

nos en materia judicial (1). Porque sabido es, que para las valuaciones extrajudiciales de los muebles, existen en cada poblacion algo importante, *comisarios-tasadores*, que tienen el derecho de proceder á ellas, en concurrencia á lo mas, con ciertos agentes judiciales, tales como los *ugieres* (V. la ley de 27 ventoso año IX, la ley del 28 de Abril de 1816, art. 89, y la ordenanza del 26 de Junio de 1816).

Los peritos deben ser franceses, porque se trata de una especie de delegacion de funciones judiciales, y no de un simple testimonio. Mas dificultad presenta la cuestion sobre si deben tener la cualidad de ciudadanos. En el silencio de la ley, se dirá, es difícil exigir la capacidad política para una mision que no requiere conocimientos enteramente especiales. Pero si esta capacidad se requiere para los testigos instrumentales, que no hacen mas que concurrir á la autenticidad del acta ó escritura ¿puede ser lo mismo respecto de los peritos que son oficiales públicos (Cod. Nap., arts. 1317, 1319), puesto que son los únicos que redactan las actas ó procesos verbales, las cuales hacen fé como veremos hasta que se redarguyen de falsas? Así vemos los arts. 34 y 42 del Código penal, poner en la misma línea la incapacidad para ser perito y para ser testigo en las actas ó escrituras. Sigue-se de aquí que no se pueda confiar, por ejemplo, un juicio ó dictámen judicial á una mujer ó á un quebrado no rehabilitado.

Es verdad que se contesta (M. Colmet D'Aage, § 517) al argumento sacado del artículo 34 del Código penal, que la cualidad de perito no se asimila á la de testigo instrumental, como tampoco la de testigo que declara en juicio. Así, pudiendo la mujer declarar en juicio, puede hacer tambien una declaracion de nacimiento (Código Napo-

1. Los peritos juramentados que se inscriben frecuentemente en una lista formada con anticipacion, se hallan investidos de un monopolio legal, cuando se designan por eleccion del juez.

El Cód. de Proc. dispone que los peritos han de tener titulo en la ciencia ó arte sobre que ha de oirse su juicio, siempre que la profesion ó arte estén legalmente reglamentados, pues no siendo así ó no habiendo peritos titulados, podrán nombrarse á cualesquiera personas entendidas. artículos 639 y 700.—N. de los EE.—

leon, art. 56). En cuanto á la objecion sacada de que los peritos redactan una acta ó proceso verbal que tiene cierta autenticidad, desaparece, permitiendo á los jueces ordenar que se redacte el acta ó proceso verbal por el escribano del Juzgado de paz (Cod. de proc., art. 317, § V, 2ª línea). Este espediente nos parece algun tanto arbitrario. Por lo cual, creemos preferible conferir la redaccion del dictámen á un verdadero perito que tenga conocimientos especiales en la materia, salvo, segun vamos á ver, el agregarle una mujer, un menor ó un extranjero, en calidad de sabedores (*sapiteurs*); cargo que no es nada humillante, puesto que se ha confiado á los alcaldes en el caso juzgado por el tribunal de casacion en 4 de Enero de 1820. Si el artículo 34 del Código penal parece poner en la misma línea que al perito, al testigo que declara en juicio, así como al testigo instrumental, no es lo mismo respecto del art. 12 que distingue de la incapacidad de testificar en juicio, la de ser perito ó testigo en las actas ó escrituras. Es por otra parte difícil no ver en el perito investido de sus funciones por medio del juramento una especie de delegado de la autoridad judicial. Nada de esto sucede en la posicion de la partera, á la que se admite *ex necessitate* á declarar el nacimiento que ha presenciado. Así se explica lo que parece singular en la opinion opuesta, porque no puede la partera ser testigo instrumental del mismo acto en que figura como declarante (C. Nap., art. 37).

Aquí se hace una grave objecion, y es, que puede suceder, que una persona civil ó políticamente capaz, sea precisamente mas apta que otra para dar ilustraciones sobre el punto en litigio. Pero hay un medio de conciliarlo todo. Siempre se ha reconocido que es grato á los peritos acompañarse con auxiliares no juramentados que se han llamado sabedores, *sapiteurs*. El tribunal de casacion ha admitido (Sent. den. de 4 de Enero de 1820) que los sabedores pueden ser asociados de oficio á los peritos en la misma providencia en que se hace el nombramiento de estos. Ha reconocido asimis-

mo (Sent. den. de 23 de Noviembre de 1857) que los peritos pueden ilustrar su juicio por medio de una informacion oficiosa. Háse encontrado, pues, el remedio. Supongamos que se trata, por ejemplo, de la confeccion de uno de esos objetos de moda, cuya estimacion supone la apreciacion de esas diferencias delicadas que solo pueden distinguir los ojos de una mujer, no se admitirá sin duda una modista á redactar una acta verbal auténtica, pero se asociará ésta á los peritos para que los dirija en su exámen.

Reconocemos, no obstante, que hay casos de necesidad absoluta, en que seria preciso aceptar por peritos, no ya á menores ó mujeres, hipótesis que no nos parece que ocurra en la práctica, sino á extranjeros. Así, cuando en negocios marítimos hay que avaluar los daños causados por un abordaje ó por una echaizon de mercaneías, debe recurrirse á los peritos que se hallan en aquellos parajes, especialmente si se hace arribada á un puerto extranjero. (C. de Comercio, art. 407, 414). En este sentido, puede decirse con Rauter (Curso de proced. civ. §. 288), que el extranjero es admisible *necessitatis causa*.

115. El modo de proceder al nombramiento de peritos ha sido notablemente perfeccionado por el derecho moderno. Anteriormente cada parte nombraba un perito. De aquí resultaban dos graves inconvenientes; el primero, que cada perito, teniendo en cierto modo, por cliente á uno de los litigantes, se inclinaba mas á la defensa de sus derechos que á la investigacion de la verdad; el segundo es, que casi siempre habia lugar á discordia, y en su consecuencia, al nombramiento de un tercero, lo cual ocasionaba un nuevo dictámen y comprobacion y nuevos gastos. Volviendo á una práctica que se remonta á la ley de las Doce Tablas (V. Ciceron, *De Legib.*, lib. I, cap. XXI, y Festo, palabra *vindicia*), los redactores del Código Napoleon, al tratar de la rescision de la venta de inmuebles; han organizado un sistema muy preferible (C. Nap., art. 1678, 1680). Tres peritos (1) redactan un

1. Si bien pueden las partes atenerse á un solo perito

solo informe (antes cada uno redactaba el suyo) en el que enuncian su parecer ó juicio á pluralidad de votos. Si hay juicios diferentes, indican los motivos sin dar á conocer de qué dictámen ha sido cada perito. Boncenne vé en esta última prescripcion un rastro del antiguo procedimiento secreto. No obstante, hay una diferencia bastante notable entre el testigo, simple relator de los hechos, y el perito que emitiendo una opinion personal incurre en una responsabilidad mucho mas grave. Ni los jueces ni los jurados votan públicamente. La ley ha podido asegurar, sin ser inconsecuente, la misma garantía á los peritos ú oficiales, cuyo trabajo prepara las decisiones judiciales. Por lo demás, las reglas trazadas en el Código Napoleon han sido generalizadas por el Código de procedimientos, y aun las ha simplificado este en el sentido de que las partes mayores de edad puedan convenirse en no nombrar mas que un perito (Cod. de proc., art. 303). (1)

116. Y en efecto, corresponde á las partes desde luego el derecho de nombrar los peritos. Al simplificar el legislador moderno el curso del juicio pericial, no se ha separado del principio sentado por las antiguas ordenanzas (ord. de 1529, art. 162; ord. de 1667, título 21, art. 9º) segun el cual, no se verifica de oficio el nombramiento de peritos, sino en el caso de no nombrarlos las partes. Segun el art. 305 del Código de procedimientos, se debe ordenar en la providencia, que nombren las partes los peritos en los tres dias siguientes al de la notificacion, y aunque esta disposicion no impone la pena de nulidad, una sentencia de casacion del 15 de Junio de 1830, la ha considerado como sustan-

[Cód. de proc., artículo 303] no debe permitirse, á la inversa, nombrar cuatro ó cinco [Cas., 22 de Julio de 1850; Colmar, 5 de Abril de 1830.]

1. Cada parte debe nombrar un perito, á no ser que se convengan en nombrar uno solo. Si los litigantes fueren mas de dos, todos los que sostengan una pretension se pondrán de acuerdo para el nombramiento de un solo perito, y los que sostengan las pretensiones contrarias nombrarán otro; y caso de que no puedan ponerse de acuerdo el juez insaculará á los propuestos por cada persona, quedando nombrado aquel á quien la suerte designare. Código de Procedimientos, arts. del 690 al 693.—N. de los EE.—

cial, anulando una providencia por haber nombrado un perito de un modo absoluto, sin reservar el derecho de las partes. No obstante, como se debe suponer en los jueces mas bien olvido que violacion de la ley, si nada han determinado sobre esto, se puede considerar como implícitamente reservado el derecho de las partes, y no declarar la nulidad. Lo que es mas difícil de admitir, aun cuando el tribunal de casacion lo haya decidido muchas veces, especialmente con fecha 22 de Febrero de 1837 y de 28 de Febrero de 1848, es, que el tribunal pueda designar solo de oficio las personas encargadas de suministrarle *simples noticias*. Esto es eludir las disposiciones de la ley sobre la prueba pericial, pues acaso los peritos hacen otra cosa que dar simples noticias, puesto que su dictámen, segun vamos á ver, no es obligatorio para el juez? La notificación á las partes para que nombren los peritos nos parece indispensable en todo caso (1).

117. Los peritos pueden ser recusados, si han sido nombrados de oficio; si no lo hace la parte, impútese á sí misma su eleccion, salvo no obstante el caso de ocurrir la causa de la recusacion despues del nombramiento, pero antes de prestar el juramento (*ibid.*, art. 308). Despues de prestado este, se supone que la religion del juramento acallara toda consideracion de interés personal que pudiera aparecer (2).

Las causas de recusacion para los peritos eran antiguamente las mismas que respecto de los jueces; en el dia son iguales á las causas para tachar á los testigos (*ibid.*, art. 310). Esta variacion suprime muchas

1 Véase en este sentido el artículo de M. Nicias Gaillard, *Revista crítica*, tom. VI, pág. 97.

El nombramiento de peritos y de tercero lo harán las partes dentro de los tres dias siguientes á la notificación del auto en que se prevenga; y si una ó ambas no lo hacen en ese término, el juez procederá á nombrar peritos y tercero, siendo de advertirse que el auto en que verifique esto no es apelable ni se admite mas recurso que el de recusacion como diremos despues, arts. 696 y 698. [N. de los EE.]

2 Nuestro Código de procedimientos determina [art. 711] que el perito nombrado por el juez pueda ser recusado con expresion de causa y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes á la en que se hizo la notificación del nombramiento. [N. de los EE.]

causas que no tienen la misma importancia respecto del que dá un dictámen que del que juzga; por otra parte, hace común á los peritos ciertas causas de tachas que no puede casi suponerse que ocurran respecto de los jueces, especialmente la que versa sobre haber sido condenado á una pena correccional por robo (Comp. los arts. 283 y 378, C. de proced.). Además, ninguna teoría restrictiva, cualquiera que sea, tiene para los peritos, y lo mismo puede decirse para los jueces, los mismos inconvenientes que para los testigos. La ley puede ser severa sin peligro, cuando hay posibilidad de elegir (1).

118. En virtud de un principio aplicable á todo juicio pericial, aun en materia administrativa (sent. del Consejo de Estado de 1.º y de 9 de Diciembre de 1852), los peritos entran á ejercer sus funciones prestando juramento ante un miembro del tribunal, juez comisario, ó ante un juez de paz delegado (*ibid.*, art. 305). Desde este momento tienen tambien derecho á un salario fijado por tarifa (1). (Tar. civ., lib. I, cap. IV, y lib. II, cap. VI.) La prueba pericial misma se halla sometida á la comprobacion de las partes interesadas. El acta verbal de la prestacion del juramento indica el lugar, dia y hora de la primera operacion, notificase á las partes que no se hayan presentado (*ibid.*, artículo 315). Ulteriormente no se hace ya ninguna notificacion; solo al fin de cada sesion indican los peritos dónde y cuándo tendrá lugar la siguiente; las partes que no estén presentes no pueden quejarse de ignorar estas operaciones. En todo caso observa con razon Boncenne, que el derecho que tienen las partes de asistir al jui-

1 En nuestra legislacion las causas justas de recusacion se reducen á seis, y son: 1.º Consanguinidad dentro del cuarto grado. 2.º Haber prestado servicios como tal perito de parte contraria. 3.º Tener interés directo ó indirecto en el pleito ó en otro semejante. 4.º Tener participacion en sociedad, establecimiento ó empresa contra la cual litigue el que recusa. 5.º Enemistad manifiesta. 6.º Amistad íntima, art. 712. [N. de los EE.]

En materia administrativa no es aplicable la tarifa civil, por lo que los honorarios de los peritos deben regularse atendiendo á las circunstancias [sent. del Cons. de Estado del 27 de Nov. de 1855.

cio pericial, no puede entenderse de las deliberaciones íntimas de los arbitros sobre el juicio que han de adoptar, sino solamente de las operaciones exteriores. (V. el art. 207, *ibid.*).

La ley de procedimientos de 1819 de Ginebra, ha hecho solamente facultativa la redaccion por escrito del dictámen de los peritos, la cual es obligatoria en Francia. Esta innovacion, fundada en las ventajas que ofrecen en teoría las explicaciones verbales, ha tenido poco éxito en la práctica. Boncenne hace observar, que sobre 565 juicios periciales mandados practicar por el tribunal del Canton de Ginebra, desde 1829 á 1835, ha habido 546 dictámenes escritos y solamente 17 verbales. La teoría tiene tambien sus seducciones; preocupada de la utilidad que ofrece por lo comun la discusion oral, habia aquí perdido de vista la complicidad habitual de las cuestiones, sometidas á la prueba pericial, complicacion que exige que se redacten por escrito para consignar las ideas. Por lo demás, es un temperamento muy útil, admitido ya por el Parlamento de París (sent. de 26 de Julio de 1777 y de 3 de Abril de 1785), que se oiga á los peritos por el tribunal cuando ofrezca su dictámen alguna oscuridad. Ya hemos observado mas arriba, que nuestras leyes solo admiten un informe único á pluralidad de votos, en vez del choque de informes contradictorios que tenia lugar antiguamente. Solo nos resta, pues, que examinar la fé que merece ó fuerza que tiene este dictámen. (N. de C.)

1. En la antigua práctica siempre se confia á los peritos juramento fundándose quizá en lo dispuesto en la ley 2, tit. 21, lib. 10, N. R. que habla solo de los peritos contadores. El Código de procedimientos no habla de protesta que ha sustituido al juramento segun nuestras leyes constitucionales, de manera que en nuestro concepto no es necesario que la presten los peritos. El art. 2986 del Código civil previene que los peritos valuadores de los bienes testamentarios pongan su dictámen en el inventario firmando *bajo protesta*; mas de esta disposicion no puede tomarse argumento para hacer estensiva tal prescripcion á los demas peritos, puesto que el art. 699 del Código de procedimientos, declara que los peritos de testamentaria se sujeten á las reglas especiales que fija el Código civil. —N. de los EE.—

Por derecho español, el juicio de peritos tiene tambien lugar cuando los hechos á que se refiere la cuestion litigiosa requieren conocimientos facultativos por versar sobre algun arte, oficio, ciencia ó profesion; v. g., si se trata del deslinde de términos ó medicion de terrenos, estado de un edificio, de si se halla ó no demente una persona, de su estado de virginidad, de la autopsia de un cadáver, etc. En tales casos, aun cuando el juez por sus reconocimientos especiales se hallase con los conocimientos necesarios para poder formar su juicio acertado de aquellos hechos, no podria considerarse como perito para el efecto de dejar de nombrar los que la ley establece, y de oír su dictámen con arreglo á la misma, si bien su propia instruccion le serviria para guiarle en la apreciacion que formase del dictámen emitido por aquellos: tal es el sentido de la regla: *non sufficit ut iudex sciat, sed necesse est ut ordine juris sciat*. Sin embargo, el juez no deberá recurrir á este medio de prueba cuando pueda procurarse por sí las noticias necesarias para la decision del pleito, ó como dice la ley 1, tit. 21, libro 10 de la Novísima Recopilacion, no debe nombrarlos para otra cosa que el juez pueda determinar por el proceso, como sucederia cuando no se necesitasen conocimientos facultativos y le bastasen al juez los suyos propios como tal en el asunto, ó verificando, por ejemplo, un reconocimiento ó inspeccion ocular.

El juicio pericial, conforme á lo que sienta M. Bonnier en el n.º 111, debe versar solamente sobre hechos, puesto que limitándose al exámen ó estimacion de objetos, se circunscribe á puntos enteramente de hecho, conforme espresamente previene el art. 146 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, sin estenderse nunca á los puntos de derecho, pues la interpretacion y aplicacion de las leyes respecto de estos puntos, corresponde al juez; por eso dispone la ley 1, tit. 21, lib. 10 de la Nov. Recop., que cuando los jueces manden nombrar contadores ú otras personas, no les nombren para ningun artículo, que consista en derecho, sino solo para cosa que consista en cuenta ó tasacion ó pericia de persona ó arte.

Respecto á lo que sienta M. Bonnier en el número 114, segundo párrafo, por nuestro derecho pueden en general dar juicio pericial toda clase de personas entendidas en el arte ó ciencia á que pertenezca el hecho sobre que versa la duda en juicio, bien sean hombres ó mujeres, pues en algunos casos, el ministerio de estas es mas

conveniente que el de aquellos, y por eso decía la ley 8, tít. 14, Part. 3, "que si fuere pleito en razón de alguna mujer que dicen que es corrompida, ó de mujer que decían que fincaba preñada de su marido, tales contiendas como estas se deben librar por vista de mujeres de buena fama." Pero no podrán dar dictámen pericial los menores de edad ni los que sufren interdicción civil, no obstante poder ser testigos según el art. 814 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque teniendo el dictámen pericial un carácter particular distinto de la declaración de testigo, no debe emplearse para aquel cargo sino á individuos capaces de responder de sus actos. Pero esto no se entiende si tuviesen título de peritos, puesto que para adquirirlo han debido reunir las condiciones y circunstancias que requieren las leyes y reglamentos para poder ejercer aquel cargo.

También pueden ser peritos, por derecho español, los extranjeros, según se deduce de varias disposiciones, y mas especialmente del art. 496 del Código de Comercio, que previene, para el caso de avería, que el reconocimiento y liquidación de esta y su importe se verifique por peritos que á propuesta de los interesados ó su representante, ó bien de oficio, si estos no lo hicieren, nombrará, si la descarga se hiciere en país extranjero, el cónsul español, y en defecto de haberlo, la autoridad que conozca de los negocios mercantiles.

Aunque pueden ejercer el cargo pericial las personas que no tengan título de peritos, esto se entiende á falta de los que lo tuvieren, porque ofrecen mayores seguridades de inteligencia. Por eso dispone la ley de Enjuiciamiento civil, en el párrafo segundo del art. 303, que los peritos llamados á dar su dictámen en juicio deben tener título de tales en la ciencia ó arte á que pertenecía el punto sobre que ha de oírse su dictámen, si la profesion ó arte está reglamentada por las leyes ó por el Gobierno. En este caso, si no los hubiera en el pueblo del juicio, podrá hacerseles venir de los inmediatos. Mas según expresamente dice la regla 3ª del art. 303 citado, si la profesion ó arte no estuvieren reglamentados por las leyes ó por el Gobierno, ó estándolo, no hubiese peritos de ellas en los pueblos inmediatos, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas, aun cuando no tuvieran título.

Respecto á si es ó no obligatoria la aceptación del cargo de peritos, no previniendo nada nuestras leyes, controvierten los intérpretes, siendo la opinion mas ge-

neralmente seguida la de los que distinguen entre los peritos que tienen título de tales y ejercen públicamente su oficio y los que solo son personas entendidas que carecen de título, opinando que en el primer caso están obligados á la aceptación y no en el segundo. Sin embargo, el art. 171 del reglamento del Consejo Real, no hace distinción alguna al penar á los peritos que no comparecieren á dar su dictámen.

Respecto del modo de procederse en el juicio pericial por nuestro derecho, previene la Ley de Enjuiciamiento civil, art. 303, que el juicio de peritos, se verifique con sujeción á las reglas siguientes. Nombrará uno cada parte, á no ser que se pusieran de acuerdo respecto del nombramiento de uno solo; si fueren mas de dos los litigantes, nombrarán uno los que sostuvieren unas mismas pretensiones, y otros los que las contradigan, y si no pudieran ponerse de acuerdo para este nombramiento, el juez insaculará los que propongan y al que designe la suerte practicará la diligencia.

Verificado el nombramiento de peritos, notificado á los mismos y aceptado por estos, se les citará señalando día, hora y lugar para verificar el juicio pericial. Comparecidos á la presencia del juez, se les recibirá por este juramento de que desempeñarán su cargo bien y fielmente, pues aun cuando nada dice la nueva Ley de Enjuiciamiento civil sobre este punto, debe estarse á lo prescrito por nuestras leyes y prácticas antiguas, puesto que la ley 2, tít. 21, lib. 10 de la Nov. Recop., prescribía, que se tomara juramento á los contadores, y que estos vienen á ser unos peritos en los pleitos sobre cuentas, y la nueva Ley de Enjuiciamiento los equipara á estos para su nombramiento, y demás en sus arts. 471 y 473, puesto que el art. 172 del Reglamento del Consejo Real, requiere también dicho juramento ó igualmente el 947 del Código de comercio; solamente los peritos titulares parece que podrán revelarse de esta diligencia, porque ya juraron en general, al empezar su profesion, proceder bien y fielmente en ella. No es necesario por nuestro derecho, que las partes estén presentes á la toma del juramento, porque es una simple formalidad, sobre que no tienen que hacer observaciones las partes.

Los peritos nombrados practicarán unidos la diligencia, esto es, el examen del hecho ó reconocimiento del objeto que se somete á su juicio. Las partes pueden concurrir al acto y hacer cuantas observaciones quieran á los peritos, pero deberán

retirarse para que discutan y deliberen solos. Si el objeto del juicio pericial permitiese que los peritos den inmediatamente su dictámen, lo darán antes de separarse, á presencia del juez; mas si exigiera el reconocimiento de lugares, la práctica de operaciones ú otro examen que necesite detención y estudio, debe el juez concederles el tiempo necesario para que formen y emitan su juicio, el cual se consignará en los autos; art. 303, reglas 4 y 5 y § 2º de la 6ª. Según previene el reglamento del Consejo Real, los peritos pueden dar su dictámen verbalmente ó por escrito, debiendo ser motivado.

Los peritos que estén conformes, extenderán su dictámen en una sola declaración firmada por todos; los que no lo estuvieren, pondrán su parecer por separado. Cuando discordaren los peritos, debe el juez mandar á las partes, que se pongan de acuerdo para el nombramiento de tercero, en el término de segundo día; y si no lo hicieren, sortear el que haya de dirimir la discordia entre los seis ó mas que paguen mayores cuotas de subsidio de la clase á que los peritos correspondan. Si no los hubiere en el pueblo del juicio, debe recurrirse á los de los inmediatos, y si tampoco en estos los hubiere, puede el juez nombrar por tercero á cualquiera persona entendida en el asunto de que se trata, aun cuando no tenga título. El nombre del designado por el juez debe hacerse saber á las partes; art. 303, reglas 7ª y 8ª de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Acerca de la recusación de los peritos, de que trata M. Bonnier en el número 117, la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, para evitar tal vez recusaciones multiplicadas y teniendo en cuenta que el dictámen del perito tercero es el de mayor fuerza, puesto que su voto dirime la discordia de los demás, y que el de estos no puede causar por sí solo un perjuicio irreparable por hallarse sometido al del tercero, ha dispuesto en su regla 9, que solo el perito tercero pueda ser recusado, en lo cual viene á convenir con el derecho francés. La recusación del perito tercero, únicamente es admisible con causa, según el § 2º de la regla 9 del art. 303 citado de la Ley de Enjuiciamiento, disposición que viene á asimilar la recusación de los peritos á la de los jueces, que también se verifica con causa, si bien deberán tenerse en cuenta las causas que son ó no aplicables á los peritos entre las que designa la ley para los jueces, atendiendo á la distinta naturaleza de estos cargos. En su consecuencia, lo dispuesto en los arts. 126 y

147 sobre la obligación que tiene el juez y el subalterno recusados de separarse por sí mismos de su intervención en el negocio, parece que no debe ser aplicable á los peritos, especialmente si son titulares, pues que no reportando interés del juicio pericial, ni teniendo obligación de prestarse á él, como los peritos titulares á quienes se abonan por las partes que los nombraron sus respectivos derechos ú honorarios y que están obligados á emitir su dictámen, se daría ocasión, si se les aplicaran aquellas disposiciones á que intentarían las partes recusaciones maliciosas con la esperanza de que se dieran por recusados dichos peritos por evitarse compromisos y suposiciones inmerecidas.

## II. Fé ó fuerza del juicio pericial.

119. Para apreciar el valor legal de este medio de prueba, conviene hacer una distinción aplicable, como veremos mas adelante, á todo documento auténtico. O certifican los peritos que estuvieron tal día en tal lugar, que tal parte asistió á sus operaciones, etc., y en tal caso, como no hacen mas que atestiguar según el testimonio de sus sentidos hechos positivos, para lo cual tienen aptitud, son creídos hasta que se ataque de falsedad su dictámen (sent. neg. de 14 de Enero de 1836), pues en tal caso, son oficiales públicos temporales. O bien, por el contrario, emiten su opinion sobre el punto litigioso; y entonces cualquiera que sea su buena fé, se puede dudar de que hayan descubierto la verdad sobre datos mas ó menos conjeturales. Sin embargo, la antigua costumbre de París decía: "Debe darse fé á un relato de juramentados, hecho debidamente, si no se ha solicitado su enmienda por medio de *bachilleres*." Se llamaban *bachilleres* las gentes de arte conocedoras en el asunto, cuya experiencia podia invocarse. Pero si no pedían las partes la enmienda, el juez estaba sujeto al dictámen. De aquí, el antiguo adagio, inoportunamente reproducido por ciertos autores modernos: *Ad questionem facti respondent juratores: ad questionem juris respondent iudices*. Partiendo de esta idea, que es una verda-

dera en nuestros dias en Alemania, compara Mittermaier los peritos á los jurados (1). (*Prueba en materia criminal*, cap. 26). Pero esta idea no ha sido admisible entre nosotros, desde la época de la reforma de la costumbre de París, cuya última redacción es la siguiente: "Debe presentarse en justicia el dictámen, para tenerlo en cuenta según fuere razon, al juzgar." "Debe, pues, substituirse á la antigua máxima: *Ad questionem facti, etc.*, esta otra, mucho mas racional: *Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam.*" "Los jueces," dice el artículo 323 del Código de procedimiento, "no están obligados á seguir el dictámen de los peritos, si tienen convencimiento en contrario." Debe, pues, elogiarse nuestra antigua jurisprudencia por haber sabido, al menos en esta ocasion, desligar la conciencia del juez de trabas á que le sujetaba una práctica minuciosamente formalista.

No debe, sin embargo, confundirse con la prueba pericial judicial la que se hubiere verificado en virtud de una convencion ó pacto. La valuacion fijada por los peritos, en semejante hipótesis, es la ley para las partes (Cód. Nap. art. 1134), puesto que es el resultado de un convenio formado legalmente (Sent. neg. de 30 de Enero de 1853). En su consecuencia, cuando se deja al arbitrio de un tercero fijar el precio de una venta (*ibid.* 1392) no se podrá reclamar contra su apreciacion, aun alegando una lesion de mas de siete dozavas partes (Trib. de Burdeos, 23 de Julio de 1853). Si es de otra suerte, cuando se trata de fijar por un tercero el arreglo de las partes (sobre los beneficios y pérdidas) en una sociedad (*ibid.* art. 1854), esta es una disposicion escepcional, tomada de las tradiciones de la legislacion romana (Paulo, l. 79, D. *pro socio*). (2)

1. Esta proposicion era exacta en los tiempos primitivos en que el jurado no era mas que una forma particular del juicio pericial.—V. el núm. 102 y la nota sobre el origen del jurado inglés.—

2. Las reglas que nuestro Código de Procedimientos establece para valorizar la prueba de peritos son las siguientes:

1.º Los avalúos hacen prueba plena menos en el caso de que después de hechos los inventarios y valúos de

120. Existia en ciertas jurisdicciones otro abuso que ha hecho cesar únicamente el Código de procedimientos; tal era la facultad que se reconocia á las partes de exigir un nuevo juicio pericial. Controvertida en París, donde se espresaba la costumbre en términos equívocos, esta facultad se admitia del modo mas ámplio en ciertas poblaciones. En Provenza se podia usar de ella indefinidamente, hasta que se hubieran obtenido tres juicios ó dictámenes periciales conformes. A pesar de las reclamaciones de los tribunales de Aix, de Agen y de Grenoble, el Código de procedimientos agotó este sumidero de gastos y mantuvo el principio de la independencia del juez respecto á las pruebas. "Si los jueces, dice el art. 322, no encuentran en el dictámen las ilustraciones suficientes, podrán mandar de oficio un nuevo juicio pericial por uno ó por muchos peritos, á quienes nombrarán igualmente de oficio, y los cuales podrán pedir á los peritos precedentes las noticias que juzguen oportunas." No pueden, pues, exigir las partes un nuevo dictámen, y por el contrario, puede ordenarse éste contra su voluntad. Pero ¿deberá llegarse á sostener con Boncenne, que se haya prohibido á las partes pedir que manden los jueces practicar un nuevo juicio pericial? Parece que esto seria pronunciar una nulidad sin objeto y verdaderamente irrisoria, porque, una de dos, ó el tribunal juzga conveniente practicar un nuevo juicio pericial, y entonces tendrá lugar éste forzosamente, ó se creará bastante ilustrado, y entonces las peticiones sobre este punto, válidas ó no, serán enteramente inútiles.

121. El tribunal de casacion, partiendo del principio, que las leyes concernientes á materias especiales, no están abrogadas por el Código de procedimientos, decide constantemente (V. en especial las sentencias de casacion del 17 de Abril de 1816 y

una testamentaria y de aprobados por los interesados se declare por sentencia definitiva en juicio ordinario que hubo error ó dolo en la valuacion.

2.º El Juez tiene entera libertad de calificar la fé que merece el juicio de peritos conforme á las circunstancias, en cualquiera otro asunto incluso el coitejo de letras, artículos 786 y 787.—N. de los EE.—

del 28 de Marzo de 1831), que en los casos de empadronamiento ó catastro, según el sistema de la ley de 22 de Frimario, año VII, no pueden los jueces separarse del dictámen de los peritos, salvo ordenar un nuevo juicio pericial. Concébase que pueda haber algun peligro en que estas delicadas valuaciones que dan lugar á tantos fraudes contra el Tesoro público, estén enteramente á merced de un tribunal, iniciado con sobrada frecuencia en aplicar la máxima forense: *Fiscus post omnes*. Lo que es mas sensible es que se hayan conservado en esta materia, sin utilidad alguna, las antiguas formas del juicio pericial (ley del 22 de Frimario, año VII, art. 18): el nombramiento de un perito por cada parte; y después la agregacion de un tercer árbitro en caso de discordia (1). Convendria al menos, bajo este último punto de vista, armonizar con el derecho comun el procedimiento en materia de empadronamientos ó catastros.

122. Resta que preguntar, si los peritos, que bien mirado, son mandatarios asalariados (Cód. Nap., art. 1992), pueden ser declarados responsables para con las partes, de los errores ó faltas graves, como lo decidia el art. 264 de la costumbre de Bretaña respecto de los tasadores y agrimensores. Los verdaderos principios sobre este punto, se han fijado por una sentencia del tribunal civil de Chaumont, confirmado por la Audiencia de Dijon el 25 de Julio de 1854. "Mientras no se halla sancionado el dictámen por la sentencia que recae sobre el proceso, es un mero acto de instruccion, y el tribunal encargado de apreciarlo, puede no solamente separarse ó hacer abstraccion de sus conclusiones, sino hasta cargar personalmente á los peritos con los gastos, haciéndoles responsables de los daños y perjuicios, si se demuestra que cometieron errores groseros, ó ocasionaron dilaciones perjudiciales á las partes; ó finalmente, faltaron esencialmente á los

1. La legislacion austriaca para obviar el peligro de parcialidad, hace nombrar los peritos por el juez, pero conserva el número antiguo de dos peritos [V. *Gennari, Teoria delle prove*, núm. 93], lo cual ocasiona siempre lentitud y pérdida de tiempo, cuando es preciso recurrir á un tercer perito.

deberes que prescribían la prudencia y la delicadeza en el cumplimiento de su mision. Pero no puede ya ser así, cuando después de los debates contradictorios, se ha sancionado el dictámen pericial, por decision suprema. Entonces constituye uno de los elementos de la cosa juzgada, contra la cual nadie puede reclamar, sino en caso de dolo ó de fraude." (1)

Respecto á la fuerza probatoria del juicio pericial, de que trata Mr. Bonnier en el núm. 119 y sigs., es regla admitida en el foro español, que en general, el juez no se halla obligado á seguir el dictámen de los peritos, esto es, que no constituye éste prueba completa. Esta regla se desprende directamente de la prescripcion terminante que contiene nuestra ley 118, tít. 18, Part. 3.ª, al tratar del reconocimiento ó coitejo de letras hecho por peritos, puesto que faculta al juez para separarse del dictámen de éstos, aun cuando todos opinaren que la letra era tan semejante que infunde sospechas de falsedad. Esta disposicion adquiere vigor y estension al tener en cuenta la razon en que se funda dicha ley, esto es, en que esta prueba no es acabada, por lo espuesto á equivocarse en el conocimiento de las formas y figuras de las letras y firmas y sus variaciones.

Puede asimismo apoyarse la doctrina mencionada en el art. 317 de la nueva Ley de Enjuiciamiento que deja á la facultad de los jueces apreciar, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. De este fundamento puede deducirse, por identidad de razon, que siempre que el hecho sometido al dictámen pericial requiera conocimientos de ciencia, arte ó profesion, que por hallarse poco adelantada, ó por motivos para creer que los peritos carecen de suficientes conocimientos en ella, para formar un juicio exacto, fueran de temer errores ó equivocaciones, el juez graduará la fuerza legal de esta prueba según las re-

1. El art. 3986 Cód. civil hace responsables de los daños y perjuicios á los peritos que hacen los avalúos de bienes testamentarios, siempre que fueren convencidos de dolo ó mala fé, lo cual nos parece debe entenderse á los demas peritos. El art. 703 del Cód. de procedimientos impone la multa de diez á cincuenta pesos al perito que sin causa justificada deje de concurrir á la diligencia el día y hora citada por el juez, quedando sujeto tambien á la indemnizacion de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado por la falta. Esto debe entenderse en el caso de que conforme al art. 701 del mismo Código, hayan aceptado el cargo. [N. de los EE.]

dera en nuestros dias en Alemania, compara Mittermaier los peritos á los jurados (1). (*Prueba en materia criminal*, cap. 26). Pero esta idea no ha sido admisible entre nosotros, desde la época de la reforma de la costumbre de París, cuya última redacción es la siguiente: "Debe presentarse en justicia el dictámen, para tenerlo en cuenta según fuere razon, al juzgar." "Debe, pues, substituirse á la antigua máxima: *Ad questionem facti, etc.*, esta otra, mucho mas racional: *Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam.*" "Los jueces," dice el "artículo 323 del Código de procedimiento, "no están obligados á seguir el dictámen "de los peritos, si tienen convencimiento "en contrario." Debe, pues, elogiarse nuestra antigua jurisprudencia por haber sabido, al menos en esta ocasion, desligar la conciencia del juez de trabas á que le sujetaba una práctica minuciosamente formalista.

No debe, sin embargo, confundirse con la prueba pericial judicial la que se hubiere verificado en virtud de una convencion ó pacto. La valuacion fijada por los peritos, en semejante hipótesis, es la ley para las partes (Cód. Nap. art. 1134), puesto que es el resultado de un convenio formado legalmente (Sent. neg. de 30 de Enero de 1853). En su consecuencia, cuando se deja al arbitrio de un tercero fijar el precio de una venta (*ibid.* 1392) no se podrá reclamar contra su apreciacion, aun alegando una lesion de mas de siete dozavas partes (Trib. de Burdeos, 23 de Julio de 1853). Si es de otra suerte, cuando se trata de fijar por un tercero el arreglo de las partes (sobre los beneficios y pérdidas) en una sociedad (*ibid.* art. 1854), esta es una disposicion excepcional, tomada de las tradiciones de la legislacion romana (Paulo, l. 79, D. *pro socio*). (2)

1. Esta proposicion era exacta en los tiempos primitivos en que el jurado no era mas que una forma particular del juicio pericial.—V. el núm. 102 y la nota sobre el origen del jurado inglés.—

2. Las reglas que nuestro Código de Procedimientos establece para valorizar la prueba de peritos son las siguientes:

1. Los avalúos hacen prueba plena menos en el caso de que después de hechos los inventarios y valores de

120. Existia en ciertas jurisdicciones otro abuso que ha hecho cesar únicamente el Código de procedimientos; tal era la facultad que se reconocia á las partes de exigir un nuevo juicio pericial. Controvertida en París, donde se espesaba la costumbre en términos equívocos, esta facultad se admitia del modo mas ámplio en ciertas poblaciones. En Provenza se podia usar de ella indefinidamente, hasta que se hubieran obtenido tres juicios ó dictámenes periciales conformes. A pesar de las reclamaciones de los tribunales de Aix, de Agen y de Grenoble, el Código de procedimientos agotó este sumidero de gastos y mantuvo el principio de la independencia del juez respecto á las pruebas. "Si los jueces, dice el art. 322, no encuentran en el dictámen las ilustraciones suficientes, podrán mandar de oficio un nuevo juicio pericial por uno ó por muchos peritos, á quienes nombrarán igualmente de oficio, y los cuales podrán pedir á los peritos precedentes las noticias que juzguen oportunas." No pueden, pues, exigir las partes un nuevo dictámen, y por el contrario, puede ordenarse éste contra su voluntad. Pero ¿deberá llegarse á sostener con Boncenne, que se haya prohibido á las partes pedir que manden los jueces practicar un nuevo juicio pericial? Parece que esto seria pronunciar una nulidad sin objeto y verdaderamente irrisoria, porque, una de dos, ó el tribunal juzga conveniente practicar un nuevo juicio pericial, y entonces tendrá lugar éste forzosamente, ó se creará bastante ilustrado, y entonces las peticiones sobre este punto, válidas ó no, serán enteramente inútiles.

121. El tribunal de casacion, partiendo del principio, que las leyes concernientes á materias especiales, no están abrogadas por el Código de procedimientos, decide constantemente (V. en especial las sentencias de casacion del 17 de Abril de 1816 y

una testamentaria y de aprobados por los interesados se declare por sentencia definitiva en juicio ordinario que hubo error ó dolo en la valuacion.

2. El Juez tiene entera libertad de calificar la fé que merece el juicio de peritos conforme á las circunstancias, en cualquiera otro asunto incluso el coitejo de letras, artículos 786 y 787.—N. de los EE.—

del 28 de Marzo de 1831), que en los casos de empadronamiento ó catastro, según el sistema de la ley de 22 de Frimario, año VII, no pueden los jueces separarse del dictámen de los peritos, salvo ordenar un nuevo juicio pericial. Concébase que pueda haber algun peligro en que estas delicadas valuaciones que dan lugar á tantos fraudes contra el Tesoro público, estén enteramente á merced de un tribunal, iniciado con sobrada frecuencia en aplicar la máxima forense: *Fiscus post omnes*. Lo que es mas sensible es que se hayan conservado en esta materia, sin utilidad alguna, las antiguas formas del juicio pericial (ley del 22 de Frimario, año VII, art. 18): el nombramiento de un perito por cada parte; y después la agregacion de un tercer árbitro en caso de discordia (1). Convendria al menos, bajo este último punto de vista, armonizar con el derecho comun el procedimiento en materia de empadronamientos ó catastros.

122. Resta que preguntar, si los peritos, que bien mirado, son mandatarios asalariados (Cód. Nap., art. 1992), pueden ser declarados responsables para con las partes, de los errores ó faltas graves, como lo decidia el art. 264 de la costumbre de Bretaña respecto de los tasadores y agrimensores. Los verdaderos principios sobre este punto, se han fijado por una sentencia del tribunal civil de Chaumont, confirmado por la Audiencia de Dijon el 25 de Julio de 1854. "Mientras no se halla sancionado el dictámen por la sentencia que recae sobre el proceso, es un mero acto de instruccion, y el tribunal encargado de apreciarlo, puede no solamente separarse ó hacer abstraccion de sus conclusiones, sino hasta cargar personalmente á los peritos con los gastos, haciéndoles responsables de los daños y perjuicios, si se demuestra que cometieron errores groseros, ó ocasionaron dilaciones perjudiciales á las partes; ó finalmente, faltaron esencialmente á los

1. La legislacion austriaca para obviar el peligro de parcialidad, hace nombrar los peritos por el juez, pero conserva el número antiguo de dos peritos [V. *Gennari, Teoria delle prove*, núm. 93], lo cual ocasiona siempre lentitud y pérdida de tiempo, cuando es preciso recurrir á un tercer perito.

deberes que prescribían la prudencia y la delicadeza en el cumplimiento de su mision. Pero no puede ya ser así, cuando después de los debates contradictorios, se ha sancionado el dictámen pericial, por decision suprema. Entonces constituye uno de los elementos de la cosa juzgada, contra la cual nadie puede reclamar, sino en caso de dolo ó de fraude." (1)

Respecto á la fuerza probatoria del juicio pericial, de que trata Mr. Bonnier en el núm. 119 y sigs., es regla admitida en el foro español, que en general, el juez no se halla obligado á seguir el dictámen de los peritos, esto es, que no constituye éste prueba completa. Esta regla se desprende directamente de la prescripcion terminante que contiene nuestra ley 118, tít. 18, Part. 3<sup>a</sup>, al tratar del reconocimiento ó coitejo de letras hecho por peritos, puesto que faculta al juez para separarse del dictámen de éstos, aun cuando todos opinaren que la letra era tan desemejante que infunde sospechas de falsedad. Esta disposicion adquiere vigor y estension al tener en cuenta la razon en que se funda dicha ley, esto es, en que esta prueba no es acabada, por lo espuesto á equivocarse en el conocimiento de las formas y figuras de las letras y firmas y sus variaciones.

Puede asimismo apoyarse la doctrina mencionada en el art. 317 de la nueva Ley de Enjuiciamiento que deja á la facultad de los jueces apreciar, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. De este fundamento puede deducirse, por identidad de razon, que siempre que el hecho sometido al dictámen pericial requiera conocimientos de ciencia, arte ó profesion, que por hallarse poco adelantada, ó por motivos para creer que los peritos carecen de suficientes conocimientos en ella, para formar un juicio exacto, fueran de temer errores ó equivocaciones, el juez graduará la fuerza legal de esta prueba según las re-

1. El art. 3986 Cód. civil hace responsables de los daños y perjuicios á los peritos que hacen los avalúos de bienes testamentarios, siempre que fueren convencidos de dolo ó mala fé, lo cual nos parece debe entenderse á los demás peritos. El art. 703 del Cód. de procedimientos impone la multa de diez á cincuenta pesos al perito que sin causa justificada deje de concurrir á la diligencia el dia y hora citada por el juez, quedando sujeto tambien á la indemnizacion de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado por la falta. Esto debe entenderse en el caso de que conforme al art. 701 del mismo Código, hayan aceptado el cargo. [N. de los EE.]