

sucede en la posición 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 opinión 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 objeción, 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 casación 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 asimismo (Sentencia den. de 23 de noviembre de 1857) que los peritos pueden ilustrar su juicio por medio de una información oficiosa. Háse encontrado, pues, el remedio. Supongamos que se trata, por ejemplo, de la confección de uno de esos objetos de moda, cuya estimación supone la apreciación de esas diferencias delicadas que solo puede 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 examen.

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 evaluar los daños causados por un abordage ó por una echazón de mercancías, debe recurrirse á los peritos que se hallan en aquellos parages, 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 investigación 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 comprobación 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 *vindicior*), los redactores del Código Napoleon, al tratar de la rescisión de la venta de inmuebles, han organizado un sistema muy preferible (C. Nap., art. 1678-1680). Tres peritos (1) redactan un 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 prescripción 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 opinión 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 procedimiento, 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 (C. de proc., art. 303).

116. Y en efecto, corresponde á las partes desde luego el derecho de nombrar los peritos. Al simplificar el legislador moderno el curso de juicio pericial, no se ha separado del principio sentado por las antiguas ordenanzas (ord. de 1529, art. 162; ord. de 1667, título 21, art. 9.º) segun el cual, no se verifica de oficio el nombramiento de peritos, sino en el caso de no nombrarlos las partes. Segun el art. 303 del Código de procedimiento, se debe ordenar en la providencia, que nombren las partes los peritos en los tres dias siguientes al de la notificación, y aunque esta disposición no impone la pena de nulidad, una sentencia de casación del 15 de junio de 1850, la ha considerado como sustancial, 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 violación de la ley, si nada han deter-

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

minado 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. 508). Despues de prestado este, se supone que la religion del juramento acallara toda consideracion de interés personal que pudiera aparecer.

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. 510). Esta variacion suprime muchas causas que no tienen la misma importancia respecto del que dá un dictámen que del que juzga; por otra parte, hace comun á los peritos ciertas causas de tachas que no pueden 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.

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. 505). Desde

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

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, notifícase á las partes que no se hayan presentado (*ibid.*, art. 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 juicio 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 artículo 207, *ibid.*).

La ley de procedimiento 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 esplicaciones 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 1855, 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 complicacion 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.

(1) 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).

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 conocimientos 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 deberia 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, tít. 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, tít. 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 núm. 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 decia la ley 8, tít. 14, Part. 3, «que si fuere pleito en razon de alguna mujer que dicen que es corrompida, ó de mujer que decian 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 interdiccion civil, no obstante poder ser testigos segun el art. 314 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque teniendo el dictámen pericial un carácter particular distinto de la declaracion 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.

Tambien pueden ser peritos, por derecho español, los extranjeros, segun se deduce de varias disposiciones, y mas especialmente del art. 496 del Código de Comercio, que previene, para el caso de averia, que el reconocimiento y liquidacion 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 pais estranje-

ro, 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 pertenecia 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 hacerse venir de los inmediatos. Mas segun espresamente dice la regla 3.ª 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 aceptacion del cargo de peritos, no previniendo nada nuestras leyes, controvierten los intérpretes, siendo la opinion mas generalmente 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 aceptacion y no en el segundo. Sin embargo, el art. 171 del reglamento del Consejo Real, no hace distincion 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 sujecion á las reglas siguientes. Nombrará uno cada parte, á no ser que se pusieren de acuerdo respecto del nombramiento de uno solo; si fueren mas de dos los litigantes, nombrarán uno los que sostuvieren unas mismas pretensiones, y otro los que las contradigan, y si no pudieran ponerse de acuerdo para este nombramiento, el juez insaculará los que propongan y el que designe la suerte practicará la diligencia.

Verificado el nombramiento de peritos, notificado á los mismos y aceptado por éstos, se les citará señalando dia, 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., prescribia, 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 éstos para su nombramiento, y demás en sus arts. 471 y 473, puesto que el artículo 172 del reglamento del Consejo Real, requiere tambien dicho juramento ó igualmente el 947 del Código de comercio; solamente los peritos titulares parece que podrán relevarse 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 exámen 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 exámen que necesite detencion 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 §. 2.º de la 6.ª Segun previene el reglamento del Consejo Real, los peritos pueden dar su dictámen verbalmente ó por escrito, debiendo ser motivado.

Los peritos que estén conformes, estenderán su dictámen en una sola declaracion 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 dia; y si no lo hiciesen, 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 hubiera en el pueblo del juicio, debe recurrirse á los de los inmediatos, y si tampoco en éstos 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 7.ª á la 8.ª de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Acerca de la recusacion 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 éstos 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 recusacion del perito tercero, únicamente es admisible con causa, segun el §. 2.º de la regla 9 del art. 303 citado de la Ley de Enjuiciamiento, disposicion que viene á asimilar la recusacion de los peritos á la de los jueces, que tambien 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 obligacion que tiene el juez y el subalterno recusados de separarse por sí mismos de su intervencion 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 obligacion 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 daria ocasion, si se les aplicaran aquellas disposiciones á que intentaran 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.

149. Para apreciar el valor legal de este medio de prueba, conviene hacer una distincion aplicable, como veremos mas ade-

lante, á todo documento auténtico. O certifican los peritos que estuvieron tal dia en tal lugar, que tal parte asistió á sus operaciones, etcétera, y en tal caso, como no hacen mas que atestiguar segun el testimonio de sus sentidos hechos positivos, para lo cual tienen aptitud, son creidos 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 Paris decia: «Debe darse fé á un relato de juramentados, hecho debidamente, si no se ha solicitado su enmienda por medio de *bachilleres*.» Se llamaba *bachilleres* las gentes de arte conecedoras en el asunto, cuya experiencia podia invocarse. Pero si no pedian 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 aun verdadera 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 Paris, cuya última redaccion es la siguiente: «Debe presentarse en justicia el dictámen, para tenerlo en cuenta segun fuere razon, al juzgar.» «Debe, pues, substituirse á la antigua máxima: *Ad questionem facti, etc.*, esta otra, mucho mas racional: *Dictum expertorum numquam 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 hubiera verificado en virtud de una convencion ó pacto. La valuacion fijada por los peritos, en semejante hipótesis,

(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 número 102 y la nota sobre el origen del jurado inglés.).

es ley para las partes (Cód. Nap. art. 1154), 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 apreciación, aun alegando una lesión de más de siete dozavas partes (Trib. de Bardeos, 25 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.* artículo 1854), esta es una disposición escepcional, tomada de las tradiciones de la legislación romana (Paulo, l. 79, D. *pro socio.*).

120. Existía en ciertas jurisdicciones otro abuso que ha hecho cesar únicamente el Código de procedimientos; tal era la facultad que se reconocía á las partes de exigir un nuevo juicio pericial. Controvertida en París, donde se espresaba la costumbre en términos equívocos, esta facultad se admitía del modo más amplio en ciertas poblaciones. En Provenza se podía usar de ella indefinidamente, hasta que se hubiera obtenido tres juicios ó dictámenes periciales conformes. A pesar de las reclamaciones de los tribunales de Aix, de Ágen 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? Párecenos que esto sería 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 casación, partiendo del principio, que las leyes concernientes á materias especiales, no están abrogadas por el Código de procedimiento, decide constantemente (V. en especial las sentencias de casación del 17 de abril de 1816 y 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. Concíbese que pueda haber algún 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 más 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 agregación de un tercer árbitro en caso de discordia (1). Convendría al menos, bajo este último punto de vista, armonizar con el derecho común el procedimiento en materia de empadronamientos ó catastros.

122. Resta que preguntar, si los peritos, que bien mirado, son mandatarios asalariados (Cod. Nap., art. 1992), pueden ser declarados responsables para con las partes, de los errores ó faltas graves, como lo decidía 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, confirmada por la Audiencia de Dijon el 23 de julio de 1854. «Mientras no se halla sancionado el dictámen por la sentencia que recae sobre el proceso, es un mero acto de instrucción, y el tribunal encargado de apreciarlo, puede no solamente separarse ó hacer abstracción 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, ú ocasionaron dilaciones perjudiciales á las partes; ó finalmente, faltaron esencialmente á los deberes que prescribían la prudencia y la delicadeza en el cumplimiento de su misión. Pero no puede ya ser así, cuando después de los debates contradictorios, se ha sancionado el dictámen pericial, por decisión suprema. Entonces constituye uno de los elementos de la cosa juzgada, con-

(1) La legislación 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.

tra la cual nadie puede reclamar, sino en caso de dolo ó de fraude.»

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 constituya éste prueba completa. Esta regla se desprende directamente de la prescripción terminante que contiene nuestra ley 118, lit. 18, Part. 3.^a, al tratar del reconocimiento ó cotejo 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 disposición 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, segun 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 segun las reglas de la sana crítica, pudiendo separarse de aquellos dictámenes, aunque fueran conformes. Mas cuando el punto exigiese conocimientos que se considerasen dar resultados exactos, y los peritos llamados á emitir el dictámen fueran personas acreditadas en aquellos y estuvieren todos unánimes, debe atenderse el juez á su parecer, pues que así lo aconsejan las reglas de la sana crítica. Si hubiese discordancia, dichas reglas aconsejan al juez inclinarse al dictámen del mayor número, y siendo el número igual, al de los mas inteligentes, ancianos ó prácticos en la materia, y en igualdad de circunstancias, á los que favorecen al demandado. Adviértase que aqui tratamos de la apreciacion del juez aplicada solamente al dictámen general de los peritos, pues que este perderia mas ó menos de su fuerza, segun que fuese mas ó menos desvirtuado por las demás pruebas, puesto que es regla que el juicio de peritos deja entera libertad á la defensa.—(A. del T.)

II.

JUICIO PERICIAL EN LO CRIMINAL.

SUMARIO.

123. Aplicacion del juicio pericial á la instruccion preparatoria.
124. Al debate público.
125. Nombramiento de peritos. Hasta donde llega el poder discrecional del presidente.
126. ¿Es obligatorio en lo criminal el ministerio del perito?
127. Modo de oirse á los peritos.
128. Fé de su dictámen.
129. Importancia dada en Alemania á la medicina legal.

123. En las legislaciones en que, como la de Austria (Cod. de proc. pen. de 1853, §. 253) se sujeta al juez al juicio pericial, se ha debido someter á reglas precisas los dictámenes dados por los peritos en materia criminal. En Francia, donde esta prueba no puede formar mas que un elemento de conviccion, no la encontramos mencionada sino en lo concerniente á la instruccion preparatoria.

Ya hemos visto, que segun los términos del art. 43 del Código de instruccion ó procedimiento criminal, el magistrado encargado de efectuar las primeras diligencias del sumario se hace acompañar en caso preciso, por una ó dos personas á quienes se presume, por su arte ó profesion, capaces de apreciar la naturaleza y las circunstancias del delito. Así, cuando se trata de uso de llaves falsas, fractura, etc., deberá llamar á albañiles ó cerrajeros para que caractericen bien los hechos.

El art. 44 del Código, reproduciendo la ordenanza de 1670 (tit. 4, art. 1.^o), así como una declaracion del 5 de setiembre de 1712, quiere que siempre que se trate de muerte violenta ó de una muerte cuya causa es desconocida y sospechosa, den uno ó dos ayudantes de médico su dictámen sobre las causas de la muerte y el estado del cadáver (1). Aquí, á diferencia de los dictámenes

(1) En Inglaterra se encarga á un magistrado elegido por los propietarios del condado que haga consignar por un jurado los casos de muerte violenta, ó por lo menos que se presumen tales. Llámase á aquel magistrado *coroner* (*coronator*) porque sus funciones se refieren principalmente á las causas de la corona.

mandados dar en juicio, no es necesario que asista un doctor, porque puede no encontrarse ninguno en la poblacion. Pero siempre que esto sea practicable, como lo es por lo comun en las ciudades, convendrá llamarle con preferencia. Así se evitará el peligro que indica M. Orfila, en su Tratado de medicina legal (cuarta edicion, tomo 1.º, pág. 57). « La esperiencia demuestra, dice, que la mayor parte de juicios periciales médico legales, aparecen incompletos y mal producidos, solo porque los primeros peritos á quienes se llama, por falta de conocimientos suficientes han descrito mal los hechos ó descuidado comprobar cierto número de otros, que no es posible consignar mas adelante. » Las personas así llamadas prestan juramento de hacer su relato y de dar su dictámen en honor y conciencia. Una sentencia del 16 de julio de 1829 decidió que la fórmula de este juramento no es sacramental y puede suplirse con espresiones equivalentes. Esta decision razonable pareceria deber aplicarse á todo juramento que se presta de buena fé; pero desgraciadamente veremos en otros casos exigir la ley, armándose con un rigor exagerado, ciertas palabras determinadas, bajo pena de nulidad.

124. En lo relativo á los debates, aun en los casos de crímenes enormes, guardan silencio nuestros Códigos sobre el juicio pericial; pero no por eso deja de tener gran uso é importancia en ellos. Debe recurrirse á él, bien sea que no haya tenido lugar el juicio pericial en la instruccion preparatoria, bien que haya sido juzgado insuficiente; pero no es necesario que se proceda á dicho juicio pericial en presencia de las partes, como en materia civil (sent. de cas. de 2 de enero de 1838.) Además, en ciertos casos, aunque no exija la apreciacion del hecho conocimientos especiales, convendrá, por razon de la publicidad de los debates, tomar este camino cuando se opusiere á la decencia un examen ó reconocimiento directo. Así, es censurable la conducta de un presidente del tribunal criminal del Sena, que en 1826 ordenó á una señora descubrirse el pecho en plena audiencia para consignar las señales que habia causado en él la inyeccion de una agua corrosiva.

125. Cuando se requieren conocimientos en la medicina, el artículo 27 de la ley de 19 ventoso, año XI, no permite confiar las funciones de peritos ante los tribunales sino á médicos ó cirujanos que habian recibido sus títulos segun las formas antiguas, ó á doctores recibidos, segun las establecidas por esta misma ley. Fuera de esta hipótesis, el juicio pericial, no hallándose reglamentado por

el Código de procedimiento criminal, no es mas que un modo de que se usa en virtud del poder discrecional (1) (Cód. de instr., artículo 268) para conseguir el descubrimiento de la verdad. Así debe admitirse como se ha juzgado por los intérpretes (sent. deneg. de 2 de marzo de 1827), que en lo criminal puede desempeñar las funciones de perito toda persona, aunque sea un extranjero, puesto que el presidente del tribunal tiene el derecho de hacer oír á toda persona (*ibid.*, art. 269). Y se ha aplicado á los peritos lo que dice la ley sobre los testigos, decidiendo, que las personas así llamadas podrian dejar de prestar juramento (art. cit. 269). Pero si se comprende que sea útil dispensar del juramento á testigos que, segun veremos, fueran tachables en principio, no se vé tan claramente qué ventaja ofrezca oirse á los hombres de arte sin esta garantía.

El poder discrecional tiene, no obstante, sus límites; aunque el texto que prohíbe nombrar intérprete de entre los jurados ó entre los jueces (*ibid.*, art. 222) no se aplique literalmente á los peritos, parece que ésta es simplemente una aplicacion del principio constante que no permite á una misma persona acumular dos cualidades contradictorias. Háse juzgado, sin embargo (sent. dec. de 26 de junio de 1828), que el presidente de un tribunal criminal pudo levantar por sí mismo y presentar en los debates un plano que figurase los sitios donde se cometió el crimen. Pero esta decision nos parece difícil de admitir; ¿porque acaso debe entenderse el poder discrecional en el sentido de que el presidente pueda, no solamente ordenar, sino hacer él mismo (lo cual es por lo menos extraño) las operaciones que crea útiles para que aparezca la verdad?

126. El ministerio del perito facultativo en materia civil, ¿no debe ser obligatorio en materia criminal, en razon de la gravedad de las cuestiones que se trata de resolver? En vano se dice que á diferencia del testigo, el perito puede ser reemplazado (V. Mittermaier, cap. 28, n.º 7.); porque hay tal persona que tiene conocimientos especiales, y que por lo mismo, se encuentra mejor que otra algu-

(1) Este poder atribuido espresamente por la ley al presidente del tribunal criminal ¿existe en las jurisdicciones inferiores, sino respecto del presidente, al menos del tribunal? Puede adoptarse la afirmativa en el sentido de que se pueda mandar siempre de oficio lo que puede ilustrar al tribunal, pero no en el sentido de que éste se pueda desviar de las formas ordinarias, por ejemplo, de la obligacion de hacer prestar juramento á los peritos (sent. de cas. de 23 de enero de 1841).

na en el caso de dar noticias preciosas sobre el punto litigioso. Así, la antigua jurisprudencia era demasiado severa con los médicos y cirujanos que desobedecían la orden del juez rehusándole su ministerio, puesto que según ella podían perder por esto sus grados. Nuestras leyes modernas no han dictado ninguna pena especial por semejante negativa, y este es uno de los casos en que hay que sentir la falta de toda jurisdicción disciplinal en el cuerpo de facultativos de medicina. Sin embargo, el tribunal de casación, con fecha 6 de agosto de 1836, se ha creído autorizado para aplicar á un ayudante de médico, que se negó á hacer la inspección de un cadáver, el art. 475, núm. 2.º del Código penal, que impone una multa de seis á diez francos á los que, pudiendo, rehúsen ó descuiden hacer los trabajos, ó prestar los servicios ó auxilios á que hayan sido requeridos, en los casos de accidentes, tumultos, naufragios, inundaciones, incendios y otras calamidades, así como en los de salteamientos, pillaje, flagrantes delitos, asonada ó ejecuciones judiciales. Pero debe notarse que esta tasación es muy débil, y que, además, suponiendo urgencia el art. 475 del Código penal, no es susceptible de recibir su aplicación sino en la instrucción preparatoria ó sumario, cuando es de temer que hayan desaparecido, al verificarse la audiencia, los rastros de un crimen reciente; cuando se trata de una obra enteramente intelectual, de una especie de consulta, no hay ya peligro en la dilación, falta la sanción penal, y el deber de aceptar la misión del perito no se funda sino en las leyes del honor y de la moral.

127. Lo innegable es, que el oír á los peritos en la audiencia para explicar sus informes ó dictámenes, aunque es facultativo en lo civil, es necesario en lo criminal, en el hecho de requerirse (Sent. de cas. de 12 fruv., año XI.). No se puede rehusar un debate oral sobre puntos tan graves, desde que este debate es provocado como necesario para la manifestación de la verdad (Cód. de inst., artículo 408.)

128. En cuanto á la fé que se debe á este informe, no es mayor en lo criminal que en lo civil. Es siempre permitido separarse del dictamen de los peritos, y la audiencia ó el tribunal tienen siempre la facultad de ordenar un nuevo informe (1), facultad de que se

(1) Según la ley de Wurtemberg (arts. 101, 102, 294) es necesario segundo informe en lo concerniente á medicina legal, y en caso de duda, debe prevalecer la opinión favorable al acusado.

hizo una aplicación notable en la causa de Lafarge. El principio sobre que el parecer ó dictamen de los peritos no puede sujetar al tribunal, si no se funda en razón y en verdad, aunque desechado por el Código de procedimiento penal austriaco de 1853 (§. 255), propende no obstante en el día á prevalecer en Alemania (Ord. crim. de Prusia, §. 388; Cód. bávaro, art. 265). Pero conviene no separarse arbitrariamente de la opinión emitida por los hombres que tienen conocimientos enteramente especiales. Bajo este concepto, importa examinar sobre todo tres puntos (V. Mittermaier, cap. 30): 1.º Las leyes científicas en que se fundan los peritos, ¿son constantes ó sujetas á controversia? 2.º ¿Es la aplicación de estas leyes científicas conforme á las leyes de una sana lógica? 3.º ¿Están las declaraciones de los peritos en relación con las confesiones del acusado y con las declaraciones de los testigos? Agreguemos á esto, con la opinión de un jurisconsulto inglés (M. Lofft, citado por M. Greenleaf, tom. III, pág. 158, nota 1.ª), que la opinión de los hombres del arte merece mucha más fé cuando es *afirmativa* que cuando es *negativa*.

129. Se han quejado en Francia con frecuencia de lo que tiene de arbitrario en la práctica la elección de los peritos y de la inesperienza, no solamente de los jurados, sino de los magistrados en lo concerniente á las cuestiones de medicina legal. M. Mittermaier (nota final del cap. 20) hace observar, que en Alemania hay en cada tribunal un médico legal encargado de los juicios periciales, en cada provincia un colegio médico, ó al menos un relator perito, y en cada cabeza de gobierno un colegio médico superior. Además, todo estudiante de derecho está obligado á seguir un curso de medicina legal.

Siendo el juicio ó dictamen pericial tan útil y aun necesario en lo criminal como en lo civil, se halla también prescrito por la legislación y jurisprudencia española, tanto en los reconocimientos ó inspección ocular que verifica el juez cuando para ello se requieren conocimientos facultativos por lo común, al formar el sumario, v. gr., para examinar y reconocer heridas, instrumentos, armas y demás necesario para descubrir el cuerpo del delito, como en el curso del proceso, para que den su dictamen ó ilustren los hechos sobre que versa la causa criminal en lo que requiera conocimientos facultativos.

Respecto á la cuestión que suscita Mr. Bonnier en el núm. 128 sobre si el ministerio de los peritos es obligatorio en lo criminal, por derecho español, no puede menos de ser obligatorio, atendiendo á la importancia del asunto de que se trata, y así como lo es la comparecencia como testigo,

segun el real decreto de 11 de setiembre de 1820 restablecido en 30 de agosto de 1836 que previene en su artículo 1.º, que todos sin distincion alguna están obligados en cuanto la ley no les escusa, á ayudar á las autoridades, cuando sean interpelados por ellas para el descubrimiento, persecucion y arresto de los delincuentes, y el artículo 2.º que toda persona de cualquiera clase, fuero y condicion que fuese, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal está obligada á comparecer para este efecto ante el juez que conoce de ella, luego que sea citada (Véase, no obstante, sobre este punto, lo que decimos al tratar de la prueba de testigos.).

Acercas de la fuerza de la prueba pericial en las causas criminales, rige la misma doctrina que en los pleitos civiles sobre que el juez no está sujeto al dictámen pericial, con tanta mayor razon cuanto es mas delicada y de mayor importancia y trascendencia esta clase de prueba en materia criminal que en materia civil. «Aunque por lo comun son muy atendidas en todos asuntos los declaraciones de los peritos, dice un profundo escritor, deben mirarse, no obstante con mucho cuidado y reserva, los dictámenes dados sobre estas materias tan delicadas y trascendentales en que es tan fácil y de tanta consecuencia el error. De aquí es, que está en manos de los jueces conformarse con tales pareceres ó desecharlos, segun las circunstancias y demás adminículos. Y cita en apoyo de esta doctrina la misma ley 118, tit. 18, Part. 3, ya mencionada. Véase la A. al núm. 122. —(N. del T.)

SEGUNDA PARTE.

FUERZA Ó FÉ DEL TESTIMONIO. — PRUEBAS PROPIAMENTE DICHAS.

SUMARIO.

- 130. Pruebas propiamente dichas que se apoyan en el testimonio.
- 131. De la prueba simple y de la prueba legal.
- 132. Utilidad de las pruebas preconstituidas.

130. Hemos terminado lo que teníamos que decir sobre la prueba directa que resulta de la esperiencia personal, ya en cuanto á esta prueba misma, ya en cuanto al juicio pericial, que es su auxiliar. Las demás pruebas que no se refieren de esta suerte á la evidencia, tienen de comun con ella que se aplican á hechos que han ocurrido fuera de la esfera del juez. Pero se distinguen por la vía que sigue el juez para apreciar estos hechos. Ya hemos visto que se llama especialmente *pruebas* aquellas en las cuales apela al testimonio del hombre; y *presunciones*, aquellas en las cuales se apoya solo en hechos del orden fisico ó del orden moral. En esta categoría nos ocupamos de las pruebas propiamente dichas, es decir, del uso que se hace del testimonio, tomando esta palabra en el sentido mas lato (núm. 15), para llegar al conocimiento de la verdad.

131. En cuanto á la marcha que conviene seguir para adquirir testimonios sobre los hechos pasados, se pueden concebir dos sistemas absolutos. El primero de estos sistemas consiste en consignar un hecho judicial, lo mismo que un hecho de cualquier otra naturaleza, investigando sin ningun plan preconcebido y sin traba alguna todo cuanto puede hacer reconocer la existencia de este hecho. Bentham (*Pruebas judiciales*, lib. 1, cap. 3), dá como tipo de este sistema la marcha que sigue un buen padre de familia cuando quiere averiguar el autor de alguna infraccion á la disciplina doméstica. El procedimiento romano, tan sutil bajo otros aspectos, se aproximaba mucho en lo relativo á las pruebas, á esta marcha natural, puesto que las reglas que por otra parte han producido la conviccion del juez, se desconocieron casi enteramente en él hasta el Bajo Imperio. Háse citado frecuentemente sobre este punto un