

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. En la antigua práctica siempre se confia á los peritos juramento fundándose quizá en lo dispuesto en la ley 2, tít. 21, lib. 10, N. R. que habla solo de los peritos contadores. El Código de procedimientos no habla de protesta que ha sustituido al juramento segun nuestras leyes constitucionales, de manera que en nuestro concepto no es necesario que la presten los peritos. El art. 3986 del Código civil previene que los peritos valadores de los bienes testamentarios pongan su dictámen en el inventario firmando *bajo protesta*; mas de esta disposicion no pueda tomarse argumento para hacer extensiva tal prescripcion á los demas peritos, puesto que el art. 699 del Código de procedimientos, declara que los peritos de testamentaria se sujeten á las reglas especiales que fija el Código civil. —N. de los EE.—

Por derecho español, el juicio de peritos tiene tambien lugar cuando los hechos á que se refiere la cuestion litigiosa requieren conocimientos facultativos por versar sobre algun arte, oficio, ciencia ó profesion; v. g., si se trata del deslinde de términos ó medicion de terrenos, estado de un edificio, de si se halla ó no demente una persona, de su estado de virginidad, de la autopsia de un cadáver, etc. En tales casos, aun cuando el juez por sus reconocimientos especiales se hallase con los conocimientos necesarios para poder formar su juicio acertado de aquellos hechos, no podria considerarse como perito para el efecto de dejar de nombrar los que la ley establece, y de oír su dictámen con arreglo á la misma, si bien su propia instruccion le serviria para guiarle en la apreciacion que formase del dictámen emitido por aquellos: tal es el sentido de la regla: *non sufficit ut iudex sciat, sed necesse est ut ordine juris sciat*. Sin embargo, el juez no deberá recurrir á este medio de prueba cuando pueda procurarse por sí las noticias necesarias para la decision del pleito, ó como dice la ley 1, 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 número 114, segundo párrafo, por nuestro derecho pueden en general dar juicio pericial toda clase de personas entendidas en el arte ó ciencia á que pertenezca el hecho sobre que versa la duda en juicio, bien sean hombres ó mujeres, pues en algunos casos, el ministerio de estas es mas

conveniente que el de aquellos, y por eso decía la ley 8, tít. 14, Part. 3, "que si fuere pleito en 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. 814 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 avería, 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 país extranjero, el cónsul español, y en defecto de haberlo, la autoridad que conozca de los negocios mercantiles.

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

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

neralmente seguida la de los que distinguen entre los peritos que tienen título de tales y ejercen públicamente su oficio y los que solo son personas entendidas que carecen de título, opinando que en el primer caso están obligados á la 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 proceder 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 pusieran de acuerdo respecto del nombramiento de uno solo; si fueren mas de dos los litigantes, nombrarán uno los que sostuvieren unas mismas pretensiones, y otros los que las contradigan, y si no pudieran ponerse de acuerdo para este nombramiento, el juez insaculará los que propongan y al que designe la suerte practicará la diligencia.

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

Los peritos nombrados practicarán unidos la diligencia, esto es, el 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 § 2º de la 6ª. 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, extenderán 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 hubiere en el pueblo del juicio, debe recurrirse á los de los inmediatos, y si tampoco en estos los hubiere, puede el juez nombrar por tercero á cualquiera persona entendida en el asunto de que se trata, aun cuando no tenga título. El nombre del designado por el juez debe hacerse saber á las partes: art. 303, reglas 7ª y 8ª de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Acerca de la 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 estos no puede causar por sí solo un perjuicio irreparable por hallarse sometido al del tercero, ha dispuesto en su regla 9, que solo el perito tercero pueda ser recusado, en lo cual viene á convenir con el derecho francés. La recusacion del perito tercero, únicamente es admisible con causa, segun el § 2º 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 daría ocasion, si se les aplicaran aquellas disposiciones á que intentarían las partes recusaciones maliciosas con la esperanza de que se dieran por recusados dichos peritos por evitarse compromisos y suposiciones inmerecidas.

II. Fé ó fuerza del juicio pericial.

119. Para apreciar el valor legal de este medio de prueba, conviene hacer una distincion aplicable, como veremos mas adelante, á todo documento auténtico. O certifican los peritos que estuvieron tal dia en tal lugar, que tal parte asistió á sus operaciones, etc., 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 París decía: "Debe darse fé á un relato de juramentados, hecho debidamente, si no se ha solicitado su enmienda por medio de *bachilleres*." Se llamaban *bachilleres* las gentes de arte concedoras en el asunto, cuya esperiencia 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 verda-