

nes previas necesarias á presencia de las partes, ó de sus abogados si hubiesen querido concurrir, estenderán su dictámen en declaracion jurada que prestarán ante el Juez y el escribano, sin la presencia de los interesados, toda vez que no pueden estar presentes al acto en que aquellos discuten y deliberan, si bien tendrán derecho á enterarse luego de su resolucion. El juramento prestado por los peritos al aceptar el cargo no les dispensa del que deben hacer al rendir la declaracion, como todo testigo (artículo 314): su objeto es bien diferente; aquel es de conducirse bien y fielmente en su encargo, y este de decir verdad en lo que declaran. Dicho dictámen podrán emitirlo de palabra en el acto de rendir la declaracion, y tambien llevarlo ya estendido ó redactado por escrito. Conforme á lo que preceptúa la regla 7ª de acuerdo con la práctica antigua, si los peritos estuviesen conformes, estenderán su dictámen en una sola declaracion, que firmarán todos los que sepan ó puedan con el Juez y el escribano; pero si discordaren, cada uno dará su dictámen por separado, estendiéndolo tambien en declaraciones separadas. Si fueren mas de dos los que estén conformes, y siempre que no lo estén los votos de la mayoría absoluta, esto es, de tres dos, de cuatro ó cinco tres, etc., como no resulta prueba, es necesario proceder al nombramiento de tercero que dirima la discordia, lo cual se practicará del modo que vamos á explicar en la segunda parte de este comentario.

II.

Nombramiento de perito tercero.—“Cuando discordaren los peritos, dice la regla 8ª del artículo que estamos comentando, el Juez hará saber á las partes que se pongan de acuerdo para el nombramiento de tercero en el término de segundo dia. Si no lo hicieren, el Juez sorteará 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, podrá recurrirse á los inmediatos.” No deben entenderse literalmente las palabras *el Juez hará saber á las partes*: el Juez lo manda, y el escribano lo hace saber ó lo notifica. El sistema de hacer comparecer á las partes á la presencia judicial cuando deben ponerse de acuerdo sobre algun punto, ha dado siempre buenos resultados, y lo sigue la nueva Ley en los juicios de testamentaria, concurso y otros: conveniente fuera que lo hubiera preceptuado tambien para el presente caso, á imitacion de lo que para otro análogo dispone el art. 443. Como el silencio de la Ley no puede entenderse por la reprobacion de ese medio que está en su espíritu, creemos que los jueces harán bien en mandar se haga saber á las partes que dentro de segundo dia se pongan de acuerdo para el nombramiento de perito tercero, compareciendo á la presencia judicial en el dia y hora que se señale á verificar dicho nombramiento, si antes no lo hubiesen hecho por escrito. Si no comparecieren, ó compareciendo no hubieren podido ponerse de acuerdo, á peticion de la parte interesada procederá el Juez al sorteo del que haya de dirimir la discordia entre los seis ó mas que paguen mayores cuotas de subsidio: si no los hubiere, ó no pudiera reunirse este número en el lugar del juicio, se habrá de recurrir para completarlo á los de los pueblos inmediatos. Para saber el Juez quienes son los que pagan mayor cuota de dicha contribucion, tendrá necesidad de dirigirse al alcalde ó al administrador de contribuciones, donde lo haya, á no ser que los litigantes, en la comparecencia antedicha ó por escrito, se hubieren puesto de acuerdo, respecto de los seis peritos que deban insacularse para el sorteo; con lo cual evitarian las dilaciones y gastos consiguientes al otro medio. Luego que el Juez tenga estas noticias, acordará que se proceda al sorteo, previa citacion de las partes, con señalamiento de dia y hora, en la forma que antes hemos es-

plicado al comentar la regla 1ª El pago de la mayor cuota de subsidio es una garantía de la capacidad y buen crédito del perito; y como se encuentran en igual caso todos los que pagan la misma cuota, habrán de insacularse para el sorteo los seis mayores contribuyentes y todos los demás que paguen igual cuota de contribucion que el último de aquellos: no creemos puedan entenderse de otro modo las palabras *entre los seis ó mas*, de que usa el párrafo 2º de la regla 8ª.

Podrá suceder que ni en el lugar del juicio ni en los pueblos inmediatos puedan reunirse seis peritos que paguen contribucion industrial, bien porque no los haya ó porque no estén obligados á su pago, como generalmente sucede con los peritos de labranza. Previendo la Ley este caso, que suele ser muy frecuente en poblaciones de corto vecindario, en la misma regla 8ª preceptúa, que entonces “el Juez podrá nombrar por tercero á cualquiera persona entendida en el asunto de que se trate, aun cuando no tenga título.” Mas esto deberá entenderse para el caso de que no haya ninguno que pague subsidio, porque si los hubiere, entre los que haya se hará el sorteo aunque no lleguen á seis, como para caso igual lo ordena terminantemente el art. 980. Nótese bien que la persona ha de ser *entendida*; de otro modo no tendria la pericia necesaria para dar su juicio en el asunto de que se trate. Si la hubiere con título, deberá ser preferida á quien no lo tenga, aunque no esté matriculada en la contribucion industrial. Cuando en el pueblo del juicio no haya tampoco personas entendidas, podrá hacérseles venir del mas inmediato en que las haya, apremiándoles caso necesario, como hemos dicho al principio de este comentario.

Recusacion del perito tercero.—Hecha la eleccion del tercero por cualquiera de los medios que acabamos de esponer, el Juez le tendrá por nombrado, mandando se le haga saber para su aceptacion y juramento. Esta providencia ha de notificarse siempre á las partes; pero el Juez habrá de mandar espresamente que se les haga saber el nombre de dicho perito, cuando haya sido designado por la suerte ó elegido por el Juez. Así lo preceptúa el párrafo último de la regla 8ª, con el objeto de que las partes puedan utilizar el recurso de la recusacion, si procediere, la cual han de proponer precisamente dentro de los dos dias siguientes al en que se les hubiere hecho saber dicha providencia, segun lo dispone la regla 10ª.

Dice la 9ª, que “solo el perito tercero puede ser recusado:” la razon de este precepto está al alcance de todos: Aunque ni en esta regla ni en ninguna otra se hace la menor distincion, se deduce de la 1ª y del párrafo último de la 8ª, que aquella se refiere al tercero designado por la suerte ó elegido por el Juez; estos son los que podrán ser recusados dentro de los dos dias siguientes al en que se hubiere hecho saber su nombre á las partes. El elegido de comun acuerdo por los interesados no podrá ser recusado sino por causa que haya sobrevenido despues del nombramiento, ó que se ignorara al verificarlo, por analogía con lo que disponen los artículos 784 y 834 respecto de los árbitros y de los amigables componedores, y como sucede siempre que se trata de personas cuyo nombramiento haya sido hecho ó consentido por las partes. La razon de estas disposiciones, espuesta ya en el tomo 1º. es aplicable al caso de que tratamos, y *ubi eadem est ratio, eadem debet esse juris dispositio*. En tal caso la recusacion podrá hacerse en cualquier tiempo que ocurra ó se sepa la causa, aunque hayan pasado los dos dias que concede la regla 10ª, con tal que aun no hayan practicado la diligencia. Por la misma razon creemos que tambien podrán ser recusados despues de dichos dos dias por causa nueva, ó ignorada hasta entonces, los peritos elegidos por el Juez ó designados por la suerte. Esta doctrina está además basada en el principio sancionado por los arts. 122 y 123, y en lo que el sentido comun aconseja.

“Su recusacion (la del perito tercero) únicamente será admisible *con causa*.”—“Cada parte no podrá recusar *mas que dos*.”—Hé aquí en dos líneas dos párrafos de la misma

regla 9ª que se contradicen y rechazan mutuamente. La recusacion *con causa* y la limitacion en cuanto al número de los que pueden ser recusados, son incompatibles en buenos principios. Cuando la recusacion se hace *sin causa*, es indispensable fijar el número de los que pueden ser recusados para evitar los inconvenientes que se seguirian de esa ilimitada facultad, pues la malicia de los litigantes podria llevar las recusaciones hasta lo infinito y hacer interminable el litigio; pero cuando ha de hacerse *con causa*, no existe este peligro, porque no es de presumir que concurren en todos los elegidos causas legítimas para recusarlos. Además, la concurrencia de cualquiera de estas causas imposibilita al perito, lo mismo que al Juez, para tomar parte en el negocio, porque todas ellas demuestran que carece de la imparcialidad que se requiere para fallar ó decidir la cuestion. Si los dos peritos terceros designados en la primera y segunda eleccion no pueden dirimir la discordia por tener, v. g., interés directo en el pleito, ¿con qué razon ni justicia puede permitirse que la derima el designado en la tercera, cuando la casualidad haga que concorra en él la misma causa de recusacion?

No hay jurisprudencia, cuyos preceptos no estén en armonía con estas incontestables razones: la misma Ley que estamos comentando las ha reconocido; véanse, si no, los artículos del título 3º que tratan de la recusacion de los jueces, y los arts. 784, 785 y 834 que se refieren á la recusacion de los árbitros y amigables componedores. No se fija límite á estas recusaciones porque han de hacerse *con causa*, al paso que el art. 143 limita á dos el número de las de subalternos que se hagan *sin causa*, y lo mismo dispone el art. 982 en cuanto á la del perito tercero para la tasacion de bienes en el procedimiento de apremio, que segun el 981 es recusable *sin causa*. En vista de estos precedentes no alcanzamos la razon que habrán tenido los autores de la nueva Ley para separarse de estos buenos principios, que tienen tambien la sancion de nuestra antigua jurisprudencia, en el caso presente, en el art. 451 que es una reproduccion literal de la regla 9ª que estamos examinando, y en el 473. A pesar de todo ello, á pesar de su inconveniencia, el precepto es terminante, y no queda otro arbitrio que cumplirlo. La recusacion, pues, del perito tercero, únicamente será admisible con causa, y cada parte no podrá recusar mas que dos, el que resulte designado por la suerte ó elegido por el Juez, despues de haber recusado á dos, cuando las partes no hayan podido ponerse de acuerdo para el nombramiento, ese practicará la diligencia, y por lo que él diga habrá de pasarse, por mas que sea pariente de una de las partes, ó concorra en él cualquiera otra causa de recusacion: esto podrá ser inconveniente, pero así lo manda la Ley. Si el elegido es persona sensata, no aceptará el cargo fundándose en esta incompatibilidad.

La regla 11ª determina las causas legítimas de recusacion, que son las siguientes: 1ª consanguinidad ó afinidad del perito tercero con cualquiera de los litigantes, dentro del cuarto grado civil. 2ª haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario; 3ª tener el perito interés directo ó indirecto en el pleito, ó en otro semejante; 4ª tener el perito participacion en sociedad, establecimiento ó empresa contra la cual litigue el recusante; 5ª enemistad manifiesta del perito con la parte que le recusa; 6ª amistad íntima del mismo con la contraria. Estas causas son las mismas que marca el art. 121 bajo los números 1º, 2º, 3º, 4º, 9º y 10, pues aunque las dos segundas no son enteramente iguales, es una misma la razon de ellas: su explicacion puede verse en el comentario de dicho artículo en el tomo 1º. No alcanzamos la razon por qué no se habrán hecho tambien extensivas á la recusacion de los peritos las causas 5ª á 8ª del mencionado artículo; bien que ellas podrán considerarse comprendidas en la de *enemistad manifiesta*.

No indica la Ley el procedimiento para la recusacion de los peritos: en su silencio, habrá de observarse por analogía lo que disponen los arts. 125, 128, 129 y 130, y tambien por ser el procedimiento mas racional que puede emplearse. No creemos aplicables los arts. 126 y 127 porque el caso no es igual, y porque de la regla 12 del art. 303

se deduce que la recusacion del perito ha de ser *admitida* ó desechada por el Juez, sin que quede al arbitrio de aquel el separarse ó no de la práctica de la diligencia; y existe, en nuestro concepto, una razon poderosa para ello. Si se dejara al arbitrio del perito la apreciacion de la certeza de la causa, sobre convertirse en juez, es seguro que casi siempre la reconoceria para que se le tuviera por separado á fin de evitarse las incomodidades y compromisos consiguientes, y porque no tiene el interés y el deber que el Juez y los subalternos de los juzgados para continuar en el conocimiento del negocio: esto podria convertirse en una renuncia del cargo ó en una recusacion *sin causa*, con perjuicio de la administracion de justicia. El procedimiento, pues, que habrá de emplearse, será el siguiente.

La recusacion se hará en escrito autorizado con firma de letrado, y del litigante si estuviere presente, espresando en él determinada y claramente la causa de la recusacion. De este escrito se dará traslado á la otra parte por término de tercero dia, y trascurrido, se recibirá á prueba el artículo por el de ocho, caso necesario: si la otra parte se allanara á la peticion contraria, sin mas trámites deberá tenerse al perito por recusado. Pasados en su caso los ocho dias antedichos, se unirán las pruebas á los autos se traerán á la vista con citacion, y se dictará sentencia fundada, la cual será ejecutoria cuando se acceda á la recusacion, y apelable en ambos efectos cuando se deniegue. Véanse con mas estension en el comentario de dichos artículos y en los formularios correspondientes á los mismos. La recusacion de que se trata es un incidente de los que oponen obstáculo al seguimiento del pleito, y por lo tanto habrá de suspenderse su curso hasta que aquella se resuelva (art. 339).

“Admitida la recusacion, será reemplazado el perito en la forma misma en que se hubiere hecho el nombramiento.”—Así lo preceptúa la regla 12; y en su consecuencia, si el perito recusado fué designado por la suerte entre los seis ó mas que paguen mayor cuota de subsidio, del mismo modo será reemplazado: y si fué elegido por el Juez, éste elegirá tambien al que haya de reemplazarle. El sorteo se hará en la forma que hemos explicado anteriormente, incluyendo en él á los que lo fueron en el primero, y agregando los que faltan para completar el número de seis: no habiendo otros que agregar, parece que entre los que resten de los del primer sorteo se hará el segundo. Nos induce á opinar de este modo el párrafo 2º del art. 980, y la circunstancia de que ya fueron seis los que entraron en suerte. Cuando por causa posterior ó ignorada al nombramiento, sea recusado el tercero elegido de comun acuerdo por las partes, se les mandará otra vez que en el término de segundo dia se pongan de acuerdo para el nombramiento del que haya de reemplazarle, y si no lo hicieren, entonces se designará por la suerte ó por el Juez, procediendo como dispone la regla 8ª. Aunque las partes no hubieren podido avenirse para el nombramiento del perito recusado, si se ponen de acuerdo en la eleccion del que haya de reemplazarle, éste será el que deba practicar la diligencia.

Modo de evacuar su cometido el perito tercero.—En conformidad de lo que preceptúa la regla 13, última del artículo que estamos comentando, verificada la eleccion del tercero por cualquiera de los medios antes explicados, y pasados los dos dias que la regla 10 concede para la recusacion sin que ésta haya tenido lugar, procederá despues de haber aceptado y jurado el cargo, á evacuar su cometido, practicando la diligencia de reconocimiento y demás operaciones necesarias, previa citacion de las partes, con concurrencia de los peritos que discordaron para oír la opinion de los mismos, é ilustrado con las razones que estos espongan adherirse al dictámen que crea mas justo ó emitir el que tenga por fundado. Tambien podrán concurrir los interesados y sus defensores, y hacer al tercero las observaciones que tengan por conveniente. En seguida éste emitirá su dictámen en declaracion jurada, que se unirá como la de los otros á la pieza de prueba de la parte que la haya solicitado, con lo cual quedará terminado este medio

de prueba. En estos procedimientos se observará lo que antes hemos dicho respecto al modo de evacuar su cometido los peritos de primer nombramiento explicando las reglas 4.^a á 7.^a.—Debemos advertir, por último, que cada parte debe pagar los honorarios ó derechos del perito que haya nombrado, y por partes iguales entre todas las del perito tercero, sin perjuicio de la condenacion de costas que pueda imponerse en definitiva.

§. 6.^o

RECONOCIMIENTO JUDICIAL.

Entre los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios, el art. 279 coloca en sexto lugar el *reconocimiento judicial*, llamado tambien en la jurisprudencia antigua *inspeccion y vista ocular*, el cual consiste en el exámen que hace el Juez por sí mismo de la cosa litigiosa con el objeto de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos. Tambien las leyes de Partida (1) reconocieron este medio de prueba, del cual puede hacerse uso á instancia de parte y de oficio: del primer modo, durante la dilacion probatoria; y de oficio, cuando el Juez lo decreta *para mejor proveer* en virtud de la facultad que le concede el artículo 48, que puede consultarse con su comentario en el tomo 1.^o

Nada indica la nueva Ley respecto de los casos en que podrá hacerse uso del reconocimiento judicial, dejando así subsistente la práctica antigua que lo permitia siempre que era indispensable que el Juez examinara por sí mismo la cosa litigiosa para poder formar juicio exacto acerca de la cuestion debatida en el pleito. "Contiendas é pleytos, dice la ley 13, tít. 14, Part. 3.^a, acaecen entre los omes que non se pueden departir por prueba de testigos, ó de carta, ó de sospecha; á menos que el judgador vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda, ó el pleyto." Esta es la regla general que habrá de observarse; pues aunque la misma ley y la 8.^a del propio título se refieren á las cuestiones de deslinde y amojonamiento, destruccion de edificios ruinosos, y lesiones corporales, esto lo hacen por vía de ejemplo, sin que se entiendan escluidos los demás casos en que los litigantes y el Juez crean necesario el reconocimiento judicial para que éste pueda fallar con acierto.

Ordinariamente el reconocimiento judicial recae sobre hechos, cuya existencia se halla probada en el pleito, pero que reunen circunstancias especiales de influencia en la cuestion, que no pueden apreciarse debidamente sin que el Juez vea y examine por sí mismo el estado de la cosa litigiosa. Así lo evidencia la ley 13 antes citada, la cual concluye con estas palabras: "Ca en cualquiera de estas razones non deve el judgador *dar el pleyto por provado*, á menos de ver él primeramente, cual es el fecho porque ha de dar su juyzio, é en qué manera lo podrá mejor é mas derechamente departir."

Unas veces los hechos sometidos á la inspeccion del Juez son de tal naturaleza, que basta que este reconozca por sí mismo la cosa litigiosa para que pueda formar juicio exacto acerca de ellos; pero en otras, es indispensable la concurrencia de personas entendidas ó peritas para que le ilustren con su juicio. De aquí la práctica de ejecutarse la inspeccion ocular con asistencia de peritos, siempre que el asunto requiere que se oiga el dictámen de éstos. Aunque el art. 305 solo se concreta al caso en que el Juez deba practicar por sí solo el reconocimiento, no escluye, ni podia escluir, el otro caso en que es necesaria la concurrencia de peritos. Entonces vienen á practicarse á la vez dos medios de prueba, el reconocimiento judicial y el juicio de peritos, y deberán observarse las reglas que prescribe la Ley para uno y otro. Los peritos serán nombrados

1. Leyes 8 y 13, tít. 14, Part. 3.^a

y evacuarán su cometido con sujecion al art. 303, y el reconocimiento judicial se practicará con arreglo al 305, oyendo el Juez las observaciones de las partes y sus letrados, y tambien las de los peritos, consignándolo todo en el acta que deberá estenderse; y luego estos rendirán la oportuna declaracion, en la cual emitirán el dictámen ó juicio que hayan formado. Veamos ahora lo que disponen los arts. 304 y 305, que únicamente se refieren al modo de practicar el reconocimiento judicial.

ARTICULO 304.

El reconocimiento judicial se hará siempre con citacion prévia, determinada y espresa para él.

ARTÍCULO 305.

Las partes ó sus representantes y Letrados podrán concurrir á la diligencia de reconocimiento, y hacer al Juez de palabra las observaciones que estimen oportunas. Estas se insertarán en el acta que se estienda.

Supérfluo nos parece el art. 304, por el cual se previene que el reconocimiento judicial se haga siempre con citacion prévia, determinada y espresa para él, toda vez que lo mismo sustancialmente preceptúa por regla general el art. 278 para toda diligencia de prueba. Si aquel artículo dijera que el reconocimiento judicial se hará siempre con señalamiento prévio del dia y hora en que haya de ejecutarse, creemos estaria mejor espresado su objeto, que no puede ser otro que el que acabamos de indicar, pues esa citacion prévia, determinada y espresa que ordena, es indudablemente para que puedan concurrir al acto las partes ó sus representantes y letrados, y á este fin es indispensable el señalamiento prévio de dia y hora, que siempre deberá hacer el Juez al admitir y ordenar este medio de prueba. Téngase presente que la citacion ha de hacerse á los procuradores de las partes (arts. 13 y 16) lo mas tarde el dia antes del en que hubiere de tener lugar el reconocimiento, como preceptúa el art. 278 antes citado.

Sobre ser supérfluo el art. 304, podrá dar lugar á una duda importante: cuando el reconocimiento judicial sea de libros y papeles de los litigantes; podrá dudarse si habrá de practicarse siempre con citacion previa, determinada y espresa para él, como preceptúa dicho artículo, ó sin citacion de la parte contraria, como lo ordena el párrafo 2.^o del 278. Para nosotros es indudable que el art. 304 no deroga ni podia derogar el 278 en el particular antedicho, en cuyo favor existen las razones de conveniencia y de justicia que hemos espuesto en su comentario, en este tomo. Sin embargo, es necesario no confundir los casos: cuando el reconocimiento judicial de libros y papeles de uno de los litigantes tenga por objeto indagar la existencia de algun hecho ó documento que niegue el que los tenga en su poder, ó la práctica de cualquiera otra diligencia cuyos resultados pudieran frustrarse con el aviso prévio, entonces no solo no deberá citársele préviamente, sino que tampoco ha de notificarse el auto en que se mande, á cuyo caso se refiere indudablemente el art. 278; pero cuando el reconocimiento sea para practicar un cotejo, ver si los libros se llevan con las formalidades correspondientes, ó para cualquiera otra diligencia en que no haya dicho peligro, en tal caso no deberá omitirse la citacion prévia que prescribe el art. 304 que estamos comentando.

El 305 determina con bastante precision y claridad el modo de ejecutar el reconocimiento judicial. Siguiendo la práctica antigua ordena que "las partes ó sus representantes y letrados podrán concurrir á la diligencia de reconocimiento, y hacer al Juez de palabra las observaciones que estimen oportunas." Estas deberán ser pertinentes, y dirigidas á esclarecer la verdad de los hechos, para que el Juez pueda admitirlas. Nó-