- Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.
- Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes o sus abogados o procuradores.
- Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

Consiguientemente, la tacha tiene por finalidad, a diferencia de la recusación, no el impedir la presentación del correspondiente dictamen pericial, sino evitar que un dictamen pericial carente de objetividad pueda influir en la decisión judicial, advirtiendo al juez en el momento de su valoración acerca de la concurrencia de alguna de las circunstancias antes referidas y que ponen de relieve la existencia de algún interés de tipo partidista en relación a ese dictamen pericial.

Evaluación y desempeño

El deber primordial de los peritos es el de elaborar y emitir el dictamen correctamente, es decir, aplicando científicamente los conocimientos profesionales y que se requieren para el caso concreto. La ley procesal alude a la obligación de prestar juramento o promesa de decir verdad y de actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que pueda perjudicar a cualquiera de las partes (Art. 335.2 de la LEC) y que se deriva también del régimen de responsabilidad.

La ley pretende que el perito proceda a elaborar su dictamen de una forma objetiva. En este sentido, la propia ley y la jurisprudencia establecen varios mecanismos para evaluar la objetividad y la credibilidad de los dictámenes.

La competencia profesional considerada como elemento informador de presunción de mayor objetividad del dictamen presupondría un plus en la formación oficial del perito, determinada por su mayor grado de titulación, por su especialización en el asunto, por su mayor experiencia, etc. Ella se constituiría en el primer presupuesto de un buen dictamen y el primer elemento de análisis judicial, mereciendo especial atención las hipótesis en que existan dictámenes discrepantes en el proceso. Más que el dato de la titulación oficial, jugarán un papel importante en la elección del perito y en la valoración del dictamen "los méritos, reconocimientos, investigaciones, publicaciones y otros indicadores de cualificación del perito, que apoyarán en mayor o menor medida la credibilidad y acierto del dictamen".

No obstante, la competencia profesional del perito requiere siempre su apreciación conjunta con el contenido del dictamen, de acuerdo con los demás criterios de valoración, jamás como única clave para su aceptación o rechazo (Muñoz Sabaté, 2001). Se estima así que no es razonable que el juez intente

justificar su decisión únicamente en el denominado argumento de autoridad Moral Soriano (2002). Al perito profesional no le sería suficiente basar la fuerza de sus conclusiones en su eventual mayor competencia profesional o formación académica. Lo que se exige de ambos es que demuestren la corrección del procedimiento utilizado y la racionalidad de las conclusiones aportadas.

De acuerdo con la jurisprudencia española, la valoración del dictamen, va más allá de la consideración de la mayor calificación del profesional, o de la consideración de sus premisas y conclusiones, engloba también todos los aspectos relevantes de la metodología aplicada, como son: los datos, las operaciones periciales realizadas, el método aplicado; y los recursos utilizados. Tan importante como valorar el resultado es valorar el camino recorrido para alcanzarlo; los eventuales errores verificados en él, sean intencionales o no, causarán ineludibles efectos en las conclusiones del dictamen y en consecuencia en su valoración.

Finalmente, el perito judicial puede incurrir en responsabilidad civil o penal, al margen de la responsabilidad disciplinaria, que pudiera resultar exigible.

En el ámbito de responsabilidad civil, el perito será responsable de los daños que, por falta de la diligencia que le es exigible en la realización de un peritaje, su actuación cause a las partes o a los terceros. Se trata de los supuestos en que los perjuicios sean consecuencia de la culpa, negligencia o ignorancia inexcusable en el reconocimiento o en el acto de emisión del dictamen.

El perito en el desempeño de su función puede incurrir en las siguientes conductas constitutivas de infracción penal:

En primer término, es posible apreciar cohecho "en aquellos casos en que una persona, en provecho propio o de tercero, solicita o recibe, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente, o acepta ofrecimiento o promesa, por realizar un acto injusto o una acción u omisión constitutiva de delito, o por abstenerse de realizar un acto que debiera practicar, todo ello en el ejercicio de su cargo". Esta conducta delictiva, prevista en los Arts. 419 a 421 del Código Penal Español (CP) para autoridades y funcionarios públicos, resulta plenamente aplicable a los peritos en la medida que ejercen una función pública, tal y como prevé el Art. 422 CP.

Igualmente son aplicables a los peritos las conductas tipificadas penalmente como falso testimonio en el Art. 459 CP en los siguientes términos: "Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años. El Art. 460 CP recoge una segunda conducta delictiva, y castiga al perito que, sin faltar sustancialmente a la verdad, la altera con reticencias,

inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que fueran conocidos por él, con una pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio de seis meses a tres años. También en este supuesto es preciso que el perito actúe maliciosamente.

6.5 Comentarios

En la legislación y jurisprudencia española se asume que la función de la competencia profesional se limita a ser un elemento informador de la evaluación de la objetividad del dictamen. A través de ella se pretende garantizar que el conocimiento aportado por el dictamen no sea fruto de razones arbitrarias, meramente subjetivas o manifiestamente parciales del perito, sino de su formación, experiencia, especialización, currículum, reconocimiento por la comunidad científica u otro elemento indicador de su solvencia profesional. Sin embargo, la valoración del dictamen pericial por parte del juez es el elemento crítico para evaluar las conclusiones del perito como válidas para ser admitidas como prueba. La ley no prevé un proceso claro ni una serie de criterios específicos que permitan estandarizar el proceso de evaluación del perito y el dictamen pericial aportado.

6.6 Referencias

- Escalada, M. L. 2007. El dictamen de peritos en la LEC: aspectos generales: especial atención a su naturaleza jurídica. *Revista de Derecho Procesal* 1.
- Garciandía, P. M. 1999. *La Peritación como Medio de Prueba en el Proceso Civil Español*, Pamplona.
- González, E. 2000. La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista Xurídica Galega* 27:307-344.
- KPMG y Universidad Rey Juan Carlos. 2008. *La prueba pericial económica en el ámbito procesal español*.
- Matos de Araujo, M. 2012. *El dictamen pericial: Criterios de valoración y su motivación en la sentencia civil*. Tesis Doctoral, Universidad de Burgos.
- Moral, L. 2002. *El precedente jurisprudencial*. Madrid.
- Muñoz Sabaté, L. 2001. *Fundamentos de prueba judicial civil* L. E. C. 1/2000. Barcelona.

7. Estados Unidos de Norteamérica (EUA)

7.1 Antecedentes

En EUA existe una amplia jurisprudencia sobre la admisibilidad de expertos y sus testimonios en los juicios. La justificación del enfoque en los procedimientos judiciales es el sistema *adversarial* prevalente, incluso en temas de Derecho de la Competencia. El enfoque *adversarial* implica un sistema de adjudicación de hechos que descansa en la investigación y argumentación que dos partes adversarias desarrollen en su alegato, posicionándose el adjudicador como un ente neutral y generalmente pasivo que decide con base en la evaluación de la prueba presentada por los adversarios.

En este sentido, los organismos de defensa de la competencia federales (Departamento de Justicia y Federal Trade Commission - FTC) tienen mucho más limitado su poder formal de decisión en comparación con sus homólogos europeos (Trebilcock y Iacobucci 2002, pp. 368.). Por lo general, el Departamento de Justicia y en menor medida la FTC deben presentar sus demandas ante los tribunales para sancionar un comportamiento anticompetitivo. Además, los conflictos legales privados que naturalmente tienen lugar ante los tribunales son mucho más frecuentes en EUA que en otros países. El mayor involucramiento de los jueces implica que los tribunales deben analizar argumentos económicos frecuentemente en Estados Unidos y, por lo tanto, tienen la oportunidad (o deber) de desarrollar ciertas estrategias para analizarlos adecuadamente.

7.2 Definición y tipología

La regulación de la figura del perito se encuentra en el Artículo VII de las Reglas Federales de Evidencia (Federal Rules of Evidence). Esencialmente, dicho artículo permite que cualquier persona que tenga los conocimientos especializados pertinentes pueda ser categorizada como un testigo experto. La principal importancia de la clasificación es que, a diferencia de un testigo ordinario, un testigo experto puede ofrecer una opinión en lugar de limitar su testimonio al conocimiento que obtuvo presencial o personalmente. En otras palabras, al experto se le permite aplicar su conocimiento experto a los hechos. De acuerdo con el Artículo 703, el "tipo de datos o hechos son todos aquellos en los que el experto puede basarse para formar opiniones o inferencias sobre el tema". Es importante aclarar que el experto debe tener dichos datos disponibles para ser examinados por el abogado contrario en el momento del interrogatorio.

El Artículo 706, permite al juez designar a un testigo experto para ser un testigo del tribunal, es decir un testigo neutral. En varias sentencias consultadas, el testigo neutral surgió del común acuerdo de las partes en

conflicto. Los requisitos exigidos a este perito neutral son los mismos que los aplicables a los peritos aportados por las partes. El perito neutral puede evaluar los dictámenes de los peritos aportados por las partes y realizar un análisis de fortalezas y debilidades de sus dictámenes, así como argumentos potencialmente sesgados.

Finalmente el juez puede nombrar un asesor técnico que eduque su opinión. Sin embargo, este asesor no es realmente un perito, ya que no puede testificar ni constituir evidencia, como ocurrió por ejemplo en el caso de una violación de una patente en *Tecnosearch vs. Intel Corp* (286, F.3d, 1360, Federal Circuit 2002).

7.3 Praxis – Reglamentos

La mayor parte de la jurisprudencia se centra en la figura del dictamen, y no del perito. No obstante, se evalúan las capacidades del perito, pero consideradas como un requisito necesario, mas no suficiente, para la preparación de un dictamen válido, riguroso y relevante para los hechos del caso.

Con respecto a la integración de la evidencia científica en las diferentes etapas de la aplicación de la ley, el Tribunal Supremo emitió tres sentencias paradigmáticas en la década de los 90 que son comúnmente conocidas como la "trilogía de Daubert".¹⁹⁰ En la decisión inicial Daubert, publicada en 1993, el Tribunal Supremo asignó una función obligatoria de vigilancia (literalmente denominada de *gatekeeping*) a los jueces de la prueba pericial para descartar dictámenes de peritos científicamente inválidos en una fase temprana del procedimiento judicial (Hawk y Keyte 2011). En la interpretación realizada por el Tribunal Supremo del precepto legal correspondiente, es decir, la Regla 702 de las Reglas Federales de Evidencia (Federal Rules of Evidence), dicho Tribunal estableció unas condiciones mínimas que debe reunir el dictamen del experto para que sea admisible. Los dos principios rectores de admisión son, relevancia y confiabilidad. En su interpretación, el Tribunal se abstuvo de exigir requisitos detallados de la persona del perito y del contenido sustantivo del dictamen. Por el contrario, el Tribunal Supremo se enfocó en la **metodología y pertinencia** de la investigación:

"The inquiry envisioned by Rule 702 is, we emphasize, a flexible one. Its overarching subject is the scientific validity - and thus the evidentiary relevance and reliability - of the principles that underlie a proposed submission. The focus, of course, must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate."¹⁹¹

¹⁹⁰ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993); General Electric Co. vs. Joiner, 522 U.S. 136 (1997); Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

¹⁹¹ Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993), at 593f.

Por lo que respecta al examen de la confiabilidad del dictamen, se proponen una serie de factores que han sido denominados los **criterios de Daubert**, siendo éstos los siguientes:

- La posibilidad y alcance de prueba de la teoría o la técnica seleccionada por el perito, es decir, si ha sido probada empíricamente.
- La publicación y revisión por parte de la comunidad científica de la teoría o técnica propuesta.
- La tasa de error conocida o potencial de la teoría o técnica.
- Evaluación sobre la aceptación generalizada de la teoría o la técnica por parte de la comunidad científica pertinente.
- La disponibilidad de estándares que faciliten la aplicación de la técnica.

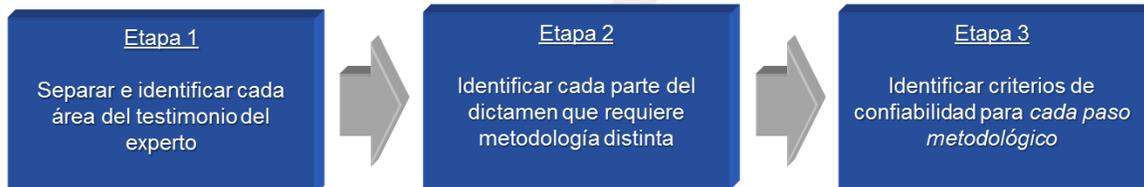
En relación con el segundo criterio (revisión de pares [*peer reviewed*] y publicación) el Tribunal Supremo no se limita de forma estricta a aceptar los métodos y las teorías establecidas y probadas. Por un lado el Tribunal reconoce que "la revisión y escrutinio por parte de la comunidad científica es un componente de la 'buena ciencia' [...] porque aumenta la probabilidad de que se detecten defectos sustanciales en la metodología"; pero por otro lado, la corte también reconoce que la publicación no es una condición *sine qua non* de la admisibilidad; no se correlaciona necesariamente con fiabilidad [...] y, en algunos casos, es posible que las teorías innovadoras bien fundamentadas todavía no se hayan publicado. En consecuencia, el Tribunal Supremo considera que "el hecho de la publicación (o falta de ella) en una revista académica [...] es relevante, aunque no determinante en la evaluación de la validez científica de una técnica en particular o un metodología en la que se basa una opinión".

Por otra parte, el Tribunal Supremo aclaró en la sentencia de Kumho, que este conjunto de criterios Daubert no tiene carácter definitivo. Esto implica que los jueces deben decidir sobre la pertinencia, ponderando los factores a considerar en un caso particular. En la decisión de Kumho, el último de la trilogía anteriormente mencionada, el Tribunal Supremo en 1999 una vez más destacó la importancia de la exigencia de *gatekeeping*. Las razones en las que se basó se refieren a la necesidad de imponer el mismo rigor metodológico e intelectual en el tribunal que en la práctica profesional y científica.

Considerando en conjunto las sentencias de la trilogía (Kumho Tire, Daubert and General Electric Co. vs. Joiner) se plantea un procedimiento de tres etapas para el juez del Tribunal y las partes. En primer lugar, cada área del testimonio propuesto por el experto se aísla e identifica. Enseguida se analizan de forma independiente cada una de las partes del dictamen del experto que implica distintos enfoques metodológicos. En el caso de defensa de la competencia, si hubiera un testimonio experto encargado de definir el mercado relevante, es posible que proceda a través de una serie de pasos en la formulación de su opinión, implicando cada paso varias opciones

metodológicas. Finalmente, junto con las partes, el juez debe identificar los criterios adecuados de confiabilidad para cada etapa metodológica y llegar a una conclusión sobre la fiabilidad del testimonio.

El proceso de decisión se representa en la siguiente gráfica:



Etapas de análisis para admitir el testimonio del perito

Fuente: Gavil (2000).

De acuerdo con Gavil (2000, p. 857) el objetivo fundamental es mantener a la "ciencia basura" (*junk science*) fuera de los tribunales y por lo menos limitar la prevalencia de expertos mercenarios (*hired gun*) que parecen estar dispuestos a testificar todo aquello que favorezca el cliente necesita.

En el año 2000 la Regla Federal de Evidencia 702 fue revisada para tener en cuenta la mencionada trilogía Daubert (Werden 2008), afirmando: "si el conocimiento científico, técnico u otro conocimiento especializado ayudará al juez a entender la evidencia o determinar un hecho en cuestión, un testigo calificado como experto por el conocimiento, habilidad, experiencia, formación o educación, puede testificar emitiendo una opinión, si (1) el testimonio se basa en hechos o datos suficientes; (2) el testimonio es el producto de principios confiables y métodos y (3) el testigo aplica principios y métodos confiables a los hechos del caso".

La primera condición es reforzada por la Regla Federal de Evidencia 705 que estipula que el experto "en cualquier caso puede ser requerido a divulgar los hechos subyacentes o datos durante el interrogatorio". Esto a su vez se relaciona estrechamente con la Regla 26(a)(2) de la normativa Federal de Procedimientos Civiles sobre testimonios de expertos. Esta norma no prescribe un contenido sustantivo pero establece en términos abstractos la obligación de divulgar los hechos y básicamente refleja un requisito de estricta transparencia. En general, un testigo experto debe proporcionar un informe escrito que contenga, entre otras cosas, una "completa declaración de todas las opiniones, las razones que las justifican y los hechos o datos considerados por el testigo para sustentar sus opiniones" (Rule 26(a)(2)(B)(i) y (ii)).

Por otra parte, se requiere información completa con respecto a la selección de los expertos y las condiciones de su contratación.

Las decisiones del Tribunal Supremo de EUA así como las Reglas Federales de Evidencia se aplican a todo tipo de testimonio experto en los procedimientos judiciales. Sus implicaciones están descritas en el "Manual de Referencia en la Evidencia Científica" y el "Manual de Litigación Compleja"¹⁹² publicado por el Federal Judicial Center. En estos manuales existe una sección dedicada a los procesos relativos a los peritos.

7.4 Proceso de selección y evaluación

Capacitación

Con respecto a la calificación de un experto, el juez debe revisar la educación, conocimiento y experiencia del experto. Los aspectos necesarios en un experto se refieren a la experiencia personal con el tema objeto del dictamen. Para calificar como experto de acuerdo a la Regla Federal de Evidencia 702, un testigo debe establecer primero su experiencia haciendo referencia al "conocimiento, habilidad, experiencia, formación o educación". Este requisito no significa que un testigo pueda calificarse a sí mismo como experto. El Tribunal debe examinar sus credenciales y trayectoria no en términos generales y abstractos, sino tomando como criterio fundamental si su experiencia le permite analizar preguntas específicas del caso. En este sentido el Tribunal debe primero determinar "si la formación del experto y sus calificaciones se refieren de forma muy específica a la materia objeto del testimonio propuesto".

Certificación

La legislación estadounidense no requiere ningún tipo de certificación para ser perito.

Acreditación

Desde Daubert y Kumho se requiere a los jueces celebrar audiencias previas al juicio para examinar la admisión de los dictámenes de los peritos invocando la Regla 706.

Se examinan tres puntos fundamentales:

1. **Conocimientos del experto** por su formación o experiencia previas.
2. **Aceptación de la teoría.** Sobre aceptación de la teoría del experto, la tarea es aún más difícil porque a menudo no existe un consenso dentro del campo respecto de la teoría adecuada para un cierto fenómeno económico.

¹⁹² Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence, Second Edition 2000, [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/\\$file/sciman00.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/$file/sciman00.pdf); Manual for Complex Litigation, Fourth, 2004, [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mcl4.pdf/\\$file/mcl4.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mcl4.pdf/$file/mcl4.pdf).

Así, el Tribunal a menudo tendrá que examinar no sólo el modelo utilizado por el experto y el fundamento que justifica la elección de ese modelo por parte del experto, sino el nivel de ajuste o idoneidad del modelo a los hechos específicos del caso.

3. **Conclusiones.** Implicaciones de la sentencia *Joiner*. Al igual que en el caso *General Electric Co. vs. Joiner*, el Tribunal puede encontrar que existe una brecha o discrepancia analítica entre la teoría aceptada y el fundamento de la opinión del experto. En este sentido, puede concluirse que la opinión es equivalente a la especulación y no debe ser admitida. Aunque es cierto que el Tribunal de *Daubert* reconoció que el "enfoque, por supuesto, debe ser únicamente en principios y la metodología, no en las conclusiones que generen", los tribunales pueden evaluar si las conclusiones del experto son razonables. De acuerdo con la sentencia *Joiner* citada: "las conclusiones y la metodología no son completamente distintos uno del otro. Es frecuente que los expertos extrapolan a partir de los datos existentes, pero no hay nada en las reglas federales de evidencia que exija a un tribunal a admitir una opinión de un experto como evidencia basándose únicamente en su *ipse dixit* en el caso en que exista una grave discrepancia entre la teoría y la conclusión del experto.

Evaluación y desempeño

Actualmente en EUA, un testigo experto goza de inmunidad y no es responsable por negligencia o mala *praxis* profesional, debido a que no se ha cambiado desde hace siglos la doctrina del derecho común que proporciona inmunidad absoluta a los testigos.

Sin embargo, esta protección universal a los testigos se ha ido lentamente erosionando y ahora varios estados, incluyendo California, Connecticut, Louisiana, Massachusetts, Missouri y Pennsylvania, permiten demandas de negligencia contra peritos. Además, en otros estados (Nueva Jersey y Vermont) incluso los peritos de oficio pueden enfrentar responsabilidad por actuación negligente de sus deberes profesionales. Los estados también han tratado la cuestión de demandar a un testigo experto de la parte contraria (Nueva Jersey y Virginia Occidental), mientras que otros asignan al abogado la responsabilidad de negligencia del perito (California y Nueva York). Por otra parte, en 2011, estados como Michigan y Tennessee han dictaminado a favor de preservar la inmunidad de testigos expertos (aunque esa protección en Michigan se refiere únicamente al testimonio en los procedimientos judiciales).

De forma paralela al desarrollo de la industria de servicios de consultoría, el papel de las asociaciones profesionales en el ejercicio de supervisión y control de sus miembros también se ha ampliado. En 1983, por ejemplo, la Asociación Americana de Cirujanos Neurológicos (AANS) comenzó el monitoreo de la participación en procesos judiciales de sus miembros y estableció normas de conducta así como las sanciones por un testimonio experto inadecuado. Otras

sociedades médicas siguieron el ejemplo de la AANS. Análogamente, las organizaciones profesionales de otras disciplinas están siguiendo la misma práctica. La legalidad de tal supervisión profesional ha sido cuestionada pero ya está consolidándose su aceptación. De hecho, la primera prueba contundente de un cambio en la responsabilidad de peritos implicó a un cirujano que fue suspendido por la AANS como resultado de su testimonio en una demanda de mala *praxis* médica. En junio de 2001, el Séptimo Tribunal de Circuito de Apelaciones falló a favor de la AANS y sostuvo que una sociedad profesional podría disciplinar a un miembro debido a un testimonio incorrecto.

Independientemente de si un experto se expone a la posibilidad de sanciones dictadas por un organismo profesional, la mayoría de los abogados están de acuerdo que quienes asumen el papel de peritos tienen la obligación de la atención a sus clientes, así como un deber primordial de los tribunales. Sin embargo, todavía no se decide si ese derecho debería incluir también una responsabilidad civil por incompetencia u otra conducta no profesional. Sin embargo, una consecuencia inquietante derivada de la ampliación de responsabilidad civil para los peritos es que los abogados pueden estar cada vez más expuestos a las acusaciones de mala *praxis* legal como resultado. Si el experto fue negligente, podría argumentarse que también lo era la firma de abogados que contrató al experto. Por lo tanto, parece estarse gestando un cambio en el panorama legal pero todavía no existe legislación ni suficiente jurisprudencia que así lo confirme.

7.5 Comentarios

El análisis empírico de la jurisprudencia relevante realizado por Langenfeld y Alexander (2011) confirma la tendencia de muchos abogados de proponer la exclusión del perito económico alegando las condiciones de Daubert. En el periodo de 2000 a principios de 2011 se encontraron un total de 113 casos relacionados con temas de antimonopolio, de los cuales 97 fueron basadas en la Regla de la evidencia 702 que refleja los criterios Daubert. Sus datos concluyen que los expertos de los demandantes son mucho más propensos a ser cuestionados y excluidos que los expertos de la defensa con una proporción de 40% frente al 0% para los expertos de la defensa. Este hallazgo permite concluir que todavía existen ciertos retos en el establecimiento de estándares mínimos de calidad. En concreto, es posible que existan ciertos abusos en la aplicación de las normas, cuyo objetivo es garantizar la calidad de los dictámenes, pero que en la práctica su efectividad se está desvirtuando.

7.6 Referencias

Gavil, A. 2000. Defining Reliable Forensic Economics in the Post-Daubert/Kumho Tire Era: Case Studies from Antitrust, Washington & Lee Law Review. 57: 831-878.

- Hawk, B. and J. Keyte. 2011. Separating the Wheat from the Chaff: How the U.S. Courts Analyze Antitrust Evidence, in: Claus-Dieter Ehlermann and Mel Marquis (eds.): *European Competition Law Annual 2009*. The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases, Oxford: Hart, 713-749.
- Langenfeld, J. and C. Alexander. 2011. Daubert and Other Gatekeeping Challenges of Antitrust Experts, *Antitrust*, 25: 21-28.
- Trebilcock M.y E. Iacobucci. 2002. Designing Competition Law Institutions, *World Competition* 25: 361-394.
- Werden, G. 2008. The Admissibility of Expert Testimony Issues in Competition Law and Policy. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=956397>.

8. Francia

8.1 Antecedentes

Francia es un caso interesante para el uso de testigos expertos y encontramos los primeros antecedentes en la Ley de expertos de 1971. Sin embargo, es a partir del 2004 y sobretodo del 2009 en donde la Comisión de Competencia (Conseil de la Concurrence 1986-2009) da paso a un nuevo organismo denominado Autoridad de la Competencia (Autorité de la Concurrence), cuando el uso de los expertos cobra una mayor relevancia en materia de litigios de competencia. Este cambio institucional siguió de cerca las recomendaciones de la Comisión Attali y de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) que buscaron implementar una serie de medidas adicionales en aras de promover el crecimiento económico de Francia, así como aplicar las medidas de competencia sugeridas por la Comunidad Europea.¹⁹³

Para el análisis de Francia, se presenta una serie de definiciones sobre lo que constituye un testigo experto desde la normatividad vigente (sobre todo en lo referente los casos de juicios civiles). Posteriormente se analiza la cuestión de los testigos expertos desde cuatro ángulos: 1) cómo se forman o capacitan; 2) cómo se certifican; 3) cómo se acreditan y 4) cuál es su evaluación y desempeño. Finalmente se destacan algunas peculiaridades que se desprenden del caso francés.

8.2 Definición y tipología

Por lo que respecta a los testigos expertos, el Código de Procedimiento Civil francés establece tres categorías de personas que pueden fungir como auxiliares de los jueces. Estos son:

- **Un testigo** (Constatant) que no podrá emitir ninguna opinión sobre las consecuencias de "hecho" o "derecho", sino simplemente ser un relator de sucesos (artículo 249 de Código de Procedimientos Civiles)
- **Un consultor** (Consultant) cuando las cuestiones técnicas no requieran de investigaciones complejas (artículo 256 del Código de Procedimientos Civiles);
- **Un experto** (Expert) en las situaciones que son más delicadas y complejas (artículo 263 del Código de Procedimientos Civiles).

Es interesante hacer notar un par de cuestiones. La primera es que un experto puede ser una persona física o una persona moral (es decir un despacho de abogados, o un laboratorio, por citar algunos ejemplos). En caso en que se

¹⁹³ Para mayor información véase: Jacques Attali, [Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France](#) (France: Présidence de la République, 2008).

requieran varios expertos, únicamente podrá realizarse un solo reporte que comprenderá todas las observaciones conjuntas de los expertos.

Asimismo, aunque es poco frecuente, el juez tiene la potestad de nombrar a una persona que no esté inscrita en las listas designadas por los tribunales de apelación o los tribunales de casación como experto. Por último, no es requisito que el experto sea de nacionalidad francesa, aunque deberá entender el francés, ya que los juicios se llevarán al cabo en ese idioma.

No se encontró ningún documento o protocolo que norme la relación entre la autoridad de competencia y los testigos expertos.

8.3 Proceso de selección y evaluación

Capacitación

Al igual que en otros países examinados, es importante mencionar que, en principio, no existen lineamientos para la formación de testigos expertos, o por lo menos, no por lo que respecta al conocimiento sustantivo. De hecho, así lo señala un documento de evaluación sobre *expertise* en Francia.

(...) las listas de expertos judiciales establecidas por las cortes de apelación no tienen otro efecto que informar a los Magistrados. Dado que la actividad de los expertos no es una profesión reglamentada, el ministerio (de justicia) no puede definir el contenido de la formación de los expertos, ni certificar o dar el visto bueno a organismos que pudieran proporcionar esta formación (...) ¹⁹⁴

Como se puede ver, en el caso francés (al igual que en muchas otras jurisdicciones) la formación de los expertos es determinada en gran parte por qué tan pertinente sea la misma con respecto al caso que se esté analizando en las cortes. Sin embargo, existen dos condiciones que facilitan que un experto sea llamado a rendir su testimonio ante un tribunal.

La primera, que es casi un requisito *sine qua non*, es el estar incluido en las listas de los tribunales de apelación (que son regionales) y/o en las listas de los tribunales de casación (nacionales).

La segunda condición tiene que ver con el hecho de que a pesar de que no existe una formación especial para “volverse experto”, hay indicios que el sistema francés poco a poco se acerca al sistema inglés en donde diversas universidades están ofreciendo cursos de formación continua (post universitaria) para mejorar las capacidades de los expertos en las cortes. Estos

¹⁹⁴ Para mayor información a este respecto véase el reporte de Chantal Buissere y Stéphane Autin denominado “Rapport de la commission sur l’expertise” 2004.

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapp_com_reflexion_expertise.pdf

cursos, como los que ofrece la universidad de Ciencias Políticas en Aix en Provence, por citar un ejemplo, versan esencialmente sobre las obligaciones que tienen los expertos ante la corte y sobre los aspectos procesales que deben ser conocidos por los expertos.

Por último, vale la pena señalar que Francia cuenta con un Consejo Nacional de las Compañía de Expertos Judiciales, que es un organismo cúpula que sirve para agrupar a las distintas asociaciones de expertos que de alguna manera se han formado a partir de las listas emitidas por los tribunales de casación o apelación.¹⁹⁵ Este Consejo realiza algunas funciones que se asemejan a lo que hacen instituciones inglesas como “The Academy of Experts” (TAE) en lo referente a búsqueda y recomendación de algún experto que esté inscrito en las listas de las cortes y también proporciona algunos cursos de formación y capacitación, así como numerosos recursos bibliográficos que apoyan a los expertos en su labor. Pero quizás la función más interesante de este Consejo es el de emitir las reglas “deontológicas” (procedimientos judiciales y lineamientos de ética) que se aplican a los expertos.¹⁹⁶

En conclusión, en el caso francés, al igual que en otras jurisdicciones, la formación de los expertos es en gran parte determinada por la complejidad del caso que se esté abordando, y por el tópico o tema que se esté debatiendo en las cortes.

Certificación y acreditación

En materia de acreditación de los expertos, Francia ha escogido que sean las cortes de apelación (a nivel regional), al igual que las cortes de casación (nacional) las que emitan un listado de personas que podrán ser llamados a testificar como expertos ante las cortes. El procedimiento opera de la siguiente manera. Cada año, tanto las cortes de apelación como de casación elaboran un listado con los nombres de “técnicos expertos” a los cuales los tribunales pueden recurrir. Estos “nombramientos” tienen una duración de cinco años y el nombramiento puede ser renovado. No existe algún documento sobre el procedimiento que siguen las cortes de apelación o casación para la selección de expertos, salvo que se menciona que son personas con “gran notoriedad pública” en su campo de conocimiento. También se menciona que el experto deberá demostrar que ha ejercido en su campo de *expertise* durante por lo menos 10 años y ha desempeñado su profesión de manera continua dos años antes de la primera inscripción en las listas o antes de la renovación quinquenal.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Para mayor información as este respecto véase Conseil National des Compagnies D´expert de Justice: <http://www.cncej.org/documents/cncej/index.php?z=1&accueil=1>

¹⁹⁶ Para mayor información sobre las reglas deontológicas que aplica Francia véase: http://www.cncej.org/documents/uploads/246_REGLES_DEONTOL_090512.pdf

¹⁹⁷ http://www.cncej.org/documents/uploads/446_VADE-MECUM_4E%20EDITION%202015%20.pdf p. 48

Algo interesante es que un experto no forzosamente tiene que ser una persona que trabaje en el ámbito privado o académico, sino que también puede ser funcionario público. Asimismo, una vez que una persona ha sido designada como experta por la corte apelación o casación, ésta debe prestar un juramento antes de ser inscrito en las listas cuyo contenido es el siguiente: “*juro cumplir con mi misión, de hacer mi reporte y dar mi opinión bajo mi honor y mi conciencia*”.¹⁹⁸ También vale la pena señalar que el Código de Procedimientos Civiles en su capítulo I, sección 1 y artículo 621-3, señala que los expertos “se comprometen a realizar su labor con conciencia, imparcialidad, objetividad y diligencia”.¹⁹⁹

Como se puede observar, en el caso francés un requisito que es prácticamente obligatorio para la acreditación de los testigos expertos es el estar inscrito en las listas que elaboran de manera anual las cortes de apelación y casación. Sin embargo, los criterios por los cuales se seleccionan ciertas personas (y no otras) en una determinada lista, parece ser una materia que se deja a la discreción de las cortes.

A pesar de que son las cortes las que tienen las potestades en materia de acreditación, vale la pena mencionar que en fechas recientes se han empezado a multiplicar los cursos para expertos como aquellos que imparten la facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Aix en Provençe o la Universidad de Burdeos. La estructura del curso es “relativamente similar” a la que proporcionan algunas instituciones inglesas, aunque con una mayor duración. En el caso de Aix en Provençe, por citar un ejemplo, el curso está dividido en tres grandes bloques:

a. Organización jurisdiccional francesa y principios procesales (18 horas)

- Ante un juez civil
- Ante un juez penal
- Ante un juez administrativo

b. Obligaciones del experto (12 horas)

- Obligaciones jurídicas
- Obligaciones deontológicas (códigos de ética)
- Obligaciones sociales
- Obligaciones fiscales

c. Etapas procesales relacionadas con el *expertise* (12 horas)

- Institución de la misión del *expertise*
- El desarrollo del *expertise* y el respeto del principio del interrogatorio cruzado (*cross examination*)

¹⁹⁸ Para mayor información a este respecto véase, Conseil National des Compagnies D’expert de Justice <http://www.fncej.org/documents/cncej/index.php?z=1&accueil=1>

¹⁹⁹ Para mayor referencia véase: <http://www.codes-et-lois.fr/code-de-justice-administrative/toc-conseil-etat-instruction-differents-moyens-investigation-438ac73-texte-integral>

- El reporte del experto, la opinión del experto y su utilización en el ámbito judicial

Como se puede observar, se trata en esencia de un curso de 42 horas, que se asemeja mucho a un diplomado. Sin embargo, el folleto del curso ofrecido por la Universidad de Aix en Provence es sumamente cauteloso en señalar que la obtención del certificado que se otorga al haber cursado la materia de experto judicial, **no es condición sine qua non** para obtener el título de experto judicial, que solo las cortes pueden otorgar.²⁰⁰ De hecho, parecería que los incentivos para muchos expertos es el de ser nombrados por las cortes antes de tomar algún curso que les permita desempeñarse de mejor manera.

Evaluación y desempeño

En el caso francés no se han encontrado lineamientos o artículos que se refieran directamente a la evaluación del experto en las cortes. Lo único que se menciona es que una vez inscritos en la lista de las cortes, los expertos deberán hacer un reporte sobre las actividades desempeñadas a lo largo del año y también deberán mencionar en el documento los cursos de formación realizados. Este reporte deberá ir dirigido a la corte de apelación o casación en la que estén inscritos.

En todo caso, el hecho de que los nombramientos sean realizados por las cortes de apelación o la corte de casación por un periodo de cinco años, sugiere que los expertos son evaluados de alguna manera antes de la renovación o inscripción en las listas de expertos. Sin embargo, no se tiene información pública acerca de cómo se realiza esta evaluación quinquenal. De hecho, el único indicio acerca de que se realiza algún tipo de evaluación, es el que mencionan Vincent Lamenda (Premier Presidente de la Corte de Casación) y Alain Nuée (Premier Presidente de la Corte de Apelación de Versailles) en el cual señala, que “antes de inscribir una persona en las listas de expertos, las cortes toman en cuenta las opiniones de las comisiones compuestas de magistrados y también de un experto externo que debaten las competencias de los posibles candidatos”.²⁰¹

Sin embargo, algo que sí parece estar muy socorrido en el sistema francés es la recusación del experto, es decir su “impugnación por conflictos de interés” al momento de ser designado por el juez. De hecho, los expertos pueden ser recusados por causas muy similares a las que se recusan a los jueces:

- Si el experto o su cónyuge tienen algún interés en el asunto que está bajo litigio.

²⁰⁰ <http://www.sciencespo-aix.fr/contenu/certificat-expertise-judiciaire/>

²⁰¹ Para mayor información véase Vincent Lamenda y Alain Nuée L'expertise Judiciaire en France. En <http://www.experts-institute.eu/-L-expertise-judiciaire-civile-en,724-.html>

- Si el experto o su cónyuge son acreedores, deudores, herederos o donatarios de una de las partes.
- Si el experto o su cónyuge son parientes o aliados de una de las partes (o de su cónyuge) hasta en cuarto grado (incluido este último).
- Si existió algún litigio entre el experto o su cónyuge y una de las partes y su cónyuge.
- Si el experto conoció el caso con anterioridad, ya sea como juez o como árbitro, o si es consejero de alguna de las partes en litigio.
- Si el experto o su cónyuge son administradores de los bienes de alguna de las partes involucradas en el litigio.
- Si existe algún vínculo de subordinación entre el experto o su cónyuge y una de las partes en litigio o su cónyuge.
- Si hay una amistad o enemistad notoria entre una de las partes y el experto.

Como se puede apreciar, en el caso francés existen muchísimas posibilidades de "impugnar" al experto antes de que comience su labor, incluso por causas relativamente subjetivas como demostraciones "notorias" de amistad o enemistad.

En materia de evaluación, si bien no se establecen claramente los criterios para evaluar a los expertos (*ex ante* o *ex post*), la ley francesa sí establece que, durante el juicio, el juez será el encargado de velar sobre el buen desempeño del experto en sus funciones. Asimismo, a las partes se les conmina a aportar todas las "pruebas" y material que requiera el experto para poder emitir su opinión, y su negativa puede ser sancionada por el juez. Sin embargo, vale la pena mencionar que a veces esta previsión se enfrenta a obstáculos importantes como son: secretos médicos, secretos profesionales o industriales que pueden obstaculizar la labor del experto.

Sanción de los expertos

En términos generales, el sistema de justicia francés no es muy específico acerca de las sanciones que podría enfrentar un experto. Sin embargo, nuevamente Lamenda y Nueé sugieren que el experto podría incurrir en algunas sanciones que se enumeran a continuación:

1. Sustitución del experto por parte del juez
2. Reducción de su remuneración
3. Sanciones disciplinarias (aunque no se especifican de que tipo) si se trata de un experto inscrito en listas de la corte de casación o de apelación
4. Anular su reporte
5. Demandarlo por responsabilidad civil²⁰²

²⁰² Ídem.

Asimismo, vale la pena señalar que, aunque los expertos no tienen obligación de contratar algún seguro por daños y responsabilidad civil, en fechas recientes algunas de las asociaciones privadas que reagrupan a los expertos, y el propio Consejo Nacional de Expertos, están sugiriendo a sus agremiados contratar un seguro de responsabilidad por daños.

8.4 Comentarios

El sistema francés a pesar de haber instituido en sus códigos civiles la figura de "experto" desde 1971, con reformas importantes en el 2004 para adecuarlo a la realidad que exige la comunidad europea en materia de competencia, presenta un sistema menos institucionalizado que el caso inglés. Este bajo grado de institucionalización se ve reflejado en el hecho de que se le deja una enorme discrecionalidad a las cortes de apelación y casación para hacer el nombramiento y la acreditación de los expertos a partir de listas elaboradas por ellas mismas. Estos nombramientos son relativamente largos (cinco años), y la evaluación en el desempeño de los expertos también corre a cargo de las cortes, sin que se especifiquen de manera transparente cuáles son los criterios para realizar esto.

Al igual que en el caso inglés, los expertos tienen que producir un reporte (aunque no se especifican las características del mismo como en el caso inglés) y también los expertos proceden mediante un sistema de interrogatorio cruzado (*cross examination*). El modelo de adhesión a un organismo especializado que represente a los expertos también parece ser distinto. En el caso francés, los expertos se adhieren a una compañía que los representa y esta a su vez se federa en un organismo cúpula que aglutina a todas las federaciones denominado Consejo Nacional de las Compañías de Expertos Judiciales. Una de las funciones interesantes de este Consejo es que ha desarrollado lo que los franceses denominan reglas deontológicas que son similares a un código de ética y procedimientos que deben seguir los expertos. Asimismo, el sistema francés elabora un "juramento de honor para el experto" que debe ser pronunciado al momento de tomar posesión de su cargo.

Entre las peculiaridades que podemos mencionar en el caso francés están las siguientes. Primero el experto puede ser un individuo o una persona moral. La Ley también permite que sea un funcionario público. Segundo, existe una tipificación bastante extensa de causas por las cuáles el experto puede ser "recusado". Tercero, las asociaciones de expertos, aunque existen, no son tan fuertes ni tan organizadas como en el sistema inglés, pese a la existencia de un organismo cúpula que las reagrupa a todas. Cuarto, en el sistema francés se especifica de manera muy clara que los costos y gastos del experto serán cubiertos por la parte perdedora en el juicio civil y por el Estado en caso de que se trate de un juicio penal.

El punto débil del sistema francés parece ser el dejar prácticamente todas las funciones de selección y evaluación a las cortes sin establecer lineamientos o criterios precisos para saber cómo se escogen y evalúan a los expertos.

8.5 Referencias

Jacques Attali, Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française: 300 décisions pour changer la France (France: Présidence de la République, 2008).

Chantal Buissere y Stéphane Autin "Rapport de la commission sur l'expertise" 2004. Consultado el 26 de febrero de 2016 en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapp_com_reflexion_expertise.pdf

Página del Consejo Nacional de los Expertos en Justicia. Consultado el 22 de marzo de 2016 en <http://www.cncej.org/documents/cncej/index.php?z=1&accueil=1>

Reglas deontológicas que aplica Francia para expertos. Consultado el 26 de febrero de 2016 en http://www.cncej.org/documents/uploads/246_REGLES_DEONTOL_090512.pdf

Guía para el Juez administrativo y el experto (VADE MECUM 2015) consultado el 22 de marzo de 2016 http://www.cncej.org/documents/uploads/446_VADE-MECUM_4E%20EDITION%202015%20.pdf p. 48

Código de justicia administrativa (2015) <http://www.codes-et-lois.fr/code-de-justice-administrative/toc-conseil-etat-instruction-differents-moyens-investigation-438ac73-texte-integral> Consultado el 22 de marzo de 2016

Página publicitaria para certificado de expert judicial en Aix en Provence. Consultado el 22 de marzo de 2016 en <http://www.sciencespo-aix.fr/contenu/certificat-expertise-judiciaire/>

Recuento de la experiencia de expertos judiciales en Francia (2012). Consultado el 22 de marzo en Vincent Lamenda y Alain Nueé L'expertise Judiciaire en France. En <http://www.experts-institute.eu/-L-expertise-judiciaire-civile-en,724-.html>

9. Reino Unido

9.1 Antecedentes

El Reino Unido se presenta como un caso interesante por su amplia trayectoria en el uso de testigos expertos en distintas ramas del ámbito judicial como son el derecho civil, penal o familiar.

En el caso particular del Reino Unido, la utilización de expertos ha cobrado una nueva dimensión con la creación en 2002 de Tribunales Especializados en Materia de Competencia (Competition Appeal Tribunal) los cuales dictan sentencias sobre las decisiones que tomen las autoridades de competencia referidas en el ordenamiento del "1998 Competition Act". Este ordenamiento incluye al "Office of Fair Trade" (agencia reorganizada y renombrada hoy en día como Competition Market Authority), a los reguladores de telecomunicaciones (The Office of Communications), de electricidad, gas, agua, ferrocarriles y a los servicios relacionados con el tráfico aéreo.²⁰³

El reporte sobre el caso del Reino Unido será organizado de la manera siguiente. Primero se procederá con una serie de definiciones sobre lo que constituye un testigo experto desde la normatividad vigente que emplea el Reino Unido (sobre todo en los casos de juicios civiles entre los cuales se encuentran los asuntos de telecom). Asimismo, se establecerá cómo el testigo experto se diferencia de otros testimonios como son *advisory expert*, *shadow expert*, *party appointed expert*, *lead expert* o *joint expert*. Posteriormente el reporte analizará la cuestión de los testigos expertos desde cuatro ángulos: 1) cómo se forman o capacitan los peritos; 2) cómo se certifican; 3) cómo se acreditan y 4) cuál es su evaluación y desempeño. Para finalizar este reporte se destacarán las fortalezas y las debilidades que tiene el sistema de "testigos expertos" en el Reino Unido.

9.2 Definición y tipología

De acuerdo con el Expert Witness Institute (EWI) del Reino Unido, un experto puede ser cualquier persona con experiencia o conocimiento en un campo o disciplina particular, que va más allá del conocimiento que tiene un ciudadano común (*layman*).²⁰⁴ Un testigo experto es aquel que permite que su conocimiento o su experiencia esté disponible para una corte (o algún órgano jurisdiccional o cuasi judicial como tribunales, comisiones de arbitraje o investigaciones oficiales) para ayudarlos a entender algún asunto y de esa manera permitir alcanzar una decisión fundada y justa.

Como se puede apreciar a partir de esta muy breve definición, existe una muy estrecha relación entre la noción de "testigo experto" y la parte relacionada

²⁰³ Para mayor información sobre el Competition Appeals Tribunals veáse: <http://www.catribunal.org.uk/>

²⁰⁴ http://www.ewi.org.uk/about_ewi/about_expert_witness_institute

con la impartición de justicia y los tribunales. De hecho, la figura de testigo experto es en esencia una figura que se utiliza para el ámbito judicial.

Otra asociación de expertos en el Reino Unido conocida como The Academy of Experts (TAE) sugiere que la función principal de un testigo experto consiste en expresar, de manera independiente, su opinión experta sobre la base de la información que se le provea.²⁰⁵ De acuerdo con TAE y coincidiendo con el EWI, se enfatiza que un experto puede ser empleado a título de distintas capacidades como son arbitrajes, tribunales y litigios.

Vale la pena además señalar que el EWI hace hincapié que un testigo es una persona que proporciona evidencia juramentada ante una corte. De hecho precisa que existen dos tipos de testigos. Los primeros son “testigos de hechos”, pero que por lo general no dan opiniones. Mientras que los “testigos expertos” pueden dar una opinión relacionada con su campo de especialidad, además de evidencia acerca de los hechos. En resumen, el testigo experto puede cumplir una doble función para corroborar hechos, así como para proporcionar opiniones relativas a su campo de conocimiento.

El EWI propone una tipología de expertos en función del rol que desempeñan y que queda conformada de la siguiente manera:

- **Expert Advisor** (experto asesor): cuando un experto asesora a una de las partes, pero no se pretende que su conocimiento o testimonio sea utilizado en una corte.
- **Shadow Expert** (experto a la sombra): se trata de un experto que está trabajando para una de las partes “tras bambalinas”, una vez que un asunto que ha sido atraído por la corte. El experto a la sombra no puede testificar en la corte y su función consiste básicamente en encontrar errores de procedimiento, omisiones, imprecisiones o errores metodológicos.
- **Third Party Expert** (experto contratado por terceros): esta situación se da cuando un experto es contratado por una de las dos partes en litigio, y su opinión será requerida ante la corte. En otras palabras se trata de un experto de una de las partes.
- **Single Joint Expert** (experto conjunto). Esta figura es reconocida dentro de los protocolos de aplicación del Código de Procedimientos Civiles del Reino Unido parte 35. El Single Joint Expert puede ser elegido por las dos partes en litigio de común acuerdo. O si las partes no logran ponerse de acuerdo, el juez puede escoger de entre una lista que le propongan los litigantes de manera conjunta o de cualquier otra manera que la corte decida.
- **Lead Expert (experto líder)**: cuando un caso complejo involucra a varios expertos, es posible que la corte designe a un experto líder que lleve el caso.

²⁰⁵ <https://www.academyofexperts.org/>

Sin embargo, es importante precisar que en los Códigos de Procedimientos Civiles del Reino Unido se menciona esencialmente a los *expert witness* y *joint expert witness* como las figuras más prominentes y el resto de la tipología revisada con anterioridad no es tan socorrida.

9.3 Proceso de selección y evaluación

Capacitación

Con respecto a la formación es importante mencionar que en principio, no existen lineamientos para la formación de testigos expertos, por lo menos no por lo que respecta al conocimiento sustantivo. De hecho de acuerdo con el Protocolo de Instrucción para Testigos Expertos en casos de Disputas Civiles del Reino Unido (2005 y 2009), no se especifica sobre el tipo de “estudios, formación, experiencia o calificaciones” que deberá tener un testigo experto. De acuerdo a este protocolo, el único párrafo relativo a la formación de expertos señala lo siguiente:

(...)Los detalles relacionados con la calificación de los expertos deberán ser proporcionales con la naturaleza y la complejidad del caso. Puede ser suficiente nombrar las calificaciones profesionales y académicas. Sin embargo, si se requiere de un conocimiento o *expertise* sumamente especializado, los expertos pueden dar el detalle de su formación y/o experiencia que los califica para poder proveer esta evidencia especializada (...) ²⁰⁶

En conclusión, el protocolo claramente destaca que la formación de los expertos es en gran parte determinada por la complejidad del caso que se esté abordando, y el propio tópico o tema se esté debatiendo en la corte. Sin embargo, pese a que para el Reino Unido **no parece** ser una obligación tener una “determinada formación y experiencia” para ser testigo experto, sí existen algunos formatos especiales (e instrucciones precisas para llenarlos) que deben llenar los expertos. Asimismo, las cortes insisten en que el experto ponga de manera muy clara en su curriculum, cómo su conocimiento o *expertise* es relevante para el caso.

También vale la pena mencionar que el Reino Unido tiene muy desarrollados colegios de profesionistas, academias científicas y barras que pueden coadyuvar a verificar las credenciales académicas y profesionales del experto.

²⁰⁶ Para mayor información veáse sección 13.5 p. 6 del “Protocol for Expert Witness to Give Evidence in Civil Claims” (2005 y enmienda de octubre del 2009). https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf

Acreditación y certificación

En materia de acreditación de los expertos, el Reino Unido parece haber tomado una ruta *sui generis* con la creación de distintas instituciones especializadas en estas funciones. Se trata por citar algunos ejemplos de asociaciones como EWI y TAE, ambas instituciones de naturaleza no lucrativa. También existen cursos de acreditación y certificación para testigos expertos ofrecidos por el despacho privado Bond Solon y la Universidad de Cardiff.²⁰⁷

A pesar de no ser obligatoria la certificación, estas instituciones juegan un rol clave en diversos aspectos de la acreditación como son : 1) reclutamiento de los expertos y proceso de "vetting" (verificación de la experiencia, formación y reputación del experto); 2) un sistema Business to Business que sirve para conectar a los expertos con despachos de abogados y tribunales; 3) cursos de entrenamientos para la acreditación; 4) creación de formatos especiales que permiten plasmar los reportes de los expertos y 5) creación de códigos de conducta y ética; 6) arbitraje y sanción en caso de incumplimiento de los códigos de ética que proporcionan las asociaciones o instituciones.

A continuación se describe brevemente la historia y funciones que desarrollan estas tres instituciones, aunque vale la pena insistir que no es un requisito pertenecer o ser entrenado por una asociación o universidad para volverse testigo experto. Sin embargo, la alta complejidad que implican los procedimientos judiciales, así como la complicación que genera hacer los reportes de los testigos expertos, han provocado que este tipo de asociaciones se vuelvan un intermediario casi obligado para la acreditación de los testigos expertos. También es importante mencionar que estas tres asociaciones no son las únicas que operan sistemas de acreditación en el Reino Unido. Existen muy diversas asociaciones de acreditación de expertos en Inglaterra tales como el Royal Institution of Chartered Surveyors que cuenta con 118,000 profesionales y firmas registradas y está enfocada a la certificación de profesionistas y firmas que trabajan en la construcción y para la preservación del medio ambiente, por citar otro ejemplo.²⁰⁸

The Academy of Experts (TAE)²⁰⁹

La Academia de los Expertos fue fundada en 1987 con el objetivo de crear un ente profesional para los expertos y promover los más altos estándares de objetividad. La academia tiene un papel dual, ya que por un lado se constituye como una asociación profesional y por el otro, es un ente calificador que provee en un solo lugar expertos independientes y calificados en una gama amplia de disciplinas profesionales, comerciales e industriales que existen alrededor del mundo. Tal y como la propia academia lo señala, este instituto es

²⁰⁷ <http://www.bondsolon.com/expert-witness/qualifications.aspx>

²⁰⁸ <http://www.ricsfirms.com/>

²⁰⁹ Para mayor información sobre TAE consultar: <https://www.academyofexperts.org/>

manejado por expertos para expertos y para aquellos que requieren sus servicios.

La academia tiene dos tipos de membresías. Por un lado se encuentren “miembros practicantes” que pertenecen a una gama amplia de profesiones. Estos miembros practicantes pasan por un proceso de “selección” (*vetting process*) que comprende su campo profesional al igual que su experiencia en procesos de litigación. Los miembros no practicantes incluyen a “solicitors” y “barristers”.²¹⁰

Uno de los aspectos más interesantes que ofrece esta academia de expertos es la de dar una serie de cursos cortos de entrenamiento que le permiten a los expertos desarrollar sus habilidades y son como cursos de capacitación continua. Entre los más usuales se encuentran: 1) cursos sobre el rol y las responsabilidades del experto; 2) requisitos necesarios para enfrentar las reglas de procedimientos en juicios y; 3) la práctica de proporcionar evidencia experta. Esta academia también tiene una serie de cursos sobre medidas alternativas para la resolución de disputas también conocidas como ADR por sus siglas en inglés (mediación, arbitraje, evaluación neutral y ley colaborativa).

Con respecto a la acreditación de los expertos, TAE ha intervenido en tres formas importantes en esta función. La primera tiene que ver con la producción de un “Modelo de Reporte de Expertos” que es exigido a los testigos expertos por las cortes y cuya complejidad ha ido aumentando en el tiempo. Un segundo aspecto importante que ha sido desarrollado por TAE, es una guía relacionada con la remuneración de los testigos expertos, que establece claramente que un testigo experto debe abstenerse de cobrar honorarios que sean contingentes al resultado del caso para sesgar la imparcialidad. Por último, TAE también ha desarrollado un código de práctica par los testigos expertos en el cual se plasman seis grandes puntos.²¹¹

1. Los expertos no deberán realizar durante el curso de práctica, ninguna acción que comprometa:
 - a) La imparcialidad, objetividad, integridad o independencia del experto.
 - b) Las obligaciones que tiene el experto hacia el tribunal (y que además están por encima de las de su cliente).
 - c) La buena reputación del experto o de los expertos.

²¹⁰ Los solicitors son profesionales del derecho que inicialmente se encargan del trabajo legal fuera de los juzgados, asesorando a los clientes, redactando contratos, participando en transacciones, preparando testamentos o divorcios. Tienen capacidad de representación de su cliente. Pueden comparecer ante el juez pero solo en los tribunales inferiores. Los barristers se encargan del trabajo jurídico como expertos en áreas legales especializadas y pueden comparecer ante todos los juzgados, y especialmente ante los tribunales de mayor jerarquía gracias a los rights of audience (los solicitors NO). Ejercen en solitario y se organizan en chambers (cámaras). Cada cámara puede especializarse en distintas áreas

²¹¹ <https://www.academyofexperts.org/guidance/expert-witnesses/code-practice-experts/tae-code-practice-experts>

- d) El estándar correcto de trabajo del experto.
 - e) La obligación del experto de mantener la confidencialidad.
2. Un experto que es contratado en procedimientos contenciosos no debe entrar en ningún tipo de arreglo que comprometa su imparcialidad, ni hacer que sus honorarios sean contingentes al resultado del juicio o aceptar cualquier otro beneficio que no sean sus honorarios y sus gastos.
 3. El experto no debe aceptar ninguna contratación en ninguna cuestión que implique (o pudiera generar) un conflicto de intereses.
 4. Un experto deberá para la protección de su cliente, mantener un seguro o fianza para poder pagar una posible indemnización.
 5. Los expertos no publicitarán sus prácticas de manera que éstas sean consideradas de mal gusto. La publicidad no debe ser inadecuada o falsa en ningún caso.
 6. Un experto deberá de cumplir con todas los códigos de práctica y guías establecidos.

Vale la pena señalar además que la multa por el incumplimiento de algunos de estos preceptos para los miembros es de más de 1,000,000 de libras esterlinas.

The Expert Witness Institute (EWI)²¹²

El EWI es una asociación más joven creada en noviembre de 1996, con el propósito de convertirse en la voz de la comunidad de expertos, apoyar a los expertos en todas sus disciplinas profesionales y también apoyar a abogados que utilizan los servicios de los expertos. El EWI trabaja activamente con otras organizaciones profesionales (como barras, colegios de profesionistas).

De acuerdo con la propia página del EWI, la institución es independiente de intereses comerciales, democrática, transparente y rinde cuentas a sus miembros. Es una asociación sin fines de lucro cuyo objetivo es apoyar la correcta administración de la justicia y la resolución temprana de disputas a través de la utilización correcta y sin sesgo de la evidencia científica.

EWI al igual que TAE ofrece membresías y cursos de capacitación para testigos expertos en asuntos como: casos legales, una actualización para testigos expertos, el experto inquisitivo, los 10 mandamientos para testigos expertos, confianza adentro de un juzgado y cómo escribir un reporte de testigo experto nivel 1 y 2.

Entre las pequeñas diferencias que se pueden notar con TAE es que EWI parece estar un poco más encaminada a ofrecer un sistema en "Business to

²¹² Para mayor información sobre EWI consultar: <http://www.ewi.org.uk/>

Business” o emparejamiento entre expertos asociados y despachos o jueces que los necesitan.

Asimismo el EWI parece hacer más explícita su relación con otras asociaciones profesionales como pueden ser barras y colegios de abogados, así como colegios de profesionistas.

Universidad de Cardiff y Bond Solon

El despacho especialista en formación Bond Solon en conjunto con la Universidad de Cardiff ofrecen un curso de acreditación para volverse perito experto que consiste en un entrenamiento de cinco días que se puede realizar a lo largo de un periodo de dos años.

El curso es impartido de acuerdo con las tres principales ramas que tiene el derecho inglés que son la civil, la criminal y la familiar. Para obtener el certificado es necesario que los candidatos completen el siguiente entrenamiento:

- Excelencia en la redacción de reportes presentados por expertos (un día)
- Habilidades en la corte (un día)
- Respuesta a interrogatorios (un día)

Después de haber realizado estos tres días de entrenamiento, los expertos deben de realizar un curso de dos días en uno (o hasta dos) de los siguientes módulos.

- Leyes civiles y sus procedimientos
- Leyes criminales y sus procedimientos
- Leyes familiares y sus procedimientos

Una vez realizado este entrenamiento de cinco días los candidatos a expertos deben de someterse a una serie de exámenes que consisten en lo siguiente: 1) presentación de un reporte escrito, el cual es evaluado por la universidad; 2) un video en el cual el candidato a testigo es filmado mientras es sometido a un interrogatorio; y 3) un examen de opción múltiple sobre la rama del derecho que haya escogido y sus procedimientos. El costo de esta capacitación y acreditación oscila entre las 2,000 y las 2,200 libras. De acuerdo con los datos de la Universidad de Cardiff y Solon cerca de 1,000 expertos han sido capacitados y acreditados.

Evaluación y desempeño

En esta sección se procederá a hacer una evaluación acerca del desempeño que tienen los testigos expertos en los juzgados a partir de una serie de protocolos y guías de actuación que han sido emitidas por el poder judicial

inglés a través del Civil Justice Council. La última enmienda a estos lineamientos fue hecha en 2014. Vale la pena aclarar que se trata de una evaluación de proceso y no de impacto, ya que no se cuenta con encuestas que permitirían evaluar de manera más profesional estos aspectos.

El desempeño de los testigos expertos está normado por la Guía para la instrucción de expertos en casos de justicia civil emitida en el 2014 (Ver Anexo). Vale la pena mencionar que esta guía recoge la mayoría de los procedimientos contemplados en el Código denominado Court Procedure 35 del código de justicia civil, así como el Practice Direction 35 del mismo código. Esta guía también sustituye al Protocolo para la Instrucción de Expertos del 2005 con enmiendas del 2009.

La guía de 19 páginas está dividida en 21 secciones distintas, que pueden ser consultadas en el Anexo. Para propósitos de este estudio nos concentraremos en los aspectos más importantes de la misma.

Selección y obligaciones de los expertos

En términos generales, el sistema de justicia inglés usa a los expertos en dos instancias distintas. La primera es cuando un caso de litigio aún no ha llegado a la corte, y en esa instancia se busca que las partes se puedan poner de acuerdo sobre la evidencia científica necesaria para resolver el caso. El sistema de justicia civil inglés enfatiza mucho la necesidad de resolver los casos en primera instancia por vías conciliatorias. En caso de que el litigio no pueda ser evitado, es probable que algunos casos complejos requieran expertos, los cuales deberán ser seleccionados con base en su experiencia y méritos.

En lo referente a la selección de expertos, la guía establece que existen cinco requisitos que los expertos deben cumplir para ser nombrados:

- a) Establecer si tienen el conocimiento o la experiencia necesarios para ser nombrados.
- b) Tener conocimiento sobre los “deberes” que tiene que realizar un experto.
- c) Demostrar que puede producir un reporte, atender y contestar preguntas y tener discusiones con otros expertos. Todo ello debe ser hecho dentro de un marco de tiempo y costos que sean razonables y proporcionales al asunto que se está tratando.
- d) Tener la posibilidad de estar presentes en el juicio, en caso de que se requiera su presencia.
- e) No tener potenciales conflictos de interés.

Asimismo se especifica que el contrato de designación tiene que contemplar distintos aspectos como son: en qué calidad el experto es designado (*third party, joint expert, etc.*), el tipo de servicio que se le pedirá al experto (reporte

por escrito, contestar cuestionarios con preguntas o asistir a la corte), el tiempo en el que deberá ser entregado el reporte, la base sobre la cual se calcularán los honorarios del experto (por hora o con base en un pago fijo y las estimaciones del tiempo que le tomará al experto realizar las labores), viáticos y gastos de viaje si fueran necesarios, además de pagos iniciales, cargos por cancelación y también gastos por atender a las sesiones de la corte.

Como se puede apreciar, la designación de un testigo experto es rigurosa y meticulosa y ello explica por qué instituciones como TAE o EWI han cobrado mucha relevancia.

Por lo que respecta a las obligaciones, la guía para la instrucción de expertos señala que el experto debe de poner, en primera instancia, su conocimiento y experiencia al servicio de los que lo instruyen (contratan) o le pagan y también debe de cumplir con cualquier código profesional que haya suscrito. Sin embargo, cuando se les instruye para actuar en procesos civiles, tienen una obligación irrenunciable y prioritaria de ayudar a la corte y al juez en la materia de su *expertise*. Esta obligación se pone por encima de cualquier otra (*overriding commitment*) y toma prioridad sobre cualquier persona que los instruya o les pague. De acuerdo con la guía, los expertos no pueden servir de manera exclusiva a los intereses de aquellos que los contratan. De hecho, esta obligación es prestada bajo juramento.

El inciso 10 de la guía, especifica que los expertos deben estar conscientes del objetivo más importante que tienen las cortes y que consiste en que traten los casos de manera justa, y por lo tanto, los expertos tienen la obligación de coadyuvar en esta función. Esto significa que los casos sean tratados de manera proporcional (manteniendo el trabajo y los costos de acuerdo con la importancia del caso para las partes), de manera expedita y justa.

La guía insiste en que los expertos tienen que ser independientes, sin importar las presiones del litigio. Incluso ofrece un ejemplo muy concreto a través de un contrafactual de lo que significa "independencia" al estipular que una manera de medir la independencia es si la opinión del experto no cambia, pese a que fuese contratado por la parte rival en el caso. La guía también especifica que no corresponde a los expertos defender el punto de vista de los contratantes, ni tampoco debe ser el papel del experto el papel de abogados o mediadores.

La guía también pone énfasis en que los expertos deben de acotar sus opiniones a las materias que son objeto de la disputa y emitir opiniones que estén relacionadas con asuntos que se encuentren entre sus temas de conocimiento y *expertise*. Además, en caso de que el experto perciba que hay asuntos que van más allá de su *expertise* o competencia, debe indicarlo sin ninguna dilación al juez y a las partes involucradas en el juicio.

Con respecto a la “calidad de las opiniones” los lineamientos establecen que en sus reportes, los expertos deben tomar en cuenta toda la evidencia que se les ha proporcionado y deben citar la literatura y el material que utilizaron para construir su opinión.

Asimismo, los lineamientos especifican que los expertos deben indicar en sus reportes, si su opinión es provisional, calificada, o si requieren de información adicional para formarse una opinión, o si por alguna otra razón no pueden emitir una opinión calificada y definitiva. También tienen la obligación de informarles a aquellos que los instruyen sobre sus cambios de opinión y las razones por las cuáles lo hicieron.

Por último, estos lineamientos también tienen provisiones en los cuales se les advierte a los expertos que retrasos excesivos en su trabajo para formar una opinión calificada puede resultar en penalizaciones en cuanto a costos para los que contratan el servicio del experto o también en que la opinión sea excluida del proceso que se sigue en forma de juicio.

Con respecto a las sanciones, las dos asociaciones de expertos inglesas (TAE y EWI) tienen códigos de ética que si son violados pueden dar lugar a sanciones en caso de que se levante una denuncia. En el caso del EWI, si el comité sancionador encuentra culpable al testigo experto se le podrían imponer las siguientes sanciones:

- Un periodo de suspensión de su membresía en el instituto.
- Un periodo de suspensión que deberá ir acompañado de un entrenamiento adicional.
- Una amonestación formal, además de la aplicación de los puntos anteriores si se considera necesario.
- Expulsión del instituto.
- Los miembros de la junta podrían además avisar al colegio o asociación que regula la profesión.
- Cualquier miembro que sea suspendido de su membresía no podrá volver a presentar su solicitud en tres años.

9.4 Comentarios

El sistema inglés ha fomentado el uso de testigos expertos en la tres líneas en que se divide el derecho del Reino Unido: familiar, criminal y civil.

Asimismo, el sistema ha introducido un estándar importante para peritos expertos al obligarlos por ley a poner su conocimiento y sus servicios al servicio del juez y de la corte y después al servicio de quién los contrata y les paga.

Una de las aportaciones que ha tenido el sistema inglés en lo referente a testigos expertos es la creación de asociaciones intermedias como son TAE, EWI y Solon-Cardiff que sirven para diversos propósitos: 1) establecimiento de un sistema Business to Business que sirva para conectar expertos con casos, despachos y cortes; 2) sistema de entrenamiento para expertos; 3) *vetting* y acreditación; y 4) establecimiento de tarifas; 5) establecimiento de códigos de conducta y ética; 6) coadyuvancia en la formulación de guías (como las del 2005 y 2015) que sirven para clarificar algunos de procedimientos judiciales.

También es notable destacar que en el Reino Unido existe una conexión muy fuerte entre asociaciones intermedias y colegios de profesionistas y barras, lo que facilita los procesos de *vetting* y acreditación.

Una de las principales debilidades que tiene el sistema del Reino Unido es el de procedimientos a nivel de cortes que son complejos y con altos requerimientos y estándares de conocimiento legal para los testigos expertos, lo que los obliga a tomar cursos de capacitación. Esto encarece los servicios.

Asimismo, algunos profesionistas independientes han criticado a las asociaciones intermedias como TAE y EWI, ya que pueden ser un factor que discrimine innecesariamente a ciertos expertos que no pertenecen a ellas y además por encarecer los costos del litigio.

10. Unión Europea

10.1 Antecedentes

Durante los últimos 10 años, los países miembros de la Unión Europea han buscado fórmulas para mejorar procedimientos judiciales y asegurarse que sus ciudadanos y los negocios incrementen su confianza en la justicia, sea esta impartida en alguno de los países miembros o en otro país perteneciente a la comunidad con el cual se realizan transacciones civiles o comerciales.

Durante más de dos años y contando con el apoyo financiero de la Dirección General de Justicia, una comunidad de jueces, abogados, testigos expertos y académicos llevó a cabo el proyecto denominado European Guide of Legal Expertise (EGLE). Este proyecto guía tuvo como objetivo central discutir los aspectos esenciales de los testigos expertos en casos de justicia civil, y encontrar las formas para mejorar los sistemas actuales y construir una base para desarrollar las mejores prácticas a nivel europeo. Asimismo a través de esta guía se busca mejorar la calidad de las decisiones judiciales y asegurarse de tener un marco que permita la interoperabilidad de conceptos en relación con litigación entre miembros de la Unión. Para alcanzar estos objetivos, la guía busca establecer un piso común que haga posible el reconocimiento de las opiniones de los todos los Miembros Expertos (capaces de proveer sus testimonios en las cortes) pertenecientes a la Unión Europea y armonizar los estándares aplicables a testigos expertos en el sistema judicial y al “estatus” de lo que se denomina un experto.²¹³

Es interesante destacar que la mayoría de estos lineamientos pueden ser implementados de inmediato. Algunas otras requerirán de la creación de ciertas “instancias especiales”, así como de la adaptación de reglas de procedimientos en casos de litigio civil.

El reporte sobre la guía producida a través del proyecto EGLE de la Unión Europea será organizado de la manera siguiente. Primero se procederá con una serie de definiciones sobre lo que constituye un testigo experto desde el punto de vista Europeo y la tipología. Posteriormente el reporte se abocará a analizar la cuestión de los testigos expertos desde cuatro ángulos: 1) cómo se forman o capacitan los peritos; 2) cómo se certifican; 3) cómo se acreditan y 4) cuál es su evaluación y desempeño. Para finalizar este reporte se destacarán algunas de las fortalezas y las debilidades que se pueden perfilar una vez que la Unión Europea decida implementar esta guía.

²¹³ Para mayor información acerca de esta guía ver <http://gb.experts-institute.eu/Publication-of-the-guide-to-good.html>

10.2 Definición y tipología

De acuerdo con la guía, existen una serie de principios rectores que se pueden aplicar a todos los “Expertos Judiciales”, sean estos nombrados por las cortes, por las partes en conflicto o por alguno de los miembros litigantes, con el objeto de informar al juez sobre aspectos técnicos particulares. La tipología se divide básicamente en cuatro:

- Experto técnico: se define como aquél que pone su conocimiento especializado para determinados asuntos o hechos a disposición de una corte.
- Testigo experto: aquel que proporciona opiniones derivadas de su *expertise* (o pericia) en asuntos técnicos con el objeto de clarificar los argumentos de las partes.
- Experto legal: aquel miembro que puede ser consultado en cuestiones específicas que conciernen reglas, prácticas o derechos aplicables a leyes foráneas, en particular a aquellas leyes que no forman parte de los Estados miembros de la Unión Europea.
- Experto privado: Aquél que responde exclusivamente a las instrucciones de alguna de las partes en litigio que lo contrató por su conocimiento técnico. Esta figura será aplicable en aquellos países en los cuales el testigo privado no presta juramento ante la corte (como en España o Reino Unido) y por lo tanto sus obligaciones hacia el juez o la corte no toman preeminencia sobre las de la parte que los contrató. En este caso, las opiniones de estos expertos pueden ser registradas como testimonio en la corte (como cualquier otro documento procesal), pero carecen de la “objetividad imparcial” que debe de prevalecer en un testimonio del testigo experto.

Es importante señalar que las guías del proyecto EGLE, sugieren moverse hacia las prácticas desarrolladas en España y el Reino Unido en las cuales los testigos expertos son obligados por ley o juramento a poner su conocimiento al servicio de la corte antes que al servicio de quien los contrata. Además, el proyecto EGLE contempla crear una “Lista Europea de Expertos” y para pertenecer a esa lista tendrían que prestar un juramento bajo el cual ponen su conocimiento al servicio de la corte y de los jueces y deberán en todo momento seguir el código de conducta propuesto por el proyecto EGLE.

Por último, es importante mencionar que el proyecto EGLE contempla que los expertos puedan ser individuos o entidades legales (públicas o privadas, laboratorios, universidades, etc.) siempre y cuando por lo menos un individuo privado perteneciente a la entidad legal sea un experto acreditado y sea designado como responsable del reporte. Asimismo, se establece que la organización o entidad legal deberá de garantizar la independencia del experto que firma el reporte.

10.3 Proceso de selección y evaluación

Capacitación

Con respecto a la formación es importante mencionar que el proyecto EGLE no menciona ningún requisito específico con respecto a la capacitación, sino más bien bajo qué circunstancias se requieren los servicios de un “testigo experto” y la forma en que se acreditará este *expertise*.

De acuerdo al proyecto EGLE, se sugiere que los testigos expertos serán requeridos cuando el juez no puede tomar una decisión final de manera detallada y balanceada, debido a que encuentra que la evidencia en el caso no es conclusiva, o considera que se necesita de una opinión experta (financiera, científica, médica, artística, lingüística, etc.) para tener un veredicto más preciso. Asimismo los lineamientos especifican que la opinión experta debe ser solicitada únicamente cuando no hay una forma más eficiente o expedita de resolver una disputa.

Por último, vale la pena mencionar que en materia de capacitación, la guía no sugiere que los expertos sigan una capacitación determinada, sino que se busque integrar una lista de expertos europeos a partir de ciertos reconocimientos que cada país implemente de manera nacional para acreditarlos, sobre la base de cierto denominador común. Sin embargo, el proyecto EGLE sí propone la creación de un ente supranacional dedicado a crear y mantener una lista de expertos europeos.

Entre las “mejores prácticas” que el proyecto EGLE sugiere es que este ente supranacional integrador de nombres de expertos europeos revise la capacidad de los expertos a partir de ciertos mínimos como son:

- Grados universitarios
- Experiencia profesional plasmada en su CV
- La reputación del experto
- Las membresías que tiene en asociaciones profesionales
- Las referencias
- Sus cursos iniciales y sus cursos de actualización y formación continua
- Publicaciones relevantes
- Premios obtenidos
- Cursos y experiencia docente

En suma lo que esta entidad europea concentradora de nombres tiene que hacer es un proceso conocido en inglés como *vetting* que consiste en revisar a fondo las credenciales del experto. Además, esta evaluación de credenciales de los testigos deberá ser realizada cada 5 años.

Sin embargo, lo que la guía del proyecto EGLE sugiere al momento de contratar al experto es ir más a fondo y analizar en conjunto los siguientes parámetros: 1) las calificaciones que lo acreditan como experto; 2) su curriculum profesional; 3) su conocimiento sobre técnicas de investigación; 4) su conocimiento legal acerca de los estándares que gobiernan su actuación como experto en su actividad; 5) las reglas relacionadas con las obligaciones y derechos que tienen los expertos, y 6) los principales lineamientos que implica un juicio justo. El ente que se encargue de hacer la lista de expertos europeos deberá también asegurarse que los expertos cuentan con un fianza o seguro en contra de posibles indemnizaciones que además es supranacional, y proviene de una compañía aseguradora de prestigio.

Como se puede apreciar, existen dos aspectos muy importantes en los cuales la Comisión Europea insiste mucho para que los expertos sean capacitados: 1) las reglas relacionadas con los derechos y obligaciones como expertos; 2) procedimientos legales para lograr testimonios justos e imparciales ante la corte.

Un último punto a destacar que no es propiamente un proceso de capacitación (aunque sí está relacionado con el proceso de *vetting*), es que los expertos deberán hacer una declaración de conflicto de interés antes de poder ser contratados.

Certificación y acreditación

En materia de acreditación de los expertos, el proyecto EGLE se decanta por la creación de una lista de "Testigos Expertos Europeos" que de acuerdo con sus estimaciones podría oscilar entre 85,000 y 120,000 profesionistas. Sin embargo, siguiendo de manera laxa el modelo inglés, EGLE sugiere la creación de uno o varios "cuerpos o entes" de acreditación y certificación especializados en cada país. Estos entes pueden ser de tipo administrativo, judicial o privado pero en todos los casos deberán buscar fomentar el criterio de independencia de los expertos y además deberán abocarse a atender criterios de transparencia, de acreditación, de entrenamiento y serán responsables de la calidad de los expertos y la calidad del *expertise* que se desarrolle a nivel judicial.²¹⁴ Entre las funciones que el proyecto sugiere que se le puedan delegar a estos nuevos entes están:

- Promover la calidad de la evidencia en materia de *expertise* judicial.
- Establecer los estándares de calidad que se aplicarán a todos los expertos judiciales.
- Establecer los estándares de certificación individuales para expertos que testifiquen en asuntos judiciales.

²¹⁴ Para mayor información acerca de este asunto ver el punto 7.23 del Guide to Good Practises in Judicial Expertise.

- Establecer los estándares de acreditación para proveedores de servicios expertos en materia judicial.
- Establecer los estándares de calidad para diversos campos de conocimiento y *expertise*.
- Establecer y mantener un registro de expertos individuales y proveedores de servicios expertos acreditados.
- Además de aplicar los estándares europeos CEN e ISO, cuando sea posible, establecer los estándares que incluyen las mejores prácticas y competencias que son requeridas para cada campo de *expertise*.²¹⁵
- Establecer el curriculum básico requerido para el entrenamiento judicial que requieren los expertos.
- Establecer los procedimientos para la evaluación y re-evaluación de los expertos y los proveedores de servicios judiciales.
- Establecer un código de conducta que sirva para todos los expertos.

La guía sugiere que para lograr estos muy ambiciosos objetivos, estos entes nacionales (o incluso regionales) se apoyen en testigos expertos, proveedores de servicios expertos, asociaciones profesionales, abogados y jueces así como otras instancias profesionales como pueden ser universidades o investigadores.

Asimismo, la guía sugiere que para la implementación de estos objetivos será necesario que la Unión Europea busque la armonización de la lista de expertos tomando en consideración los siguientes factores:

- La información que se provee y registra en las listas nacionales.
- Los estándares básicos de calidad aplicables a todos los expertos.
- Los estándares básicos de certificación para expertos judiciales.
- Los estándares básicos de acreditación de los proveedores de servicios expertos.
- Los estándares de calidad para campos específicos de *expertise* o conocimiento.
- El curriculum básico para el entrenamiento de los expertos; y
- El Código de conducta que aplique a todos los expertos.

Como se puede apreciar, la Unión Europea parece estar apostando a crear estas entidades capacitadoras, acreditadoras y certificadoras de peritos en cada país miembro, estableciendo ciertos estándares mínimos y principios de armonización que se tendrán que cumplir. Sin embargo, tal y como se señala correctamente en la guía, esto requerirá del concurso de múltiples entidades como son barras de abogados, colegios de profesionistas, entes de acreditación y certificación de profesiones para que esto pueda materializarse.

²¹⁵ El estándar CEN se refiere (European Committee for Standardization) e ISO (International Organization for Standardization).

Evaluación y desempeño

La guía del proyecto EGLE contiene claramente una parte referida a la evaluación de los expertos en el desempeño de sus funciones, aunque la parte de sanciones o incumplimiento aún no parece estar totalmente desarrollada y le deja un amplio margen de discrecionalidad a los entes calificadoros y acreditadores de peritos.

Con respecto al desempeño de sus funciones, la guía contempla una sección denominada "Quality Assurance" en la cual se establecen los parámetros que se esperan del testigo experto ante el juez y la corte así como algunos métodos de evaluación. El sistema de "garantía de calidad" establece que el experto deberá cumplir con los siguientes requerimientos que deberán incluirse dentro del sistema de capacitación y acreditación:

1. **Conocimiento en su campo de especialización.** Esto implica no solo que el experto cuenta con el conocimiento y experiencia, sino que el experto deberá demostrar que puede mantener su competencia a través de entrenamientos continuos.
2. **Conocimiento práctico y competencia.** Esto se traduce en que el experto sea capaz de entender al juez o las instrucciones de la parte litigante que lo contrató y también debe mostrar capacidad con el juez y la parte contratante acerca de los procedimientos que entrañan aspectos legales relevantes. El experto debe de ser capaz de comunicar sus hallazgos (de manera oral y escrita) en un reporte bien argumentado y verificable que pueda ser entendido por el juez y por las partes. Habilidades en idiomas así como conocimiento de las leyes y procesos legales en varios países tendrán un valor significativo.
3. **Ética y actitud profesional.** El experto deberá actuar de manera independiente, imparcial y de acuerdo a un código de ética y profesional establecido.
4. **Eficiencia.** El experto deberá trabajar eficientemente y someter su reporte en los tiempos estipulados y de acuerdo con el presupuesto pactado.

Como se puede apreciar, el sistema de "garantía de calidad" establece muy claramente cuatro parámetros sobre los cuáles el experto será evaluado, que tiene que ver con conocimiento en su campo, procedimientos judiciales y legales y comunicación oral y escrita de sus hallazgos, ética profesional y eficiencia.

Para medir el desempeño del experto, la guía propone que los jueces hagan un breve reporte tomando en cuenta los parámetros anteriormente mencionados. Este reporte le será dado a conocer al experto, el cual podrá hacer comentarios o proporcionar explicaciones sobre las situaciones descritas.

En cuanto a las sanciones por incumplimiento, vale la pena señalar que éstas no fueron desarrolladas en la guía. Solamente en el Anexo de la guía se menciona que las sanciones por no seguir el código de ética sugerido serán adaptadas por cada país en función de las reglas de procedimiento y las tradiciones legales que se tengan. Lo que sí se especifica es que las sanciones disciplinarias deberán estar en manos de una jurisdicción u organismo independiente y deberán responder al principio adversarial.

Como se mencionó con anterioridad, esta guía estipula que los testigos expertos serán evaluados por los entes o cuerpos acreditados cada cinco años, y por lo tanto, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, es previsible que estos entes emitan una opinión negativa sobre “el experto infractor” imponiéndole un fuerte costo de reputación.

Asimismo, la parte de los “costos y salarios” de los expertos también queda sin muchas precisiones en esta guía y aparentemente los entes de capacitación y certificación no tendrán una gran injerencia en este aspecto.

10.4 Comentarios

Como se puede apreciar a través de este breve recuento de la guía publicada muy recientemente en octubre del 2015, el uso de testigos expertos es un asunto prioritario para la Unión Europea que busca de alguna manera lograr cierta estandarización y armonización en cuanto a la capacitación, acreditación y desempeño de los testigos expertos.

Sin duda el reporte EGLE tiene como fortaleza recoger las mejores prácticas que se dan en los distintos países miembros y buscar su sistematización en todas las jurisdicciones buscando estándares altos y de calidad.

Entre los puntos fuertes a destacar están:

- La creación de estos entes capacitadores y certificadores de peritos expertos (que no existen en todos los estados miembros) que jugarán un rol crucial en la acreditación de los peritos.
- La obligación de que los expertos también conozcan no solo de su materia sino de procedimientos judiciales y puedan transmitir su conocimiento de forma inteligible para la corte y las partes en litigio.
- La guía también recoge una práctica muy socorrida en España y Gran Bretaña que consiste en obligar a los testigos expertos, ya sea por juramento o por ley, a servir a los intereses del juez y de la corte, dejando en segundo plano los intereses del contratante.
- Otra fortaleza es el desarrollo de un código de ética muy detallado en el cuál quedan plasmados las obligaciones y compromisos que se adquieren al servir como testigo experto.

- Un último punto a destacar es la parte de la evaluación del experto que es realizada por el juez a partir de cuatro parámetros claramente definidos, lo que reduce las posibilidades de discrecionalidad en cuanto a la evaluación.

Entre las debilidades que se pueden encontrar en esta primera guía están las siguientes:

- Las definiciones de experto no incluyen a figuras interesantes desarrolladas por el Código de Procedimientos Inglés como son el *joint expert* o el *lead expert* que podrían ayudar a disminuir los costos del litigio y obligan a las partes a ponerse de acuerdo en una "lista mínima de expertos".
- Una muy escueta mención de cómo serán remunerados los testigos expertos y cómo se aplicarán las tarifas, las cuales además pueden ser muy distintas entre las diversas jurisdicciones. Si bien, la guía pone un énfasis importante en la armonización de estándares y criterios para la capacitación en procedimientos judiciales y de acreditación, este énfasis está completamente diluido por lo que respecta a la parte salarial.
- Otra de las debilidades es dejar a las distintas jurisdicciones que impongan las sanciones de acuerdo con sus distintos procedimientos legales y tradiciones jurídicas existentes. Es decir, al igual que en el caso de la remuneración, hubiera sido interesante sugerir que fueran esas mismas entidades certificadoras y de acreditación las que también tuvieran un rol activo en la imposición de sanciones.

Sin lugar a dudas las grandes oportunidades de este código surgirán al momento de su implementación, ya que con seguridad irán saliendo una serie de dificultades que no han sido contempladas en este documento.

Mejores prácticas y recomendaciones

De lo analizado en el diagnóstico nacional, se identificó que en el sistema mexicano actual prácticamente no existen lineamientos, regulaciones o normas en los temas de capacitación, certificación, acreditación y evaluación del desempeño de los peritos. Por esta razón, la propuesta de los consultores es cambiar hacia un enfoque que haga más énfasis en los informes periciales.

Se considera que el migrar de un sistema que hace hincapié en las capacidades, honorabilidad e incluso conflictos de interés de los peritos, hacia un sistema que enfatice en la calidad del dictamen pericial, ofrecerá una solución a los problemas que incumben la formación y calidad profesional de los peritos.

El análisis de las mejores prácticas internacionales abarca 15 categorías. Estas categorías se definieron a partir del benchmarking internacional que consideró información normativa, jurídica y académica de los diez países analizados.

- Definición de perito
- Quién contrata al perito
- Praxis-Reglamentos
- Mecanismos de selección
- Personalidad del perito
- Código de Conducta
- Capacitación sustantiva
- Capacitación procesal
- Certificación
- Acreditación
- Evaluación del desempeño
- Dictamen de la prueba pericial
- Uso de modelos económicos como evidencia/prueba pericial/testimonio
- Penalizaciones
- Pago/Costos del peritaje

Para cada categoría se identificaron diferentes modelos que se definieron de acuerdo con las similitudes o diferencias de cada país. Si bien, ninguno de los casos es idéntico, fue posible identificar coincidencias.

En cada categoría se integró un cuadro que presenta un ejemplo de cada modelo, resaltando los casos considerados como las mejores prácticas.

Definición del perito

La definición del perito presenta la descripción jurídica y oficial de este personaje, así como las diferentes categorías y clasificaciones que puedan señalar las legislaciones y la normatividad. Se identificaron tres modelos:

- Definiciones simples en las que sólo se señala que el perito es un experto en su materia (casos Australia, Reino Unido y Estados Unidos de Norteamérica-EUA)
- Definiciones categóricas en las que se hace una distinción entre peritos designados por el tribunal y peritos aportados por las partes (casos Alemania y España)
- Definiciones detalladas y exhaustivas de los diferentes tipos de actores que pueden participar en casos de competencia económica aportando su conocimiento experto y su experiencia (casos Corea, Francia y Unión Europea)

Cada caso presenta alguna similitud en cuanto a sus definiciones con otros países, según se señala a continuación:

Reino Unido	<p>En el caso de Reino Unido, su definición es similar a la de EUA y Australia:</p> <p>Un experto es cualquier persona con experiencia o conocimiento en un campo o disciplina particular. Un testigo experto es aquel que permite que su conocimiento o experiencia esté disponible para una corte para ayudarlos a entender algún asunto y de esa manera permitir alcanzar una decisión fundada y justa.</p>
Alemania	<p>La legislación alemana distingue entre dos tipos de expertos: peritos designados por el tribunal y expertos aportados por las partes.</p> <p>La ZPO sólo trata sobre expertos designados por el tribunal ya que son los únicos considerados como evidencia admisible. El tribunal puede tomar la decisión de oficio de consultar con un experto o siguiendo la petición de una de las partes.</p>
Unión Europea	<p>La definición de la UE es similar a la de Francia y Corea, basada en tipologías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Experto técnico: se define como aquel que pone su conocimiento especializado para determinados asuntos o hechos a disposición de una corte. • Testigo experto: aquel que proporciona opiniones derivadas de su <i>expertise</i> (o pericia) en asuntos técnicos con el objeto de clarificar los argumentos de las partes.

	<ul style="list-style-type: none"> • Experto legal: aquel miembro que puede ser consultado en cuestiones específicas que conciernen reglas, prácticas o derechos aplicables a leyes foráneas, en particular a aquellas leyes que no forman parte de los Estados miembros de la Unión Europea. • Experto privado: Aquél que responde exclusivamente a las instrucciones de alguna de las partes en litigio que lo contrató por su conocimiento técnico. Esta figura será aplicable en aquellos países en los cuales el testigo privado no presta juramento ante la corte (como en España) y por lo tanto sus obligaciones hacia el juez o la corte no toman preeminencia sobre las de la parte que los contrató. En este caso, las opiniones de estos expertos pueden ser registradas como testimonio en la corte (como cualquier otro documento procesal), pero carecen de la "objetividad imparcial" que debe de prevalecer en un testimonio del testigo experto.
--	--

Recomendaciones

En la elaboración de una definición oficial, se sugiere tener en cuenta la de la Unión Europea ya que es la más exhaustiva, al categorizar diferentes tipos de expertos, haciendo una mayor precisión al rol que juegan dentro en los casos y controversias, así como al valor probatorio de sus dictámenes.

¿Quién contrata al perito?

Se identificó que en los procesos y controversias, existen dos actores que pueden convocar o contratar al perito: las partes y el tribunal. Dependiendo del caso, la entidad regulatoria puede ser la autoridad encargada de la toma de decisiones, en los casos administrativos, o puede considerada como una de las partes ante el tribunal, en los casos judiciales.

De este análisis se establecieron dos modelos, uno en el que el perito es designado por el tribunal o la autoridad competente como se observó en los casos de Corea, Brasil y Francia. Otro, en donde el perito es convocado tanto por las partes como por el tribunal como se observó en los casos de Australia, Alemania, EUA y Reino Unido.

Francia	En la legislación francesa la contratación del testigo experto lo hace la corte, a partir de las listas en las que tiene que estar inscrito.
EUA	Las partes pueden aportar peritos como evidencia probatoria. El juez puede designar a un testigo experto para ser un testigo del tribunal, es decir un testigo neutral. Los requisitos exigidos a este perito neutral son los mismos que los aplicables a los peritos aportados por las partes. El perito neutral puede evaluar los dictámenes de los peritos

	<p>aportados por las partes y realizar un análisis de fortalezas y debilidades de sus dictámenes, así como argumentos potencialmente sesgados.</p> <p>El juez puede nombrar un asesor técnico que lo instruya. Sin embargo, este asesor no es realmente un perito, ya que no puede testificar ni constituir evidencia.</p>
--	--

Recomendaciones

Como se mencionó en las secciones anteriores, hay peritos de partes, peritos de procedimientos administrativos e incluso peritos que apoyan al juez a mejorar su conocimiento sobre temas específicos de competencia económica.

En cada caso se ofrecen distintos mecanismos para contratar a un perito. En el caso de la entidad reguladora, quien necesite el apoyo profesional de expertos para analizar temas muy técnicos puede recurrir a profesionales y expertos bajo la figura de personas físicas, o a instituciones académicas o universidades que le brinden su apoyo profesional.

En los casos en los que el tribunal, el juez o la autoridad reguladora se enfrentan a situaciones que suponen importantes diferencias entre las partes, lo ideal es elegir un modelo en el que las partes puedan ponerse de acuerdo respecto al perito al que convocarán, ya que esta práctica tiene un mayor valor conciliatorio. En caso de que las partes no se pongan de acuerdo, el juez o la autoridad deberá elegir de entre un listado de peritos propuesto por las partes en litigio.

Praxis-Reglamentos

En esta categoría se analizó la normatividad y los reglamentos en los que se señala el uso de peritos para procedimientos judiciales y administrativos en materia de competencia económica. Se observó que los modelos anglosajones (Australia, EUA y Reino Unido) dejan en un segundo plano su tradición de evitar una reglamentación exhaustiva, ya que su normatividad para estos casos es muy detallada en cuanto a las reglas y procedimientos a seguir por los peritos.

Estas reglamentaciones combinan instrumentos, leyes, jurisprudencia y recomendaciones detalladas que justifican la obligatoriedad de realizar cursos de capacitación en peritaje en países como Reino Unido.

Un segundo modelo identificado es en donde la regulación de los servicios periciales se define a partir de la legislación procesal, que se extrapola hacia los Códigos de Procedimientos Civiles, ya que no existen reglamentos

exclusivos que regulen el uso de servicios periciales en materia de competencia económica, como es el caso de Alemania, España, Chile, Brasil, Francia.

Reino Unido	El desempeño de los testigos expertos está normado por la Guía para la instrucción de expertos en casos de justicia civil emitida en el 2014.
Chile	El Decreto de Ley N°211 para la promoción y defensa de la libre competencia, señala que una de las facultades del TDLC es la de requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos.

Recomendaciones

Una regulación exhaustiva asegura una mayor estandarización y calidad de los dictámenes y de los procesos relativos a los servicios periciales, evitando la ambigüedad y discrecionalidad que podría derivarse de reglas más generales. Esta regulación exhaustiva también está presente en países de tradición anglosajona.

Mecanismos de selección

Esta categoría sirve para explicar la manera en que se contrata o convoca a los peritos. Por ejemplo, en algunos países los tribunales elaboran periódicamente un listado de expertos que se actualiza constantemente; en otros se recurre a asociaciones gremiales o a órganos colegiados que integran listas o carteras de expertos en diferentes artes y ciencias.

Se identificaron tres modelos:

- Modelo aleatorio, el juez selecciona al perito de manera aleatoria a partir de una lista de nombres que le es entregada previamente, como se aplica en España y Francia.
- Modelo de listas, el juez selecciona conjuntamente con las partes al perito, a partir de una lista, de acuerdo con los modelos de Chile y Corea.
- Modelo de asignación conjunta, las partes pueden escoger conjuntamente al perito y el juez está obligado a respetar la decisión. En caso de que las partes no puedan ponerse de acuerdo, el perito es asignado por el juez. Este modelo se aplica en Alemania, EUA y Reino Unido.

España	Los peritos pueden ser designados sin restricciones por las partes o puede ser el juez, a solicitud de parte, el que designe al perito durante el proceso, en los casos que señala el Artículo 339 de la LEC.
Corea	<ul style="list-style-type: none"> • Después de la presentación de los alegatos iniciales, las partes puede solicitar al tribunal la designación de un perito. • Alternativamente, el tribunal puede considerar por su cuenta si

	<p>el caso amerita el análisis de un experto.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El tribunal puede solicitar a las partes nominar a un perito que sea seleccionado de una lista, o escoger conjuntamente a otro candidato. • En los casos relacionados con temas o especialidades requeridas frecuentemente, la corte podrá escoger de una lista de expertos que hayan testificado en casos previos, sin recurrir a las partes. • Los tribunales pueden contar con una lista de expertos que incluya académicos y facultades universitarias. • Los expertos incluidos en dichas listas no son considerados miembros de paneles o barras de expertos certificados. • Un juez de distrito dirige al personal de la corte para mantener las listas, con lo que el proceso se vuelve informal y conveniente para los jueces.
Alemania	<p>El tribunal selecciona y nombra a uno o más expertos según sea el caso, posiblemente después de consultar con las partes. El tribunal instruye y supervisa a los expertos y puede dar instrucciones. Las partes podrán recusar el nombramiento de un experto en particular si duda de su imparcialidad o independencia.</p>

Recomendaciones

En cuanto a la selección de los peritos, se considera que el uso de listas puede generar barreras de entrada para los profesionales que deseen prestar sus servicios como peritos y que no cuenten con experiencia anterior en ello, o que por algún motivo no sean incluidos en las listas.

Asimismo, dejar la selección de los peritos a la discrecionalidad de los jueces, puede implicar sesgos en cuanto a la asignación de expertos a los casos.

En este sentido, se considera que el modelo de asignación conjunta es el ideal, ya que permite participar a las partes expresando su opinión y conformidad (o inconformidad) en la asignación del perito, reduciendo las posibilidades de que los peritos asignados sean favorables a una de las partes. Este mecanismo está previsto en el CFPC.

Sin embargo, se debe reconocer que las partes no siempre pueden llegar a un acuerdo en cuanto a la asignación del perito, en cuyo caso éste deberá ser asignado por el tribunal.

Personalidad del perito

De acuerdo con la literatura y las legislaciones consultadas se estableció que los peritos pueden ser tanto personas físicas como personas morales, y en algunos casos puede tratarse de funcionarios públicos (Francia).

De manera más específica, fue posible identificar que en casi todos los países se reconoce la necesidad de que los peritos sean personas físicas y personas morales, que pueden ser tanto empresas, como asociaciones civiles y universidades, tal como se observó en los casos de Alemania, Francia, España, Corea y EUA.

Los casos en los que estos servicios pueden ser prestados también por funcionarios públicos se distinguieron en Francia, Alemania y la Unión Europea.

También existe la posibilidad de que en los casos participe más de una persona, no necesariamente como una empresa o asociación, en cuyo caso la mayoría de las legislaciones especifica que se tiene que presentar un solo dictamen, tal como se observó en Francia y Reino Unido.

Como un punto adicional, vale la pena señalar que en los casos de los servicios periciales médicos, el informe los revisa una asociación civil, sin revelar el nombre del autor del informe, y es esta asociación quien corre con la responsabilidad de los resultados del informe.

En algunos países, para que el tribunal entienda y tome una mejor decisión respecto a los informes periciales de las partes, se recurre a la figura de un perito tercero, quien es llamado directamente por el tribunal y supone una figura neutral.

Corea	El código de procedimientos civiles señala que en caso de ser necesario, un tribunal puede designar a una agencia pública, a una escuela o a otro tipo de organización, la elaboración de un informe pericial. Por lo que los peritos en Corea pueden ser tanto personas físicas como personas morales.
Unión Europea	El proyecto EGLE contempla que los expertos puedan ser individuos o entidades legales (públicas o privadas, laboratorios, universidades, etc.) siempre y cuando por lo menos un individuo privado perteneciente a la entidad legal sea un experto acreditado y sea designado como responsable del reporte.
Francia	Un experto puede ser una persona física o una persona moral. En caso que se requieran varios expertos, se realizará un solo reporte que comprenda todas las observaciones conjuntas de los expertos.

Recomendaciones

Las mejores prácticas identificadas en cuanto a la personalidad del perito, son las que dejan la personalidad de este lo más abierta posible, es decir, que los servicios periciales pueden ser prestados tanto por expertos individuales o en grupo, empresas, organizaciones, e incluso funcionarios públicos.

En los casos en los que se recurre a un perito tercero, se sugiere la instrumentación de herramientas que desincentiven la falta de transparencia o sesgos en la valoración de las pruebas periciales.

Es fundamental también que el perito tercero justifique puntualmente los motivos de su decisión incluyendo la valoración de las dos metodologías de las partes, revisión de los antecedentes y literatura, hechos y cifras relevantes del caso, y presentar sus propias conclusiones.

Código de conducta

El código de conducta es un documento que sirve de guía para que los peritos conozcan y ejerzan su trabajo de acuerdo con las responsabilidades que adquieren ante el tribunal y con sus clientes. Se identificaron dos modelos:

El primero en el que los códigos de conducta señalan los compromisos y responsabilidades de los peritos, así como su capacidad para trabajar conjuntamente con otros peritos, y en algunos casos especifican el tipo y la forma en la que deben presentarse los informes periciales. Este modelo se observó principalmente en Australia y la Unión Europea.

El segundo modelo es el de los países que no cuentan con códigos de conducta, y en su lugar, los peritos deben prestar juramento ante la corte, con lo cual se comprometen a cumplir con sus responsabilidades y a ser imparciales en sus informes y conclusiones, tal como ocurre en España, Francia y Reino Unido.

Unión Europea	El proyecto EGLE en su anexo propone un código de ética que deberá ser seguido por el experto de manera rigurosa para asegurar su imparcialidad y objetividad. Además, el proyecto EGLE especifica que el experto no puede tener ningún record criminal y no pueda haber demostrado ninguna <i>breach of conduct</i> , es decir desviación de comportamiento ético.
Reino Unido	Protocolo de Instrucción para Testigos Expertos en casos de Disputas Civiles del Reino Unido (2005 y 2009). También existen códigos de conducta de las Asociaciones de Expertos como The expert Academy y estas asociaciones tienen comités para hacer el <i>enforcement</i> .

Recomendaciones

Se sugiere la elaboración de un Código de Conducta que sirva de guía y documento reglamentario para la prestación de los servicios periciales, y que, como en el caso de la Unión Europea, sea tomado en cuenta para este propósito.

El Código de Conducta del EGLE de la Unión Europea es la mejor práctica identificada ya que presenta un documento exhaustivo en cuanto a especificaciones, recomendaciones, obligaciones y compromisos de los peritos ante los tribunales y respecto a los casos en los que prestan sus servicios.

Se recomienda hacer obligatoria tanto la protesta de decir la verdad respecto a la información presentada en el informe pericial, como la de la autoría personal del perito en la elaboración.

Para evitar posibles sesgos de selección el Código de Conducta puede hacer la indicación de que el perito señala la forma en la que seleccionó los materiales de consulta en los que fundamentó su argumento y las razones que le llevaron a descartar las fuentes que podían servir de base para la argumentación contraria.

Respecto al sesgo de afiliación en el Código de Conducta se puede establecer que el perito deberá abstenerse de contactar a las partes involucradas y jurando, y aclarar que para la elaboración del dictamen se basó únicamente en fuentes secundarias y en su propio análisis, sin aceptar presiones por la parte involucrada o sus abogados. Además, debe justificarse que no existió previamente ninguna relación profesional ni personal entre el perito y la parte involucrada.

Finalmente, el sesgo de compensación puede evitarse o contrarrestarse requiriendo que las partes indiquen públicamente para cada perito, el monto de su compensación.

Capacitación sustantiva

Esta categoría se refiere a los requisitos formales que deben cubrir los peritos en cuanto a su formación profesional y experiencia.

En todos los casos analizados se identificó un proceso de *vetting*, que consiste en la revisión y comprobación de títulos, diplomas, experiencia, CV, comprobantes de educación y formación continua, así como otras credenciales que comprueben sus conocimientos sustantivos.

El mejor ejemplo de esta categoría es EUA:

EUA	Con respecto a la calificación de un experto, el juez debe revisar la educación, conocimiento y experiencia del experto. Los aspectos necesarios en un experto se refieren a la experiencia personal con el tema objeto del dictamen. Para calificar como experto un testigo debe establecer primero su experiencia haciendo referencia al "conocimiento, habilidad, experiencia, formación o educación".
-----	---

Recomendaciones

Se sugiere que en el diseño de estándares profesionales mínimos se requiera a los peritos la presentación de todos sus títulos, credenciales, diplomas, publicaciones y documentos que comprueben sus conocimientos profesionales y especializados, además de sus cursos de especialización continua. También es importante que la validez y originalidad de éstos sean comprobadas por el tribunal.

Asimismo, se considera crucial que el perito especifique en un informe preliminar, de manera detallada, por qué su conocimiento es relevante para el caso que va a ser dirimido, independientemente de que las Disposiciones Regulatorias pudieran especificar el momento procesal para tales efectos.

Capacitación procesal

Se refiere a la existencia de algún tipo de formación especial para ejercer como peritos, además de su experiencia profesional, o si se debe cubrir o demostrar algún conocimiento específico sobre el rol que debe tener el perito ante los tribunales, jueces, empresas y el regulador.

Los cursos de capacitación procesal consisten en programas cortos en los que se enseña a los interesados sobre el uso y entendimiento de los Códigos de Conducta, la elaboración y presentación del informe pericial, así como los compromisos, responsabilidades, alcances y limitaciones de los servicios que presta un perito.

Sobre este tipo de formación se identificaron dos modelos:

- Países en los que se prestan diplomados operativos, como es el caso de Francia, Reino Unido, España, Australia y Chile.
- Países en los que no se requiere de formación adicional para desempeñarse como perito, como Brasil, EUA y Corea.

Australia	Existen organismos privados, independientes del gobierno, que ofrecen cursos de capacitación y diplomas de certificación para peritos expertos en diferentes áreas y profesiones. Estas instituciones reconocen que un perito competente requiere una comprensión de las expectativas de los tribunales y los litigantes, por lo que al ofrecer una opinión, es importante que entiendan los límites en los que el perito puede aceptar una comisión, cómo preparar un informe, lo que se espera cuando entra en un conflicto, y cómo responder a las preguntas de los defensores de la otra parte en el juicio.
Brasil	En los problemas de competencia por lo general se requiere de la opinión de un economista o contadores, pero dependiendo del mercado de referencia, el producto o la infraestructura involucrada en la disputa, los

	tribunales pueden invocar a los ingenieros, médicos o cualquier otro experto en el campo relacionado.
--	---

Recomendaciones

Los cursos de capacitación procesal son útiles porque garantizan que los peritos conocen y entienden tanto el Código de Conducta, como sus responsabilidades y limitaciones ante la corte y ante sus clientes.

Es recomendable seguir los ejemplos de países como Australia, España o Francia, en donde existen instituciones encargadas de capacitar y certificar a peritos y a expertos que apoyen a los tribunales especializados en temas de competencia económica, pero sin hacer de estos cursos un requisito obligatorio, sino preferente a la hora de contratarlos.

Se debe asegurar también que no se otorgará a ninguna institución la exclusividad para llevar a cabo las capacitaciones, buscando siempre incentivar que estos cursos sean realizados por el mayor número de instituciones posible.

Asimismo, se debe buscar que el costo de estos cursos de capacitación sea accesible, para que no represente una barrera de entrada.

Certificación

Esta categoría busca determinar la necesidad de contar con un diploma o certificado especial que avale las capacidades del perito como experto y su habilidad para brindar apoyo al tribunal; así como el tipo de certificados, quién los diseña y quién los emite.

Se identificó que Australia, Alemania y Reino Unido tienen organismos privados, independientes del gobierno que ofrecen cursos de capacitación y diplomas de certificación para peritos expertos en diferentes áreas y profesiones. Los requisitos de Reino Unido, por ejemplo, incluyen evaluación de dictámenes presentados en casos anteriores, desempeño en el proceso de examinación, y la aprobación de un examen de opción múltiple.

Alemania	<p>Existen varios organismos que emiten certificaciones públicas cuyo objetivo es demostrar que un experto está excepcionalmente calificado en un campo particular.</p> <p>Los expertos certificados juran públicamente que actuarán de forma independiente e imparcial, lo que justifica la confiabilidad de sus dictámenes. Esta certificación también ampara la imparcialidad del organismo que contrata a los expertos certificados, fortaleciendo así su propia reputación al liberarse de cualquier sospecha de sesgo.</p>
----------	--

Reino Unido	<p>El programa de certificación de la Universidad Bond Solon, establece como requisito para obtener el certificado de perito aprobar una evaluación que comprende de tres partes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Evaluación de los informes periciales elaborados en los últimos dos años. 2. Evaluación del desempeño de los peritos durante la confrontación de opiniones con las otras partes. 3. Aprobar un examen de opción múltiple de derecho y procedimientos en la corte.
-------------	--

Recomendaciones

En ninguno de los países consultados es un requisito obligatorio contar con certificados para ejercer como peritos, y salvo en el caso de Reino Unido, los países en los que se emiten certificados por parte de instancias privadas, no especifican los requisitos que deben cubrirse para obtener los certificados que emiten. Es por lo anterior, que no se incluyen recomendaciones basadas en otros casos internacionales analizados.

Se considera que contar con capacitación procesal es suficiente para actuar como perito. Los antecedentes académicos y de formación continua y publicaciones deberían ser pruebas suficientes y contundentes para el desarrollo de informes periciales. El consultor considera que, al igual que en las mejores prácticas internacionales, la certificación debe ser una ventaja para participar en los procesos, pero no debe ser obligatoria.

En caso de optar por un modelo de certificación se recomienda considerar el caso de Reino Unido como modelo para el diseño de los procedimientos de certificación.

Acreditación

La acreditación se refiere al reconocimiento que hacen terceros sobre la capacidad y habilidad de una persona para prestar sus servicios como perito.

Se identificaron dos posibilidades, que se utilicen mecanismos de acreditación, o que no exista ninguno, como es el de EUA. En los casos en los que sí existen mecanismos o sistemas de acreditación, se identifican dos modelos:

- Elaboración de listas que pueden ser integradas por los tribunales, como son los casos de Francia, Chile y Corea.
- Academias de expertos que integran listas de profesionistas que han prestado este tipo de servicios y que están agremiados en estas instituciones, como son los casos de España y Reino Unido.

Francia	<p>Las cortes de apelación (a nivel regional), y las cortes de casación (nacional) emiten un listado de personas que podrán ser llamados a testificar como expertos ante las cortes. Cada año, tanto las cortes de apelación como de casación elaboran un listado con los nombres de "técnicos expertos" a los cuales los tribunales pueden recurrir.</p> <p>Estos "nombramientos" tienen una duración de cinco años y pueden ser renovados. No existe algún documento sobre el procedimiento que siguen las cortes de apelación o casación para la selección de expertos, salvo que se menciona que son personas con "gran notoriedad pública" en su campo de conocimiento.</p> <p>También se menciona que el experto deberá demostrar que ha ejercido en su campo de <i>expertise</i> durante por lo menos 10 años y ha desempeñado su profesión de manera continua dos años antes de la primera inscripción en las listas o antes de la renovación quinquenal.</p>
Reino Unido	<p>En materia de acreditación de los expertos, existen distintas instituciones especializadas en estas funciones como EWI y TAE, ambas instituciones de naturaleza no lucrativa. También existen cursos de acreditación y certificación para testigos expertos ofrecidos por el despacho privado Bond Solon y la Universidad de Cardiff.</p>

Recomendaciones

No se recomienda optar por mecanismos de acreditación tipo colegiación o pertenencia a asociaciones de expertos, ya que estos sistemas pueden crear barreras de entrada y encarecer los costos de los servicios. Además, la colegiación no sirve necesariamente para asegurar la calidad de los servicios. De hecho se detectaron casos de asociaciones colegiadas, como los Ingenieros en Telecomunicaciones, en los que las credenciales de los integrantes se verifican a partir de elementos insuficientes y no exhaustivos como son el ejercicio profesional.

Se recomienda que el perito describa cuál es la experiencia que le acredita como la persona más indicada para participar en el caso.

El juez, el tribunal o el IFT deben revisar y validar los títulos y documentos presentados por los interesados, e integrar sus nombres en las listas que serán difundidas públicamente.

Vale la pena mencionar que si bien, la integración de lista puede tener el inconveniente de constituir una barrera de entrada, también es importante recalcar que la lista --en este caso-- tiene un doble propósito superior que consiste en: 1) evitar que peritos poco calificados y profesionales intervengan en los casos y; 2) que algunos de ellos se encumbren y tomen la actividad pericial como una auténtica profesión. Por ello, estas listas deben tener un propósito indicativo (no exhaustivo o de exclusión) y en caso de que un juez decida no contratar a uno de los peritos incluidos en la lista, simplemente

deberá explicar por qué tomó esta decisión. De esta manera las listas se convierten en un elemento de “*soft law*” con carácter de guía que busca proporcionar información sobre la calidad profesional y probidad moral del perito y no una camisa de fuerza que impida la contratación de las personas.

El listado debe incluir los nombres de todas las personas que presenten servicios de peritaje económico, al cual tengan acceso todos los tribunales, para que sea actualizado continuamente. El listado debe contener los nombres completos de los peritos, sus profesiones y especialidades, los litigios en los que han participado y los nombres de las partes para las que han prestado servicios, así como si han enfrentado sanciones o suspensiones. Esta información debe de ser pública.

Evaluación del desempeño

La evaluación del desempeño se refiere a los mecanismos que utilizan los jueces, tribunales, regulador y empresas para valorar los servicios prestados por los peritos.

Se identifican dos modelos de evaluación del desempeño de los peritos, que se aplican en diferentes momentos de la prestación del servicio:

- *Ex ante* o recusación, en donde se hace una revisión de la experiencia y participación en casos anteriores, previa a la ejecución del caso, como sucede en Reino Unido, Corea, España, Francia y la Unión Europea.
- *Ex post*, en estos modelos el perito puede ser responsabilizado por mal desempeño o incumplimiento de sus compromisos, el cual aplica en casi todos los casos, salvo EUA.

Corea	Los estándares para citar a un perito ante la corte pueden ser notablemente altos, ya que se considera al perito como un asistente neutral y se espera que posea formación profesional en alguna habilidad o naturaleza analítica. La utilidad de los servicios expertos del perito para la corte, se reservan a la discrecionalidad de los tribunales.
España	Tan importante como valorar el resultado es valorar el camino recorrido para alcanzarlo; los eventuales errores verificados en él, sean intencionales o no, causarán efectos en las conclusiones del dictamen y en consecuencia en su valoración. El perito judicial puede incurrir en responsabilidad civil o penal, al margen de la responsabilidad disciplinaria, que pudiera resultar exigible.

Recomendaciones

Es recomendable la aplicación de los dos modelos presentados, ya que ambos garantizan tanto la idoneidad del perito para el caso, como que éste haya cumplido correctamente con sus compromisos ante la corte.

También se sugiere que sean los tribunales o el mismo órgano regulador realicen estas evaluaciones, ya que los resultados les serán de utilidad para la integración de las listas de los peritos que pueden ser llamados a colaborar en los casos.

Entre los criterios que deberían considerarse para la integración de las listas se recomiendan el rigor metodológico de los argumentos presentados, el cumplimiento de los requisitos de contenido y forma del informe pericial, la satisfacción de los involucrados en el proceso con el trabajo del perito, así como su desempeño en procesos anteriores.

Otra sugerencia es que los peritos cuenten con un seguro de responsabilidad civil, que les permita protegerse de posibles repercusiones en los casos en los que colaboran.²¹⁶

La reputación del perito es un factor importante a considerar que debe constituirse sobre la base de su desempeño en los casos en los que colabora. De esta manera, es importante considerar sanciones que vayan más allá de la imposición de multas, sino que se apliquen suspensiones temporales o permanentes, según la falta cometida, además de que los jueces tengan la facultad de emitir una opinión negativa sobre el perito infractor imponiéndole un fuerte costo de reputación, tal como sucede en los casos de Reino Unido y de la Unión Europea.

Los mecanismos reputacionales deberían referirse a la infracción de sus obligaciones ante los tribunales, traducándose en un apercibimiento, amonestación y sanción judicial impuestos tanto por el tribunal como por otros órganos colegiados (barras o asociaciones profesionales o universidades).

Otra recomendación es la publicación de los informes periciales, que en países como EUA, Australia y Reino Unido es una práctica común que sirve para impedir que el perito cambie su argumentación de acuerdo a quien le contrata.

²¹⁶ El proyecto EGLE de la Unión Europea en su código de ética propone lo siguiente en cuanto a los seguros de responsabilidad: Art 32: Cuando el experto es una persona privada, él o ella tiene de manera individual la responsabilidad de las operaciones de *expertise* y de las opiniones que él o ella presenta al final de su *expertise*; por ello debe contar con un seguro contra cualquier daño que él o ella pueda causar a alguna de las partes mientras lleva a cabo su actividad. Cómo se puede apreciar, si bien los seguros pueden tener el efecto colateral de constituir una barrera de entrada, la Unión Europea considera que son un elemento para inducir responsabilidad sobre las acciones de los peritos mientras ejercen su actividad.

Asimismo, la discusión entre peritos es también una práctica común en países como EUA en donde los abogados de la parte contraria interrogan a los peritos a través del *cross examination*. El sistema acusatorio incentiva los litigantes a descubrir y refutar los posibles errores que puedan cometer los peritos.

De hecho, la efectividad de esta discusión es tan alta que en EUA los jueces suelen no designar a sus propios peritos, ya que cuando el perito es nombrado por el juez, este no tiene incentivos para identificar, y mucho menos corregir, posibles errores de su propio experto. Aunque las partes pueden tratar de corregir los errores cometidos por el perito judicial, a través del interrogatorio será muy difícil superar el testimonio de un experto designado por la corte, dada la disparidad en la credibilidad de los dos expertos.

Presentación del dictamen de la prueba pericial

El contenido y presentación de este documento se define en la normatividad o en los códigos de conducta, en donde se especifica el uso de algún formato obligatorio, así como el contenido mínimo indispensable que debe presentar una prueba pericial.

Este tipo de requisitos fueron identificados en los casos de Australia, Alemania y el Reino Unido, en donde su normatividad es muy específica en cuanto al contenido de forma y fondo del dictamen pericial.

Alemania	<p>Los principales requisitos exigidos a los dictámenes presentados ante el Bundeskartellamt y que se documentan de forma expresa son:</p> <p>A. Requisitos formales (incluyendo documentación):</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Enfoque comprensivo completo 2. Transparencia 3. Replicabilidad 4. Presentación/comprensión <p>B. Requisitos sustanciales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Relevancia • Robustez • Preferencia por los métodos y teorías consolidados
----------	---

Recomendaciones

Se sugiere adoptar el modelo alemán, ya que sus criterios están bien definidos y son exhaustivos e inequívocos respecto a la información que debe contener el dictamen pericial.

Uso de modelos económicos

Se refiere a la aceptación de los tribunales o jueces del uso de modelos o teorías económicas como evidencia para la solución de un conflicto o de un caso judicial, así como de la justificación para aceptarlo o no como evidencia.

Aunque en muchos países la legislación no especifica de manera clara su uso, el hecho de que en la legislación se permita el uso de pruebas científicas deja abierta la puerta para la aceptación de modelos y análisis económicos, como ocurre en España y EUA.

Existen otros casos en los que la normatividad es más específica en cuanto al uso de modelos, y se expresa claramente su utilidad para el análisis de los casos y la solución de los conflictos, tal como ocurre en Australia, Alemania, Brasil, Chile, Corea y el Reino Unido.

EUA	El Tribunal Supremo considera que la publicación (o falta de ella) en una revista académica [...] es relevante, aunque no determinante en la evaluación de la validez científica de una técnica en particular o un metodología en la que se basa una opinión.
Chile	El Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la FNE, señala que las partes involucradas (definidas en el documento como "afectados por la investigación") en una investigación, así como los abogados que los representen, podrán presentar informes jurídicos y económicos, solicitar audiencia con los profesionales a cargo de la investigación, a la que podrán concurrir expertos que los asesoren y aporten los antecedentes que consideren pertinentes.

Recomendaciones

Se recomienda que el IFT emita una Opinión sobre la aceptación, uso y relevancia de pruebas científicas como evidencias. Esta sugerencia fomentará el uso de modelos económicos y análisis econométrico como parte del estudio de los casos, lo cual aportará pruebas más efectivas para el entendimiento y solución de los mismos.

Penalizaciones

Se trataron de identificar las razones por las que se considera que un perito incumplió con sus obligaciones en la prestación de sus servicios en un caso, y dadas las circunstancias, en qué consisten las penalizaciones impuestas.

Se establecieron tres modelos:

- Se imponen penalizaciones por incumplimiento de los servicios convenidos, tal como ocurre en Australia, Alemania, España, Francia, la Unión Europea y el Reino Unido.
- El perito goza de inmunidad, como sucede en EUA.
- No se identificaron sistemas de penalización, aunque ello no signifique que no puedan existir, como ocurrió en el análisis de Chile, Brasil y Corea.

España	<p>El perito judicial puede incurrir en responsabilidad civil o penal, al margen de la responsabilidad disciplinaria que pudiera resultar exigible.</p> <p>En el ámbito de responsabilidad civil, el perito será responsable de los daños que, por falta de la diligencia que le es exigible en la realización de un peritaje, su actuación cause a las partes o a los terceros. Se trata de los supuestos en que los perjuicios sean consecuencia de la culpa, negligencia o ignorancia inexcusable en el reconocimiento o en el acto de emisión del dictamen.</p>
EUA	<p>Actualmente en EUA, un testigo experto goza de inmunidad y no es responsable por negligencia o mala praxis profesional, debido a que no se ha cambiado desde hace siglos la doctrina del derecho común que proporciona inmunidad absoluta a los testigos.</p> <p>Sin embargo, algunos Estados ya están promoviendo la responsabilidad del perito. Hay que tener en cuenta que una consecuencia inquietante derivada de la ampliación de la responsabilidad civil para los peritos es que están cada vez más expuestos a las acusaciones de mala praxis legal.</p>

Recomendaciones

Se considera que debe existir un mecanismo de sanción por violar el código de ética, así como sanciones específicas por incumplimiento a la LFCE, Disposiciones y CFPC y actuación ante el Instituto.

Independientemente de la recomendación de que los peritos cuenten con un seguro de responsabilidad civil, los peritos deben ser conscientes de sus compromisos y obligaciones ante los tribunales.

Dado que las personas que prestan servicios de peritaje pueden tener dos motivaciones (económicas o de prestigio profesional), un esquema de penalizaciones basado en los casos señalados será útil para desincentivar conductas inapropiadas como los sesgos o análisis parciales en favor de una de las partes.

Con lo anterior se entiende que un esquema de penalizaciones desincentiva las malas prácticas, más no la actividad o el interés por prestar servicios periciales, ya que se considera que un experto que esté seguro de su

profesionalidad y ética no tiene por qué verse desincentivado a realizar dictámenes periciales. Lo mismo ocurre en la profesión médica: a pesar de que en la actualidad existen mayores riesgos y responsabilidades civiles por malas prácticas, el servicio médico no se ha visto afectado en la calidad y cantidad de especialistas. Lo que sí es factible es que los honorarios sean más altos, debido a que los peritos deben cubrir los seguros, además de estar conscientes de que su actividad profesional es altamente demandada.

Pago/Costos del peritaje

Se trató de identificar quién asume los costos de la contratación del perito.

Lo que se busca es que las partes tengan la oportunidad de contar con peritos con el mismo nivel de acreditaciones y experiencia, y que brinden servicios de la misma calidad, de tal forma que se reduzcan las posibles asimetrías que podrían derivarse de mejores condiciones económicas de alguna de las partes, o de un mayor poder en el mercado.

En este sentido se identificaron pocos casos que especifican algún mecanismo de asignación de los costos del peritaje; de los casos analizados destaca lo siguiente:

- El peritaje es pagado por el Estado, como en los casos penales.
- El peritaje es pagado por la parte que pierde el caso, como en Francia y Reino Unido.
- El peritaje es pagado por quien lo solicita, como ocurre en Chile.

Francia	En los litigios civiles el costo de los servicios periciales es pagado por la parte que pierde el caso.
Chile	Los gastos y honorarios que en estos casos se originen por la diligencia misma o por la comparecencia de la otra parte al lugar donde debe practicarse, estarán a cargo de quien la haya solicitado; salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre pago de costas. El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que previamente se consigne una cantidad prudencial para responder a los gastos y honorarios referidos.
Reino Unido	El costo del perito es pagado por las partes en litigio, pero se distinguen dos tipos de casos: Public Law Cases y Private Law Cases. En el primer tipo, el perito puede ser pagado por el Estado. También se permite que un tercero que no está litigando el asunto pague el costo, pero esto deberá ser especificado al inicio del juicio.

Recomendaciones

Las mejores prácticas identificadas son las de Chile y Reino Unido, donde el pago de los costos del peritaje se hace de manera justa y equitativa, y a partir de las cuales se sugiere trabajar en el diseño de un modelo para México, aplicando dos diferentes formas: la primera en la que el peritaje sea pagado por el tribunal en el caso de que estos servicios sean solicitados por el juez, y la segunda en la que los costos sean compartidos por las partes, en el caso de que sean éstas quienes soliciten estos servicios.

Resumen de recomendaciones

El objetivo del presente documento es fortalecer el sistema de capacitación, certificación, acreditación y evaluación de peritaje en materias relacionadas a la economía y la contabilidad. Vale la pena mencionar que la inquietud del IFT sobre el fortalecimiento de los peritos está a la vanguardia a nivel mundial, pues la reglamentación de los peritos es reciente, incluso en países donde las autoridades de competencia tienen larga tradición en ley. Por ejemplo en la Unión Europea, los lineamientos se publicaron en octubre de 2015.

Después de realizar un diagnóstico del caso mexicano, así como estudios de casos para diez países líderes en el mundo, nuestra propuesta es cambiar el énfasis de la regulación del perito al dictamen pericial. En esta propuesta, las credenciales, la certificación y la acreditación del perito son secundarias al dictamen pericial. Dado que el dictamen compila toda la evidencia recabada, así como los análisis e información que respalda la opinión del perito, el dictamen se vuelve un reflejo de la calidad del perito.

De esta manera, se deben generar lineamientos sobre diversos aspectos como: la estructura del dictamen, metodologías válidas y presentación de datos analizados. Alemania, que cuenta con las mejores prácticas en cuanto a la normatividad relacionada con la elaboración y presentación del informe pericial, requiere que todos los dictámenes presentados ante el Bundeskartellamt cumplan con los siguientes requisitos:

- Requisitos formales (incluyendo documentación):
 1. Enfoque comprensivo completo
 2. Transparencia
 3. Replicabilidad
 4. Presentación/comprensión
- Requisitos sustanciales
 1. Relevancia
 2. Robustez

En el caso de Alemania, la autoridad de competencia proporciona además una guía que incluye métodos y teorías consolidadas que se consideran adecuadas y relevantes para diferentes tipos de análisis. En EUA, los criterios de Dobert enfatizan aspectos técnicos de la metodología como el margen de error conocido y la aceptación de la teoría o técnica por la comunidad científica.

Así como se deben de establecer contenido, características y metodología para los dictámenes de los peritos de parte, se debe generar igualmente reglas para el dictamen del perito tercero, que requieran de una valoración detallada de las metodologías, argumentos, datos y conclusiones presentados por cada perito de parte.

Enfatizar el dictamen pericial impacta de forma directa al ciclo de capacitación, certificación, acreditación y evaluación. La capacitación, y en particular la evaluación, tienen mucha importancia, mientras que la certificación y acreditación dejan de ser prioridad.

La capacitación en temas sustantivos, se relaciona con las metodologías consideradas como mejores prácticas para los diferentes casos de economía, contabilidad y competencia económica. Así por ejemplo, para la determinación de precios, puede haber cursos sobre costos incrementales de largo plazo.

La capacitación en aspectos procesales toma gran importancia, en particular en cuanto a la estructura que debe tener la prueba pericial. Otros temas de capacitación en temas procesales son:

- El papel del perito en los procesos judiciales
- Las reglas de la presentación de la evidencia
- Procedimientos judiciales aplicados en caso de conflicto con los peritos de la contraparte
- Comprensión de los métodos de examinación y contra-examinación

La evaluación que se recomienda debe ser realizada *ex post* y tiene que atender diferentes aspectos:

- Seguimiento del debido proceso
- Relevancia y pertinencia de la metodología presentada
- Calidad del informe pericial
- Comportamiento con base en un código de conducta, que incluya dimensiones de comportamiento ético como parcialidad y honestidad

Para que esta evaluación tenga consecuencias, se recomienda crear una lista que contenga los incumplimientos y las desviaciones del código de conducta, de tal forma que un mal desempeño tenga consecuencias y se prohíba la inclusión de peritos con mal desempeño. De esta recomendación deriva también la necesidad de diseñar un código de conducta que sea proporcionado a todas aquellas personas que se desempeñen como peritos.

Anexo I: Cuestionario para entrevistas con IFT

En este anexo se muestran las preguntas y temas sobre los cuales se consultó a expertos del sector de telecomunicaciones y radiodifusión en cuanto al uso de servicios de peritaje en materia de competencia económica.

La primera entrevista realizada fue de tipo *kick off* para el proyecto en el cual estuvo involucrado personal de diversas áreas del IFT tales como la Autoridad Investigadora y la Unidad de Competencia Económica. Esta entrevista se realizó en la oficina de la Comisionada Estavillo.

1. Solicitar relato de experiencias del IFT sobre la actuación de Peritos en controversias legales y pruebas periciales en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.
 - a) Identificación de algunas áreas en procesos IFT vs. operadores y de operadores vs. IFT. Por ejemplo:
 - Construcción de Modelos de Costos aplicables a diversos servicios de interconexión, incluyendo la fijación de parámetros y valores de variables
 - Determinación de costos de diversos tipos (stand alone, incrementales, marginales, distribuidos), para diversos servicios finales e intermedios
 - Costos en canasta básica de servicios
 - Aplicación en conceptos de preponderancia y poder sustancial en mercados específicos
 - Políticas y para diseñar y aplicar Regulación Asimétrica
 - Implantación de esquemas de separación contable para imputación de costos
 - Diseño y aplicación de criterios para dictaminar preponderancia
 - b) Identificación de algunas áreas en procesos entre Operadores, en los cuales IFT actúa como juez, árbitro, autoridad, etc.:
 - Mecanismos para diferenciar, medir, tasar y contabilizar tráfico
 - Casos de prácticas de competencia desleal, predación de precios, colusión, discriminación, etc.
 - Diseño y aplicación e conceptos relacionados con reciprocidad
2. Experiencias del IFT sobre el papel, la actuación y el desempeño de peritos en consultas, diseño y adopción de políticas o normas regulatorias. Por ejemplo:
 - Mecanismos y procesos para la asignación de espectro, diseño de bases para subastas, ejecución y evaluación de subastas

Diseño e instrumentación de políticas para desocupar y para compartir o comercializar bandas del espectro radioeléctrico,
Políticas para diseñar e instrumentar reglas para la compartición de Infraestructura
Redes Compartidas

3. En la información pública se encuentra un Perito que ostenta su acreditación como Perito Traductor, en Economía y en Competencia Económica, por parte del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León. ¿Esta acreditación está reconocida por el IFT?
4. ¿Hay algún acercamiento en el tema de Peritos entre IFT con los recién creados Tribunales Especializados en Radiodifusión y Telecomunicaciones?
5. En opinión del IFT, cuál sería el perfil ideal de un Perito especializado en los sectores de Radiodifusión y Telecomunicaciones, en materia de:
 - a) Economía
 - b) competencia económica,
 - c) aspectos contables,
 - d) Finanzas,
 - e) Etc.
6. ¿Tiene el IFT recomendaciones en lo referente a: selección, acreditación, registro, actualización, requisitos de peritos?
7. ¿Qué visión tiene IFT, y cuál ha sido su experiencia en la actuación de peritos en telecomunicaciones y radio difusión (ingeniería), registrados ante CIME/IFT?
8. ¿Se inclina el IFT a tener registro/acreditación en áreas específicas?
9. ¿Alguien mantiene un expediente actualizado de profesionistas que hayan participado como peritos? ¿Alguien podría o debería hacerlo? ¿Podrían servir los expedientes de participación en casos como un sustento de experiencia y/o calidad?

Anexo II. Contenido general de la entrevista al Magistrado Jean Claude Tron Petit, Magistrado de los Tribunales de Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones

Definición de perito

Pregunta: Desde su punto vista cuál es la diferencia entre Perito y Testigo experto.

En su conocimiento la Ley mexicana hace alguna distinción entre estos dos términos.

Respuesta: En México no existe testigo experto como en Europa o Estados Unidos. Lo que sí existe es la figura de Perito.

El perito tiene como función ayudarle al juez o Magistrado a elucidar asuntos complejos, en los cuáles no forzosamente se tiene todo el conocimiento. Lo que el perito hace a través de su conocimiento, es ayudar al juez o Magistrado a clarificar lo que partes están tratando de acreditar. En otras palabras, el perito ayuda al juez a elucidar las "stories" de las partes.

¿Quién contrata al perito?

P: Explicar según el tipo de procedimiento y los actores involucrados si los peritos son contratados/convocados por el tribunal, las partes/empresas e incluso el órgano regulador.

R: En el caso de las partes litigantes, ellas pueden contratar a sus expertos. En el caso de los tribunales, los peritos son contratados a través de listados que han sido aprobados por el Poder Judicial, de manera preferente. Pero también se puede dar el caso que los tribunales contraten a un perito que no está en las listas. Aunque es probable que el juez o magistrado tenga que explicar las razones que lo llevan a contratar ese perito en particular que no ha sido incluido en las listas.

Mecanismos de selección

P: Cómo se convoca o se contrata/convoca a los peritos. Por ejemplo, en algunos países los tribunales elaboran periódicamente un listado de expertos que se actualiza constantemente, en otros se recurre a asociaciones gremiales o a órganos colegiados que integran listas o carteras de expertos en diferentes artes y ciencias.

R: En el caso mexicano se tiene un listado de peritos que es actualizado anualmente por el Consejo de la Judicatura. Los procedimientos se pueden consultar en el Acuerdo General 16/2011. La lista se organiza por circuitos judiciales y por las especialidades que la Comisión de Carrera Judicial determine, respondiendo a las áreas de conocimiento que mayoritariamente soliciten los órganos jurisdiccionales y/o administrativos del Poder Judicial.

Órganos colegiados

P: ¿Existe alguna entidad u organización que agrupe a los peritos, en donde se integren carteras o listados de expertos por especialidad, y a la cual puedan recurrir tanto empresas como tribunales o el mismo órgano regulador para solicitar los servicios de un perito?

R: En México, de lo más serio y confiable que se tiene en materia de peritos lo encontramos en materia fiscal. Estos peritos suelen estar agrupados en el Instituto Mexicano de Contadores Públicos (IMCP). Son generalmente contadores en materia fiscal, autorizados para dictaminar estados financieros.

P: ¿Se trata de órganos oficiales?

R: En el caso del IMCP, definitivamente no se trata de un órgano oficial, sino de un colegio de profesionistas que agrupa a los contadores.

P: ¿Qué tipo de requisitos se deben cumplir para formar parte de ellos?

R: En el caso de los peritos que se encuentran en los listados del poder judicial, estos requisitos se encuentran plasmados en el Acuerdo General 16/2011. Entre los requisitos contemplados en el acuerdo para los peritos que integren las listas judiciales están:

- Tener título en el arte, ciencia o técnica en la materia en que quiera registrarse, en el caso de que estén legalmente reglamentados.
- Acreditar cinco años de ejercicio profesional
- Acreditar dedicación cotidiana a las actividades en las que se desea ser registrado.
- Presentar constancias de estudio, cursos o talleres que muestren una constante actualización.
- Tratándose de disciplinas de reciente aplicación y no reglamentadas también será necesario acreditar 5 años.
- Acreditar su pericia mediante examen que presentará con cooperación de instituciones públicas o privadas, según lo determine la Comisión de Carrera Judicial.
- Gozar de buena reputación y tener un modo honesto de vida.
- No haber sido condenado, mediante sentencia ejecutoria, por delito doloso que merezca pena privativa de la libertad.

Empresas especializadas

P: Además de los órganos colegiados, ¿existen empresas especializadas en la prestación de servicios periciales?

R: Si no referimos a empresas como el EWI de la Gran Bretaña que agrupan a peritos de muy distintas especialidades, definitivamente no hay un equivalente en México.

Sin embargo, despachos especializados en asuntos de derecho y/o economía al igual que las universidades pueden prestar servicios periciales, tal y como se ha visto en distintos casos en los Tribunales Especializados.

Personalidad del perito

P: ¿Son personas físicas o morales? ¿Pueden ser funcionarios públicos? ¿Son personas especializadas en el trabajo pericial, académicos o consultores?

R: El Acuerdo 16/2011 establece mecanismos que se refieren básicamente al reclutamiento de personas físicas que aparecerán en las listas. Sin embargo, también se tienen periciales en caligrafía, criminalística e idiomas que pudieran involucrar a empresas o despachos especializados.

Código de Conducta

P: ¿Existe un documento oficial o gremial que señale las responsabilidades y obligaciones de los peritos ante el tribunal, la corte, los clientes y el órgano regulador? Señalar sus características principales.

R: Efectivamente el Acuerdo General 16/2011 señala en su capítulo VI (artículos 34 y 35) las obligaciones y los derechos que tienen los peritos. Entre estos se encuentran los siguientes:

- Obtener la remuneración que les corresponda por la prestación de sus servicios.
- Ser oídos por la Dirección General y por la Comisión de Carrera Judicial en caso de que se haya iniciado un proceso de sanción en contra del perito.
- Ser elegidos preferentemente por los órganos.

También como personal auxiliar de los Tribunales deben:

- Avisar de aquellas situaciones que impidan su nombramiento.
- Atender los requerimientos de los órganos que soliciten sus servicios, y en su caso, acreditar su impedimento.
- Avisar a la Dirección General sobre cambios de domicilio y/o teléfono
- Exhibir recibos de honorarios o facturas que cumplan con los requisitos fiscales vigentes

- Acudir a solicitud de la Dirección General de Asuntos Jurídicos a la capacitación que se determine.

Capacitación

P: Describir los requisitos de capacitación que deben cubrir los peritos, señalados en la normatividad. Es decir, algún tipo de formación especial para ejercer como peritos, además de su experiencia profesional en su área.

¿Se debe cubrir o demostrar algún conocimiento específico de la regulación en materia de competencia económica o del rol de perito ante los tribunales, jueces, empresas y reguladores?

R: Tal y como se mencionó en el párrafo anterior, el Acuerdo General 16/2011 señala que los peritos podrán a solicitud de la Dirección General acudir a la capacitación que se determine.

Certificación

P: ¿Es necesario contar con un diploma o certificado especial que avale su trabajo como perito?

P: ¿Qué tipo de certificados son?

P: ¿Quién los diseña y quién los emite?

R: El Acuerdo General 16/2011 prevé una serie de requisitos que los aspirantes deben de cumplir para ser considerados en la lista que formará el Consejo con aquellas personas que serán autorizadas a fungir como peritos. Pero, no se necesita un "título de perito especial" siempre y cuando se cumplan con los requisitos anteriores. De hecho, el artículo 9 del Acuerdo es muy claro en señalar que: 1) quienes formen parte de la lista de peritos no adquieren el carácter de servidores públicos del Consejo, y 2) su registro no otorga certificación alguna de sus conocimientos.

Acreditación

Qué tipo de documentos o comprobantes de su ejercicio profesional deben presentar para ejercer como peritos (ej. Títulos profesionales, CV, diplomas, etc.)

Tal y como se mencionó anteriormente, los requisitos contemplados en el acuerdo son:

- Tener título en el arte, ciencia o técnica en la materia en que quiera registrarse, en el caso de que estén legalmente reglamentados.
- Acreditar cinco años de ejercicio profesional
- Acreditar dedicación cotidiana a las actividades en las que se desea ser registrado.
- Presentar constancias de estudio, cursos o talleres que muestren una constante actualización.

- Tratándose de disciplinas de recientes aplicación y no reglamentadas también será necesario acreditar 5 años.
- Acreditar su pericia mediante examen que presentará a través de una cooperación de instituciones públicas o privadas según lo determine la Comisión de Carrera Judicial.
- Gozar de buena reputación y tener un modo honesto de vida.
- No haber sido condenado, mediante sentencia ejecutoria, por delito doloso que merezca pena privativa de la libertad.

Evaluación del desempeño

P: Qué mecanismos utilizan los clientes (jueces, tribunales, regulador y empresas) para valorar los servicios prestados por los peritos, como encuestas o comentarios de satisfacción, cartas de recomendación, bases de datos sobre los casos en los que han participado que incluyan sus resultados (como resolución del caso, satisfacción del cliente y de las partes involucradas, etc.)

R: Realmente no existen mecanismos de evaluación del desempeño de los peritos. En todo caso, el acuerdo 16/2011 señala en su capítulo VII referido al incumplimiento de las obligaciones del perito que este podrá imponer al perito que incurra en una falta derivada del incumplimiento las siguientes sanciones:

- Apercebimiento público o privado.
- Amonestación pública o privada
- Suspensión provisional de la lista y
- Baja Definitiva de la lista.

Estas dos últimas serían las que se acercan un poco a la evaluación de desempeño, aunque se trata de un capítulo de sanciones y no de desempeño. En esto existe un área de oportunidad.

Empresas de capacitación y certificación

P: ¿Existen empresas o instituciones que ofrezcan cursos o servicios de capacitación para ejercer como peritos en casos de competencia económica? ¿Estas instituciones emiten certificados? ¿Son oficiales o tienen algún tipo de validez o reconocimiento oficial?

R: Este tipo de empresas no existen en estos momentos y podría ser un área de oportunidad.

Dictamen de la prueba pericial

P: Sobre la presentación de la prueba pericial, ¿existe algún formato específico o formal que deba ser utilizado?

R: No. En estos momentos no existe un "formato Específico" que deba seguir la prueba pericial.

P: ¿Cuál es el contenido mínimo indispensable que debe presentar una prueba pericial?

R: Existen dos criterios indispensables que fueron sentados por el caso Daubert en Estados Unidos: 1) fiabilidad; y 2) relevancia. Este tipo de criterio permite eliminar todas aquellas sentencias de "ciencia basura" a las que se le había dado entrada a raíz del caso Fry.

En México estamos en un momento de inflexión importante en dónde los Tribunales y la Suprema Corte están determinando a través de jurisprudencia cuestiones como que es aceptable como prueba científica y que no y también se están determinando aspectos muy importantes de cuál será el papel de los tribunales para mantener la información confidencial o reservada o reclasificarla en aras de que los afectados puedan defenderse. Las determinaciones que se tomen en estos dos aspectos (clasificación y/o desclasificación de la información y que constituye una prueba científica y que no) serán cruciales en el futuro.

P: En algunos casos, los códigos de conducta también señalan la estructura del contenido de los reportes periciales, y la información adicional o complementaria que deben incluir como el CV del perito, evidencias de casos similares que justifiquen el modelo o marco teórico utilizado por el perito, bases de datos, métodos de cálculo, descripción de las herramientas estadísticas, matemáticas o económicas utilizadas, entre otros, ¿es el caso o existe alguna normatividad sobre este tema?

R: Nuevamente, México está en un momento de inflexión y los criterios de jurisprudencia serán muy útiles para comenzar a darle una forma más acabada a los reportes periciales.

Uso de modelos económicos como evidencia/prueba pericial/testimonio

P: ¿Los tribunales o jueces aceptan el uso de modelos o teorías económicas como evidencia para la solución de un conflicto o de un caso judicial?

R: Si. Se han utilizado en el pasado en casos como los de Coca Cola vs. Big Cola (teoría del velo corporativo) o en el caso de los laboratorios médicos (utilización de modelos de teorías de juego para determinar probabilidades de comportamiento colusorio).

P: ¿Cuál es la justificación para aceptar o no un modelo económico como evidencia?

R: La justificación viene dada por los dos criterios adoptados en el caso Daubert: 1) que la prueba sea fiable; y 2) que sea pertinente. También es importante señalar que existen estudios de “mejores prácticas y guías” hechas por organismos como la OCDE, UIT y NOM que proponen recomendaciones en base a modelos económicos y pueden equipararse a mecanismos de “soft law”

Penalizaciones

P: En caso de incumplimiento en sus servicios como perito,

P: ¿Se le impone algún tipo de penalización?

P: ¿Qué se considera o se puede considerar como incumplimiento por parte del perito?

P: De aplicar, ¿en qué consisten las penalizaciones?

En la práctica son poco comunes las penalizaciones a peritos. Sin embargo, el Acuerdo 16/2011 señala lo siguiente:

- Apercibimiento público o privado.
- Amonestación pública o privada
- Suspensión provisional de la lista y
- Baja Definitiva de la lista.

Pago/Costos del peritaje

P: ¿Quién asume los costos de la contratación del perito? (ej, el tribunal, las partes, quien pierde el caso...)

R: Por lo general los costos del perito los asume quién lo propone, ya sea el juez o las partes.

Otras Observaciones

- Lo más importante en los casos científicos no es solo la formación y/o calidad de los peritos, sino como hacer un buen dictamen. Y lo más difícil de un buen dictamen es la argumentación en razón de los hechos. Muchos de estos hechos se tienen que acreditar o desacreditar en función de ciertos indicios. Y Hay que saber adminicular estos indicios. Por ello la importancia de tener buenos cursos de argumentación jurídica.

Anexo III. Reglas de gestión pericial de la Conamed

Las reglas específicas de la gestión pericial se encuentran plasmadas de manera expresa en el Capítulo Cuarto del *Reglamento de Procedimientos para la atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la Conamed*, publicado en el DOF el 21 de enero de 2003 (última reforma publicada DOF 25 de julio de 2006), cuyas hipótesis jurídicas relevantes para la materia del presente análisis, listan a continuación:

Artículo 94.- La gestión pericial se sujetará a las siguientes reglas generales:

1a. Sólo se aceptarán los casos cuando el peticionario esté legitimado para solicitar dictamen;

2a. Se tendrán por legitimados a los órganos internos de control encargados de la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad, los agentes del Ministerio Público que instruyan la averiguación previa, las autoridades sanitarias encargadas de regular la atención médica y los órganos judiciales que conozcan del proceso civil o penal;

3a. Sólo se aceptará la solicitud que se refiera a los rubros materia de gestión pericial de la Conamed, es decir, cuando se refiera a la evaluación de actos de atención médica;

4a. Se desecharán de plano las solicitudes de los peticionarios que no se refieran a evaluar actos de atención médica; cuando no acepten a la Conamed en su carácter de perito institucional, o cuando no acepten ajustarse a los plazos y procedimientos de la Conamed; [Énfasis añadido].

5a. La solicitud de dictamen deberá ser acompañada de documentación médica completa y legible del asunto a estudio;

6a. Deberá remitirse copia legible de las declaraciones de las partes y de los peritajes previos, si los hubiere;

7a. La Conamed sólo actuará como perito tercero en discordia, y [Énfasis añadido].

8a. Las demás que fijen, en su caso, las bases de colaboración suscritas para tal efecto.

Artículo 95.- La Conamed elaborará los dictámenes con base en su protocolo y procedimiento institucional y serán emitidos, conforme a las disposiciones en vigor, a la interpretación de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica y la literatura universalmente aceptada, atendiendo a la información proporcionada por el peticionario. *[Énfasis añadido].*

Artículo 96.- La Conamed buscará y contratará, en su caso, personal médico especializado, certificado debidamente, para asesoría externa en el estudio de casos. *[Énfasis añadido]*.

En ningún asunto estará autorizada la institución para identificar al asesor fuera de la Conamed.

Artículo 97.- La Conamed sólo elaborará ampliación por escrito del dictamen cuando el peticionario necesite mayor información sobre el mismo y especifique los motivos que sustentan su solicitud. En ningún caso se realizará la ampliación en diligencia judicial.

Artículo 98.- Los dictámenes emitidos por la Conamed, deberán considerarse ratificados desde el momento de su emisión, sin necesidad de diligencia judicial. *[Énfasis añadido]*.

Artículo 99.- La participación de la Conamed en diligencias ministeriales o judiciales se limitará, dada la naturaleza institucional del dictamen, a rendir una ampliación por escrito al peticionario.

Artículo 100.- En ningún caso la Conamed recibirá a los involucrados, aunque lo soliciten, ni dará a ellos información alguna sobre sus dictámenes.

Tampoco estará autorizada para recibir documentación de las partes, aunque éstas lo soliciten.

Artículo 101.- Los signatarios de documentos relacionados con la gestión pericial de la Conamed, se entenderán, exclusivamente como meros delegados de la Conamed, **de ninguna suerte como peritos persona física**, dada la naturaleza institucional de los dictámenes. *[Énfasis añadido]*.

Artículo 102.- Los dictámenes se emitirán al leal saber y entender de la Conamed, en ejercicio de su autonomía técnica; tendrán el único propósito de ilustrar a la autoridad peticionaria y a las partes, en cuanto a su interpretación médica interdisciplinaria de los hechos y evidencias sometidos a estudios por la autoridad peticionaria.

Como se dijo, el carácter de perito institucional de que goza la Conamed se hace evidente no sólo cuando se pronuncia a petición de las autoridades señaladas con anterioridad, sino también cuando actúa de manera directa en la resolución de una disputa entre un prestador y un usuario de los servicios de salud, en calidad de árbitro, tal como se desprende de las siguientes disposiciones de su Reglamento:

Artículo 73.- El procedimiento arbitral en estricto derecho y en conciencia se sujetará a las siguientes reglas generales:

1a. Serán admisibles todas las pruebas susceptibles de producir la convicción de la Conamed, especialmente la pericial y los elementos aportados por las ciencias biomédicas;

...

4a. La Conamed determinará a título de pruebas para mejor proveer, el desahogo de los peritajes que estime pertinentes;

...

Artículo 74.- En virtud del carácter especializado de la Conamed, sólo serán admisibles en el proceso arbitral, las siguientes probanzas:

a)...

b) La pericial; *[Énfasis añadido]*.

...

Artículo 75.- Sólo se admitirán las pruebas ofrecidas dentro del término pactado, las acordadas por la Conamed para mejor proveer, y las supervenientes, debiendo acreditar quien argumente la existencia de estas últimas la superveniencia de las pruebas y su naturaleza.

En ningún caso la Conamed fungirá como perito, aun en el supuesto de que se lo proponga como tercero en discordia. *[Énfasis añadido]*.

Artículo 79.- Al ofrecer la prueba pericial, las partes deberán exhibir los interrogatorios que, en su caso, deban responder los peritos y precisar los puntos respecto de los cuales versará el peritaje. Dada la naturaleza especializada de la Conamed, en caso de que los dictámenes rendidos por los peritos de las partes sean total o parcialmente contradictorios, las partes estarán a las apreciaciones de la Conamed al momento del pronunciamiento arbitral en definitiva; siendo improcedente la petición de designar un tercero en discordia o proponer a la Conamed como perito en el juicio arbitral. *[Énfasis añadido]*.

Artículo 86.- En la audiencia de pruebas y alegatos, se procederá como sigue:

I. ...

II. En el evento de haberse propuesto la pericial, si las partes o la Conamed lo estimasen necesario, procederán a solicitar a los peritos presentes en la audiencia, amplíen verbalmente su dictamen;

III. Las preguntas formuladas a los peritos se realizarán de manera simple y llana, sin artificio alguno y sin denostar o presionar al compareciente;

IV. Si la Conamed lo estimase necesario, podrá determinarse la realización de una junta de peritos, la que se desahogará con los que asistan;

...