

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, veyendo la cosa sobre que es la contienda.

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

juez para mejor proveer, segun la faculta expresamente el art. 48, núm. 3, de la nueva ley de Enjuiciamiento.

932. Tiene lugar cuando los hechos ó circunstancias que se refieren á la cuestion del litigio, se hallan sujetos, por ser permanentes ó visibles, á la simple inspeccion material; aunque se verifica tambien este género de prueba, cuando dicha inspeccion requiere conocimientos facultativos; pero entonces se nombran peritos, procediéndose conforme á lo preceptuado en el art. 303 para el juicio pericial, segun las prescripciones de la ley que vamos á exponer, en lo relativo al reconocimiento por parte del juez. Asi, pues, no debe confundirse el reconocimiento que practica el juez con el practicado por los peritos, pues el juez pronuncia *de visu*, y los peritos dan su dictámen sobre una cuestion de arte ó de ciencia en que no toma parte aquel, reservándose solo apreciar su resultado. Las leyes 8 y 18 del título 14, Part. 3, enumeran como pleitos en que tiene lugar el reconocimiento judicial, los que versan sobre términos ó deslindes de pueblos y heredades, sobre edificios ruinosos y heridas, á los que deben agregarse los que versen sobre servidumbres rústicas ó urbanas, daños y otros semejantes.

933. Hemos dicho que el reconocimiento judicial debe hacerse segun derecho, porque no basta que el juez sepa la exactitud de los hechos ó del estado de las cosas fuera de sus funciones ó como particular, sino que es necesario que este conocimiento sea el resultado de las diligencias ó procedimientos practicados conforme á la ley con el carácter de juez. Es en efecto un principio en los juicios, que no basta que la sentencia sea justa, sino que es necesario que se ofrezca á la sociedad con los caracteres que demuestren esta justicia. *Non sufficit ut iudex sciat, sed necesse est ut ordine juris sciat.* Puede muy bien sospecharse del juez como hombre, por la ley que aplica como magistrado. Si quiere ser testigo, que se quite la toga, que preste juramento, que se someta á las preguntas de los magistrados y de las partes, que podrán discutir sobre sus declaraciones; pero que no condene por una persuasión secreta que no pueden combatir los litigantes, y cuyas razones ignora tambien el público.

934. Asi, pues, segun dispone el art. 304 de la ley de Enjuiciamiento, *el reconocimiento judicial se hará siempre con citacion previa, determinada y expresa para él*, de las partes, bien lo hubieren solicitado ó no; señalando el dia y hora en que se ha de verificar con arreglo al art. 278, para que puedan hacer uso de la facultad que les concede el 304. Segun este artículo, *las partes ó sus representantes y letrados podrán concurrir á la diligencia de reconocimiento, y hacer al juez de palabra y no por escrito para evitar dilaciones y complicaciones innecesarias y perjudiciales, las observaciones que estimen oportunas, y estas se insertarán en el acta que se extienda, ó que deberá extenderse en los autos del resultado de dicho reconocimiento, debiendo firmar el juez, el escribano y demás personas concurrentes al acto.*

935. La prueba del reconocimiento judicial es por su naturaleza de las

mas eficaces cuando dá resultados exactos, pues como dice Belime, ¿qué otro medio podria buscarse para producir el convencimiento en el ánimo del juez, cuando vé brillar la verdad con sus propios ojos con certidumbre completa? Por eso dice Schmier en su Tratado de jurisprudencia civil y canónica, que constituye prueba plenísima, porque la inspeccion ocular, sino se engaña la vista, produce evidencia física, que forma prueba y fe mayor que la misma evidencia moral. Véase tambien el § último. *Inst. de Grad. Cogn. Mascardo, de probat. præm. q. 8, núm. 9; Gail. I. obs. 26, núm. 9. Gonzalez, cap. proposuisti, 4, de probat, núm. 9.* Por esto, atendiendo sin duda la ley 13, tit. 14, Part. 3, á la excelencia de esta prueba, previene que en los casos que la misma refiere, y que hemos expuesto como requiriéndola, non debe el juzgador dar el pleito por probado, á menos de ver él primeramente cuál es el fecho porque ha de dar su juicio, e en que manera lo podrá mejor e mas derechamente departir. Cuando el reconocimiento no dá un resultado exacto, el juez apreciará el que arrojaré segun las reglas de la sana crítica, como prescribe respecto de la prueba de testigos el artículo 317, que expondremos en el § siguiente.

§ VIII.

De los testigos.

936. La prueba de testigos ha sido una de las primeras de que se ha hecho uso; despues de la de confesion de las partes, segun dijimos en el núm. 13 de la Introduccion de esta obra. En los primeros tiempos en que se tenia en gran respeto la veracidad en el uso de la palabra y la religiosidad del juramento, se consideró esta prueba como una de las mas acabadas, hasta el punto de llegar algunas legislaciones á preferirla á la prueba instrumental. Tal sucedia en el derecho canónico; bien es verdad que en aquellos tiempos se hallaban poco desarrollados los medios de hacer las convenciones auténticas, y era sumamente fácil suponer documentos falsos. El derecho francés prefirió tambien en el siglo XIV la prueba testimonial á la prueba escrita: todos los derechos, la libertad, la propiedad, el estado de familia, la vida misma dependian tan solo de la voz de los testigos. En nuestros códigos ocupa tambien la prueba de testigos un lugar muy preferente, hallándose admitida en el Fuero Juzgo y en los códigos romanos anteriores. Mas luego que se dictaron las disposiciones convenientes para asegurar la autenticidad de los documentos públicos, hasta poderse asegurar, como decia Montesquieu, que una escritura era un testigo á quien se corrompia difícilmente, y que llegó á conocerse lo peligroso que era la extension dada á la prueba testifical, ya por haberse introducido la mala fe en el testimonio de los hombres, ya por la falta de inteligencia y de memoria de estos para recordar y exponer debidamente los hechos sobre que versa su declaracion, perdió esta clase de prueba gran parte de su prestigio y de su favor.