

«Naturaleza jurídica de la pericia»

CARLOS VIADA LOPEZ-PUIGCERVER

Profesor de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema.*—II. *Naturaleza jurídica:* A) *Opiniones que consideran la pericia como medio de prueba.*—B) *Opiniones que consideran la pericia como órgano auxiliar del Juez.*—C) *Opiniones eclécticas.*—D) *Otras opiniones.*—E) *Posición propia.*—III. *Tipos de peritos.*—A) *Tipos que constituyen prueba pericial propiamente dicha.*—a) Peritos civiles y penales.—b) Peritos «percipiendi» y «deducendi».—c) Peritos oficiales y no oficiales.—d) Peritos nombrados por las partes o por el Juez.—e) Pericia «in futurum».—B) *Tipos que deben considerarse como auxiliares del Juez.*—a) Intérpretes.—b) Peritos de los cotejos de letras.—c) Tasadores en subastas.—d) Asesores técnicos.—C) *Tipos de distinta naturaleza.*—a) Médicos encargados de la asistencia facultativa en casos de lesiones.—b) Prácticos en el terreno.—c) Los llamados peritos extrajudiciales.—IV. *Delimitación con otras instituciones afines.*—A) Perito y testigo.—B) Perito e inspección judicial.—C) Juicio de peritos.—D) Peritos y árbitros.—E) Tribunales técnicos.—V. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Generalmente, tanto en los cuerpos legales como fuera de ellos, se da el nombre de perito a la persona que actúa sobre determinadas materias con carácter técnico. Pero dentro del campo jurídico, que es el que aquí nos interesa, existen tales diferencias entre aquellos a quienes se puede dar aquel nombre: intérpretes, tasadores, médicos que vigilan la curación de las lesiones, etc., que creemos de interés hacer un examen de los mismos para que, estudiada su naturaleza, podamos contribuir a la elaboración de un concepto unitario de la pericia dentro del campo del Derecho. El hecho de que todavía no se haya podido llegar a poner en claro la naturaleza de la pericia, da lugar a que su campo no esté delimitado del de otras instituciones procesales (testimonio, inspección judicial, arbitraje, etc.), con el consiguiente confusionismo

y dificultad para el tratamiento armónico de todas ellas. Importa, pues, la aclaración y determinación de la esencia pericial y de sus caracteres peculiares, para la debida solución de estos problemas no sólo desde el punto de vista doctrinal, sino también teniendo en cuenta lo legislado.

II. NATURALEZA JURÍDICA.

Dentro del ámbito del Derecho procesal, la cuestión de la naturaleza de la pericia, es una de las más discutidas. Existe sobre la misma una abundante bibliografía, entre la que seleccionamos aquellas opiniones que estimamos más interesantes (1). Con ellas hemos hecho tres grupos claramente delimitados, y un cuarto apartado, en el que incluimos las que no consideramos encuadrables dentro de las anteriores. El primero trata de la opiniones que consideran la pericia como un medio de prueba; el segundo estudia las que creen que el perito es un auxiliar del juez, y en el tercero se recogen las que, de un modo más o menos definido, toman elementos de las dos anteriores y a las que llamaremos, en consecuencia, eclécticas.

A) *Opiniones que consideran la pericia como medio de prueba*

Entre los autores que consideran la pericia, con distintas características o matices, como medio de prueba, podemos citar a Florián, que sostiene que tiene dicho carácter en cuanto sirve para proporcionar al juez el conocimiento de un objeto de prueba. Por eso, dice, es *órgano de prueba*.

Sabatini, más sutilmente que el anterior, opina que la prueba no consiste en el parecer del perito, sino en los *elementos* que él, con procedimiento técnico, pone en evidencia. A este parecer se adhiere Fenech.

Para Stoppato, la pericia es un medio de prueba, porque la prueba consiste, no en la afirmación del hecho, sino *en el hecho revelado*. La relación entre lo desconocido y lo conocido por intervención del perito, es un medio por el que se adquiere la certeza de la existencia de un hecho.

Marsich, afirma que la pericia es un medio de prueba como otro cualquiera, que contiene un juicio motivado, técnico y científico, en torno al hecho, o a determinadas circunstancias del hecho, que es objeto del proceso.

Beceña dice que, por encima de los argumentos superficiales

(1) A pesar de ello, quizá se aprecie como excesivo el número de citas. En modo alguno se estime su abundancia como un alarde de erudición, ya que esta labor es de un relativo valor (e incluso fácilmente delegable), siendo lo verdaderamente importante las conclusiones o construcciones a que podamos llegar en nuestro trabajo. Al final se incluye catálogo bibliográfico.

de tipo externo en contra de la tesis de que el perito es medio de prueba, éste aprecia hechos, y como tal es medio de prueba.

Entre los Códigos extranjeros se reconoce carácter de medio de prueba a la pericia en la Z. P. O. (parágrafo 402), la cual remite como supletorias, caso de defecto de normas específicas, a las reglas de los testigos.

En el Código Procesal ruso (art. 152), aun no considerando la pericia medio de prueba (puesto que incluye en esta categoría únicamente el testimonio y los documentos), remite para su recusación a las mismas causas de los testigos. Esta identificación con el testimonio es aún más evidente en el Código Procesal Penal (artículos 162 y ss.), donde trata conjuntamente del interrogatorio de los testigos y peritos.

B) *Opiniones que consideran el peritaje como órgano auxiliar del juez.*

Aunque, como hemos visto, la tesis tradicional es considerar el peritaje como medio de prueba, no puede decirse que sea una novedad el criterio opuesto. Ya Ricci expuso con toda claridad que la pericia no se podía comprender entre los verdaderos medios de prueba y que, en realidad, los peritos eran auxiliares del Juez.

También Bonnier se refiere indirectamente al problema, preguntándose: ¿Puede dejar de exigirse la cualidad de ciudadano a los peritos que son *Oficiales públicos*? En la nota referente a la contestación afirmativa señala como bases para ella que el Tribunal Supremo francés decide que las injurias dirigidas a los peritos en el ejercicio de sus funciones deben ser penadas con aplicación del artículo 224 del Código Penal. Parece, por consiguiente, que los considera ejerciendo una función pública. Los considerandos de la sentencia de 8 de marzo de 1877 establecen que el perito que ejerce su misión, en virtud de los artículos 41 y 42 del Código de Procedimientos Civiles, desempeña un verdadero ministerio de carácter público. Más adelante dice Bonnier que es muy difícil no ver en el perito investido de sus funciones por medio del juramento una especie de delegado de la autoridad judicial.

Para Goldschmidt, el perito, en cuanto facilita noticias sobre el estado de una cosa, puede considerársele como un intermediario del reconocimiento judicial.

Von Kries sostiene de manera categórica que los peritos deben ser caracterizados como auxiliares del Juez.

Kunelsky dice que los peritos son ayudantes del juez, no sirven a la prueba y no son medios de prueba. En cuanto a la relación que mantienen con el tribunal afirma que pertenece al Derecho público.

Gómez Orbaneja cree que el perito tiene el carácter de auxiliar del juez y que, por ello, en lo que respecta a la legislación española, sería más lógico que se dejase al mismo juzgador decidir

sobre la *necesidad* o *conveniencia* de esta prueba. Ciertamente que la proposición de la parte no es, en el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil, condición *suficiente* de su utilización (art. 613), pero sí es condición *necesaria*, puesto que si no la propone la parte no puede llevarse a cabo (art. 611).

Para Prieto Castro el perito es la persona que posee conocimientos especializados sobre alguna materia, y al cual se acude en busca de dictamen cuando para apreciar, o para conocer y apreciar, sean necesarios o convenientes sus conocimientos científicos, artísticos y prácticos. Tal actividad es llamada prueba por la ley, pero esta calificación es contradictoria con el mismo enunciado legal y con el destino del dictamen, pues de un lado, *quien ha de poseer la posibilidad de conocer o apreciar el hecho es el Juez*, y el dictamen persigue dársele, y de otro, este no suministra prueba alguna, sino que constituye un elemento de valoración libre por parte de aquél (art. 632). De aquí, pues, que la actividad del perito deba ser considerada como auxiliar del Juez en la busca de máximas o reglas de experiencia que no se hallen a su alcance.

Plaza dice, pareciendo adscribirse a la tesis de Carnelutti a que luego aludiremos, que la pericia debe encuadrarse dentro de los órganos jurisdiccionales y se separa del testimonio así por su posición activa como por su origen, puesto que el perito actúa por encargo del Juez.

En el campo legislativo, la Strafprozessordnung alemana considera al perito como auxiliar del Juez, lo que revela el confusio-nismo existente en la materia, ya que, como hemos visto, la Zivilprozessordnung estima es medio de prueba.

En el Codice di Procedura civile italiano de 1940 no se considera al perito como medio de prueba y la denominación que se le atribuye es la de «consulente tecnico» (del Juez: art. 61; de la parte: art. 87), en contraposición con lo dispuesto en el Código di Procedura Penale de 1930, el cual da el nombre de perito al que es nombrado por el Juez, y el de «consulente tecnico» al de la parte.

C) Opiniones eclécticas.

Tienden estas teorías, quizá sin la intención de sus mantenedores, a una armonización entre las dos anteriores mediante el aprovechamiento de elementos de una y otra.

Según Heusler, el perito es facilitado por las partes, distinguiéndolo de aquellos medios de conocimiento que son elegidos por el Juez, y diciendo que la naturaleza jurídica de la pericia dependerá del sistema de nombramiento del perito.

Binding sostiene que el perito puede ser medio de prueba y también auxiliar del Juez, pero sin que nos aclare los motivos en que se basa para afirmar esta doble naturaleza jurídica de la pericia; en su pensamiento, sin embargo, se observa que prevalece el conceptuarle como auxiliar del Juez.

Entre los modernos, Schönke afirma que el perito es un medio de prueba en sentido técnico, pero también un auxiliar del Juez en la valoración de los hechos de la prueba.

Guasp sostiene que el perito podrá ser, estructuralmente, un auxiliar del Juez, pero funcionalmente no cabe negarle su significación de medio de prueba. Si la posible adscripción orgánica del perito a la jurisdicción bastara para negarle el carácter de medio de prueba—dice—«a fortiori» habría de hacerse lo mismo con otros tipos en que la persona que procede a la práctica de la operación probatoria tiene una índole oficial aún más marcada: piénsese en el reconocimiento judicial.

D) Otras opiniones.

Para Mittermaier la intervención de peritos tiene lugar siempre que se presenten en una causa ciertas cuestiones cuya solución, para poder producir convencimiento en el ánimo del Juez, requieran el examen de hombres provistos de aptitud y de conocimientos facultativos especiales. Es, pues, necesaria—sigue Mittermaier—: 1.º Para la averiguación de ciertos hechos que exigen necesariamente conocimientos técnicos. 2.º Cuando haya de decidirse acerca de la naturaleza o de las cualidades de ciertos hechos. 3.º Cuando la base de la sentencia haya de apoyarse en la admisión de un hecho como posible o probable. 4.º Cuando de los hechos demostrados se traten de deducir consecuencias que sólo puede suministrar el profesor. Deduce de aquí Mittermaier cuan errónea es la opinión de que el examen pericial no es otra cosa que la inspección judicial bajo distinta forma. Cierto es—dice—que en determinados casos el examen de los peritos coincide con el del Juez, pero ello no basta para decir que la pericia sea una forma de la inspección judicial. En todos los casos, y aun en el de asistir el Juez al examen pericial, éste no es realmente más que un medio. Conduce al perito al dictamen técnico que de él se espera. Viendo la cantidad de hechos a que se aplica esta prueba es imposible que la cuestión de si los peritos son testigos o meros auxiliares del Juez pueda jamás conducir a la definición de su naturaleza. No sería menos inexacto considerar a los peritos como *auxiliares de justicia*, haciendo así de ellos una especie de jueces, bajo la presidencia del Magistrado Director, de quien serían tan sólo obedientes satélites. Pero no sucede así la mayoría de las veces; los peritos son totalmente independientes en sus informaciones y su parecer determina la convicción de juez. Acaba diciendo Mittermaier que el examen pericial constituye una prueba «sui generis», cuya apreciación no puede hacerse sino siguiendo ciertos principios que le son inherentes.

Similar al punto de vista de los que consideran al perito como auxiliar del Juez, es, pero con matices distintos, el de los que creen se trata de un encargado o delegado del Juez. Así, Ellero

le considera como delegado del Juez, diciendo que el perito sería como un oficial de éste al cual viene conferida la potestad propia de juzgar y observar momentánea y condicionalmente.

Noción más precisa es la que considera al perito como un encargado del juez. En este sentido Helie dice que los peritos son encargados de verificar y valorar el hecho sometido a su examen. A esta teoría se objeta que el criterio del encargo es formal y extrínseco y no afecta a la íntima esencia de la función.

Nosotros creemos que en estas ideas de delegado o encargado hay mucho de aprovechable, aunque no sirvan para una concepción unitaria del peritaje.

Para Carnelutti el perito no es medio de prueba, pues si bien es verdad que el encargo dado al perito por el juez es solamente una circunstancia puramente formal y extrínseca que no influye sobre la naturaleza del acto, esto no muestra que sea medio de prueba. Lo que interesa no es el encargo, sino el *contenido del encargo, que no consiste en una declaración, sino en la integración de la actividad del juez*, de donde el perito no es fuente ni medio de prueba.

En distinto lugar, dice el propio Carnelutti refiriéndose a la cuestión del nombre que «el oficio de perito no consiste en ser experto, sino en usar de un modo dado de la experiencia, esto es, en ponerla en provecho de la parte o del juez cuando una u otro tienen necesidad. La posición de Carnelutti fué recogida en el proyecto Mortara y, lógicamente, en el suyo propio.

Para Couture el dictamen de peritos no es propiamente medio de prueba, sino elemento de elaboración en la génesis lógica de la sentencia; es tan sólo uno de los muchos elementos integrantes de ese conjunto de operaciones intelectuales que es menester realizar para decidir, frente a cada caso concreto, el conflicto de intereses.

Algunos ven en el perito un tipo intermedio entre testigo y juez, y así, para Boretini, la pericia tiene esta doble naturaleza: como obra de apreciación participa de la función del juez, y por eso le son aplicables normas sobre recusación y, simultáneamente, participa también del lado formal del testigo en cuanto tiene análogo criterio regulador de su capacidad, e idéntico en el modo por el cual, mediante el juramento, deviene legitimado en la instrucción y en el juicio. Si bien, a pesar de estas afirmaciones, acaba sosteniendo que el perito es un auxiliar del juez en la formación del material de decisión.

E) *Posición propia.*

Estimamos que no puede darse una solución unitaria al problema de la naturaleza de la pericia.

Podemos enunciar una regla general, y es que hay que distinguir el perito del dictamen por él emitido. El primero es auxiliar

del juez, el segundo creemos es medio de prueba. A pesar de esta afirmación que, repetimos, tiene carácter general, existen una serie de casos en los que puede variar la calificación antedicha y que vamos a examinar.

III. TIPOS DE PERITOS

A) Casos de prueba pericial propiamente dicha.

a) Peritos civiles y penales.

Antes de entrar en el estudio doctrinal de la distinción entre los peritos penales y civiles hacemos a continuación, pues lo creemos de utilidad, un estudio comparativo de los diferentes conceptos legales que se refieren a unos y otros:

Los peritos son regulados en los artículos 1.242 del C. c., 610 de la LEC. y 456 de la LECr. Según el C. c. «sólo se podrá utilizar este medio de prueba cuando para apreciar los hechos sean necesarios o convenientes, conocimientos científicos, artísticos o prácticos». En la LEC. se lee: «podrá emplearse la prueba de peritos cuando para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos». Según la LECr., «el juez acordará el informe pericial cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos».

A simple vista existen las siguientes diferencias clasificadas sistemáticamente:

1.º En cuanto a la utilización: el C. c. emplea las siguientes palabras: «Sólo se podrá utilizar...»; la LEC.: «Podrá emplearse...»; la LECr.: «El juez acordará...».

Aunque del uso de las palabras empleadas por los textos legales antes citadas y de sus correlativas pudiera deducirse que según la Ley de Enjuiciamiento civil el empleo de los peritos es *siempre facultativo*, que conforme a lo dispuesto en la de E. cr. en algunos casos es *obligatorio* mientras que en el C. c. su carácter es ambiguo, lo cierto es que, prácticamente, estas diferencias no tienen valor alguno.

2.º En la calificación: En el C. c. «medio de prueba». En la LEC. «prueba». En la LECr. «informe pericial». La diferencia entre el primero y la segunda no tiene trascendencia real, no así la que se deduce de la LECr., y es que dicho informe no tiene carácter de prueba, por regla general, en la fase sumarial, ya que en el juicio oral (art. 723) se le cita entre las mismas aunque sin definirlo.

3.º En la finalidad o clase: El C. c. habla de «apreciar» y las leyes de enjuiciamiento de «conocer y apreciar». Aunque creemos que el legislador no tuvo intención de establecer esta diferencia, aludiremos más tarde a ella.

4.º Por el objeto de examen: El C. c. habla de «hechos», La LEC. de «hechos de influencia en el pleito»; la de E. criminal de «hechos o circunstancias». Diferencia sin trascendencia ninguna, pues aunque el C. c. no habla más que de *hechos*, lógicamente, sólo se puede referir a aquellos que tengan influencia en el pleito. En lo referente a la diferencia existente entre esta ley y la de enjuiciamiento criminal que habla de «Hechos y circunstancias», carecen también de relevancia.

5.º En cuanto a los conocimientos: El C. c. y la LEC. se refieren a conocimientos «científicos, artísticos o prácticos». En la LECr. falta lo de «prácticos». La diferencia aquí es real, y si se tomara en cuenta daría lugar a muy distintas aplicaciones en la práctica ya que elimina los conocimientos «prácticos», pero, la verdad, no vemos motivos para la misma.

Doctrinamente la cuestión de la diferencia entre peritos civiles y penales, está relacionada con la de si la prueba civil y la penal son idénticas o distintas. Es conocida la polémica entre Florián y Carnelutti, sosteniendo el primero que entre ambas existe una diferencia sustancial, diferencia que es negada por Carnelutti. Si se examinan los argumentos esgrimidos por uno y otro autor, se ve, que, en definitiva, la cuestión se reduce a la de la unidad o dualidad de los procesos. En realidad, aunque la prueba en el proceso penal se rija por principios distintos a los del proceso civil, sin embargo, dentro del campo de la prueba, existen conceptos y normas que pueden unificarse, y otras que exigen tratamiento distinto.

Pueden citarse algunos casos en el proceso penal, en que el perito desempeña una función distinta a la que realiza en el proceso civil, por ejemplo, el del médico encargado de vigilar la curación de un lesionado. Esto es cierto, pero también es cierta la diferencia en la actuación de un perito en las varias hipótesis del proceso penal. Lo que ocurre es, que, en el caso indicado, se trata de una actividad que como veremos no tiene verdadera naturaleza de prueba. En cambio, si observamos la actuación de un perito al tasar unos daños, bien sea en el proceso por delito de daños, bien en la tasación de un objeto en litigio civil, veremos que realmente sus actuaciones son idénticas, por lo tanto, será la naturaleza o clase de intervención la que delimite los tipos distintos de peritos, pero no la materia civil o penal del proceso en que se emita el dictamen.

a) *Diferencias en el tratamiento legal.*

Lo dicho no obsta a la diferencia de tratamiento legal, y así en nuestro derecho positivo hay diferencias marcadas en la regulación de unos y otros:

1.º Por las causas de recusación.

2.º Por la forma de nombramiento. En la LECr., los nombra el juez, mientras que en la de enjuiciamiento civil, por regla general, son nombrados por las partes, si bien, conforme a los artículos 614 y 616, los peritos son nombrados por las partes de común acuerdo, y, caso de no haberlo, el juez sorteará los nombres de tres por cada uno de los elegidos. Existe un caso especial en la Ley en que el sistema es distinto: el del art. 493, referente a los incidentes sobre fijación de la cuantía en el juicio ordinario, según el cual, las partes nombrarán un perito cada una y el juez un tercero que dirima la discordia si la hubiere, con lo que se sigue el sistema de la LEC. de 1855.

3.º Por el número. Dos en lo criminal; uno o tres en lo civil.

4.º En cuanto a la obligatoriedad. Aunque la diferencia de los principios que informen el proceso civil y el penal pudiera hacer pensar que sólo existe ésta en el proceso penal, puesto que, además, la ley de E. cr. hace referencia a dicha obligatoriedad en los arts. 346 y 357, sin que la de E. c. la mencione para nada, estimamos que en ambos procesos tiene el Juez poder para obligar a los peritos a la prestación de sus servicios y caso contrario incurrirán en la responsabilidad establecida en el C. p. (art. 372) en correlación a lo dispuesto por la LECr. (arts. 463 y 420).

b) Peritos «*percipiendi*» y «*deducendi*».

Los peritos pueden así clasificarse por la forma de su intervención. En este punto hay que hacer una distinción fundamental según que el perito se limite a observar, a aprehender o captar los datos que integran la prueba, o según que, además, juzgue o califique dichos datos. En el primer caso sólo percibe (p. *percipiendi*); en el segundo, además de percibir, deduce (p. *deducendi*).

Dentro del proceso penal, por la forma de su intervención, hay que distinguir, según el momento de aquélla: intervención en la fase sumarial o en el juicio oral.

Conviene, sin embargo, hacer otra distinción entre los peritos que intervienen en el sumario. Cuando se trata de reconocimientos o informe periciales que no puedan reproducirse en el juicio oral, la Ley de E. cr. en su art. 467, en relación con el 476, ordena estas intervenciones periciales como verdaderos medios de prueba en atención a que no pueden reproducirse, admitiendo la posibilidad de recusación de los peritos y la de la asistencia de las partes con sus correspondientes representantes al acto pericial. Pero cuando se trata de reconocimiento e informes periciales que pudieren tener lugar de nuevo en el juicio oral, la ley no permite recusaciones, ni intervención de las partes, estimando, pues, estas intervenciones periciales como meros auxilios a la actividad investigadora del Juez. No obstante, creemos que esta actividad investigadora del Juez es verdadera prueba y, por lo tanto, dichas

¿iligencias sumariales tienen esta naturaleza. Será prueba «levicr» o de menor importancia que la prueba del juicio oral, pero es indudable que tiende a producir el convencimiento del Juez de la certeza o incerteza de los hechos, ya que cuando acuerda o deniega el procesamiento practica una valoración de fondo, y según estime que existe o no, por lo menos una prueba indicial, resolverá en uno u otro sentido.

c) *Peritos oficiales y no oficiales.*

Otra distinción por la forma de su nombramiento es la de peritos oficiales designados por la Administración para todos los casos en general, y aquellos otros que no reúnen tal carácter. Para algunos, los primeros son auxiliares necesarios y los segundos medios de prueba. Esta distinción es errónea; su error consiste en conceder al perito oficial una autoridad mayor y una palabra más digna de fe que a los demás. Cuando la Administración designa para los Tribunales un perito oficial, a fin de que practique ciertas investigaciones, no tiene otro objeto que los intereses de la Justicia; quiere tener la seguridad de disponer de prácticos entendidos, y, por lo general, estos hombres nombrados por ella disfrutan de un sueldo fijo: he aquí todo lo que les distingue. Pero la confianza que pueden inspirar dimana lo mismo de ellos que respecto de otros, de la estimación en que se les tiene por su ciencia, y del mérito racional que se hace notar en sus informaciones; cuando el Juez los proclama dignos de fe, es siempre atendiendo a sus conocimientos científicos y especiales. Sin duda alguna, su nombramiento oficial es una garantía más de su ciencia, pero esta garantía se puede encontrar en otra persona: en el título, en los exámenes administrativos, en la reputación de aptitud del perito. Además, la Asociación de peritos oficiales no es, en manera alguna, indispensable y obligatoria, y el Juez instructor puede, en uso de sus atribuciones, designar otros en cualquier procedimiento. (Mittermaier.)

En nuestra opinión esta distinción tiene un carácter meramente administrativo que no hace variar la naturaleza de la prueba por los peritos practicada.

d) *Asesores expertos en las Magistraturas de Trabajo.*

En cuanto a estos su naturaleza ha sido discutida. M. Utande Igualada, después de examinar las distintas opiniones sobre el particular, concluye afirmando que no son Jueces (legos) ni desde luego testigos, ni tampoco peritos, sino que se trata de auxiliares de la Magistratura.

Funda el carácter de auxiliares de la Magistratura por las razones de ser éstos asesores elegidos entre los que figuran en la lista que proporciona el Delegado provincial de Sindicatos; en

el carácter obligatorio del cargo y en el hecho de que no quepa la recusación de los mismos, de cuyas notas saca como conclusión la oficialidad y dependencia de los asesores respecto del Magistrado, lo que estima como suficiente para incluirlos en la especie jurídica de auxiliares de la Magistratura.

Estamos de acuerdo en la distinción entre peritos y Asesores de la Magistratura del Trabajo. Existen, desde luego, diferencias formales en cuanto a requisitos de nombramiento, recusación, etcétera, existiendo además la posibilidad de concurrir estos Asesores con los testigos y peritos, cuya coexistencia indica la distinción de función. Ahora bien, esto no demuestra que el informe por ellos emitido tenga naturaleza distinta de medio de prueba.

A nuestro juicio es perfectamente admisible la concesión de la cualidad de auxiliares de la Magistratura a estos Asesores, de forma semejante a como los peritos tienen dicho carácter de auxiliares de los Jueces y Tribunales; la diferencia entre unos y otros es de carácter formal y en atención a su oficialidad, pero ello no excluye que tanto el dictamen emitido por los peritos como por los Asesores sea un verdadero medio de prueba.

e) *Peritos nombrados por las partes o por el Juez.*

Por la forma de ser propuestos, distinguimos aquí el perito nombrado por las partes del nombrado por el Juez, pero entendemos que no varía la naturaleza la función que realizan sean nombrados por unas u otro—como complemento de prueba, por este último (art. 340 LEC.)—o en uso de sus facultades en el campo del proceso penal.

f) *Pericia «in futurum».*

Muy discutible si se admite o no este tipo de pericia en nuestro proceso civil. Entiende algún autor que puede ser encuadrada dentro de los arts. 497 y 502 de la LEC. En caso de que realmente fuese admisible no cabe duda que habría que considerarla como verdadera prueba. En el proceso penal tiene realmente tal consideración la practicada en el supuesto del art. 467 de la LECr.

B) *Tipos de peritos que deben considerarse auxiliares del Juez*

a) *Intérpretes.*

Llamados ya por Carneiutti «peritos impropios», realmente la función que realizan es completar la prueba documental o testimonial, pero en sentido propio no pueden ser considerados como prueba pericial. Cuestión esta que no deja de tener importancia práctica, ya que, p. e., en los interdictos de adquirir no admite prueba pericial (1.644 LEC.); no obstante debe admitirse el complemento de un intérprete, pues en otro caso podría quedar pri-

vados de su fuerza probatoria un documento o un testigo. Son, en definitiva, auxiliares del Juez.

Una particularidad ofrece esta intervención técnica y es que, por ejemplo, en los casos de traducción hecha por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, deberá el Juez seguirla sin poder apartarse, ni utilizar su ciencia privada respecto del idioma de que se trate.

b) *Peritos en los cotejos de letras.*

La LEC. nos dice que dicho cotejo se practicará por peritos, con sujeción a lo que se previene en el párrafo 5.º de esta Sección (art. 606, con alusión al 5.º—arts. 610 y ss.—). Esta remisión al procedimiento de los peritos no indica que se trate de verdadera prueba pericial. Es realmente un complemento de la documental, que plantea problemas que tienen una solución análoga a la propuesta para el caso anterior.

c) *Tasadores en subastas.*

Es el caso que contemplan los arts. 1.237 (para el concurso) y 1.486 (para el procedimiento de apremio) de la Ley de E. c. «El avalúo—dice el primero de los arts. citados—se practicará por un perito elegido por el Juez en la forma que se determina en el art. 616 (se refiere a la evaluación de los bienes del concurso para su enajenación). El 1.486 nos dice: «En el caso de discordia se hará el nombramiento de perito tercero en la forma prevenida en el art. 616». Y sigue el propio artículo: «Este perito será recusable, conforme a lo establecido en los arts. 619 y ss.». En ambos casos los llamados peritos no tienen carácter de prueba, sino de auxiliares del juez.

d) *Asesores técnicos.*

En los casos en que el Juez asesorado no sea Letrado, tienen el carácter de auxiliares del mismo.

La función de estos asesores técnicos no puede decirse que sea medio de prueba, puesto que no contribuyen a formar la convicción judicial sobre determinados hechos. Su función es la de completar o suplir la falta de conocimientos técnico-jurídicos del Juez lego.

Por esta razón hacemos un apartado de estos Asesores técnicos dentro de los tipos de peritos que deben considerarse como auxiliares del Juez y cuya función no constituye prueba pericial.

C) *Tipos de distinta naturaleza*

a) *Médicos encargados de asistencia facultativa en los casos de lesiones.*

Según el art. 350 de la LECr., en los casos de envenenamiento

to, heridas... quedará el Médico forense encargado de la asistencia facultativa del paciente, a no ser... que prefieran la de uno... de su elección, en cuyo caso conservará aquél la *inspección y vigilancia* que le incumbe para llenar el correspondiente servicio médico-forense.

En este caso no se trata de una verdadera prueba ni tampoco de un auxiliar del Juez; nos parece que se puede sostener respecto de estos forenses la idea de que son «medios asegurativos de la prueba». Teniendo en cuenta que los delitos a que se refiere el art. 350 citado son delitos de resultado, penados en atención a éste, la actividad procesal se desdobra y tiende por una parte a probar la actividad del imputado y por otra a conservar inalterable el resultado, mediante su vigilancia.

c) *Prácticos en el terreno.*

Un caso particular que puede dar lugar a dudas en cuanto al carácter procesal de las personas que intervienen, es el regulado en el art. 634 de nuestra LEC: «Las partes, sus representantes y Letrados podrán concurrir a la diligencia de reconocimiento e inspección ocular, y hacer al Juez de palabra las observaciones que estimen oportuno.» «También podrá acompañar a cada parte una *persona práctica en el terreno*. Si el Juez estima conveniente oír las observaciones de estas personas, las recibirá previamente juramento de decir verdad.»

Tal precepto no figuraba en la Ley de 1855, la cual en su artículo 315 se limitaba a decir que «Las partes o sus representantes y Letrados podrán concurrir a diligencias de reconocimiento y hacer al Juez de palabra las observaciones que estimen oportunas. Estas se insertarán en el acta que se extienda».

Desde luego, es dudoso el carácter con que esas personas prácticas intervienen. Si hemos de atender a las palabras de la Ley, «el juramento de decir verdad se toma a los testigos; a los peritos se les recibe el de *desempeñan el cargo bien y fielmente* (art. 618). Por eso se comprende que Reus diga que a esas personas se les ha de interrogar por los extremos comprendidos en el art. 648 (las generales de la Ley) y que Manresa afirme que pueden ser tachados por las mismas causas que los testigos, pero no recusados como peritos, con los que no deben confundirse.

Alcalá Zamora las considera como *testigos peritos*, puesto que pueden hacer observaciones.

En opinión de Sentís Melendo, si bien parecen tener en parte la cualidad de testigos porque su conocimiento es anterior al proceso, a estas personas prácticas sería perfectamente aplicable lo que Calamendrei dice de los geógrafos a quienes se llama para que den noticia de un hecho que corresponde a su especialidad. Sin embargo, para ser peritos—sigue Sentís Melendo—, además de faltarles las circunstancias de designación y actuación exigidas

por la Ley, les falta también en cuanto al carácter de sus conocimientos el sentido de generalidad que es propio a toda ciencia, arte o práctica, estando limitados al objeto exclusivo que es materia de la litis; por ello considera Sentis que tales personas representan con exactitud el papel de *mandatario* de la parte para los fines concretos de ofrecer al Juez los datos que puedan interesarle en cuanto a la designación del terreno.

d) *Los llamados peritos extrajudiciales.*

Hay, ciertamente, una pericia extrajudicial de eficacia indiscutible, más nada tiene que ver, excepto en el nombre, con la pericia judicial auténtica. Los resultados de una pericia que se verifica extrajudicialmente y se aportan al proceso no deben ser considerados como prueba pericial y esto aunque se trate de intervención de peritos en otro proceso (incluso entre las mismas partes). La calificación que debe darse a dichas aportaciones varía según la forma de producirías; si el perito (que fué) declara oralmente en el juicio, actúa como un simple testigo y se le aplicarán las reglas de la prueba testifical (en contra S. 3-2-27); si se presenta por escrito el dictamen pericial, valdrá éste como documento—claro que sin plena eficacia en cuanto a su contenido—(en contra SS. de 12 de diciembre de 1881, 29 de diciembre de 1903, 9 de octubre de 1907 y 10 de junio de 1929), pero estas resoluciones desconocen la esencia procesal de la prueba documental (Guasp).

IV. DELIMITACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES AFINES

A) *Perito y testigo.*

No cabe duda que el caballo de batalla para la determinación de la naturaleza de la prueba pericial está constituido por la necesidad de su distinción de la testifical. La cuestión es muy debatida y muchas de las opiniones que hemos expuesto lo han sido en el intento de deslindar de manera tajante los campos de ambas instituciones procesales.

Lent (en la «Zeitschrift f. d. Zivilprozess») cita a Hegler y Heusler los que encuentran el criterio distintivo en que el perito depone sobre hechos presentes y el testigo sobre hechos pasados. Esta opinión se refuta por el hecho de que un dictamen emitido transcurridas varias horas desde que se hizo el examen convertiría al perito en testigo.

Según Gerland, el perito opera sobre hechos que están en el proceso; el testigo sobre hechos anteriores a la formación del mismo. Pero este se refuta observando que, p. e., un testimonio de

pago verificado después de hacerse la demanda, no perdería dicho carácter testimonial por hacerse en período procesal.

En opinión de otros, el perito observa y opera sobre hechos posteriores a su nombramiento como tal; el testigo, por el contrario, sobre hechos anteriores a su nombramiento para testificar. En contra se objeta que, p. e., en el caso del Médico nombrado perito que ve al actor en un paseo, si en el juicio declarase sobre este hecho, sería testigo, no obstante ser dicho hecho posterior a su nombramiento. No nos parece suficientemente fuerte la objeción, porque claro está que el Médico, sobre un hecho *distinto* de aquel en que intervino como perito, puede actuar como testigo.

Rosenfeld los distingue según sea o no superflua la audiencia, después de confesar el imputado. En el primer caso, se tratará de un testigo; en el segundo, o sea, si, no obstante la confesión, sigue interesando su declaración, será perito.

Para Florián el perito informa sobre casos o hechos técnicos. El testigo sobre hechos corrientes. Añade, además, que mientras el perito es fungible, el testigo no lo es. Crítica esta postura Carnelutti sosteniendo que en algunos casos especiales puede tratarse de una técnica en la que sólo haya disponible un perito y, por tanto, resultará éste infungible. Objeta a esto Calamandrei diciendo que, al menos en potencia, se puede encontrar otro perito siempre.

En Stoppato el criterio de distinción estriba en que el perito aporta al Juez el material técnico y el testigo el histórico.

Boretini dice que puede encontrarse otra nota distintiva entre la gratuidad de la prestación testimonial y el derecho a los honorarios de la prestación profesional del perito, si bien advierte que muchas razones militan en favor de conceder una compensación económica al testigo. Este criterio, además de tener en su contra el de ser de tipo formalista, no nos sirve para nuestro Derecho, donde al testigo ya se le concede una cierta remuneración o indemnización. Se habla también del carácter obligatorio o no obligatorio de la declaración, según se trate del testigo o del perito, respectivamente.

Para Carnelutti, la nota diferencial está en la función y no en la estructura. El testigo desempeña en el proceso una función pasiva, mientras que el perito desempeña una función activa; el testigo está en el proceso como objeto, el perito lo está como sujeto; el testigo es examinado, el perito examina. Distinción no muy precisa, puesto que, como dice Guasp, el perito es luego examinado.

En cierto modo podemos considerar superadas a todas estas teorías. En la actualidad creemos de la máxima importancia los puntos de vista de Stein y el de Hegler (y análogo el de Guasp).

Para Stein los peritos suministran máximas de la experiencia, y hechos y consecuencias derivadas de aquellas; el testigo sumi-

ristra hechos percibidos; distingue ambos institutos, por consiguiente, basándose en la clase de la declaración.

Hay que tener en cuenta, se objeta, que realmente toda aportación de pruebas es un juicio sobre hechos, desde—«vi a un hombre correr»—a otros más complicados.

Pero en definitiva, para Stein, la diferencia hay que buscarla en que el testigo proporciona hechos, o sea la premisa menor del juicio lógico y el perito máximas de experiencia de las que el Juez carece, y que forman la premisa mayor de dicho juicio lógico. Para ilustración de su teoría pone los siguientes ejemplos:

Testigo.—«Cuando vi al procesado a la puerta de su casa eran las doce en punto.»

Juez.—«¿Y de dónde lo sacó usted?»

Testigo.—«De que la Guardia estaba haciendo el relevo en aquel momento y los niños salían de la escuela.»

Otro ejemplo:

Perito.—«El aceite cuya prueba me ha presentado todo lo más puede considerarse de segunda clase, y no puede valer más de tres pesetas el litro.»

Juez.—«¿Y de dónde lo sacó usted?»

Perito.—«De que el aceite no es transparente, mientras que el de primera calidad tiene que ser completamente claro; y el precio indicado es el de cotización del aceite de segunda clase en esta comarca.»

Se ve que el testigo proporciona la premisa menor del silogismo que le ha conducido a la afirmación de que era mediodía; ahora corresponde al Juez, por medio de los conocimientos de la premisa mayor, acerca de la hora de salir de la escuela, etc., la exactitud de la conclusión, y según la exactitud de esta premisa mayor, que no la proporciona el testigo, sino que él conoce o debe determinar, tendrá como seguro o no que era mediodía.

En el segundo caso tomará la muestra en la mano y verá que el aceite es transparente, es decir, al contrario que en el ejemplo anterior; irá a comprobar la premisa menor para ver la exactitud de la premisa mayor, suministrada por el perito.

Debemos aclarar que en los ejemplos aducidos cuando decimos, por ejemplo, que el perito proporciona la premisa mayor del juicio, nos referimos al juicio lógico o silogismo que el Juez realiza para obtener una conclusión que será la que le sirva de medio de prueba, y, naturalmente, formará parte de la premisa mayor de la sentencia.

Más acertado vemos el criterio expuesto por Hegler. Para este autor el perito opera sobre los hechos en relación con la función procesal que realiza. El testigo tiene, por el contrario, carácter independiente. Distingue, por tanto, peritos y testigos por la razón de su introducción en el proceso.

La tesis sostenida por Guasp tiene alguna semejanza con ésta, si bien estimamos más concreta y clara su exposición, por lo que le seguimos aquí. La intervención de peritos—dice Guasp—repercute con su actividad en la instrucción del proceso, pero no aportando datos al mismo, sino más bien actuando sobre la significación de los ya aportados. Desde luego, cabe afirmar que las personas que intervienen con el nombre de peritos en el proceso no son partes en el mismo, ocupan una posición de terceros; más como en el proceso figuran como medios de prueba otros terceros (testigos), es preciso averiguar su diferencia específica. Tal diferencia viene dada experimentalmente por el hecho de que no *advienen* al proceso en virtud de una relación extraprocesal con los datos. Tales personas aparecen con anterioridad al comienzo del proceso y fuera de él como totalmente desligadas de los datos sobre los que más tarde deponen; si se ponen en contacto con dichos datos, *es a través de un encargo que constituye un acto procesal*, observándolos y apreciándolos mediante observaciones que son también actos procesales, declarando sobre ellos, en virtud de actos que revisten, asimismo, naturaleza procesal.

El caso más frecuente de su empleo—seguimos resumiendo a Guasp—es aquel en que los actos de prueba exigen conocimientos especiales, pero idénticos, en su esencia son aquellos que no obedecen a esta necesidad, sino a valerse de la actividad con fines probatorios de otras personas, por motivos diversos: peligro para el órgano jurisdiccional, comodidad del mismo o causa análoga.

En definitiva—dice Guasp—, perito es la persona que, sin ser parte, emite con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaración sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su captación.

El hecho de que la nota diferenciadora se halle en una pura circunstancia de actividad lleva a preguntarse a Guasp si no sería posible una aproximación de ambos tipos de prueba, haciendo en realidad del perito una especie de testigo (Scientific Witness, Expert testimony); unida esta dirección a la que acerca la confesión al testimonio (dando a aquella el nombre de interrogatorio de las partes), produciría una unificación de la prueba personal altamente plausible en su significación teórica y en sus resultados.

El interés práctico legal en la distinción entre perito y testigo estriba en determinar si a la persona en cuestión deberán afectarle las causas de recusación o las tachas según tengan una u otra consideración.

No precisamos aquí indicar las diferentes consecuencias bien conocidas de uno u otro tratamiento, pero sí queremos hacer resaltar la mayor analogía, empezando por el nombre, que existe entre las causas de recusación de los peritos y las de recusación del Juez, que entre aquéllas y las tachas de los testigos, lo que es un cierto argumento en pro de la tesis de tratarse—al menos en nuestra legislación—de auxiliares del Juez.

Sin embargo, no siempre se ha seguido igual criterio, pues si bien en el Código italiano de 1865 (art. 254) se equiparaban las causas de recusación de los peritos a las de recusación del Juez, en el Código de procedimientos francés (art. 310) las causas de recusación de peritos son iguales a las causas por las que pueden ser tachados los testigos.

Hasta ahora hemos procurado, en abstracto, señalar la nota diferencial entre el testimonio y la pericia. Brevemente, nos referimos a continuación a una serie de casos concretos en los que surge la duda de si el interviniente en ellos es un perito o un testigo, o bien ambas cosas, simultáneamente.

a) El llamado testigo-perito. Menciona Kisch el caso del médico que describe los datos de una enfermedad que conoce como profesional de cabecera a fin de que sirvan de base a otro médico para que este diclamine como perito. Realmente su naturaleza dependerá de los actos que realice procesalmente si relata e informa simultáneamente cumple conjuntamente dos funciones: la del testigo y la del perito, y puede ser considerado como tal testigo-perito. Si, aunque *técnico* se limita a *relatar* el proceso de la enfermedad se convierte en un testigo, y si se limita a *informar* se trata de un perito. La dificultad está en señalar en el caso concreto de que se trate dónde termina el *relato* y comienza el *informe*.

b) Médico encargado de examinar visceras. En este caso, presentado por otro autor, se sostiene que si el Juez está presente en el momento de examinar el médico las visceras se trata de un testigo; caso contrario, es decir, si el Juez no está presente, se le considera como testigo y perito simultáneamente. Entendemos poco fundada esta distinción que hace depender la naturaleza de perito o no de un hecho extraño a la función realizada. Realmente creemos que se trata de un perito que examina y que posteriormente informa sobre lo examinado. El problema de que sea una u otra cosa no tiene un mero interés teórico, puesto que si es recusado, dicen, su informe puede valer como testimonio. En nuestra opinión entendemos que no, puesto que, como hemos dicho, sigue siendo realmente un perito.

c) Hechos notorios: caso del historiador o geógrafo.

En el caso de un hecho notorio, para Calamandrei, la persona llamada al juicio para dar aclaraciones sobre la notoriedad del hecho asume oficio de perito y no de testigo. Se funda este autor en que la persona llamada para en estos casos dar aclaraciones tiene carácter de fungible, que es esencial al perito.

Analogía con el hecho notorio tiene el caso, al historiador o geógrafo discutido por Carnelutti y Calamandrei. Opina Carnelutti que el historiador o geógrafo que expone al Juez un hecho que conoce por razón de sus investigaciones científicas, tiene carácter de testigo. Calamandrei, comentando esta opinión de Carnelutti, expuesta, como decimos, para los casos concretos del historiador y del geógrafo (y que supone este autor que Carnelutti extende-

ría a todos los casos de hecho notorio), dice que es errónea, apoyándose principalmente en el expuesto carácter de fungibilidad, y aunque Carnelutti argumenta que puede tratarse de un hecho especial sólo conocido por una persona y, por tanto, no tener éste carácter fungible, replica Calamandrei que al menos en potencia existe dicha fungibilidad.

Por nuestra parte, siguiendo el criterio distintivo de Guasp estimamos que en los casos citados la persona que declara tiene carácter de perito por haber entrado en relación con los datos del proceso por encargo especial del Juez y no de forma casual.

B) *Peritos en inspección judicial.*

En las legislaciones modernas, en general, se suele admitir la intervención de peritos en la prueba de inspección ocular, no solo cuando acompañan a las partes (como los «consulte tecnici» italianos), sino que, con gran frecuencia, tanto en la prueba civil como en la penal se practica la inspección del Juez acompañado de los peritos; por ello, cuando se ordena por el Juez a éstos la práctica de algún examen, sin su asistencia, se ha opinado por algunos que no es más que una forma de practicar un reconocimiento judicial por delegación o sustitución, ya que si el Juez no concurre es por dificultades materiales (por ejemplo: el albañil que examina el estado de una obra) o por la inutilidad de su asistencia por carecer de conocimientos técnicos, o bien por consideraciones sociales; ante la inutilidad de su presencia; por ejemplo, al examinar a una presunta violada sobre la condición de su virginidad. Se estima que si el Juez hace el reconocimiento asistido del médico que dictamina se tratará de una inspección del Juez, y si por las consideraciones sociales antes aludidas no interviene, sino que es reconocida por el médico forense o por una comadrona, lo que en definitiva ocurre es que el Juez se vale de un auxiliar suyo que por su delegación realiza el reconocimiento.

Realmente no cabe negar que en el caso expuesto del albañil que interviene ocupando el lugar del Juez por razones de peligro para éste, se realiza una función delegada por el mismo; sin embargo, la prueba por reconocimiento judicial supone una intervención personal del Juez, por ello en los nombres empleados para esta prueba en los Códigos en general se refieren a la intervención personal del Juez: «Inspección personal del Juez» (C. c., art. 1.240); «Reconocimiento judicial» (L. e. c., art. 633); «Inspección ocular» (Art. 326 de l. e. cr.); «Ispezione giudiziale» (Códigos procesales, civil y penal italianos, arts. 258 y 309, respectivamente); «Augenschein» (§ 86 de la Stpo. alemana).

Creemos, pues, que en todos estos casos de delegación se desnaturaliza la prueba de reconocimiento judicial y que estaremos en presencia de otra clase de prueba por intervención de tercera persona.

La duda surge en cuanto a su determinación de naturaleza pericial o testifical. Si se sigue el criterio de Stein se tratará de un testigo, puesto que suministra datos de la premisa menor. Según el criterio de Hegler y Guasp estaremos en presencia de un perito, puesto que entra en relación con los datos por encargo del Juez.

C) Juicio de peritos.

No siempre se ha diferenciado con exactitud el peritaje que se practica como elemento de un proceso y el que constituye por sí solo un proceso autónomo. El peritaje no es un juicio, pero existe el verdadero juicio de peritos que no pertenece al campo de la prueba. A este juicio se refiere Costa, quien afirma que el juicio pericial no es más que una especie del género «arbitraje». No obstante esta afirmación creemos que entre ambas instituciones existen diferencias fundamentales, si bien los peritos en estos juicios no son meros informantes, sino juzgadores.

El T. S. estableció durante la vigencia de la Ley de 1855 la doctrina debida, diciendo, aun cuando el Juez pueda apartarse del dictamen de los peritos cuando el juicio pericial se realiza como medio de prueba, tiene por el contrario obligación de sujetarse a él cuando es resultado de un convenio en que las partes se obligaron a pasar por la regulación que hicieran los peritos (Sentencia de 30-10-78).

La Ley de 1881 reformó la denominación de la de 1855 mudándola por la más adecuada de «Dictamen de peritos», y no habla de juicios de peritos, lo cual no quiera significar que no exista tal juicio, pues así lo vemos reconocido por sentencia de 19-5-1890 del T. S. al decir que «la valoración pericial no es un simple medio de prueba, sino que tiene un carácter especial como de arbitraje».

Sin embargo, se han confundido estos conceptos, según afirma Costa y entre otras, en las sentencias de 27-4-87, 20-10-92, así como en el Reglamento para daños a la agricultura por las industrias mineras de 18-12-90. Para Costa en este último se denomina informe o dictamen a lo que es verdadera decisión recaída en juicio; mas confrontando el texto entendemos se trata de dictamen, puesto que aunque resuelve el Gobernador, el artículo 19 obliga a aceptar el justiprecio.

La distinción entre el peritaje y el juicio de peritos la vemos claramente reconocida en algún Código extranjero; por ejemplo, entre los hispanoamericanos, en el artículo 638 del Código de Córdoba (Argentina), que dice que presentada la solicitud (de deslinde) el Juez mandará practicar la operación por el perito que el interesado proponga, quien desempeñará las funciones del Juez de mensura.

A veces se ha establecido cierta analogía entre los peritos y

los árbitros, aunque las diferencias entre los mismos son bien palpables:

1) El árbitro es nombrado por las partes, aunque accidentalmente pueda serlo por el Juez. El perito es nombrado por el Juez, aunque en su designación puedan intervenir las partes.

2) El árbitro sigue un juicio. El perito interviene en el juicio seguido por el Juez que lo nombra.

3) El árbitro resuelve sobre la totalidad de la litis sometida a su decisión. El perito, sobre un aspecto de hecho que el Juez le señala.

4) El árbitro dicta una decisión que el Juez no puede entrar a examinar; contra ella la Ley otorga recurso. El dictamen del perito sólo puede ser objeto de examen por el Juez.

IV. CONCLUSIONES

Hemos expuesto a lo largo de nuestro trabajo una serie de doctrinas acerca de la naturaleza de la pericia y sobre su distinción con otros institutos procesales afines, fundamentalmente con el testimonio.

Damos a continuación, y como conclusión a nuestro trabajo, una serie de observaciones, que tenemos por más certeras, acerca de este problema.

1.ª La primera observación que hemos de hacer es que bajo el nombre de peritos se conocen común y legalmente a una serie de técnicos que en realidad cumplen funciones muy distintas. Ello es la principal causa del confucionismo que existe sobre la materia. Un técnico será siempre un perito en sentido vulgar, pero aquí tratamos de encontrar un concepto netamente jurídico de la pericia, y aquél no nos sirve. Entre técnico y perito en sentido jurídico existen profundas diferencias. Su actividad procesal es de naturaleza diferente, y aquí, creemos, está la medula para la solución del problema. Caben peritos no técnicos (se ha dicho por Guasp y Hegler); pero caben, además (y esto no lo hemos visto dicho), técnicos no peritos; así, por ejemplo: los casos del tasador, intérprete, asesor técnico. Estos son meros auxiliares del Juez y no debieran denominarse peritos, sino, exclusivamente, como están nombrados. A estas personas entendemos se les debería aplicar la posibilidad de ser *recusadas*, incluso en la fase sumarial.

2.ª Al tercero que facilita datos, sean de la premisa mayor o premisa menor, hay que atender para calificarle de perito o testigo a la forma de entrar en relación con esos datos; pero de todos modos se trata de un medio de prueba. El tratamiento, pues, debe ser igual para el perito que para el testigo. No importa la condición de fungibles o no, pues a veces hay un solo perito (y entonces no es fungible), y otras, muchos testigos (sustituibles entre sí). Tampoco tiene interés el carácter técnico: el testigo que afirma que el automóvil que ocasionó el accidente no pudo frenar

per ir demasiado de prisa, facilita máximas de experiencia concididas por cualquiera; el técnico que afirma lo mismo, pero se basa en el desgaste de ruedas, estado del piso u otras apreciaciones técnicas, aporta datos de igual naturaleza al proceso.

3.^a En definitiva, y a los efectos de nuestra legislación, hay que prestar la mayor atención a las denominaciones de peritos dentro de los textos legales. El confusionismo proviene en su mayor parte de imprecisión terminológica por la atribución a todos los «técnicos» de la cualidad de «peritos». De ahí proviene el que para muchos el perito sea un auxiliar del Juez, pues no se pueden despojar del lastre que la denominación de «perito» (aplicada imprecisamente) ha dejado en sus ideas, y el hecho de haber visto en la Ley—casos citados de la nuestra: tasador, intérprete, etc.—tratados como «peritos» a *meros auxiliares del Juez* no les ha dejado ver claramente su verdadera naturaleza. El problema, repetimos, tiene su base en el confusionismo existente entre los conceptos doctrinales de auxiliar, testigo y perito de un lado, y en las diferencias con la calificación legal de los mismos. En un principio, es lógico se introdujera el concepto de perito en las legislaciones en su significación vulgar: «perito» resultaba igual a «técnico», o sea, persona con conocimientos especiales en alguna materia. No existía, pues, un concepto exclusivamente jurídico del «perito». Pero este concepto vulgar, del que quedan muchos rastros en las distintas legislaciones ha resultado insuficiente en la práctica judicial. Ello ha movido a los comentaristas a la búsqueda de dicho concepto jurídico. Para darle podemos tomar como base la tesis ya expuesta de Guasp y aplicarla a una nueva Ley de enjuiciamiento que pudiera surgir; despojaríamos así el concepto de «perito» de su gigantesca amplitud vulgar, encuadrando dentro del mismo únicamente aquellas personas que reunirían los caracteres solicitados, mientras que a los demás «peritos» (en sentido vulgar) les aplicaríamos la denominación de «técnicos». Con ello creemos se habría dado un gran paso en la solución de los problemas que la pericia plantea.

BIBLIOGRAFIA

Damos a continuación un catálogo bibliográfico exclusivamente sobre pericia, que creemos carecerá de omisiones de importancia.

ACUÑA: *Peritos y testigos. Su diversa función*. Revista de Jurisprudencia argentina, 1934.

ALIMENA: *La perizia nel giudizio penale*. Rivista penale, 1911, vol. 73.

ALSBERG: *Frei Ablehnbarkeit eines beantragten Sachverständigen beweisess im Strafprozess?* Leipziger Zeitschrift für Deutschen Recht, 1915.

ASCARELLI: *Periti medici e consulenti tecnici*. Giustizia penale, 1933, I.

BAFILE: *Testimonianze di fanciulli e perizie psicologiche*. Scuola positiva, 1933, I.

BARBERON-GODIVIER: *Les expertises agricoles avant et après incendie*. Anger, 1911, Giraudeau.

- BARSOTTI: *Sulla motivazione della perizie specialmente nella espropriazione per pubblica utilità*. Rivista di Diritto processuale civile, 1928, II, 70.
- BIONDI: *La distinzione fra perizie e testimonianze*. Foro Italiano, 1937, IV.
- *La perizia giuridica*. Firenze, 1935.
- BORETTINI: *La perizia nel processo penale*. Padova, 1940.
- BUNEJEV e FEIMBERG: *La perizia psichiatrica nel processo sovietivo*. Giustizia penale, 1937, I.
- CARNELUTTI: *A proposito di un nome*. Riv. di Dir. proc. civ., 1927, II.
- *Prova dell'infermità mentale*. Riv. di Dir. proc. civ., 1942, II, 56.
- *In tema di ricusazione preventiva del perito*. Riv. di Dir. proc. civ., 1924, II, 249.
- *Poteri e doveri del giudice in tema di perizia*. Rivista di Diritto commerciale, 1916, II.
- CARRARA: *La tecnica del consulente tecnico*. Archivio di antropologia criminale, 1936.
- CASSINELLI: *Ancora sul rifiuto della perizia psichiatrica in Corte di Assise*. Scuola Positiva, 1931, II.
- CAZIOT: *Expertises rurales et forestières*. 1924, Baillière.
- COUTAGNE: *Manuel des expertises médicales en matière criminelle*. 1887, Lyon, Storck.
- CREPIEUX-JAMIN: *Libres propos sur l'expertise en écritures*. 3.^a edición. 1935, Alcan.
- CHARLIAC: *L'expertise en matière criminelle*. Poitiers, 1936. Tesis.
- D'ONOFRIO: *Perizia*. Nuovo Digesto Italiano.
- DEHESDIN: *De l'expertise en matière criminelle*. Paris, 1901, Rousseau.
- DEJEAN: *Traité théorique et pratique des expertises en matières civiles, administratives et commerciales*. 1901, Chevalier, Marescq.
- DERVIEUX: *Les expertises medico-légales*. Paris, 1901, Baillière.
- DI TULLIO: *Lo studio delle personalità del reo e l'ammisione della perizia psichiatrica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*. Rivista di Diritto Penitenziario, 1938.
- DRIoux: *Etude sur l'expertises medico-légales et l'instruction criminelle*. 1886, Pichon.
- DURANT MORIMBEAU: *Manuel des expertises civiles*. 1891, Chevalier, Marescq.
- FALGUERAS y OZAETA: *Estudios jurídicos sobre la prueba pericial*. Revista de Legislación y Jurisprudencia, vol. 117-130.
- FERRI: *Testimonio assunto come perito nel giudizio*. Scuola Positiva, 1925, II.
- *Unicità di perizia scolta con sucesivi quesiti*. Scuola Positiva, 1925, II.
- FULD: *Sachsverständige und Kein ende*. Juristische Wochenschrift, 1912.
- GABRIELI: *Perizia (penal)*. Nuovo Digesto Italiano.
- GARRANI: *Perizie amministrative e contabili in materia penale*. Milano, 1937.
- GENESTEIX: *L'expertise criminelle en France*. 1900, Pedone.
- GONZÁLEZ MULLIN: *Honorarios de los peritos*. Buenos Aires, 1944.
- GREVEMEYER-KAMMEL: *Ser Sachsverständigen im Dritten Reich und seine Gutachtertätigkeit*. 1936.
- HABERLEIN: *Die Sachsverständigen im Deutschen Recht*. 1911.
- HEGLER: *Die Unterscheidung des Sachsverständigen von Zeugem im Prozess*. Archiv für Civilistische Praxis, vol. 104.
- HERSCHEL: *Gehrimissunterlagen des Sachsverständigen*. Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, vol. 62.
- HORTELOUP: *Du droit de réquisition des médecins-experts par la Justice*. 1890, Baillière.
- ISOLDI: *Perizia con perito unico*. Rivista di Diritto e procedura penale, 1920, I.
- KLEIN: *Pflichten und Rechte der Sachsverständigen im deutschen Recht*. Berlin, 1931.
- KUNELSKY: *Der Sachsverständige im Zürcherischen Zivilprozess*. Zürich, 1936.
- LACASSAGNE: *Les expertises medico-légales*. 1885, Lechevalier.
- LACOMBLEZ: *Traité théorique et pratique des expertises en matière criminelle*. 1911, Rousseau.
- *La réforme des expertises*. 1912, Libraire judiciaire.

- LANZA: *La perizia nel giudizio penale*. Rivista penale, 1911.
- LEFEVRE: *L'expertise devant les juridictions civiles*. Caen, 1913.
- LENOTTE: *Des expertises devant les Conseils de préfecture*. Paris, 1905, Marchal et Billard.
- LENT: *Zur abgrenzung des Sachverständigen vom Zeugen im Zivilprozess*. Zeitschrift f. d. Zivilprozess, vol. 60.
- LEREDA: *La riforma des expertises medico-légales*. Revue Pénitentiaire, abril 1899.
- LESCOEUR: *L'expertise contradictoire*. Revue Pénitentiaire, vol. 29.
- LESSONA: *Perizie civile e perizie penale*. Rivista di Diritto penale e Sociologia criminale, 1900.
- LUCCHINI: *Postilla a l'articolo di Valentì «Il perito dei periti»*. Rivista penale, vol. 93.
- MALLARD-RAVIART: *Traité complet de l'expertise judiciaire*. 1935, Marchal et Billard.
- MANASSE: *Der Sachverständige*. 2.^a edición, Berlin, 1932.
- MARSICH: *La natura giuridica della perizia*. Riv. di Dir. e proc. penale, 1923, I, 8.
- MASQUELIN: *L'expertise contradictoire*. Revue de Droit pénal et criminologie, 1934.
- MAYA: *El perito y su informe en materia civil*. Tesis. Quito, 1932.
- MAYNAR BARNOLAS: *Práctica de la prueba pericial*. Rev. de Tribunales, 1907, 55.
- MEDER: *Die Ablehnbarkeit des Sachverständigenbeweis in Strafprozess*. 1933.
- MESTRE: *Les experts auxiliaires de la Justice civile*. Tesis. Paris, 1937, Recueil Sirey.
- MESLIER: *Des expertises en matière criminelle*. Tesis. Paris, 1901.
- MEYER: *Deutsche Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige*. 9.^a edición, 1938.
- MEZGER: *Der Psychiatrische Sachverständige im Process*. Archiv für die Civilistische Praxis, tomo 117.
- MILILLO: *La modificazione delle conclusioni peritali dopo il rinvio a giudizio*. Rivista ital. di Dir. Pen., 1933, II.
- MINVILLE: *Le nouveau régime de l'expertise en matière pénale*. 1936, Recueil Sirey.
- MORGENTHAU: *Zeugen und Sachverständige*. Heidelberg, 1913.
- MUGEL: *Der Sachverständige in Zivil und Strafprozess*. Köln, 1931.
- MURRI: *Saggio di perizie medico-légali*. Bologna, 1918.
- OBERMAYER: *Die Lehre von den Sachverständigen in Civilprozess*. München, 1880.
- ORTUÑO: *La prueba pericial*. Revista de Tribunales, 1911, 612.
- OTERO: *De la prueba pericial*. Revista de Tribunales, 1905.
- PELLEGRINI: *Studio sulla tecnica dei quesiti medico-légali*. Foro penale, Catania, 1928.
- PENICHER: *De la prueba pericial*. Rev. Legisl. y Jurisp., vol. 102.
- PERRANDO: *Sull'indole giuridica della perizie psichiatrica*. Giustizia penale, 1932, I.
- PLAZA: *Valor probatorio de la prueba pericial extrajudicial*. Revista de Derecho privado, vol. 8.
- POLACCO: *Note sulle perizie civile comparate alle penali*. 1899.
- RAVON: *Traité pratique et juridique de l'arbitrage et de l'expertise avec la jurisprudence*. 4.^a edición, 1944, Recueil Sirey.
- RÉMY: *Théorie et pratique des expertises en toute matière*. Lieja, 1873, Dessain.
- RENDE: *Discrezionalità tecnica ed eccesso di potere in materia di perizia*. Rivista di Dir. e proc. pen., 1916, II.
- RICCI: *De la prova peritale*. Milano, 1879.
- RIGAUD: *Expertises et arbitrages*. 1901, Gautier Villars.
- RODRÍGUEZ: *Práctica de la prueba pericial*. Revista de los Tribunales, 1907, 20-

- ROTONDI: *Acceso giudiziale e perizia a futura memoria*. Riv. di Dir. proc. civ., 1925, II.
- RUIZ: *Le perizie nei procedimenti penali*. Giustizia penale, 1899.
- SACERDOTE: *L'accertamento della reità e la perizia psichiatrica*. Giustizia penale, 1932.
- SANTORO: *Revisione e rinnovazione di perizie*. Scuola Positiva, 1918.
- SAVERIO-GIARGIULO: *Perizia*. Digesto Italiano.
- SENTÍS MELENDO: *El perito tercero*. Revista argentina de Derecho procesal, 1945, II, 20.
- *La pericia in futurum*. Revista de Derecho procesal (argentina), 1943, II, 256.
- *Nombramiento de peritos de oficio y por designación de las partes*. Revista de Derecho procesal (argentina), 1945, II, 55.
- SORGIU: *La modificazione delle conclusioni peritale nelle more del giudizio*. Scuola Positiva, 1932, I.
- SOUVAY: *De la réforme de l'expertise medico-légale devant les juridictions pénales*. Tesis. Paris, 1935, Domat.
- STOPPATO: *La perizia scientifica nel processo penale*. Rivista penale, vol. 45.
- TAMASSIA: *La perizio medico legale*. Rivista penale, vol. 10.
- TARGETTI: *Motivazione delle ordinanze del Presidente d'Assise in tema di perizia psichiatrica*. Riv. di Dir. e proc. pen., 1926, II.
- TENZIO E GIUNTA: *Della prova peritale nel giudizio penale*. Riv. pen., vol. 71.
- TESTA-PICOLINI: *Il Codice della perizia*. 1894.
- UTANDE: *Asesores expertos en la Magistratura del Trabajo*. Tesis (parcialmente publicada en Rev. de Derecho privado, 1945).
- VACANO: *Sachsverständige und Augenschein*. Berlin, 1938.
- VASSEROT: *Manuel complet des experts (Nouveau)*. 7.^a edición, 1846, Roret.
- VIETES: *La química como auxiliar de la Justicia*. Rev. de Legisl. y Jurisp., vol. 77, 38.
- WEIMANN: *Der Sachsverständige Zeuge*. In. Diss., Breslau, 1926.
- ZIMMERL: *Sachsverständige Laienrichter*. Tübingen, 1934.

RÉSUMÉ

L'auteur développe le thème proposé en se référant principalement à l'aspect pénal du procès, en exposant les différentes théories, fondamentalement celles qui considèrent l'expérience comme un moyen de preuve et celles qui croient qu'il s'agit d'un auxiliaire du juge. Pour traiter la nature de l'institution il part de la distinction entre l'expert et le témoin, puisque l'expérience semble-t-elle avoir les affinités les plus grandes avec l'institution du témoignage.

Il maintient enfin que la thèse de la "technicité" de l'expérience doit être rejetée et que à cause de cela nous ne pouvons plus utiliser ce critérium pour savoir si nous nous trouvons vis-à-vis d'un expert ou d'un témoin. Il cite quelques cas de techniciens de la procédure qui ne peuvent pas être considérés proprement comme une preuve d'experts.

Il signale comme critérium distinctif entre les deux institutions la façon selon laquelle apparaît la relation du sujet avec les données du procès. Si cette relation apparaît d'une façon casuelle, nous nous trouvons devant un témoin; mais tout au contraire quand la relation surgit par une ordre du juge, nous voilà devant un expert.

SUMMARY

The author develops his theme, principally in what concerns the penal aspect of the legal procedure, by exposing the different theories, fundamentally the ones which consider expertness as a method of proof and the ones that consider it as a help for the judge. To treat the nature of the institution he starts from the distinction between the expert and the witness, as expertness seems to have the greatest affinity with the institution of testimony.

He maintains finally that the theory of the "technicality" of expertness must be discarded and that therefore we are unable to use this criterion to know whether we are facing an expert or a witness. He quotes some cases of experts of legal procedure who cannot be considered properly as a proof of expertness.

He points out as a distinctive criterion between both institutions the way in which the relation of the subject with the datums of the procedure appears. When that relation does it in a casual way, we are before a witness; but on the contrary when the relation appears by an order of the judge, we are facing an expert.