

PARTE PRIMERA.

ESPERIENCIA PERSONAL.

SUMARIO.

101. Deber del juez de no decidirse por experiencia personal extrajudicial.

102. Temperamentos de que es susceptible este principio.

103. Casos en que el juez percibe los hechos *ex officio*.

101. Los casos en que toma el juez conocimiento por sí mismo de los hechos que hay que probar deben ser muy limitados. Casi siempre los hechos sobre que versa el litigio han ocurrido fuera del recinto en que aquel administra justicia, en cuyo caso no podrá sentenciar sino sobre la fé de otro, ó guiándose por presunciones. Es verdad que puede muy bien haber sido testigo como hombre de los acontecimientos que está llamado á apreciar como juez; pero entonces ¿le es permitido decidirse según sus conocimientos personales fuera de lo que le revelan los autos? A primera vista se siente impulso á adoptar la afirmativa. La verdad es una, diráse; y con tal de que tengamos la íntima convicción de haberla descubierto, poco importan los medios por que hemos adquirido esta convicción. Pero ¿puede el juez apreciar ó pesar su propio testimonio? ¿Puede hacer abstracción, desprenderse de sí mismo, para sondear los móviles de interés, de afecto, de preocupación que habrán influido, aun sin saberlo, en su opinión sobre tal ó cual hecho? Los mas graves autores reconocen que, aun en el foro interno, está obligado el juez á dar su decisión; no según lo que sabe como hombre, sino conforme á lo que ha sabido como juez. «*Quum iudicium ad iudices spectet,*» dice Santo Tomás de Aquino (Sec. sec., part. quæst. 67, art. 2), «*non secundum privatam, sed secundum publicam potestatem*» oportet eos iudicare, nec secundum veritatem, quam ipsi ut personæ privatæ noverunt, sed secundum quod ipsis ut personis pu-

»blicis, per leges, per testes, per instrumenta et per allegata et »probata, res innotuit.» Y esta doctrina era ya reconocida un siglo antes de aquel en que escribía Santo Tomás de Aquino. En el libro segundo del Comentario de Abelardo sobre la Epístola á los romanos, leemos; «*Potest etiam contingere, ut aliqui falsi testes, quos* »tamen repellere non valeamus, aliqua de aliquo imputent, quem »innocentem scimus. Quorum quidem testimonia cum id egerint »quod eis adjudicatum fuerit, cogimur etiam contra conscientiam »nostram gravare innocentem.» Y esta doctrina ha prevalecido hasta en el último estado de nuestra jurisprudencia (Jousse, *Justicia criminal*, part. 3, lib. 2, tit. 28, n. 147). Existe en este sentido una ordenanza de Montils les Tours, de abril de 1455, en que Carlos VII prescribió á los jueces (art. 123) *juzgar de un modo cierto y determinado y según lo alegado y probado ante ellos por las partes*. En nuestros días, la Audiencia de Montpellier declaró el 23 de noviembre de 1852, la nulidad de una sentencia que habia rechazado los medios de prueba del demandado, oponiéndole *el conocimiento personal adquirido por el juez, de los hechos fuera del proceso*. El tribunal de Riom aplicó esta doctrina el 3 de noviembre de 1809, á la clase de negocios que parece dejar al tribunal el poder discrecional mas absoluto, á los mercantiles.

102. Pero hacer así abstracción de sus propios recuerdos, es una tarea muy dura para la debilidad humana. Los hechos que creemos examinar con la imparcialidad mas escrupulosa, no se nos aparecerán sino á través del prisma de la primera impresion favorable ó desfavorable. El mejor partido que puede tomarse en semejante caso por un juez ó por un jurado, es recusarse. Esta vía se halla por lo demás trazada en el art. 259 del Código de procedimiento criminal, que prohibe al juez del sumario y á los Consejeros que han votado sobre si procede la acusación, formar parte del tribunal criminal. Asimismo el art. 392 del mismo Código tampoco permite al que ha sido oficial de policía judicial, testigo, perito ó parte, ejercer las funciones de jurado, bajo pena de nulidad. La ley quiere en el juez una mente virgen de toda impresion adquirida fuera de los debates judiciales (1), ó que el juez se halle li-

(1) En Inglaterra y en la América del Norte no existe la misma incompatibilidad sobre este punto en lo relativo á los jurados. Mientras se reconoce que el juez no puede ser testigo, y mientras se duda, como entre

bre de toda impresion que no haya recibido de lo que arrojen los autos.

En tales circunstancias, es, pues, un deber imperioso abstenerse. Si fuera demasiado tarde para hacerlo así, no declarando la letra de la ley nulidad alguna, tendrían precision de juzgar; pero entonces, en materia criminal al menos, esta posicion escepcional deberia inclinarse en favor de la parte acusada ó perseguida. Si el jurado, por sus conocimientos ó noticias extrajudiciales cree culpable al acusado, no lo declarará tal, á menos que resulte del procedimiento la prueba de los hechos; si por el contrario, segun estos mismos conocimientos, resulta inocente, no podrá formarse en su conciencia la *intima conviccion* que exige el art. 342 del Código de procedimiento criminal, y deberá votar la absolucion (1). En los pleitos civiles en que son igualmente sagrados ó atendibles los intereses de ambas

nosotros. si le es permitido sentenciar por sus propios conocimientos personales (M. Greenleaf, tom. 1, pág. 481), los autores mas graves (ibid. número 1) admiten sin dificultad que un jurado puede ser testigo. Esto se funda en el origen del jurado inglés. Queríase, en efecto, en un principio, que los jurados tuvieran conocimientos especiales sobre los hechos objeto del litigio. Así era, que se elegían de los que estaban mas vecinos, de *vicinetto*. Esta práctica no fué abolida hasta el tiempo de la reina Ana, en materia civil, y hasta nuestros dias, en materia criminal. Esta antigua organizacion que asimilaba los jurados á testigos, se esplica en estos términos por M. Reeves, en su historia de la ley comun (pasaje traducido por M. Cherbulez, en un artículo sobre el jurado; *Revista de legislacion*; agosto de 1851): «El jurado, tal como existía en su origen, difería esencialmente de lo que es en el dia. Hoy los jurados son jueces supremos del proceso; fundan su convencimiento en pruebas orales ó escritas producidos ante ellos, y su veredicto es, en hecho, una verdadera sentencia. Los antiguos jurados, por el contrario, no eran llamados á apreciar los hechos de la causa como los magistrados: estos hechos ni aun se controvertían ante ellos. No eran mas que testigos, y el veredicto solo era el resultado de su testimonio, invocado de un modo regular, pero esclusivamente para probar los hechos litigiosos. Así, un juicio por medio del jurado, no era propiamente hablando, mas que una informacion; los jurados no se distinguían de los demás testigos, sino por el juramento que debían prestar, por su número limitado, por el rango que la ley les asignaba, por la cualidad de terratenientes, en los diversos grados de la gerarquía territorial y por la influencia que de esto resultaba.»

(1) Lo que decimos del jurado no es siempre aplicable al juez correccional que, por lo comun, se vé ligado por reglas especiales. Así, se ha juzgado con razon por dos sentencias de casacion (del 21 de marzo de 1833 y del 9 de agosto de 1838) que cuando se prueba una convencion por un juicio verbal como haciendo fé, mientras no se prueba lo contrario, no pueden los jueces declarar libres á los acusados, fundándose en el único motivo del conocimiento personal que tuvieran de los hechos.

partes, no se podrá seguir justamente esta marcha sobrado favorable al demandado, sino que el juez deberá esforzarse por no atenerse sino á los noticias producidas en la audiencia ó que resulten de los autos. Repetimos que lo más seguro es prevenir estos graves obstáculos, obedeciendo al espíritu de la ley, es decir, recusándose desde un principio.

105. Lo dicho es suficiente sobre el conocimiento personal de los hechos que pueda el juez adquirir fuera de sus funciones. Trate-mos ahora de los casos en que percibe los hechos él mismo, pero como Juez. Esta inspeccion directa, que no era en modo alguno extraña al derecho romano (Gord. 1, 6 pr. D. *de re milit.*), tiene lugar especialmente cuando el juez verifica un reconocimiento del sitio en que ocurrieron los hechos, en materia civil. Sin embargo, no por ser mas frecuentes estas hipótesis, son las únicas en que vuelve á encontrarse la inspeccion directa del Juez, y se concibe perfectamente que los tribunales, aun los civiles, puedan entre nosotros, lo mismo que en Inglaterra (M. Greenleaf, tom. III, página 340) hacerse presentar un niño para comprobar su edad, ó consultar un libro, un documento, etc.

Segun doctrina admitida por nuestros intérpretes y autorizada por nuestras leyes (ley 16, tít. 22, Part. 3.^a, con las glosas de Gregorio Lopez, y 2, tít. 16, lib. 11 de la Nov. Recop., y por el art. 61 de la ley de Enjuiciamiento civil), el juez debe dictar sentencia segun lo alegado y probado, y conforme á la demanda y contestacion, aun cuando extrajudicialmente le conste la verdad de un hecho que aparece en los autos como falso, ó al contrario, pues de no proceder así, se convertiría el juez en jurado. Es regla y principio concuso: *secundum allegata et probata iudex judicare debet*. No basta que el juez sepa la exactitud de los hechos fuera de sus funciones ó como particular, sino que es necesario que este conocimiento sea el resultado de las diligencias ó procedimientos practicados conforme á la ley con el carácter de juez. No basta que la sentencia sea justa, sino que es necesario que se ofrezca á la sociedad con los caracteres que demuestran esta justicia: *Non sufficit ut iudex sciat, sed necesse est ut ordine juris sciat*. Puede sospecharse del juez como hombre, por la ley que aplica como magistrado.

SECCION PRIMERA.

RECONOCIMIENTO JUDICIAL Ó INSPECCION OCULAR
DE LUGARES.

SUMARIO.

104. Aplicacion á lo civil y á lo criminal.
 105. Utilidad en lo civil del reconocimiento judicial.
 106. Como debe procederse en él.
 107. Casos en que puede mandarse este reconocimiento; esta prescrip-
 cion no tiene la importancia que tenia bajo el imperio de la ordenanza
 de 1667.
 108. Facultad de proceder en materia criminal, á un reconocimiento
 judicial.
 109. Comprobacion del cuerpo del delito.
 110. Como se procede á esta comprobacion.

104. Solo en materia civil ha previsto y regulado la ley el re-
 conocimiento judicial; sin embargo, vamos á ver que es igualmen-
 te admisible en cuanto á lo criminal

1.º EN MATERIA CIVIL.

105. En lo civil, se trata algunas veces de apreciar un estado
 de cosas actualmente existente, por ejemplo, la medianería de una
 tapia, ó la posicion de tal límite. ¿Cuál es el medio mejor, en tal
 caso, de asegurarse de la verdad? Trasládase en persona al terre-
 no litigioso, á fin de verlo por sí mismo y de ponerse en contacto
 con la realidad:

*Segnius irritant animos demissa per aurem
 Quam quæ sunt oculis subjecta fidelibus....*

HORACIO.

106. En los Juzgados de paz, el Juez mismo que debe decidir,
 se traslada á los sitios correspondientes, donde puede pronunciar
 su fallo, sin abandonarlos (Cod. de proc., art. 42). En los tribunales
 de distrito, no puede seguirse esta marcha, por razon del embarazo

y de los gastos que ocasionaria la traslacion del tribunal en masa; por lo que es indispensable delegar un juez comisario (*ibid.*, artículo 295). No obstante, hay ejemplos en el antiguo y en el nuevo derecho, de reconocimientos efectuados sin gastos por todo un tribunal, por desear cada miembro tomar personalmente conocimiento de los hechos. El celo de que han dado prueba los jueces en semejantes ocasiones, es sin duda alguna laudable, pero con una condicion, y es, que se indique anticipadamente el dia del reconocimiento, y se cite á las partes para que hagan sus observaciones. De otra suerte, podrian llegar á ser un lazo las intenciones generosas de los jueces, para el litigante que no hubiera sido llamado á suministrar noticias y datos, á falta de los cuales no podrian aparecer los hechos con toda claridad. Es, pues, necesario aplicar á todas las jurisdicciones el art. 41 del Código de procedimientos, segun cuyos términos, debe inspeccionarse el lugar de la controversia por el juez de paz en *presencia de las partes*. Una sentencia de casacion de 16 de enero de 1839 anuló la de un Tribunal civil motivada en un reconocimiento, hecho *proprio motu*, sin hallarse presentes las partes, por los miembros de este tribunal: «Considerando que este reconocimiento puramente oficioso, hecho sin estar presentes las partes.... no ha podido llegar á ser un elemento legal para la decision, bien sea respecto de todo el tribunal, que no ha sido ilustrado por un informe contradictorio y en debida forma, sea respecto de las partes, que no han podido comprobar la operacion, y discutir sus resultados, ni ejercer, llegado el caso, el derecho de recusacion que les confiere el art. 383 del Código de procedimientos contra el juez encargado de este reconocimiento... (Véase tambien, Bastia, 7 de febrero de 1855). Sin embargo, por sentencia denegatoria del recurso de casacion de 15 de marzo de 1843, se ha rehusado anular un fallo dado á consecuencia de un reconocimiento oficioso de los miembros del Tribunal, reconocimiento mencionado, no en los motivos, sino en los resultandos que no son obra del juez. Debe advertirse que el tribunal de casacion, sin fundarse en esta última circunstancia señalada por el consejero informante, decidió que «la simple *inspeccion* ocular hecha por el tribunal, no puede constituir un reconocimiento (*descente*) de los lugares, segun los términos del Código de procedimiento civil;» distincion muy arbitraria y que depende á eludir las garantías concedidas á los litigantes.

107. La prueba del reconocimiento judicial es ventajosa siem-

pre que se trata de hechos que aparecen, y que no exigen conocimientos especiales. Por eso el art. 38 del Código de procedimiento la autoriza espresamente en las acciones posesorias, tales como las que tienen por objeto el deslinde de términos, la usurpacion de terrenos, fosos, vallados, etc. Pero cuando los elementos materiales consisten en datos que no pueden tener efecto sin ciertas luces ó conocimientos, como si se trata de la rescision de la venta de un inmueble por causa de lesion, es preferible la prueba pericial, y así lo indica la ley en tal caso (Cód. Nap., art. 1678.). En el art. 295 del Código de procedimientos leemos sobre este punto: «El tribunal podrá, en caso de creerlo necesario, mandar que uno de los jueces se traslade á los lugares; pero no podrá mandarlo en los casos en que solo cabe un simple informe pericial, si no es requerido por la una ó por la otra de las partes.» Este artículo no añade, como hacia la ordenanza de 1667, tít. XXI, art. 1.º: *bajo pena de nulidad y de todos los gastos, daños y perjuicios*. La segunda de estas sanciones vivamente criticada por el presidente Lamoignon, como ofensiva á los jueces, era tal vez necesaria en un tiempo en que, ocasionando los reconocimientos dietas ventajosísimas, propendia á multiplicarlos sin motivo, una deplorable avaricia. En el día no hay que reprimir tales abusos, puesto que no dan derecho mas que á un simple reembolso de gastos (1). La única sancion que podria considerarse subsistente en el día, es la de nulidad. Pero cuando el reconocimiento ha tenido lugar con las formalidades requeridas por la ley, y aun sin el requerimiento de las partes, en el caso en que sea suficiente un juicio ó dictámen pericial, no se com-

(1) Conviene seguir sobre este punto las bases fijadas por los artículos 88 y 89 del decreto de 1811 sobre los gastos en materia criminal. En los juzgados de paz, los gastos se fijan por la tarifa (art. 8.º); pero, por útil que sea el reconocimiento, no se abona nada, si una de las partes no lo ha requerido, lo cual debe mencionarse (art. cit., *nota*). En Ginebra los gastos de reconocimiento se pagan por el Tesoro (ley de 29 de setiembre de 1819, art. 230), lo cual ofrece pocos inconvenientes, vista la escasez de pleitos. Por otra parte, se aprecian mucho los reconocimientos en este pais en que son una especie de institucion nacional. Y en efecto, antiguamente habia en Ginebra un *tribunal de inspecciones ó reconocimientos*, cuyo ministerio no era facultativo, sino obligatorio, y parece que se lisonjaba del resultado de sus operaciones. En Francia, para evitar al juez pasos desagradables con el objeto de reembolsarse de sus gastos, quiere el Código de procedimientos (art. 301) que se consignen en la escritura por la parte requirente.

prende por qué ha de estar prohibido al tribunal recurrir á esta operacion, si es capaz de ilustrarle, no haciendo soportar sus gastos al litigante que sucumbe. El art. 295 no pronuncia su nulidad, porque esta nulidad no tendria objeto, puesto que las partes que pudieron recurrir á la operacion, no experimentaron ningun perjuicio. Esta solucion es por lo demás incontestable en lo concerniente al juez de paz, respecto del cual, es indudable que solo se trata de una cuestion de tarifa (tarifa civil, art. 8.º, *nota*). En nuestro concepto, no debe anularse el reconocimiento ó inspeccion, sino en el caso de hacerse, como ya hemos supuesto mas arriba, sin que se haya intimado legalmente á las partes que asistan á él (Cód. de proc., art. 297); pero entonces es por otro motivo, porque se ha violado el principio de la libre defensa de las partes. La marcha trazada por la ley para este procedimiento no ofrece por lo demás ninguna particularidad que merezca notarse.

2.º EN MATERIA CRIMINAL.

108. El Código de procedimiento criminal no ha trazado reglas relativamente al reconocimiento judicial, como hace el Código de procedimiento civil; ¿deberá inferirse de aquí que el reconocimiento solo es admisible en lo civil? Esto seria suponer que basta el silencio de la ley para desechar una clase de prueba que no se halla literalmente prevista. Creemos, por el contrario, atenernos á la idea razonable, de que siempre que pueda ser útil un modo de comprobacion, debe admitirse por el solo hecho de no estar prohibido. Este es el sentido en que se ha pronunciado la práctica en lo concerniente al reconocimiento judicial ó de lugares. Pero al mismo tiempo se decide, que aunque no se haya prescrito forma alguna en materia criminal, debe considerarse como sustancial la existencia de un juicio previo que llama á las partes á asistir á la operacion. Así, el tribunal de casacion ha declarado válida (sent. deneg. de 22 de mayo de 1854 y de 25 de marzo de 1843) una comprobacion hecha públicamente, pero fuera de la sala de la audiencia por el tribunal y los jurados, en presencia del acusado y de su defensor; y por el contrario, ha anulado (sent. de cas. de 5 de set. de 1828) una condena pronunciada á consecuencia de un reconocimiento hecho por el jurado oficiosamente, sin ir acompañado del acusado. Si en todas las fases del procedimiento hay algun acto en que tenga

derecho una parte para hacer sus observaciones, es cuando se vé sometido al procedimiento criminal. Y además, este principio no es peculiar de los tribunales criminales, sino que lo ha aplicado la jurisprudencia con razon, aun á las materias de simple policia (sent. de cas. de 10 de junio de 1830).

Pero debe observarse, que el reconocimiento ó inspeccion de lugares será raras veces en lo criminal, como es en lo civil, un medio completo de resolver la cuestion. Esto no puede casi suceder sino respecto de ciertas contravenciones, cuya existencia manifiesta claramente el estado de los lugares; por ejemplo, la falta de barrido ó la interceptacion de la vía pública por aglomeracion de materiales (Cód. pen. art. 471.). Habitualmente, no se podrá adquirir por medio del reconocimiento mas que indicios propios para seguir las huellas de la verdad, ó por lo menos, noticias que aclaren la exposicion de los hechos (1). En tales casos, el reconocimiento pierde mucho de su importancia, puesto que no es mas que una prueba en segundo grado, una prueba de prueba. Así, se reduce generalmente en la práctica á hacer levantar un plano de los lugares ó parages donde ocurrió el hecho.

109. Un punto que se refiere íntimamente al reconocimiento judicial es la comprobacion del *cuerpo del delito* (2); comprobacion que exige de ordinario la traslacion al sitio donde han pasado los hechos acriminados.

En todo procedimiento criminal, conviene consignar la existencia misma del delito que sirve de base al procedimiento. «Hic ordo servatur,» decia Paulo (Sent. III, tit. V, §. II) hablando del tormento á que eran sometidos los esclavos cuyo dueño habia perecido de muerte violenta, «primum ut constet occisum dominum, deinde ut liqueat de quibus ea quæstio habenda sit, atque ita de reis inquirendum.» Cuando puede resultar esta prueba previa de la comprobacion de un hecho material, por ejemplo, de los rastros de muer-

(1) Esta observacion se aplica, por ejemplo, al reconocimiento que se efectuó el 26 de noviembre de 1842 por el tribunal correccional del Sena en el camino de hierro de Versailles (de la izquierda), para aclarar las causas de la catástrofe de 8 de mayo. Los datos que pudieron recoger los jueces en el reconocimiento judicial de los lugares y en los experimentos que presenciaron, eran forzosamente conjeturales.

(2) Entiéndase bien que tomamos aquí la palabra *delito* en el sentido general de infraccion de la ley penal, y no en el sentido particular de infraccion castigada con penas correccionales.

te violenta que se descubren en un cadáver, se dice que hay un cuerpo del delito. Una comprobacion semejante es de grande importancia. Sin embargo, no debe creerse, como imaginan algunos, que sin un cuerpo del delito debidamente comprobado, no pueda haber delito á los ojos de la ley. Debe distinguirse desde luego, con los antiguos intérpretes, los delitos que dejan huellas, *delicta facti permanentis*, como el asesinato, y los que no las dejan, *delicta facti transeuntis*, como las injurias verbales. Respecto de estos últimos, es evidente que la investigacion previa de un cuerpo de delito seria una empresa quimérica; y aun respecto de los primeros, si es cierto que deben los jueces aplicarse con el mayor cuidado á buscar sus huellas, es imposible admitir que la falta de vestigios materiales pueda asegurar la impunidad á un acusado, cuya culpabilidad se probase por medio de testimonios directos. Si así fuera, bastaria á un asesino aniquilar el cuerpo de su víctima para librarse de toda penalidad (1), ó por lo menos, siguiendo el sistema que hemos refutado (n.º 52), para incurrir solo en una pena inferior (2). No hay duda que es necesario que se haya cometido un delito; pero la existencia de este delito puede justificarse de una manera indirecta, puesto que la misma culpabilidad es susceptible de probarse de esta manera. Cuando dijo D'Aguesseau (informe 31): «el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo, cuya existencia se prueba por testigos dignos de fé, concordados entre sí, afirmando á la justicia que se ha cometido un crimen,» este célebre jurisconsulto incurrió en el error de confundir la existencia misma del cuerpo del delito con la prueba de esta existencia; pero espresó, con una fórmula inexacta, una idea exacta, la de que no es indispensable la prueba material del cuerpo del delito.

110. Si en el dia, como juzgó el tribunal de casacion el 16 de

(1) La preocupacion sobre la necesidad de un *cuerpo de delito* ejerce aun influencia en entendimientos distinguidos. ¿No se ha visto, en 1840, en la causa de Lafarge encerrar los debates de la cuestion en el análisis científico de los restos de la víctima? Y no obstante, el Ministro público ¿debía hacer depender el hecho de la acusacion de la existencia de ciertos signos casi imperceptibles? Y por su parte la defensa, ¿debía fijarse casi exclusivamente en este punto de la causa, como si hubiera tenido que declararse vencida porque se hubiera probado un envenenamiento en general?

(2) Tal era la opinion de los antiguos criminalistas (M. Mittermaier, *Prueba en materia criminal*, pág. 180.)

marzo de 1837, ninguna ley exige como preliminar del procedimiento una informacion del cuerpo del delito, no es menos importante consignar y cerciorarse de los hechos ó señales del delito antes de que hayan desaparecido. Este interés es de grandísima importancia, cuando se trata de un crimen que acaba de cometerse. Así, el Código de procedimiento criminal quiere (art. 22) que en el caso de flagrante delito, cuando el hecho merece una pena aflictiva ó infamante (1), se traslade inmediatamente un agente de policia judicial, á los parajes ó sitios donde se cometió, para practicar en ellos las primeras diligencias del sumario. En los casos ordinarios, solo el juez del sumario tiene la cualidad requerida para trasladarse á dicho sitio, acompañado del ministerio fiscal, que hace las requisiciones en nombre de la ley, mientras el juez redacta las diligencias del sumario propiamente dicho (*ibid.*, art. 59, 62.) Fuera del caso de flagrante delito, no se requiere la inspeccion ó reconocimiento inmediato del sitio del delito, pero conviene siempre deferirla.

En todos los casos se comprueba el estado del *cuerpo del delito*, es decir, del objeto sobre que se ha dirigido el delito, y en general el estado del sitio en que se cometió (*ibid.*, art. 32). El juez se hace cargo de todo lo que parece haberse destinado á cometer el delito, de todo lo que parece haber sido efecto del mismo, y finalmente, de cuanto puede servir á la manifestacion de la verdad (*ibid.*, art. 33). Además, prescribe la ley precauciones propias para asegurar la identidad de estos objetos, los cuales deben cerrarse y sellarse, ó por lo menos depositarse en un vaso ó saco, sobre el cual pone el juez del sumario una lista ó banda de papel sellado con su sello (*ibid.*, art. 38). Finalmente, puede ser tambien indispensable la inspeccion de las personas mismas, especialmente cuando se trata de atentados á las costumbres (1). El juez instructor debe

(1) Tales son al menos los términos del art. 32 del Código de procedimiento. Pero es tal la urgencia de probar inmediatamente, en tal caso, los delitos propiamente dichos, así como los crímenes, que el tribunal de casacion (Sent. de cas. del 30 de mayo de 1823 y del 1.º de setiembre de 1831), no vacila en estender á las materias correccionales las atribuciones del fiscal y de sus auxiliares, en el caso de flagrante delito.

(2) Tales reconocimientos pueden ordenarse en materia civil para probar la impotencia, si es que puede ser la impotencia una causa de nulidad del matrimonio. M. Demolombé (Matrimonio, t. II, núm. 254) se inclina á la afirmativa, invocando lo que se practica en las quintas ó reclutamientos. Pero conviene que nuestros usos y nuestras costumbres re-

tomar en tales casos las precauciones convenientes para respetar en cuanto fuere posible, el pudor y la delicadeza, ya del inculpado, ya sobre todo, de la víctima presunta. En todos estos casos, semejante inspeccion no pueden alcanzar á terceras personas sobre quienes no pesa ninguna sospecha especial. Por eso se ha censurado la conducta de jueces que, á consecuencia del descubrimiento del cadáver de un niño han mandado reconocer á todas las mujeres de la casa.

La legislacion española se halla conforme en las disposiciones esenciales con la francesa respecto del medio de prueba, llamada *reconocimiento judicial, inspeccion ó vista ocular*, tanto en lo civil como en lo criminal. Una sabia ley de Partida (la 13, tit. 14, Part. 3) comprende los principales casos y fundamentos de este medio de prueba. «Contiendas é pleitos acaescen entre los omes, dice, que son de tal natura que non se pueden departir por prueba de testigos ó de carta ó de sospecha, á menos quel juzgador vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda ó el pleito. E esto sería quando fuere movido pleito antel sobre términos de algun lugar, ó en razon de alguna torre ó casa, que pidiesen al juez que la ficiera derribar, porque se queria caer. E si querellase alguno antel, que le ficiera otro gran desonra en su cuerpo, la cual desonra así era tan grande que non se podria averiguar por testigos tan solamente, á menos de ver el juzgador cuál fué la desonra ó en cual lugar de su cuerpo fué fecha. Ca en cualquier de estas razones non debe el juzgador dar el pleito por probado, á menos de ver él primeramente cuál es el fecho porque ha de dar su juicio, é en qué manera lo podrá mejor é mas derechamente departir.» A los casos que menciona esta ley, como debiendo tener lugar el reconocimiento, deben agregarse los que versan sobre servidumbres rústicas y urbanas y otros semejantes.

El reconocimiento judicial puede hacerse á peticion de las partes ó bien de oficio por el juez, para mejor proveer, segun le faculta el art. 48 de la ley de Enjuiciamiento civil. El reconocimiento se practica pasando el juez, asistido del escribano, á ver por sí mismo sitios ú objetos que por ser permanentes ó visibles se hallan sujetos á la simple inspeccion material. Segun dispone el art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento, el reconocimiento judicial se hará siempre con citacion prévia, determinada y espresa para él de las partes, bien lo hubieren solicitado ó no; señalando el dia y hora en que hubiere de efectuarse con arreglo al art. 278, para que puedan hacer uso de la facultad que les concede el 304 que previene, que las partes ó sus representantes puedan concurrir á la diligencia de reconocimiento;

chacen semejante modo de proceder, y por otra parte no hay analogia alguna entre la inspeccion exterior que se verifica en los casos de reclutamiento y el exámen interno necesario para comprobar si una mujer es *viripotente*. Por el solo hecho de no admitirse la legalidad de semejantes inspecciones ó reconocimientos, hay predisposicion á no autorizar, segun el espíritu de nuestras leyes modernas, la nulidad del matrimonio fundada en causas de esta naturaleza.

y hacer al juez de palabra (y no por escrito, para evitar dilaciones y complicaciones innecesarias) las observaciones que estimen oportunas, y éstas se insertan en el acta que debe extenderse en los autos del resultado de dicho reconocimiento, debiendo firmarla el juez, el escribano y demás personas concurrentes al acto.

El reconocimiento, en cuanto á lo criminal, se verifica tambien por el juez y el escribano, y asistiendo cuando es necesario el promotor fiscal, examinando el sitio, punto ú objeto de que se trata, y estendiendo diligencia circunstanciada del resultado. Cuando se levantan planos de los sitios en que se perpetró el delito, deberán unirse estos planos á los autos.

Respecto de la comprobacion del cuerpo del delito á que se refiere el autor en el núm. 109 de esta seccion, nuestro derecho admite casi todas las reglas y principios generales que sienta el autor. Sin entrar á esponer la explicacion de estas reglas segun las diferentes clases de delitos á que deben aplicarse, porque esto nos obligaria á estendernos demasiado, solo diremos, que cuando exista el objeto material sobre el que se ha cometido el delito, debe el juez que instruye el sumario, reconocerlo sin pérdida de tiempo, designar su estado, describir circunstanciadamente sus caractéres y el instrumento con que se ha perpetrado el crimen. Si no existe aquel objeto, debe describirse con la exactitud que sea posible, el estado que tenia la cosa de que se trata, á la sazón y anteriormente al delito, reuniendo los medios más conducentes para su comprobacion. Conviene hacer inventario de las armas y de los efectos que pueden haber contribuido al delito, y guardarse y sellarse los objetos que puedan servir mas especialmente para su comprobacion. En estos reconocimientos, tanto en lo civil como en lo criminal, es necesaria á veces la concurrencia de peritos, de que se trata en la seccion siguiente.

SECCION SEGUNDA.

COMPLEMENTO DE LA ESPERIENCIA PERSONAL.

JUICIO PERICIAL.

SUMARIO.

111. Diferencia entre el juicio pericial y la prueba testimonial.
112. De la prueba pericial desde los romanos hasta nuestros dias.

111. Si solo se considerasen los motivos de confianza concedida á los peritos, es decir, á hombres encargados de comprobar los hechos sobre que tienen conocimientos especiales, se deberia asimilar ó referir el juicio de peritos á la prueba por medio de testigos; porque ambas se fundan en una induccion basada en las leyes de la naturaleza moral, en la fé debida al testimonio de nuestros semejantes.

Pero si llegamos á su aplicacion en juicio, si se considera el gé-

nero de hechos sobre que versa ordinariamente esta clase de prueba, se verá que tiene un objeto enteramente distinto que la prueba testimonial. Esta tiene por objeto hacer revivir, por decirlo así, lo pasado; la prueba pericial se refiere habitualmente á los hechos presentes (1), cuyos elementos tiene la mision de poner al descubierto. Los testigos se ven limitados por la fuerza de las cosas y no pueden ser suplidos; los peritos son elegidos despues que ha ocurrido el hecho y para llenar funciones en las cuales sirven de instrumento al juez, instrumento que es permitido reemplazar. Y en efecto, como no se puede reducir voluntariamente los hechos sobre los cuales se interroga á los testigos, no hay medio de rehacer sus declaraciones, y es forzoso aceptarlas tales como son, ó desecharlas, á menos que se prefiera abandonarse á puras conjeturas. Por el contrario, la prueba pericial es un cristal que agranda los objetos, el juez es quien tiene la facultad de servirse de ella, de examinar con toda libertad si las imágenes que presenta son enteramente claras. Los peritos son, propiamente hablando, auxiliares del tribunal; así vemos referir con frecuencia en el texto de nuestras leyes la prueba pericial á la esperiencia personal, mientras que nunca se ha presentado á la mente semejante idea respecto de la prueba testimonial. Sin remontarnos á la ordenanza de 1667, que confundia en un mismo título el reconocimiento judicial ó de sitios ó parajes con el juicio de peritos, vemos al juez de paz reconocer los sitios ó lugares con el auxilio de peritos (Cód. de proc., art. 42), y autorizar la ley criminal al juez instructor (Cód. de instruc. crim., art. 45) á hacerse acompañar, para investigar los rastros ó señales del delito, por una ó dos personas que se presume ser capaces de apreciar su naturaleza y sus circunstancias. Así, pues, al referir como lo verificamos, la prueba pericial á la esperiencia personal, no hacemos mas que conformarnos con el espíritu de la ley, é igualmente con la naturaleza de las cosas.

112. Este modo de comprobacion no tenia en Roma toda la im-

(1) La prueba pericial no tiene por objeto hechos presentes, en el caso en que, ya para asegurarse de la verosimilitud de una acusacion, ya para comprobar un testimonio, se investiga si tal hecho es físicamente posible; si por ejemplo, ha podido haber suicidio en un caso dado (proceso de Condé). Entonces el juicio pericial es hipotético. Pero, aun en este caso, no se funda sino en datos científicos, mientras que el testigo recurre á los recuerdos.

portancia que ha adquirido en los tiempos modernos. Estando entonces menos adelantadas las ciencias y las artes, su uso debía ser mucho menos frecuente. No obstante, hallamos ya diversas aplicaciones notables de este medio de prueba. Así, en las cuestiones de demarcacion de límites (l. 8. §. 1, D. *fin. regund.*) el juez debe enviar á los sitios que se trata de deslindar agrimensores (*mensores*) para consignar los hechos. Si se trata del licenciamiento de un militar por falta de salud, Gordiano exige á la vez (l. 6. *Cód. de re milit.*) el exámen del juez y el de facultativos; «*medicis denunciatis et iudice competente diligenter examinante.*» Cuando habia que hacer constar el embarazo de una viuda ó de una esposa divorciada, vemos (l. 1, pr. y §. 10 D. *de insp. ventr.*) que se hacia visitar por tres ó por cinco comadres (Sabido es que las matronas romanas no eran asistidas en sus partos sino por personas de su sexo.). Finalmente, sabemos por la novela 64, que habia en Constantinopla jardineros peritos; esta constitucion se dirige á reprimir el abuso que hacian de su arte, para favorecer á sus compañeros á costa del propietario del terreno, cuando se les encargaba, al fin del arriendo, de valuar las mejoras hechas en el fundo por un arrendador que era jardinero: vése, pues, que la prueba ó juicio pericial no data de nuestros dias.

En la antigua jurisprudencia francesa, la prueba pericial recibió grande desarrollo. Así, especialmente, el art. 162 de la ordenanza de Blois, dada en 1579, prescribió que las cuestiones relativas al valor de los objetos, se decidieran por peritos, y no solo por testigos. Pero tambien se abusa algunas veces de la prueba pericial, haciendo uso de ella en las materias mas delicadas. Una de las aberraciones mas notables del entendimiento humano, en lo relativo á las pruebas judiciales, es la singular prueba del congreso (*congrès*), introducida en la práctica de las curias en el siglo XVI, y autorizada por los parlamentos, hasta la sentencia de 8 de febrero de 1757, que hizo dar por el Parlamento de París el presidente Lamoignon (1). En el dia, sin llevarse hasta el extremo el principio de la prueba pericial, es de gran uso, tanto en lo civil como en lo criminal.

(1) El concilio de Copiegné, en 756, admitia una clase de prueba mas decorosa, sin ser mas segura, desfiriéndose el juramento al marido, en semejante hipótesis.

JUICIO PERICIAL EN LO CIVIL.

SUMARIO.

- 113. Casos en que es aplicable la prueba pericial.
- 114. Quien puede ser nombrado perito.
- 115. Simplificacion de la prueba pericial en el derecho moderno.
- 116. Derecho de las partes de nombrar los peritos.
- 117. Facultad de recusacion.
- 118. Redaccion del dictámen de los peritos.
- 119. Variaciones de la legislacion sobre la fé debida á la prueba pericial.
- 120. Facultad de provocar un nuevo dictámen.
- 121. Reglas especiales en materia de empadronamiento ó catastro.
- 122. De la responsabilidad de los peritos.

113. Siempre que se trata de una comprobacion ó apreciacion que exige conocimientos especiales, requiere el espíritu de la ley la prueba ó juicio pericial. No se debe, pues, considerar como limitativas las disposiciones que la exigen en casos dados, como si se trata de la rescision por causa de lesion de una venta de inmuebles (Cod. Nap., art. 1678), ó de valuar la indemnizacion que se debe al arrendador de una fábrica ó ingenio por falta de goce (*ibid.*, artículo 1747). La cuestion de viabilidad de un niño, por ejemplo, tan importante, bien sea para el marido que no quisiera reconocerlo, bien para los herederos del niño llamados á obtener los derechos de su causante, ¿puede resolverse de otro modo que con el auxilio de las luces de los hombres de la ciencia? Pero, en los casos en que ordena la ley la prueba pericial ¿debe entenderse en un sentido estrictamente imperativo, de modo que venga á ser el dictámen pericial un preliminar indispensable, cualquiera que sea por otra parte la evidencia de los hechos? Boncenne admite la afirmativa sin distincion, siempre que se trata de juicio ó prueba pericial en los testos (V. su *Com. sobre el título de los peritos*). Esta opinion nos parece incontestable cuando se establece el juicio pericial por la ley como una condicion intrínseca del procedimiento. Así, para los catastros ó empadronamientos se funda la administracion, al requerir esta medida, en consignar el valor de los inmuebles sujetos á un derecho proporcional. Por el contrario, con difi-

cultad consideraremos este medio de prueba como indispensable cuando no es necesaria la valuacion, sino en cuanto tiene el Juez una duda formal. Así, cuando se ataca una venta por causa de lesion, puede ser su precio tan despreciable, que si se ordenara un juicio pericial para valuar la lesion, se comprometeria la dignidad de la justicia con gastos y lentitudes inútiles ó ilusorias. Entonces seria, en nuestro juicio, poco prudente no pronunciar en el acto, la rescision. Háse pronunciado sentencia por el tribunal de Limoges en 14 de febrero de 1827, en pró de esta opinion admitida ya por la antigua jurisprudencia; lo mismo ha providenciado el tribunal de casacion respecto de la rescision de la particion por causa de lesion, por sentencia de 3 de diciembre de 1833. Tal ha sido igualmente el pensamiento de los redactores de la ley de 2 de junio de 1841, que han sustituido el juicio pericial facultativo al juicio pericial obligado, para la estimacion prévia de los bienes de menores que deben venderse judicialmente (Cod. de proc. crim. nuev., artículo 955).

Referirémos á la prueba literal la especie de juicio pericial que suscita mas vivas reclamaciones en el antiguo y en el nuevo derecho, el cotejo de escrituras. Aquí nos proponemos examinar, en general, el curso del juicio pericial y la fé que puede dársele.

I Curso del juicio pericial.

114. En otro tiempo habia *peritos-jurados* que eran los únicos que tenian derecho de apreciar los valores ante los tribunales. Esta institucion, cuyas huellas se encuentran todavia en el art. 34 del Código penal, que enumera entre las incapacidades que resultan de la degradacion cívica, la de ser *perito jurado*, no existe ya en el dia, al menos 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 del 27 ventoso año IX, la ley del 28 de abril de 1816, art. 89, y la ordenanza del 26 de junio de 1816).

(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.

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. Síguese 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 art. 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 Napoleon, art. 36.). 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 (Código de proc., art. 317, §. V, 2.ª lín.). 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