

ventaja no la obtienen porque se estimen en mas los derechos de la mayoría, sino que es una consecuencia natural del derecho que tiene cada litigante á que se insacule el perito que él nombró. El acto de la insaculación y sorteo debe verificarse con citación de los litigantes interesados en el mismo, la cual decretará el juez á petición de estos, que la fundarán en no haberse puesto de acuerdo en el nombramiento de un solo perito, extendiéndose diligencia de haberse efectuado el sorteo.

906 Verificado el nombramiento de peritos, notificado á los mismos, y aceptado por estos, 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 encargo con fidelidad y exactitud, y de que dirán verdad como la conciben, pues aunque nada dice la ley sobre este punto, debe estarse á lo dispuesto por nuestras leyes y prácticas antiguas, puesto que la ley 2, tit. 21, libro 10 de la Nov., prescribía que se tomara juramento á los contadores, que 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 artículos 471 y 473; y puesto que el art. 172 del reglamento del Consejo Real requiere tambien dicho juramento. Solamente los peritos titulares parece que podrán relevarse de esta diligencia; puesto que ya juraron en general, al empezar á ejercer su profesion, proceder bien y fielmente en ella: asi opinan los señores Zúñiga y Dalloz, si bien este advierte que la jurisprudencia no ha distinguido de casos, y que cuando concurriera un titular con otro que no lo fuese, pareceria extraño que prestara este y no aquel juramento.

No es necesario que las partes esten presentes á la toma de juramento, pues que esta es una simple formalidad sobre que no tienen que hacer observaciones las partes: asi lo establece el art. 307 del Código de procedimiento francés.

907. Nada dice la ley sobre lo que deberá hacerse en el caso de que no aceptase el cargo alguno de los peritos que tienen obligacion de hacerlo, como si fuesen titulares, ó no se presentare á prestar juramento ó á verificar el juicio en el dia y hora que se le demarque. En tal caso, siguiendo el espíritu de la ley, parece que las partes podrán nombrar otros en el acto, y en su defecto el juez, segun dispone el art. 316 del Código francés, sino fuese posible obligar á aquellos á la comparencia por haberse ocultado, y sin perjuicio de las responsabilidades á que se hiciesen acreedores aquellos por los daños y perjuicios ocasionados: V, el art. 171 del reglamento del Consejo Real. Debe estar sujeto á estas responsabilidades todo perito que hubiese prestado juramento ó aceptado el cargo, pues por este hecho queda obligado á las partes.

908 *Los peritos nombrados practicarán unidos la diligencia:* regla 4.^a del art. 303. Esto es, practicarán unidos el exámen del hecho ó reconocimiento del objeto que se somete á su juicio, pues de esta suerte podrán auxiliarse mutuamente con sus luces, y se evitará pérdida de tiempo. Para que depongan con justificación y pleno conocimiento, se les han de poner

de manifiesto, siendo preciso no solo los autos, y en especial la providencia que dispuso el dictámen pericial, sino tambien los documentos producidos en ellos. Escriche, art. *Perito*, y art. 317 del Cód. de proc. francés.

909. *Las partes pueden concurrir al acto y hacer cuantas observaciones quieran á los peritos*, con el fin de convencerse de la exactitud de su exámen ó reconocimiento y de que este arroje mas claridad, y sea mas fundado y exacto; pero deberán retirarse para que discutan y deliberen solos (regla 5.^a) con el objeto de que procedan libre é imparcialmente, puesto que la presencia de las partes podría turbarles ó intimidarles en este acto.

910. *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 exigiese el reconocimiento de lugares, la práctica de operaciones ú otro exámen que necesite detencion y estudio, ó como dice el reglamento del Consejo Real, cuando el reconocimiento exigiese inspeccion ocular del sitio ó algun otro exámen previo, otorgará el juez á los peritos el tiempo necesario para que formen y emitan su juicio, el cual se consignará en los autos.* § 2.^o de la regla 6.^a Los peritos pueden dar su dictámen verbalmente ó por escrito, segun previene el reglamento del Consejo Real, disponiendo que sea motivado, pues en las razones en que cada uno le apoye, es precisamente en las que el juez ha de encontrar el fundamento de su apreciación, para atenerse mas ó menos á esta prueba. Este dictámen se consigna en autos para que el juez lo tenga presente.

911. *Los peritos que estén conformes, extenderán su dictámen en una sola declaracion firmada por todos;* aunque no obstará para su validez que alguno no firme por no saber ó no poder. El reglamento del Consejo Real dispone en tal caso que se comisione para que ayude á los peritos, á uno de los auxiliares del Consejo, ó á otra persona que se estime conveniente, firmándose el dictámen por el que lo hubiese escrito y por los peritos que supiesen. El Código de procedimiento francés previene que si no saben escribir todos los peritos, escribirá el dictámen el secretario del juez de paz del lugar donde se verificó el reconocimiento. Se extiende una sola declaracion cuando están conformes los peritos, para evitar confusion é interpretaciones maliciosas á que podrian dar motivo varias declaraciones. *Los que no estuviesen conformes, pondrán su parecer por separado*, para que aparezca con mas claridad y no se involucre con el de los demás, regla 7.^a Adviértase que refiriéndose esta regla á peritos que están conformes, y á otros que no lo están, admite *mas de dos* peritos nombrados por las partes, por lo que parece sancionar la antigua práctica de nombrar mas de un perito cada parte cuando el pleito fuese de importancia, si es que no se refiere al caso de que hubiese litigantes que por sostener distintas pretensiones, tuvieran que nombrar distintos peritos.

912. *Cuando discordasen los peritos, no siendo fácil al juez formar una apreciación exacta del hecho, por militar á veces consideraciones de igual peso respecto de uno ú otro parecer, especialmente si no hubiese mas que dos peritos, el juez hará saber á las partes que se pongan de acuerdo para*

el nombramiento de tercero en el término de segundo día. Si no lo hicieren 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. § 1 y 2 de la regla 8.^a La ley toma en este caso por norma las cuotas mayores de subsidio, porque siendo estas mayores á proporcion del crédito de que goza, ó del mayor ejercicio que tiene en un arte ó profesion el que las satisface, son una garantía de sus conocimientos ó de su práctica en la misma, además de que suponiendo mayor lucro ó remuneracion, ofrecer tambien mas seguridad de imparcialidad y buena fe. No ha dispuesto la ley en este caso que se insaculen los peritos nombrados por las demás partes, como en el de no estar de acuerdo en el nombramiento de perito los litigantes que sostuvieran unas mismas pretensiones, ó que las contradijeran, que expresa la regla 1.^a, § 2, ya porque en este caso se trata de la eleccion de peritos, que nombrados todos por los que tienen un mismo interés en el resultado de un juicio, no puede dañar el dictámen del nombrado por uno de aquellos á los intereses de los otros litigantes; y por el contrario, en el caso de la regla 8.^a, siendo la falta de conformidad entre partes contrarias en el juicio, ó que sostienen distintas pretensiones, si saliera designado por la suerte el nombrado por una de ellas, tendria que experimentar la parte contraria las consecuencias de su dictámen, tanto mas temible é influyente, cuanto que es el de un perito tercero llamado á dirimir la discordia de los otros dos nombrados uno por cada parte: y ya tambien porque pudiendo ser tan trascendental la influencia de este perito, conviene que tenga el asentimiento de todas las partes ó de ninguna, para que no se incline mas á favor de la que se lo dió. La palabra *seis ó mas* que expresa la regla expuesta, no debe entenderse segun quieren algunos intérpretes, como indicando que en caso de haber mas de seis peritos que paguen igual cuota de contribucion que el último de aquellos deban sortearse todos, pues esto produciria confusion y dilaciones inútiles, sino que bastará se insaculen ocho, diez ó mas, al prudente arbitrio del juez. *Seis ó mas* dice la ley, no *y demás*; y mas de seis son siete, ocho ó nueve.

913. Habiendo en el pueblo del juicio seis peritos que paguen cuota de subsidio por la profesion á que pertenece el punto sujeto al juicio pericial, no podrá el juez insacular para el sorteo á los de los pueblos inmediatos; asi como tampoco podrá insacular á los que no tuvieren título, aunque se hallaren en aquel punto. Mas si no los hubiese en el pueblo del juicio, podrá recurrirse á las de los inmediatos. Si tampoco en estos los hubiese, el juez podrá nombrar por terceros á cualquiera persona entendida en el asunto de que se trate, aun cuando no tenga título: § 5.^o de la regla 8.^a Esto debe entenderse aun cuando hubiese peritos titulares en pueblos remotos, y el juez creyere perjudicial á las partes su venida al lugar del juicio por los gastos ó dilaciones á que daria lugar. Si hubiere personas entendidas en este lugar, deberán preferirse por la misma razon á las de los inmediatos, á no ser que aquellas no inspirasen confianza al juez, y si estas.

914. El nombre del designado por la suerte, ó del elegido por el juez,

se hará saber á las partes, § 4 de la ley 8.^a, ya para que preparen las observaciones que tengan que hacerle, ya para que puedan recusarle, si existiese causa para ello. Cuando fuese sorteado, podrán presenciar las partes el sorteo, para ver si se hace debidamente tanto este como la insaculacion.

915. Segun la antigua práctica, podian ser recusados tanto el perito tercero nombrado por el juez como el nombrado por las partes, si bien para que le recusara la que le nombró, era necesario que la causa de recusacion proviniese despues del nombramiento ó la hubiera ignorado, pues la que existia con anterioridad, se suponía consentida en el hecho de nombrarle: el perito tercero, nombrado por el juez, se recusaba sin causa, jurando haberle por sospechoso y no proceder de malicia; el nombrado en rebeldía de alguna parte, podia ser recusado con causa. La nueva ley de Enjuiciamiento, para evitar sin duda recusaciones multiplicadas, y teniendo en cuenta que el dictámen del perito tercero es de mayor fuerza, puesto que su voto dirime la contienda de los demás, y que el de estos no puede causar por sí un perjuicio irreparable por hallarse sometido al de tercero, y por las demás consideraciones expuestas en el núm. 248 de este libro, ha dispuesto en su regla 9 que *solo el perito tercero puede ser recusado*.

916. Esta disposicion puede dar, sin embargo, motivo á varias dudas. Podráse suscitar desde luego la duda sobre si la ley prohíbe á la parte contumaz en el nombramiento de perito recusar el nombrado por el juez en su rebeldía. En contra de la recusacion en este caso, pudiera alegarse lo terminante de la letra de la ley; que ademas saldria favorecido el contumaz, puesto que podria recusar el perito nombrado por su parte, cuando el contrario no podria recusar al que él mismo nombró, siendo asi que debiera ser peor la condicion de aquel por su contumacia, y que el fundamento de la ley, al prohibir la recusacion de dichos peritos, es que no tiene su dictámen ulterior fuerza. Pero á pesar de estas consideraciones muy atendibles en nuestro concepto, esta parte podrá recusar con causa á dicho perito, porque aunque no es tercero en discordia, como no ha sido nombrado por ella, no puede decirse que aprobó su identidad; y habiendo sido nombrado por el juez de oficio, parece que no debe prohibirse la recusacion, puesto que este podia ignorar el parentesco, la amistad ó enemistad, y demás causas de recusacion que pudieran concurrir en el nombrado: finalmente, pudieran citarse en apoyo de esta opinion disposiciones legales que permiten la recusacion en este caso, ademas de hallarse autorizada por la antigua práctica; tales son el reglamento del Consejo Real que dispone, puedan ser recusados los peritos por causas posteriores á su nombramiento, y aun por causa anterior cuando hubieren sido nombrados de oficio, y la del art 508 del Código de procedimiento francés y del de Holanda, que disponen que solo pueden ser recusados los peritos *nombrados de oficio*, á no que sobrevengan las causas de recusacion despues del nombramiento y antes del juramento. En cuanto á la parte contraria no podrá recusarlo, si han de ser igual la condicion de ambos contendientes sobre este punto, puesto que tampoco el contumaz puede recusar el nombrado por aquella.

917. Podrá ocurrir también la duda de si será responsable el perito tercero sobre que se pusieren de acuerdo las partes, puesto que en el hecho de haberle elegido, parece que aprobaron su idoneidad. Esta duda no recae sobre el caso en que fuese posterior al nombramiento la causa de la recusación, ó en que se ignorase esta por la parte. pues entonces todos convienen en que es recusable, por hallarse este caso incluido en el texto de la ley, y ser conforme á lo que dicta la sana razón y á lo dispuesto en otros artículos, como el 784 sobre la recusación de árbitros. La duda versa sobre el caso en que la causa fuere anterior al nombramiento, y la supiesen las partes. En este caso no parece que puede recusarse al perito, puesto que las partes consintieron en que lo fuese, á pesar de aquella causa. Y si bien podría decirse que el texto de la ley es general y no exceptúa este caso; este texto así interpretado, se halla en pugna con otros más específicos de la ley, como el del artículo citado sobre los árbitros, no obstante ser la decisión de estos más trascendental que la de los peritos.

918. *La recusación del perito tercero únicamente será admisible con causa*, § 2.º de la regla 9, disposición que tiene por objeto no perjudicar al perito en su buena opinión con recusaciones infundadas, y dificultar más estas para que no se dilaten indebidamente los procesos. Con el mismo objeto dispone el § 5 de la regla 9, que *cada parte no puede recusar más que dos peritos*. Véase lo expuesto en el núm. 148 y siguientes del libro 2.º de este tratado, tanto sobre las reglas enunciadas, como sobre el término para hacerse la recusación, y causas que pueden alegarse.

La recusación con causa del perito tercero no debe entenderse respecto del perito tercero que se nombra para la tasación de bienes en el procedimiento de apremio, el cual, según el art. 981, es recusable sin causa.

919. En cuanto á los trámites que se siguen en estas recusaciones, son los mismos marcados para la de los jueces y subalternos de los juzgados, combinados unos con otros, según los grados de semejanza que tienen los peritos con estos diversos funcionarios, aunque con las modificaciones que reclama la distinta naturaleza de estos cargos. Así, pues, siguiendo lo dispuesto en el art. 125, las recusaciones se harán en escrito autorizado con firma de letrado y del litigante, si estuviese presente. En él se expresará determinada y claramente la causa de la recusación, según expusimos en el núm. III del libro 2.º de esta obra. Pero no será necesario poder especial para ella, como dijimos que lo era respecto de la de los jueces.

920. En cuanto á lo dispuesto en los artículos 126 y 147, sobre la obligación que tiene el juez y el subalterno recusados de separarse por sí mismos de su intervención en el negocio, parece que no debe ser aplicable á los peritos, especialmente si no son titulares, pues que no reportando interés del juicio pericial, ni teniendo obligación de prestarse á él, como los peritos titulares á quienes se abonan por las partes que los nombraron sus respectivos derechos ú honorarios, y que están obligados á emitir su dictámen, se daría ocasión, si se les aplicaran aquellas disposiciones, á que intentaran las partes recusaciones maliciosas con la esperanza de que se

dieran por recusados dichos peritos, por evitarse compromisos y suposiciones inmerecidas. Además, el art. 303, regla 12, solo se refiere al caso de *ser admitida* la recusación, sin expresar el de que se dé por recusado el perito, por lo que parece que deja únicamente al juez la apreciación de la legitimidad de dicha causa. Por lo demás, el perito que juzgase ser cierta la causa de la recusación, lo declarará así al dársele traslado del escrito de la parte que le recusa, librándose en su consecuencia de la imposición de costas en que debe condenarse al recusado, según el art. 151 de la ley cuando la causa de la recusación fuere legal y cierta.

921. Así, pues, interpuesta la reclamación de algún perito, el juez oirá á la parte contraria y al perito recusado por término de tercero día, se recibirá el artículo á prueba por el de ocho, que propondrán la parte recusante y la contraria y el perito que se opongan á la recusación, mas no el perito que se conformare con ella; y pasados, se unirán las practicadas á los autos, y se traerán estos á la vista para dictar sentencia; artículos 128 y 148 combinados. V. el núm. 119 y el 166 del lib. 2.º

En cuanto á los efectos de la sentencia, en que se acceda á la recusación, no debe estarse á lo dispuesto en el art. 129, que refiriéndose á los jueces, dispone no sea apelable, pues que no existen respecto de los peritos las consideraciones en que se funda aquel artículo, expuestas en los núms. 118 y 119 de este libro, sino á lo prevenido en el art. 150 sobre la recusación de los subalternos, que concede en tal caso la apelación en un efecto, por ser aplicables á los peritos las consideraciones en que se funda este artículo, expuestas en el número 169. La sentencia en que se deniegue la recusación es apelable en ambos efectos: arts. 150 y 150, expuestas en los núms. 121 y 180. En los casos en que se admita la recusación se condenará en las costas á la parte y al perito recusado que se opusieron á la recusación, mas no al que se conformó con ella: art. 141. En los casos en que se desestime será condenado en las mismas el recusante: art. 152.

922. Consentida ó ejecutoriada la sentencia que se desestime la recusación, se procederá á la práctica del juicio pericial, suspendido por esta causa.

923. *Admitida la recusación, será reemplazado el perito en la misma forma en que se hubiere hecho el nombramiento*, regla 12 del art. 303; esto es, haciendo saber el juez á las partes que se pongan de acuerdo para el nombramiento de otro, y procediendo, si no lo hicieren, según las disposiciones de la regla 8.ª

924. *El tercero, sorteado ó nombrado, después de aceptar y jurar el cargo que se le notificara, repetirá la diligencia, después de haber pasado el término de la recusación sin que haya tenido lugar*; esto es, procederá á enterarse por los autos y documentos necesarios sobre el hecho objeto que se somete á su juicio, y á practicar las demás operaciones necesarias para emitirlo fundadamente, *concurriendo los interesados y los otros peritos en la forma antes prevenida para ilustrarle ó guiarle con sus observaciones, y emitirá su dictámen, razonado, el cual se unirá á las pruebas*: regla 15 del art. 303.

925. Algunos autores opinan que cuando los peritos y el tercero en discordia han sido nombrados unánimemente por los interesados, debe conformarse el tercero con el parecer de uno de los otros, sin dar dictámen separado; y se fundan en que habiendo unanimidad en el nombramiento, se entiende que aquellos eligieron al tercero para decidir como arbitrador sobre el parecer disorde de los demás (V. Escriche, Diccionario, artículo *Perito*; mas en nuestro concepto, tanto en este caso como en el de ser nombrado por el juez, puede dar también su dictámen distinto que el de los primeros si juzgase que ninguno de aquellos era acertado, pues la unanimidad y avenimiento de las partes en un mismo perito solo revela confianza en sus conocimientos, é imparcialidad para decir lo que entiendan en el asunto, y no creemos que pueda desnaturalizarse por esto el juicio pericial, dándole el carácter de un arbitrazgo limitado á la apreciación de opiniones ó dictámenes, que pueden ser erróneos ambos, cuando lo que se trata de buscar es toda la verdad, toda la exactitud posible de un hecho, y no el error menos notable de dos errores, aunque emitidos por peritos. Al juez es á quien corresponde después apreciar, según el mayor número y los fundamentos de estos dictámenes, el punto ó extremo que tiene mas probabilidades de verídico ó exacto.

Fuerza probatoria del juicio pericial.

926. Es regla admitida en general que el juez no se halla obligado á seguir el dictámen de los peritos, esto es, que no constituye esta prueba completa. Así en el art. 523 del Código de procedimiento francés y en el 256 del de Holanda, se sanciona expresamente, que los jueces no están obligados á seguir el parecer de los peritos, cuando se opone á ello su convicción: así es que el juez puede y debe atender á los datos y fundamentos de los dictámenes emitidos, para apreciar la exactitud y veracidad, pues que los peritos se consideran como unos testigos que dan noticias y datos acerca del hecho sobre que se les pregunta, si bien por referirse á un punto que exige conocimientos especiales ó facultativos, adquiere su parecer mayor autoridad por los fundamentos científicos en que se apoya, y en su consecuencia tiene mas probabilidades de ser adoptado por el juez. Mas hasta que este le dá autoridad, sancionándolo en su sentencia, no adquiere fuerza de tal, y de aquí el antiguo axioma, *Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam*, que traza los límites de la autoridad de los peritos y de la del juez, pues aquellos son simples consejeros, y este se halla investido del derecho de apreciar tales consejos, de valuar las noticias útiles que contienen, de juzgarlos según las luces de su conciencia. Por eso también califica Dalloz de monstruosa la regla contraria de que el juicio de los peritos ligaba al juez, adoptada en la antigua jurisprudencia francesa.

927. La doctrina expuesta se deduce también de la ley 118, título 18, Part. 3, que al tratar del reconocimiento ó cotejo de letras hecho por peritos, faculta al juez para separarse del dictámen de estos, aun cuando todos opinaren que la letra era tan desemejante, que infundía sospecha de

falsedad; fundándose la ley en que esta prueba no era acabada, por lo expuesto á equivocarse en el conocimiento de las formas y figuras de las letras, y firmas y sus variaciones, según expusimos al tratar del *Cotejo*. Finalmente puede apoyarse la doctrina mencionada en el art. 317 de la nueva ley de Enjuiciamiento, que deja á la facultad de los jueces apreciar, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

928. Así, pues, según el fundamento en que se apoyaba la ley citada de Partida, de ser fácil equivocarse los peritos en la apreciación de las formas de las letras, deberá deducirse, por identidad de razón, que siempre que el hecho sometido al juicio pericial requiera conocimientos de ciencia, arte ó profesión, que por hallarse poco adelantada, ó por haber motivo para creer que los peritos carecen de suficientes conocimientos en ella para formar un juicio exacto, fueran de temer errores ó equivocaciones, el juez graduará la fuerza legal de esta prueba según las reglas de la sana crítica, pudiendo separarse de aquellos dictámenes, aunque fueran conformes.

929. Mas cuando el punto exigiese conocimientos que se consideraran dar resultados exactos, y los peritos llamados á dar el dictámen fueran personas acreditadas en aquellos, y estuviesen todos unánimes, debe atenderse el juez á su parecer, pues que así lo aconsejan las reglas de la sana crítica. Véase no obstante el ejemplo que cita el señor Escriche en su Diccionario, artículo *Monedero falso*, de un error notable de peritos. 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; y aun opinan, no sin fundamento, los autores, que si la ventaja en el número fuera de uno solo, y los que componen esta mayoría no tuvieren fama de inteligentes ó prácticos, y si los que formasen la minoría, debería inclinarse el juez al dictámen de esta. Adviértase que tratamos aquí de la apreciación del juez aplicada solamente al dictámen en general, pues que este perderá mas ó menos de su fuerza, según que fuese mas ó menos desvirtuado por las demás pruebas, puesto que es regla que el juicio de peritos deja entera la defensa. V. Dalloz, *Repertoire de legislation*, y ley 40, tit. 16, Partida 3.

VII.

Del reconocimiento judicial.

930. La clase de prueba llamada por la ley de Enjuiciamiento *reconocimiento judicial*, y anteriormente asimismo *inspección ó vista ocular*, es el exámen que el juez hace por sí, con arreglo á derecho, de las cosas sobre que se controvierte, ó que pueden conducir á la averiguación de la verdad de los hechos litigiosos. Otrosí, hay otra natura de prueba, dice la ley 8, tit. 14, Partida 3, así como por vista del juzgador, veiendo la cosa sobre que es la contienda.

931. Puede hacerse á petición de las partes, ó bien de oficio por el