

La prueba pericial en los procesos judiciales

Ángel Luis Campo Izquierdo

Magistrado-Juez, titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 (Familia) de Gijón (Asturias).

Diciembre de 2011

ÍNDICE

1) Introducción

2) La prueba

- 2.a) Concepto
- 2.b) Clases
- 2.c) Carga de la prueba
- 2.d) Objeto de la prueba

3) La prueba pericial

- 3.a) Concepto
- 3.b) Características
- 3.c) Fundamento
- 3.d) Antecedentes
- 3.e) Naturaleza jurídica
- 3.f) Tipos
- 3.g) Requisitos para ser perito
- 3.h) Momento en que puede ser pedida la pericial
- 3.i) Justicia gratuita
- 3.j) Declaración de pertinencia
- 3.k) Cómo es el informe
- 3.l) La asistencia de las partes al momento de la elaboración del informe
- 3.m) Formas en que puede actuar el perito
- 3.n) Derechos y Deberes
- 3.ñ) Valoración
- 3.o) Recusación y Tacha

4) Testigo perito

1) Introducción

Nuestra sociedad vive la cultura del pleito ya que es muy difícil que, ante un conflicto, las partes implicadas intenten realmente abrir vías de diálogo, siendo lo más frecuente acudir a los abogados a fin de que inicien cuanto antes el proceso judicial y sea el juez quien resuelva las controversias. Es decir, se pasa de puntillas sobre otras alternativas de soluciones a los conflictos: conciliación, arbitraje y mediación.

Históricamente, se ha pasado de la Ley del Talión a la idea del proceso judicial (Hammurabi) y ahora se están abriendo camino vías alternativas para resolver los conflictos.

Una vez en el juzgado, es necesario tener en cuenta unas nociones básicas sobre los siguientes conceptos: Proceso. Procedimiento. Partes. Ministerio Fiscal. Postulación. Demanda. Contestación. Reconvención. Prueba, Sentencia. Auto. Providencia. Decretos. Principios Procesales.

- Proceso. El proceso es una serie encadenada de actos del hombre, un conjunto de actividades reguladas por el derecho procesal, que tratan de alcanzar un determinado fin. Su contenido consiste en actos de las partes, del Ministerio Fiscal y del órgano jurisdiccional, recíprocamente condicionados, de suerte que cada uno de ellos depende del anterior y condiciona el siguiente. El fin al que todos tienden es lo que permite ordenarlos en su complejidad y considerarlos como una unidad. Viene a ser, pues, el mecanismo creado por el Estado para evitar que los ciudadanos se tomen la justicia por sí mismos, convirtiéndose en el garante de la eficacia de sus derechos. Sinónimos de proceso son juicio, pleito, contienda, cuestión, causa.

- Procedimiento. Conjunto de reglas o normas que permite encauzar el proceso, estableciendo el orden de las actuaciones, midiendo en unidades de tiempo su duración. Podríamos decir que el proceso es el contenido y el procedimiento es el continente. Debiéndose lograr, para la buena marcha del mecanismo, un perfecto equilibrio entre ambos, esto es, entre la rigidez de las normas procedimentales y la eficacia y garantía de los derechos e intereses que se dilucidan o ejercitan dentro del proceso.

- Partes. Son los sujetos que originan gran parte de los actos que se producen dentro del proceso. Según la fase del procedimiento en que nos encontremos, se pueden llamar: demandante/demandado, recurrente, apelante, ejecutante/ejecutado, etc.

Conviene tener presente que el concepto de parte es independiente de la existencia o no de controversia. No se es parte por el hecho de tener interés contrapuesto a otra persona. Aun existiendo coincidencia de intereses y de voluntad, es plenamente inidentificable y relevante la parte. Así, en contra de los que opinan ciertos autores, en la jurisdicción voluntaria también se puede hablar de partes y no como hacen ellos de simples interesados.

- **Ministerio Fiscal.** Es un órgano administrativo, sujeto a una determinada organización en el ámbito del Estado. Representa el interés del Estado y de la comunidad en general en la observancia y cumplimiento de las leyes por parte de los ciudadanos. Es, así mismo, un órgano de comunicación entre el gobierno y los tribunales. Su función primordial, es hacer respetar y cumplir el principio de legalidad. Su actuación viene presidida por los principios de unidad, dependencia y legalidad.

Por otro lado, su intervención en los procesos puede revestir diferentes formas: 1) Como parte (en las acciones de nulidad, divorcio y separación); 2) Como representante (cuando en el proceso están afectados menores de edad o incapaces); 3) Como garante del principio de legalidad (cuestiones de competencia, suspensiones de actuación por cuestiones prejudiciales penales, etc.); 4) Una intervención genérica, como ocurre en los procesos de jurisdicción voluntaria (en estos momentos, y en tanto no se publique la nueva ley reguladora de esta jurisdicción, está en vigor la LEC de 1881).

- **Postulación.** Consiste en la necesidad de intervenir en determinados procesos, asistidas las partes de determinados profesionales: Abogados (con una labor de asesoramiento, pues ostenta la defensa técnica de las partes); y procurador (con una función de representación - poder notarial y poder *apud acta*-, pues vienen a actuar en lugar y en nombre de la parte, con el límite en cuanto a sus facultades que se fijan en el poder) (arts. 23 y ss de la LEC).

- **Demanda.** Es el acto procesal de parte, constitutivo de la relación jurídica procesal, es el primer acto procesal y en ella se deben describir los hechos en que base la actora su pretensión, los fundamentos jurídicos que considera aplicables a los mismos y el suplico, que es donde se concreta la pretensión. La forma y contenido de la demanda viene regulado en los arts. 399 y ss de la LEC para el juicio ordinario y en los arts. 437 y ss del para el juicio verbal.

- **Contestación.** Es la respuesta que da el demandado a la petición del actor. Debe contener una contestación detallada y recíproca a los hechos de la demanda, su fundamentación jurídica y el suplico que, generalmente, será la desestimación total o parcial de la demanda (art. 405).

- **Reconvención.** No es una oposición a la demanda ni respuesta a ella. Es una acción que ejercita el demandado, art. 406, que exige que exista conexión entre esta pretensión y la que se ejercita en la demanda principal. La nueva LEC exige que se haga de forma detallada y separada de la contestación, pero en el mismo escrito.

- **Prueba.** Es la fase del proceso en la cual las partes, con los medios a su alcance y previstos en la ley, deben convencer al juez de que los hechos por ellos alegados son ciertos y que, por tanto, les son aplicables las normas jurídicas invocadas, a fin de que con ello se obtenga el resultado fijado en el suplico de la demanda o de la contestación. Su proposición y práctica deben hacerse de forma tajante dentro de las fases previstas por el legislador para ello, pues se trata de plazos improrrogables y, por tanto, fases preclusivas.

- Sentencia, Auto y Providencia. Son los tres tipos de resolución que puede dictar el juez. El art. 206 fija tipo de resolución que debe dictarse en función de su objeto y momento procesal en que se dicta. Lo normal es que sean escritas, si bien la nueva LEC ha incluido numerosas actuaciones orales que implica que estas resoluciones a veces se dicten de forma oral (art. 210 LEC).

- Decretos y Diligencias. Son las resoluciones que dicta el secretario y fundamentalmente van dirigidas a dar el impulso necesario al proceso.

- Procesales. En este punto se puede hablar de dos principios, el principio dispositivo o de rogación y el principio de impulso de oficio.

El principio dispositivo consiste en que las partes poseen el dominio completo, tanto sobre su derecho sustantivo, como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no. De esta manera, el juez limitará su fallo a resolver sobre los hechos y cuestiones que le han sido planteadas. Por lo tanto, las partes delimitan el campo de actuación del juez, que no las normas jurídicas a aplicar para resolver dichas cuestiones.

El principio de impulso de oficio consiste en que el Estado no deja exclusivamente en manos de las partes la aportación de los hechos ni lo que debe ser objeto de resolución.

Para terminar este apartado, dejar claro que la diferencia entre juicio ordinario y juicio verbal viene determinada por las materias y cuantías que se pueden debatir en uno y otro procedimiento, siendo la tramitación de uno y otro muy distintas.

2) La prueba

2.a) Concepto

Cuando el juzgador se enfrenta a la aplicación de la norma jurídica a los hechos sobre los que versa la cuestión litigiosa que es, al fin y al cabo, lo que se efectúa en el proceso, ha de indagar si se dan o no, en el caso concreto, los elementos que el legislador ha fijado en abstracto en dicha norma, a fin de producir el efecto previsto por él. Y que, en un sentido o en otro, es lo que solicitan en sus suplicios los demandantes y los demandados.

En consecuencia, si tales hechos no aparecen fijados, bien por admisión de las partes, bien por aplicación de las presunciones legales, es preciso probarlos si se quiere que el juez aplique dicha norma a fin de que se produzca el efecto solicitado.

En este sentido, podemos definir la prueba como “la actividad de las partes encaminada a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad”.

Podemos decir, por tanto, que el fin inmediato de la prueba es la obtención de un estado psicológico de persuasión o convencimiento en el intelecto del juez, apto para demostrarle la existencia o inexistencia de los hechos sometidos a su consideración. Y el fin mediato es obtener una sentencia que pueda contar con la adhesión o beneplácito de las partes litigantes, así como de los miembros de la colectividad en cuyo seno actúa el órgano judicial.

A la hora de fijar qué medios de prueba contempla nuestro legislador, tenemos que tener en cuenta que, antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, esta materia tenía una doble regulación, en concreto, en los arts. 1215 y ss del CC y en los arts. 578 y ss de la LEC. No obstante, y en virtud de la disposición derogatoria única nº 2 de la actual LEC, esa dicotomía ha desaparecido, unificándose su regulación en la ley procesal, en concreto, en los Capítulos V y VI del libro II y, en especial, en los arts. 299 y ss de la misma.

2.b) Clases

A la hora de concretar cuáles son esos medios de prueba, el art. 299 los enumera al establecer que son el interrogatorio de las partes, los documentos públicos, los documentos privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial, el interrogatorio de testigos y las presunciones.

- Interrogatorio de las partes. Viene a sustituir a la prueba de confesión de la anterior LEC. Se trata de declaraciones de los litigantes emitidas ante el juez, bajo juramento (ha desaparecido ya la diferencia entre juramento decisorio e indecisorio), sobre hechos y circunstancias de los que tenga noticia y guarden relación con el objeto del juicio (art. 301).

- Documentos públicos y privados. La diferencia entre públicos y privados viene motivada por el órgano o entidad que emite o realiza ese documento. Así, son documentos públicos las resoluciones judiciales, escrituras notariales, escritos intervenidos por corredor de comercio, certificaciones de los registros de la propiedad o mercantiles, etc. Son documentos privados aquellos que no son públicos, según los arts. 317 y ss de la LEC. Con la nueva ley, se ha dado un concepto mucho más amplio al concepto de documento, pues abarca no solo al papel escrito, sino también a dibujos, planos, pinturas, etc. (arts. 333 y 334).

- Dictamen de peritos. Se trata de aportar unos conocimientos científicos, técnicos o artísticos por personas especialistas en la materia, de los que carece el juez, y con los cuales se le va a facilitar la resolución del pleito.

- Reconocimiento judicial. Prueba consistente en la percepción sensorial inmediata del juez de la contextura o circunstancias externas de las personas o cosas.

- Interrogatorio de testigos. Se trata de declaraciones emitidas por terceras personas que declaran ante el juez, contestando a las preguntas formuladas por las partes y el juez, en el

acto del juicio, referentes a su percepción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas. En la ley anterior existían las preguntas y repreguntas, que se hacían por escrito mediante interrogatorio que se presentaba con antelación para su declaración de pertinencia. Con la vieja LEC, estas declaraciones solo podían ser referidas a hechos y no a opiniones sobre el alcance de los hechos o juicios de valor sobre los mismos. No obstante, esta limitación desaparece a tenor de la redacción del art. 370.4 de la LEC, en el que se dice “Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos o artísticos, sobre la materia a que se refieren los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos”.

- Presunciones. Pueden ser de hechos (*iuris tantum*) que admiten prueba en contrario o de derecho (*iuris de iuris*) que no admiten prueba en contrario (p.e., servidumbre de buen padre de familia). Consisten en una actividad lógica de inferencia de nuevos hechos que se realiza en el momento de la valoración de la prueba y a partir de las afirmaciones y bases ya fijadas en el proceso, en virtud del nexo que existe entre ellas. Al respecto, el TS dice en su sentencia de 29-4-1999 que “para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado (el contrato de distribución publicitaria, el fax firmado aceptando intereses moratorios convencionales, la realidad de los numerosos fax entrecruzados entre los contratantes, ...) y aquel que se trata de deducir (la veracidad del fax cuestionado) haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano”.

2.c) Carga de la prueba

Cuando se habla de la prueba en general o, en concreto, de alguno de los medios de prueba legalmente previstos, una de las cuestiones que se plantea es la de quién ha de probar. Pregunta cuya solución la encontramos en la teoría de la carga de la prueba, según la cual, corresponde a la parte actora probar los hechos constitutivos de su pretensión y, a la parte demandada, los hechos impeditivos o extintivos de la reclamación formulada contra ella.

No obstante, esta teoría solo se aplicará cuando realmente el juez tenga serias dudas a la hora de dictar sentencia. Es decir, cuando no hay pruebas o las practicadas son insuficientes claramente para lograr el convencimiento del juez, se dictará sin más una sentencia desestimatoria. En cambio, cuando tras realizar todas las pruebas, existan dudas en uno u otro sentido es cuando se debe acudir a la aplicación de dicha teoría. La cual, en principio, está contemplada en el art. 1214 del CC, cuya aplicación ha sido matizada con el tiempo por la jurisprudencia, en el sentido de que la misma no se debe aplicar con rigidez, sino bajo el prisma de que será la parte que tenga más fácil probar un hecho o circunstancia quien deberá probarlo y, en caso contrario, será ésta quien sufra las consecuencias de ese vacío probatorio (art. 217 de la actual LEC).

2.d) Objeto de la prueba

Dos cuestiones deben quedar claras en este punto:

- Cuando se habla de probar, estamos refiriéndonos siempre a hechos y no a derecho, pues es evidente que una de las obligaciones del juez es conocer las normas jurídicas aplicables a cada caso. De ahí que el derecho nunca pueda ni deba ser objeto de probanza alguna, dejando a salvo la situación del derecho extranjero, pues cuando se solicite su aplicación, quien lo solicite debe probar su vigencia y contenidos, a través de la correspondiente traducción.

- Que, si bien el fin natural de la prueba es la búsqueda de la verdad, cuando nos movemos dentro de los procesos civiles hay que diferenciar entre verdad material y verdad formal. Pues, si bien lo ideal es que el resultado de la prueba fuese la verdad, tanto formal como material, en la práctica, en la mayoría de los casos, la verdad concretada con las pruebas practicadas no concuerda con la verdad material, de ahí que se pueda decir que, en un alto porcentaje, los jueces resolvemos en función de la verdad formal. De ahí, el descontento que se genera a las partes en muchas ocasiones.

3) La prueba pericial

3.a) Concepto

Podemos entender por prueba pericial la realizada por peritos, entendiendo por tales, aquellas personas que son llamadas al proceso en base a sus conocimientos especializados (científicos, artísticos o prácticos), para que aporten las “máximas de experiencia” que el juzgador no posee o no puede poseer, a fin de facilitarle la percepción y la apreciación de hechos concretos, objeto de debate y valoración.

3.b) Características

Las características de esta prueba, según Francisco Ramos, son:

- La pericia es una actividad procesal probatoria. En cuanto tal, tienen lugar en el periodo de prueba del proceso con la finalidad de facilitar la percepción y la apreciación de hechos concretos objeto de debate. No obstante, en la nueva LEC se admite su aportación en la fase declarativa o de alegaciones (acompañar el dictamen con la demanda y la contestación).

- El elemento fundamental de esta prueba es la aportación de máximas de experiencia, de las que carece el juez o tribunal.

- La pericial es una prueba personal que, al igual que en la testifical, ambas consisten en la intervención personal de un tercero en el pleito, si bien existen unas claras diferencias entre ellas:

- El testigo declara sobre la percepción de hechos ocurridos y percibidos directamente por él; por el contrario, al perito se le llama para que tome conocimiento de unos hechos y dictamine sobre ellos o los valore. No obstante, esto ha sido matizado por el contenido del art. 370.4.

- El testigo es insustituible, mientras que el perito puede ser sustituido por otro profesional con análogos conocimientos. No obstante, esta característica ha quedado un poco desnaturalizada, al poderse realizar una prueba pericial sin presencia del perito en el juzgado.

3.c) Fundamento

Nos encontramos ante una norma, arts. 335 y 339 de la LEC, en la que, a diferencia de la legislación anterior, no va dirigida al órgano jurisdiccional, sino a las partes, ya que son ellas las que valoraran la necesidad o conveniencia de aportar con sus escritos los dictámenes, sin control judicial previo alguno.

El artículo 335 habla solo de necesidad y no utiliza el término conveniencia, lo cual no debe implicar la imposibilidad de acudir a este criterio para proponer y admitir la prueba pericial.

Téngase en cuenta también que, en estos artículos, el legislador matiza que la pericial no solo es para valor los hechos o circunstancias relevantes en el asunto, sino también para adquirir certeza sobre ello, lo cual, en principio, es loable aunque a veces resultará este segundo inciso superfluo, pues el órgano jurisdiccional podrá obtener plena certeza sobre los hechos sin necesidad de acudir a las máximas de experiencia de los peritos.

3.d) Antecedentes

Los precedentes históricos de la prueba pericial podemos encontrarlos en los pueblos primitivos, en concreto, en los ritos de magia realizados a través del brujo de la tribu, también en los egipcios, que frecuentemente se veían obligados a peritar sobre embarazos y alumbramientos, etc.

No obstante, en nuestro derecho los encontramos en:

- 1) La 1ª Ley del Título 21, libro 10, de la Novísima Recopilación, donde se decía: “Se prohíbe a los jueces nombrar contadores u otros peritos para ningún artículo que consista en

derecho, ni para otra cosa que ellos puedan determinar por el proceso, sino que solamente se nombrarán para cosa que consista en cuenta, tasación o pericia de persona o arte”.

2.- El art. 303 de la Ley procesal civil de 1885, en el que se dedicaban tres reglas a este medio de prueba, denominándolo “Juicio de Peritos”. Reglas que, con algunas variaciones, matizaciones y complementos, han pasado a la regulación que tuvo la prueba pericial en la anterior LEC.

3.e) Naturaleza jurídica

La cuestión que se nos plantea es la de determinar si la pericial es un medio de prueba en sentido estricto o, más bien, se puede considerar como auxilio técnico del operador judicial. Cuestión que tienen su trascendencia pues si la conceptuamos como medio de prueba, ello conlleva conferir toda iniciativa a las partes procesales, en la medida que solo éstas podrán proponer la emisión de un dictamen pericial, conforme a los postulados del principio de aportación de parte, radicando en la esfera judicial una función exclusivamente de declaración de pertinencia de la misma, así como una función rectora en el *íter* de su práctica. Por el contrario, si elevamos al perito a la categoría de auxiliar técnico del juez, entonces haremos descansar en el juzgador la posibilidad de acordar la emisión de un dictamen técnico por parte cualificada en la materia litigiosa, con independencia de la postura que las partes procesales hayan tomado al respecto.

Esta dicotomía, en la regulación previa a la actual LEC se resolvía a favor de la primera de las posibilidades, dejando a salvo el derecho o posibilidad (de carácter restringido, como señala el TS) de que el juez podía acudir a esta pericial por el camino de las diligencias para mejor proveer, inicialmente a aplicar con un carácter muy restrictivo. En cambio, en la actual regulación procesal, al haber desaparecido estas diligencias, se podría entender que se refuerza más esta postura, lo que en realidad no es así; dada la redacción del art. 429 de la LEC, donde se prevé la posibilidad de que el juez, a la vista de las pruebas propuestas por las partes, considere las mismas insuficientes, proponiendo a las partes la proposición de aquellas pruebas que él considere necesarias para la resolución del caso, incluida, por tanto, la pericial. Es decir, se da una intervención máxima al juez, no solo en la práctica de la prueba, sino también en su proposición.

3.f) Tipos

En la nueva LEC, se puede decir que existen varios tipos de periciales:

A) En función de quién haga la pericial, se puede hablar de:

1) Perito con titulación oficial. Es evidente que se exige estar en posesión de una titulación emitida por órgano oficial. Discutiéndose doctrinalmente si este requisito se exige para los peritos judiciales o también para los peritos de parte. Existiendo duda en cuanto a éstos, dado que el juez carece de control previo a la presentación de la demanda o redacción de la contestación, que es el momento en que se encarga y redacta el informe.

2) Perito entendido en la materia. Los criterios para determinar si las personas tienen o no esos conocimientos no vienen establecidas en norma legal alguna; de ahí que el legislador diga que deben solicitarse las listas de estas personas a sindicatos, asociaciones y entidades. Esos conocimientos se determinarán por la notoriedad derivada del ejercicio de una profesión relacionada con la materia a peritar, antecedentes por haber peritado en otros pleitos anteriores, etc.

3) Peritación colectiva. Cuando se encomienda a Academias, instituciones culturales y científicas o personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. En estos casos, dado que estas personas jurídicas, por la naturaleza personal de esta prueba, no tienen en sí mismas las máximas de experiencia que requiere el juez, deben designar a la persona o personas físicas que van a emitir el informe y defenderlo en el juicio. Debiendo prestar el oportuno juramento o promesa y siendo susceptibles de recusación o tacha, en función de esa designación personal.

Posteriormente, una vez las listas en el juzgado, cada 1 de enero se procederá a sortear por quién se empieza a designar de esa lista, de tal forma que elegido el primero, los demás nombramientos serán correlativos. El hecho de estar en la lista, que no es obligatorio, sino voluntario, implica la obligación de aceptar el nombramiento, salvo causa justificada pues, caso contrario, la no aceptación debe conllevar la exclusión de la lista (arts. 340 y 341 de la LEC). Este sistema tienen sus ventajas pero también sus inconvenientes, al no permitir al juez nombrar a peritos de su confianza y cuyos conocimientos, forma de actuar y coste ya es conocido por el juzgador.

B) En función de la forma en que accede el informe al pleito se puede hablar de varias formas, lo que claramente provoca gran confusión entre los profesionales del derecho a la hora de utilizar esta prueba. Las distintas modalidades son:

1) La pericial o dictamen aportado por perito designado por la parte.

2) La pericial a instancia de quien goza del beneficio de justicia gratuita.

3) La pericial o dictamen realizado por perito designado judicialmente a instancia de parte.

4) Designación de oficio.

5) El testigo perito.

3.g) Requisitos para ser perito

Art. 340. “1. Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias. 2. Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. 3. En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del art. 335”.

Surge con esta redacción la duda de qué sucede con las periciales o dictámenes realizados por personas que, estando en posesión de título oficial, no están colegiados o están suspendidas de coligación. Al respecto, Joan Pico I Junoy dice: “Si bien una lectura estricta del artículo podría llevarnos a excluir la validez de ese dictamen, entiendo que no es la solución más adecuada, si se pretende otorgar la máxima virtualidad y eficacia al derecho fundamental a la prueba, art. 24 de la CE. Máxime, si tenemos en cuenta que el artículo: a) nada dice de la colegiación y sí solo de estar en posesión del título oficial; y b) se admite la pericial en algunas materias de personas sin titulación alguna. Cosa distinta es que el juez, a la hora de valorar esa pericial, tenga en cuenta el hecho de no estar colegiado o la causa de la suspensión de colegiación”.

Es curiosa y preocupante la situación que se puede dar cuando solo haya un perito que pueda hacer la prueba, pues como dice el art. 341, al final, si todas las partes no prestan su consentimiento, no se le puede designar y, por tanto, no se puede hacer la pericial.

3.h) Momento en que puede ser pedida la pericial

En esta cuestión se debe distinguir claramente entre perito de parte y perito de nombramiento judicial y, como supuestos especiales, la prueba pericial en relación a la parte que goza del beneficio de justicia gratuita y los supuestos en que esta prueba puede ser acordada de oficio.

En el primer caso, perito privado o de parte, la parte elige el perito y la presentación de su informe solo se puede hacer en los momentos concretos que prevé el legislador y que son:

1) La regla general es que se tienen que presentar junto con la demanda y la contestación, en caso de que esta sea escrita. Es una regla que se ha de aplicar con el máximo rigor posible, en aras de impedir que se cause indefensión a la otra parte mediante su aportación sorpresiva en otro momento procesal. Art. 336.1º y 4º de la LEC, reforzado por la presunción fijada en el párrafo 3º del mismo artículo.

Las excepciones a esta regla general, no obstante, son varias:

- Cuando se carezca de esos informes y la demanda o contestación no puede esperar sin menoscabar el derecho de la parte, basta con anunciar su presentación en el futuro, que no podrá demorarse en el juicio ordinario más allá de la audiencia previa y, en el verbal, hasta cinco días antes de la vista (art. 337). Es evidente que el rigor para aplicar esta norma será mayor para el demandante que, salvo por razones de caducidad, casi siempre podrá esperar a tener el dictamen para interponer la demanda, que para el demandado, cuyo plazo para contestar y, en su caso, presentar demanda reconvenzional ya le vienen fijado de forma drástica por la ley.

- Cuando la necesidad de la pericial derive de las alegaciones que se recojan en la contestación. En este caso, el dictamen se debe aportar cinco días antes del juicio en el ordinario o de la vista en el verbal (art. 338.2º de la LEC). Artículo que, como es evidente, resulta de imposible aplicación en los juicios verbales ordinarios, en los cuales la contestación se hace en la vista y, en cuyo caso, la pericial a aportar como consecuencia de las alegaciones de la contestación conllevarán, en la mayoría de los casos, una interrupción de la misma.

- Aunque el legislador no lo prevea, el art. 338, se ha de entender aplicable a los supuestos de contestación a la reconvección y no a la demanda reconvenzional, que siempre se hará por escrito y que, por tanto, se le aplica la regla general.

- También se puede pretender aportar pericial de parte como consecuencia de las alegaciones complementarias permitidas a las partes en la audiencia previa (art. 426 de la LEC). E incluso, solicitar las demás partes una ampliación del informe que se anuncie en ese momento.

- Al inicio del juicio en el ordinario, siempre y cuando se refieran a hechos conocidos o acaecidos después de la audiencia previa. Y para su admisión, se seguirá el trámite previsto en el art. 433.1 LEC.

- Se podrán aportar dictámenes periciales de parte como diligencias finales, siempre y cuando se cumplan los requisitos del art. 435.2 de la LEC.

El segundo supuesto es la petición de que el perito se designe judicialmente y, en este caso, la parte ya no elige al perito sino que es el órgano judicial el que designa por un orden riguroso al perito en relación a una lista que anualmente deben facilitar los colegios profesionales (art. 341 de la LEC). La interpretación estricta de este artículo puede causar en algunas ocasiones indefensión a las partes pues, en un principio y para un partido judicial como Asturias, se puede entender que se nombrara al profesional que resulte con independencia de su residencia, lo cual puede conllevar en algunos casos que, por la distancia al partido judicial donde debe actuar, ello implique un aumento de sus honorarios y, por consiguiente, la renuncia a esa prueba por la parte. De ahí que, por razones de equidad, se debe compaginar el nombramiento derivado del sorteo con las características de cada pleito, a fin de salvaguardar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva y, por tanto, garantizarles un acceso normal a los medios de prueba legalmente previstos.

El primer momento para solicitar el nombramiento judicial de perito es mediante otro si en la demanda o en la contestación (art. 339). En este caso, el juez procederá a su nombramiento en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación, con independencia de quién la haya solicitado. Este es un momento preclusivo, tal y como fija el art. 339,2 de la LE, es decir, para hechos y alegaciones recogidos en la demanda, el momento de pedir perito judicial finaliza con la presentación de la contestación. Es evidente que, en el juicio verbal, sin contestación escrita, la petición de perito judicial por el demandado en el momento de contestar, de ser admitido, conllevará la interrupción de la vista. Es evidente que esta posibilidad también se incardina en la demanda reconvenicional y en la contestación a la misma.

Otro momento para pedir el nombramiento de perito judicial es en la audiencia previa. Pero sometida a las limitaciones del art. 339.3º de la LEC. Es decir, que estén conformes con el objeto de la pericia y acepten el dictamen del perito. Se ha de entender que esta pericial debe ir referida al objeto de esas alegaciones nuevas. Este mecanismo es difícil que se dé por esa necesidad de acuerdo; de ahí que, para las partes, sea más fácil acudir a perito de parte.

Otro momento sería la posibilidad que prevé el art. 429 de la LEC, en virtud del cual, el juez puede hacer ver a las partes que las pruebas propuestas son incompletas.

También se podría solicitar nombramiento de perito judicial para hechos nuevos (art. 433 LEC).

En este punto, se pueden plantear dos cuestiones importantes:

- Habiendo designado las partes peritos, se puede solicitar perito judicial y se debe nombrar. Evidentemente, se puede solicitar y, en cuanto a la posibilidad de nombrarlo, existe controversia. No obstante, yo entiendo que al equiparar la actual LEC a efecto de valor probatorio ambas clases de periciales y estar prevista la crítica del perito y una actuación más extensa en el acto del juicio del perito, ese nombramiento es contraproducente y en la mayoría

de los casos puede conllevar a que existan tres dictámenes dispares, por lo que se aumentan las dudas del juez.

- Como diligencia final, si existe un perito de parte y otro judicial, se puede designar otro perito judicial para dirimir esa controversia de oficio. El espíritu de la nueva LEC es conseguir que el juez llegue a la verdad material del objeto del pleito, de ahí que no existe obstáculo legal para ello, pero se puede producir el problema antes planteado.

También se puede pedir pericial en segunda instancia, siempre y cuando se hubiere inadmitido indebidamente en primera instancia o no se hubiera practicado en la misma, tras declararse pertinente. No obstante, esa prueba tienen que ser idéntica a la solicitada en la primera instancia pues, caso contrario, no se debe admitir (Sentencia del TS de 1/10/2002). Todo ello, teniendo presente los artículos 460 y 464 de la LEC.

3.i) Justicia gratuita

De conformidad con el art. 339.1 de la LEC, aquellas partes que gocen del beneficio de justicia gratuita no tienen que aportar con su demanda o contestación el informe, sino que basta con que anuncien su necesidad para que se proceda a nombrar al perito judicialmente. Es evidente que, en estos casos, difícilmente la parte que carece de ingresos económicos y, por tanto, goza de este beneficio, pueda abonar los honorarios de un perito. De ahí que el mecanismo del art. 339 será la regla general, con muy pocas excepciones, por ejemplo, perito que haga el informe sin cobrar honorarios.

El mecanismo para el nombramiento de estos peritos está previsto en la Ley 1/96 de asistencia jurídica gratuita, art. 6.6. “ ... Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. Excepcionalmente, y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo, si el Juez o el Tribunal lo estima pertinente, en resolución motivada a cargo de peritos designados, de acuerdo a lo que se establece en las leyes procesales, entre los técnicos privados que correspondan”. Pese a ello, se aprecia que los peritos adscritos a los juzgados en la mayoría de los juzgados son escasos, salvo los médicos forenses y el equipo psicosocial. Así mismo, las gerencias no han establecido los mecanismos adecuados para que actúen los peritos adscritos a otras administraciones públicas, de ahí que la regla general sea acudir en la mayoría de los casos a la insaculación de la pertinente lista, facilitada por los colegios profesionales.

Conviene tener presente que en los juicios verbales, sin contestación escrita, la solicitud de perito por el demandado con justicia gratuita, se hará al menos con diez días de antelación a la celebración de la vista (art. 339 de la LEC).

En el art. 339.3 se prevé la posibilidad de solicitar, en determinados casos, el nombramiento de perito en la audiencia previa o en la vista del verbal, siempre y cuando las partes se muestren conformes con el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que designe el tribunal.

Y la forma en que debe actuar el perito así designado, en el RD 2103/96, por el que se aprueba el reglamento de Asistencia Gratuita. “Artículo 38. Abono de honorarios: 1. El abono de los honorarios devengados por los profesionales a los que se refiere el segundo párrafo del art. 6-6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, correrá a cargo del Ministerio de Justicia, excepto en los siguientes casos: a) Cuando en la sentencia que ponga fin al proceso haya pronunciamiento sobre costas a favor del titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita. b) Cuando, venciendo en el pleito el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y no existiendo en la sentencia pronunciamiento expreso sobre costas, los beneficios obtenidos por aquél en el procedimiento superen en tres veces la cuantía de las costas causadas en su defensa. 2. En el supuesto de que en la sentencia que ponga fin al proceso fuera condenado en costas el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita, quedará éste obligado a abonar las peritaciones realizadas por técnicos privados, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniere a mejor fortuna. Para hacer efectiva dicha obligación, será de aplicación el procedimiento al que hace referencia el apartado 3 del art. 18 del presente Reglamento. Artículo 39. Coste económico de las pruebas periciales: 1. Antes de la realización de la prueba pericial, el técnico privado designado conforme a lo previsto en el párrafo segundo del art. 6-6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita remitirá a la Gerencia del Ministerio de Justicia competente por razón del territorio, para su aprobación, una previsión del coste económico de aquélla, que incluirá necesariamente los extremos siguientes: a) Tiempo previsto para la realización de la pericia y valoración del coste por hora. b) Gastos necesarios para su realización. c) Copia de la resolución judicial que dio lugar a la realización de la prueba. La previsión inicial del coste quedará automáticamente aprobada si en el plazo de un mes, desde su remisión, la Gerencia Territorial no formula ningún reparo a su cuantificación. 2. La minuta de honorarios se ajustará a la previsión del coste económico, aprobada conforme a lo dispuesto en el apartado anterior. Para su devengo, el profesional aportará, además, documentos que acrediten el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita de quien instó la prueba pericial y pronunciamiento del órgano judicial sobre las costas generadas por el proceso”.

No obstante, una nueva laguna legal se nos presenta al poner en relación estos artículos con la limitación que establece el art. 394 de la LEC, de tal forma que aunque exista una condena en costas a favor del que litiga con este beneficio, si el perito de dicha parte no puede cobrar todos sus honorarios por causa de esa limitación, la diferencia, entiendo, sí se puede reclamar al Ministerio de Justicia a través de la Gerencia Territorial correspondiente.

3.j) Declaración de pertinencia

La LEC confiere al juez la decisión de declarar pertinente o no las pruebas propuestas. Decisión que, si bien no esta sujeta a reglas o normas establecidas por el legislador, sí conviene ajustarla al doctrina del TS, en virtud de la cual, el derecho reconocido en nuestra constitución a utilizar los medios de prueba pertinentes impone nuevas perspectivas y exige mayor sensibilidad en los juzgados, asumiendo las peticiones de medios de prueba, en cuanto no sea manifiesta la ausencia de adecuación entre las pruebas propuestas y la cuestión debatida. Máxime si, en el caso concreto, el juzgador carece de conocimientos técnicos, artísticos o científicos necesarios para resolver debidamente la contienda planteada.

Artículo 283 de la LEC. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria:

- 1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente.*
- 2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.*
- 3. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.*

Artículo 335 de la LEC. Objeto y finalidad del dictamen de peritos. Juramento o promesa de actuar con objetividad:

- 1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.*

Resumiendo, pues, se deben rechazar aquellas pruebas, en este caso, las periciales, que sean: 1) un claro mecanismo para dilatar maliciosamente el pleito; 2) las que sean ajenas al objeto, verdaderamente debatido en el pleito; y 3) las que se refieran a hechos, ya reconocidos por las partes, bien dentro del proceso, bien fuera de él.

3.k) Cómo es el informe

Una vez designado el perito, será llamado al juzgado para que acepte el cargo, prestando juramento o promesa al efecto, (art. 335.2): “... Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito.” Entiendo

que el hecho de estar en la lista facilitada por el colegio obliga al perito a aceptar el cargo, salvo que se alegue justa y suficiente causa en contra, que deberá ser valorada y aceptada por el juez, en cuyo caso se nombrará nuevo perito de la lista. Hay que tener presente que, en la mayoría de los casos, la aceptación del cargo implica un pleno conocimiento de la pericial a practicar. No obstante, cuando se solicita el nombramiento con la demanda o contestación, y no está concretado el objeto de la pericial, pueden surgir dudas al perito a la hora de su aceptación, por lo que debe actuar con la debida diligencia y, tras ponerse en contacto con las partes, tratar de saber más o menos sobre qué irá la pericial; pues una vez aceptado el cargo, es obligado la realización del dictamen, pudiendo incurrir en caso contrario en responsabilidad civil e incluso penal.

El dictamen se hará por escrito, (art. 336.2), y se acompañarán al mismo los documentos, instrumentos y materiales necesarios para su más acertada valoración. Es importante que en la nueva LEC se prevé el nombramiento solo de un perito por cada cuestión que haya de ser objeto de pericia, (art. 339.6º), con lo que desaparece la dicotomía de la regulación anterior, en que la pericial podría ser realizada por uno o tres peritos.

En cuanto al contenido del informe, considero que debe ser, al menos:

- Identificación personal y profesional de la persona que hace el informe.
- Objeto de la pericia.
- Descripción sobre lo qué o quién se va a peritar. Sería conveniente una descripción exhaustiva del entorno familiar del menor, es decir, padres, abuelos, tíos, etc.
- Operaciones, materiales y metodología practicados, explicando si es la utilizada habitualmente o si, por el contrario, se han usado técnicas menos usuales o excepcionales y la razón de ello.
- Conclusiones que, insisto, no son vinculantes para el juzgador.
- También debe ser norma fundamental, a tener en cuenta por los peritos a la hora de realizar sus informes, que si bien han sido llamados al pleito en razón a sus conocimientos específicos, quienes van a utilizar ese informe a posteriori son personas profanas en la materia. De ahí que el lenguaje y expresiones a utilizar debe ser de lo más sencillo posible, eliminando en la medida de lo posible todo tecnicismo o locución que no sea inteligible para el ciudadano de a pie, entre los que debe incluirse en la mayoría de los casos al juez, por ser también profano en esa rama de la ciencia o del arte. Sin olvidar que dicho informe puede ser objeto de crítica por el perito de la parte contraria en el acto del juicio (art. 347.5º LEC).

También, a la vista de las periciales que se aportan a los juzgados, me surgen las siguientes dudas:

- ¿Es posible dictaminar objetivamente en un proceso sin haber visto lo que es objeto de la pericia?

- Los informes se hacen muy limitados al caso concreto y, en la mayoría de los casos, con la carencia antes mencionada. Entiendo que sería mejor dar una visión o noción genérica al juez del caso y posteriormente ir al detalle. Los peritos no dejan de participar y colaborar en la formación extrajudicial de los jueces.

- ¿Se hacen los peritos abstracción del entorno que rodea al objeto de la pericia?

- ¿Pueden los peritos judiciales, que están en nómina del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma, actuar como peritos judiciales a instancia de parte? Entiendo que solo pueden actuar en dos supuestos: 1) Cuando la parte actúa con el beneficio de justicia gratuita; y 2) Cuando son designados de oficio por el juez. Nunca podrán actuar como peritos a instancia de parte, pues, a) No pueden minutar por sus actuaciones, al tener dedicación exclusiva; y b) La normativa que regla sus actuaciones, por ejemplo, el Reglamento Orgánico de Médicos Forenses, el Convenio Colectivo del personal Laboral de la Administración de Justicia, la Ley de Incompatibilidades, que fijan que estos profesionales actúan a las ordenes del juez.

Por último, reseñar que, si bien los informes tienen un esquema general, es obvio que dependerá de que estemos ante un perito de parte o ante un perito designado judicialmente.

En el primer caso, el objeto de la pericia viene determinado por la petición del cliente y será el perito, en función de su profesionalidad y conocimientos técnicos, e incluso jurídicos, el que podrá hacer un informe más o menos objetivo, que es lo que se le va a exigir a la hora de prestar promesa o juramento en el acto del juicio.

En el segundo caso, es evidente que, tras oír a ambas partes, será el juez quien delimite el objeto de la pericia, de ahí que en su informe, además de los apartados anteriores, se deba incluir por separado cada punto solicitado por cada parte que haya sido declarado pertinente, dando respuesta separada a cada uno de ellos, para finalmente obtener su respectiva conclusión.

Es importante que el perito, a la hora de hacer el informe, tenga en cuenta no solo sus conocimientos científico-técnicos, sino que debe tener presente que ese informe posteriormente puede ser sometido a aclaraciones, matizaciones y crítica de otro profesional. Por lo tanto, debe estar preparado para, en el acto del juicio, poder defender sus conclusiones ante su letrado, el de la parte contraria y ante las posibles preguntas o aclaraciones que le puede hacer SS^a.

3.1) La asistencia de las partes al momento de la elaboración del informe

El art. 345 de la LEC prevé la posibilidad de que las partes, sus abogados o sus procuradores estén presentes en el momento del reconocimiento de las personas, lugares y objetos que van a ser objeto de reconocimiento u observación por los peritos.

No obstante, esta posibilidad esta condicionada por dos premisas:

- Que dicha presencia no perjudique o impida la labor del perito.
- Que esa presencia no sea obstáculo para el acierto e imparcialidad del dictamen.

Para que se dé esa presencia, es necesario que:

1) La parte lo pida al juez o tribunal. Petición que debe hacer por norma general por escrito, salvo aquellos supuestos en que la petición de esta prueba y su admisión se haga de forma oral, por ejemplo, en los juicios verbales sin contestación escrita, en que la pericial se pide por el demandado en el acto del juicio.

2) Si bien la ley no dice nada al respecto, a la vista de las dos condiciones establecidas en el art. 345, entiendo que, ante dicha petición, el juez o tribunal, antes de tomar una decisión, debe oír a las demás partes e incluso al perito.

3) Tras este trámite, el juez resolverá lo que estime oportuno, sobre la admisión, o no, de esta pretensión. Resolución que debe adoptar la forma de providencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 206.1.1º. Resolución contra la que solo podrá interponerse recurso de reposición.

4) En caso de acceder a esta solicitud, el juez o tribunal de oficio ordenará al perito que avise a las partes con la debida antelación, al menos con 48 horas, del día, hora y lugar en que se va a realizar ese reconocimiento u observación.

La regla general ante el art. 345 será la admisión de esa presencia de las partes. No obstante, en los procesos matrimoniales y siempre y cuando hablemos de informes a realizar por psicólogos, trabajadores sociales, etc., es decir, de informes que impliquen el examen o reconocimiento de los cónyuges o hijos, se debe estar a las limitaciones que prevé el art. 355 de la LEC.

El contenido de esa presencia, en principio, queda limitado a observar cómo se hace el reconocimiento u observación por el perito. No pueden hacer alegaciones las partes a su trabajo, en ese momento o, al menos, no existe obligación por el perito de incluirlas en su informe. Cosa distinta es que, ante esa manifestación, el perito tome la iniciativa de incluirlas o tomarlas en consideración para la posterior elaboración de su informe. Ello es consecuencia de que estamos ante una actuación con incidencia en el proceso, pero no sometida al control de la fe publica del secretario judicial.

3.m) Formas en que puede actuar el perito

Tras hacer su informe, el perito de parte o el nombrado judicialmente se plantea cuál puede ser su intervención en el acto del juicio, lo cual está previsto en:

- Art. 337.-2 de la LEC.

Aportados los dictámenes conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, las partes habrán de manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan en el juicio regulado en los arts. 431 y siguientes de esta Ley o, en su caso, en la vista del juicio verbal, expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito.

- Art. 346 de la LEC. Emisión y ratificación del dictamen por el perito que el Tribunal designe.

El perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar al tribunal en el plazo que se le haya señalado. De dicho dictamen se dará traslado a las partes, por el secretario, por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

- Art. 347 de la LEC. Posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista.

1. Los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita.

El tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles.

En especial, las partes y sus defensores podrán pedir:

1) Exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos, materiales y otros elementos a que se refiere el apartado 2 del artículo 336. 2) Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba. 3) Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen. 4) Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo. 5) Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria. 6) Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito.

2. El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 339.

Tras la lectura de estos artículos, se aprecia que la presencia del perito en el acto del juicio no es indispensable y solo se producirá, inicialmente, en los peritos de parte si lo solicitan éstas; aunque el juez podrá solicitar de oficio su presencia, dada la redacción del art. 346. En los casos de peritos judiciales, acudirán, si lo solicitan las partes o lo acuerda de oficio el juez. La presencia del perito implica, por tanto, que se acuerde de oficio por el juez o una declaración de pertinencia de la solicitud de la parte en tal sentido, teniendo presente que la inadmisión de la presencia del perito no implica que su informe sea inútil o impertinente, sino simplemente que la claridad y contenido del mismo haga innecesaria la presencia de su autor. La petición de parte se ha de entender que no va referida solo a su perito, sino también que puede pedir la presencia del perito de la parte contraria, dada la naturaleza y esencia de esta prueba.

Una vez acordada la presencia del perito en el acto del juicio, se aprecia, comparando el art. 628 de la LEC de 1881 y el actual art. 347, que se han ampliado las formas de actuar del perito, pues en la ley anterior solo se preveía la posibilidad de pedir explicaciones al perito. De todas las posibles intervenciones, la más importante considero que es la posibilidad de crítica del perito de la parte contraria. Crítica que debe hacer el perito y no el letrado y que debe ir no a cuestiones personales, sino a sus contenidos, procedimiento utilizado, dinámica, conclusiones, etc. La forma de hacer esta crítica no está regulada de forma expresa, pero sí puede aplicarse de forma analógica el careo de testigos y partes previsto en el art. 373 del texto legal.

Sería bueno y aconsejable, por tanto, que el perito antes de aceptar el encargo y, sobre todo, antes de hacer el informe:

- a) Conociere cuál es el objeto de debate; para ello debería leer la demanda y contestación.
- b) Saber qué incidencia tiene su trabajo en la solución del conflicto.

c) Que recuerde, a la hora de redactarlo, que sus explicaciones y valoraciones van dirigidas, fundamentalmente, a expertos en derecho y profanos en el objeto de la pericia, pero con ciertos conocimientos de la misma por los años de experiencia profesional en los despachos o en los juzgados.

3.n) Derechos y Deberes

El científico, técnico o artista, que contribuye con sus conocimientos dentro de su especialidad al esclarecimiento de los hechos en los tribunales y juzgados, no es suficiente que sea un buen profesional dentro de su campo, sino que viene obligado a mantener unos conocimientos y disciplina de común cumplimiento en el ámbito judicial, es decir, debe conocer también el derecho en la parte que le afecta.

En primer lugar, es necesario poner de manifiesto el acierto del legislador de haber eliminado el requisito de que el perito debía pagar contribución industrial por la profesión o industria a que pertenezca la pericia. Requisito obsoleto, a la vista de la libertad de circulación de trabajadores dentro del territorio de la U.E. (TS de 11 de octubre de 1999). No obstante, se pone otro límite a la hora de hacer el nombramiento judicial de los mismos, no así cuando se trate de peritos aportados por la parte. Ese límite, vienen contemplado en el art. 341 de la LEC, es decir, la de estar incluido en una lista facilitada al efecto por los colegios profesionales, Academias o instituciones. Surgiendo aquí la duda de qué extensión territorial debe darse a estas entidades. Entiendo que, por lógica, debería ser de nivel nacional e, incluso, abarcar el ámbito europeo, como ha ocurrido recientemente con los abogados (RD 936/2001, de 3 de agosto. BOE 4 de agosto de 2001). En la práctica, no obstante, se viene acudiendo a aquellos peritos incluidos en la lista y que manifiestan su voluntad de actuar en el partido judicial en cuestión. Es decir, la inclusión en la lista debe ser voluntaria, sabiendo que constituye un requisito indispensable para actuar como perito judicial.

Deberes

1) Deber de imparcialidad y objetividad, de ahí el juramento o promesa que se pide a los peritos al amparo del art. 335.2. En cuanto a la imparcialidad que debe regir toda actuación de los peritos, viene protegida por el art. 464 del CP, donde se condena con pena de prisión y multa al que con violencia o intimidación pretenda influir directa o indirectamente en el actuar, entre otros, de los peritos.

2) En el art. 193 de la LOPJ se contempla la posibilidad de corregir disciplinariamente a los peritos que faltaren en las vistas y actos judiciales de palabra, obra o por escrito a la consideración, respeto y obediencia debidos a los tribunales, cuando sus actos no constituyan delito. Esta corrección disciplinaria venía contemplada en los arts. 438 y ss de la vieja LEC. En la nueva LEC, el art. 292 fija la obligación de comparecer a las vistas que señale el juez, una vez citado en forma, con las debidas advertencias que fija el art. 292, de tal forma que su inasistencia conlleva la imposición de una multa de 180 a 600 euros, caso de no acreditar justa causa de la inasistencia, previa audiencia del interesado. En caso de que su inasistencia provoque la suspensión de la vista y sea citado nuevamente, esto se hará con apercibimiento de que si vuelve a no comparecer sin justa causa incurrirá en delito de desobediencia.

3) Se debe tener en cuenta la posible responsabilidad civil en que pueden incurrir a la hora de hacer sus informes, bien al amparo de los arts. 1902 y ss del CC (responsabilidad extracontractual), bien al amparo de los arts. 1100 y ss del CC (responsabilidad contractual).

4) Posibilidad de incurrir en delito de cohecho (art. 422 del CP), es decir, el solicitar o recibir en provecho propio dádiva o presente o aceptar ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo acción u omisión constitutiva de delito.

5) Falso testimonio (art. 459 del CP), es decir, faltar a la verdad maliciosamente en sus dictámenes.

6) Delito de obstrucción a la justicia (art. 463 del CP), por incomparecencia a la vista en causa criminal, citado en forma, provocando la suspensión, sin justa causa.

7) Delito de intrusismo (art. 403 del CP).

8) Negociaciones o actividades prohibidas (art. 440 del CP). Multa e inhabilitación

Derechos

Dejando a un lado el respeto y consideración con el que las partes, letrados y procuradores, deben tratar a los peritos, bajo la supervisión del juez, que es quien debe impedir cualquier manifestación o pregunta que menosprecie o veje al perito; pero dejando a un lado la crítica respetuosa que la parte puede hacer, no solo del informe, sino de la forma en que se ha realizado el mismo, el derecho fundamental de todo perito es el de cobrar por sus trabajos unos honorarios justos que respondan al trabajo realizado y a la responsabilidad que conlleva el cargo que desempeñan.

Naturalmente, además de los honorarios, existen una serie de gastos que lleva consigo toda prueba pericial, que no tiene por qué adelantar el perito de su bolsillo. Cuestión que ha sido resuelta en la nueva LEC, en el art. 342.3, donde se prevé la posibilidad de que el perito solicite la provisión de fondos, (es un derecho y no una obligación) y, en caso de que ésta no se constituya, el perito queda liberado de hacer la pericial y la parte impedida de solicitar el nombramiento de nuevo perito, ni tampoco se puede acordar como diligencia final, ni tampoco entiendo en segunda instancia. Esta provisión de fondos debe ser solicitada en el plazo de tres días desde su nombramiento y, en principio, es el secretario (antes era el juez) el que decidirá sobre la cantidad que se solicite por este concepto, de ahí que pueda ser conveniente el acompañar una especie de presupuesto que acepte el cargo. En caso de que el perito se hubiese designado de común acuerdo, la provisión de fondos se hará al 50 % por cada una de ellas (art. 342 *in fine*). Y, en caso de que uno de ellos no la hiciera, se le conceden al otro dos posibilidades: a) Completar la provisión y fijar los puntos que deben ser objeto de pericia; y b) Recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se queda sin prueba y sin

posibilidad de pedirla más adelante como diligencia final o en segunda instancia. No obstante, entiendo que, en relación a la primera posibilidad, la ley es un poco confusa, pues es evidente que, por esta vía, el objeto de la pericial puede verse reducido, lo que debería conllevar una rebaja de la provisión solicitada.

Esta provisión de fondos solicitada no tiene que coincidir con los honorarios finales del perito, de ahí que, si bien el juez al examinar la petición no puede señalar más, al finalizar el dictamen, y tras su asistencia a juicio, el perito puede minutar unos honorarios superiores, en atención al resultado final de su trabajo. De hecho, el propio art. 342.3 habla de que esa provisión de fondos será a cuenta de la liquidación final.

Hay que tener presente también que es reiterada la jurisprudencia de que la actuación del perito y, por consiguiente, el cobro de sus honorarios, nunca vienen supeditadas al resultado del pleito, es decir, que el hecho de cobrar, o no, nunca debe depender de si existe o no condena en costas, salvo en los supuestos de justicia gratuita y designación de oficio por el juez. Y ello, sobre la base de que, en el momento en que una de las partes solicita practicar una prueba pericial, se procede a su nombramiento y se realiza el dictamen, ha existido una especie de arrendamiento de servicios, de tal manera que el perito tienen un crédito contra la parte que puede defender y reclamar en el declarativo correspondiente. Es decir, el pronunciamiento sobre costas es un pronunciamiento a favor del demandante o demandado, encaminado a recuperar total o parcialmente todos los gastos que le ha provocado el pleito, pero no se trata de ningún pronunciamiento dirigido a terceros que, de una u otra manera, hayan podido intervenir en el juicio (ver art. 241.2 de la LEC).

Es importante que el perito tenga en cuenta a la hora de reclamar sus honorarios el art. 1967 del CC, donde se recoge como plazo de prescripción de la acción para reclamar honorarios por los peritos el plazo de tres años, prescripción que puede ser interrumpida por reclamación judicial o extrajudicial. En el primero de los supuestos podía incardinarse la posibilidad contemplada en el art. 242.3º de la LEC.

También se debe tener en cuenta el mecanismo de impugnación de los honorarios del perito, que es idéntico al de impugnación por excesivas de las costas (art. 246). Es decir, se solicita dictamen del colegio o asociación correspondiente y, a continuación, el secretario resolverá por decreto, contra el que se puede interponer recurso de revisión.

Se debe tener presente también, a la hora de reclamar honorarios, que con la promulgación de la Ley de Colegios Profesionales (Ley 2/1974, de 13 de febrero), puede el propio colegio reclamar los honorarios. Art. 5: “Encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales, cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente, en los casos en que el Colegio tenga creados los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos de cada Colegio”.

En función del art. 241 de la LEC, que señala: “Los titulares de créditos derivados de actuaciones procesales podrán reclamarlos de la parte o partes que deban satisfacerlos sin esperar a que el proceso finalice y con independencia del eventual pronunciamiento sobre costas que en éste recaiga”. Se puede interpretar que el perito, una vez consignada la provisión de fondos, puede ir solicitando entregas parciales, en función de los gastos a que deba ir haciendo frente para elaborar su dictamen; en caso contrario, no se le hará entrega de esa suma, en tanto en cuanto no presente su dictamen.

No obstante, en esta materia, la nueva LEC ha introducido una novedad que puede dar lugar a problemas prácticos, dada su defectuosa regulación. En concreto, en el art. 242.3º, donde se recoge que aquellos abogados, procuradores o peritos que hayan intervenido en el juicio y tengan algún crédito contra una de las partes, que deba ser incluido en la tasación de costas, pueden presentar minuta detallada en la Secretaría del Juzgado de sus derechos u honorarios, así como de los gastos; pero nada más. Es decir, ellos no pueden pedir la tasación de costas ya que se trata de una actuación que solo puede solicitar la parte. Por lo tanto, estos profesionales han visto mejorado en parte sus posibilidades de cobro, pero siguen supeditados a una actuación previa de la parte, es decir, que solicite la tasación de costas.

Pese a lo expuesto en este punto sobre el derecho de los peritos a cobrar sus honorarios, con independencia del pronunciamiento que se haga en el pleito sobre costas, existen dos excepciones:

a) Cuando el perito no actúe a instancia de parte, sino por nombramiento directo del juez, en cuyo caso, sus honorarios deberán ser abonados por quien fuese condenado en costas. Y en caso de que no hubiese condena, se abonará por todos los intervinientes, a partes iguales.

b) En caso de que la parte actúe con el beneficio de justicia gratuita. En este caso, se deben tener en cuenta la Ley 1/96 de asistencia jurídica gratuita.

Surge otra cuestión ligada al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva y es qué ocurre cuando una parte, en virtud de sus ingresos, no puede acceder a un perito privado y lo que iba a ser objeto de pericia puede ser probado por otros medios que, en principio, ya no pueden tener acceso por extemporáneos al mismo. Cuestión resuelta por la sentencia del TS, de 25/10/2002.

3.ñ) Valoración

Artículo 348. Valoración del dictamen pericial. “El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”. Pocas variaciones presenta este artículo respecto del art. 632 de la LEC de 1881, donde se decía “los jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos”.

Según Manresa, la sana crítica no es otra cosa que la lógica y el sentido común, que por ser diferentes en cada individuo, nos remite a la dificultad y complicación de la aplicación del derecho al caso concreto, con el condicionante de los hechos probados, a criterio judicial, de donde se desprende que este criterio constituye el eje del sistema y la fragilidad del mismo, de cara a la denuncia de la infracción de estas reglas no escritas en posibles recursos.

Como dice Pedro Garcíandía González, cuando en la doctrina se habla de la sana crítica, siempre se hace referencia de forma expresa o velada a uno de estos dos elementos: principios lógicos y máximas de experiencia.

Los principios lógicos son una especie de guía que rigen la marcha del pensamiento y, en el caso de la valoración del dictamen, se concretan estos principios en una exhortación al raciocinio, al buen sentido o a la prudencia en la apreciación por el tribunal, cuya observancia supone un conocimiento y manejo de los datos de hechos y un encadenamiento entre los juicios que se realizan, que no han de llevar al absurdo. Estos principios, por tanto, exigen que el juez o tribunal mantenga: 1) La invariabilidad de los hechos recogidos en el dictamen; 2) La omisión de juicios contradictorios; y 3) La exclusión de un tercer género entre la verdad o la falsedad de las proposiciones y el razonamiento de cada uno de los juicios que emite, tratando de hacer visible la razón o la verdad que sustenta los mismos.

La máxima de experiencia podemos definirla como aquellos postulados o principios abstractos que, derivados de la experiencia, han surgido por aplicación de las normas de la lógica a través de una labor de inducción. La pretensión de validez que se predica de esta experiencia para casos nuevos y similares a aquellos que motivaron su existencia hacen que se identifiquen con el comportamiento normal de las cosas o del hombre ante una circunstancia concreta y determinada, permitiendo guiar al juez en la valoración del dictamen. Juez que, a la hora de sentenciar, debe hacer constar los motivos por los que acepta, o no, el informe del perito, para basar en él su sentencia, lo cual puede ser tenido en cuenta a la hora de recurrir en apelación.

La nueva LEC tiene una variación con la regulación anterior, pues en ésta se hablaba de valoración de la prueba pericial y en el actual (art. 348) se habla de la valoración del dictamen, ya que se prevé la posibilidad de que el perito no actúe en el juicio personalmente, ratificando, ampliando o aclarando su informe.

Es decir, el informe pericial no acredita irrefutablemente un hecho o un dato, se trata solo de plasmar el convencimiento personal del perito sobre ese extremo, a la vista de los antecedentes que le han suministrado que, en modo alguno, vincula al juez, quien a la hora de dictar su resolución no está obligado a someterse a dicho informe. Siendo muy importante a la hora de valorar el dictamen: 1) Las cualidades del perito; y 2) Las circunstancias en que fueron realizadas las operaciones periciales (si contempló personalmente el objeto de la pericia, si se basó en datos obrantes en los autos, si se basó en declaraciones de terceros, medios o instrumentos utilizados, etc.).

El juez también a la hora de valorar el dictamen tendrá en cuenta: 1) La adecuación del informe al objeto de la prueba (es importante tener en cuenta que el perito debe valorar y estudiar aquellas materias o cuestiones anejas o colaterales al objeto de la pericia, por si es llamado a juicio para ampliación o aclaraciones); b) La fuerza y motivación de sus deducciones; c) La claridad, precisión, firmeza, coherencia, ausencias de contradicciones, suficiencia e influencia en el pleito, tanto de las conclusiones escritas del perito, como de las que oralmente formule en el acto del juicio; y d) La presentación del informe.

Por último, se debe tener en cuenta que el juez no va a valorar el dictamen pericial de forma aislada, sino que lo hará de forma conjunta con el resto de pruebas practicadas, así como con las alegaciones vertidas por las partes personadas en sus respectivos escritos (demandas y contestaciones) o conclusiones orales.

Por todo ello, en principio, si el juez ha optado por admitir y declarar pertinente una prueba pericial, es muy difícil que en su resolución falle en contra de dicho dictamen. No obstante, si el juez dicta una resolución, apartándose del dictamen del perito al que acudió por carecer de los conocimientos que éste posee, debe motivar suficientemente dicha resolución a fin de evitar sentencias manifiestamente equivocadas, incoherentes, arbitrarias o contrarias al raciocinio humano. Téngase en cuenta, que el TS, tanto su salas civiles como penales, viene señalando que no tiene acceso a la casación la valoración que hace el juez de la prueba pericial, salvo que se separe injustificadamente de las conclusiones del mismo o falle de forma irracional. Así, por ejemplo, el TS, entre otras, en la sentencia de 20 de marzo de 2001 (Civil), “..., sostiene la Sala que la apreciación y valoración de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de instancia a cuyo criterio debe estarse, ya que al venir sujeto su proceso valorativo sólo a las reglas de la sana crítica, y no constatadas éstas en normas legales preestablecidas, tal criterio valorativo no puede ser sometido a revisión casacional, a no ser que el mismo sea notoriamente irracional o no ajustado a las directrices de la lógica, o que la valoración efectuada sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad media..”. En idéntico sentido, la TS 9 de octubre de 1999. En idéntico sentido, pero por la Sala Segunda, (Penal), sentencia de 22 de diciembre de 2000, donde se recoge “ ... Es doctrina reiterada de esta Sala que las declaraciones de testigos y los informes periciales no constituyen documentos, a estos efectos casacionales, sino pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, con la única excepción en la prueba pericial cuando sea única e inequívoca y el Tribunal sentenciador la haya incorporado de modo incompleto o fragmentariamente o que tratándose de varios dictámenes coincidentes la Audiencia ha llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes o, incluso, diametralmente opuestas o contrarias a lo expuesto por los peritos”. En este sentido se puede hablar de las sentencias del TS de 25/11/2002, 8/10/2002, 19/7/2002, 16/4/2002 y de las AP de Asturias 20/5/2002 y 17/6/2002. Así mismo, es relevante la sentencia del TS de 16/7/2002, dictada por la Sala 1ª, reunida en Junta General de Magistrados celebrada el 12 de diciembre de 2000, en la cual, a la hora de fijar los criterios en orden a la preparación y admisión de los recursos de casación admitidos en la LEC de 2000, establece que el recurso de casación por interés casacional solo es admisible respecto de aquellos asuntos que se hayan substanciado

por razón de la materia y nunca por razón de la cuantía; y por otro, las cuestiones relativas a la prueba deben tramitarse por vía del recurso extraordinario por infracción procesal y nunca por el de casación.

Son relevantes en este punto también las sentencias del TS de 5/11/2002, que pese a lo dispuesto en el art. 632 de la LEC, referente a la obligación de los tribunales de analizar críticamente el dictamen pericial, pudiendo aceptarlo o rechazarlo, pero no prescindir de su examen, pudiendo darse supuestos en que no sea necesario el análisis de dicho dictamen; o la sentencia del TS de 8/7/2002, que dice textualmente “Esta Sala admite la posibilidad de que el juzgador prescinda de un informe pericial cuando no lo considere adecuado para resolver la cuestión litigiosa y el elenco probatorio obrante en autos le brinde otros medios para alcanzar dicha resolución”.

También se debe tener presente a la hora de valorar un dictamen pericial la posibilidad de que el mismo sea incompleto o poco claro y esa deficiencia no se supla con las diversas intervenciones que el perito puede tener en el acto del juicio, supuestos en que no se producirá esa colaboración del perito con el juez y su dictamen no podrá ser tenido en cuenta (TS de 19/3/2002).

El juez es libre de valorar la prueba, de ahí que se pueda entender que tiene una libertad absoluta, incluyendo la arbitrariedad o la irracionalidad, pero no es así pues esa libertad de valoración viene limitada por la razón, la lógica y el sentido común.

Esa correcta valoración es esencial para que los jueces den cumplimiento al deber que les impone el art. 120 de la CE de motivar sus valoraciones. Como dice Fernando Zubiri, en su trabajo “Valoración de la prueba pericial”, esa valoración se debe fundamentar en: a) Que la norma opera sobre la realidad social y que, al aplicarla al caso concreto, se debe hacer de forma adecuada; b) Que el juez debe establecer el imperio de la ley y dicho imperio aplicado al caso concreto debe ser explicado; y c) La motivación de una sentencia es un reflejo de la formación, conocimientos y cultura del juez que la dicta.

Esta valoración conjunta y motivación de la sentencia es relativamente fácil cuando el dictamen no se contradice con el resto de las pruebas y solo hay un dictamen. Situación que no ocurre cuando hay dos o más informes contradictorios o no coincidentes y el juez debe basar su sentencia en uno de ellos y obviar el otro, total o parcialmente.

En estos casos, según Copi, a quien cita Andrés Ibáñez y éste, a su vez, Fernando Zubiri en el trabajo antes reseñado, dice que las exigencias que deben satisfacer una hipótesis para ser aceptadas son:

- Relevancia. El hecho que se pretende explicar o probar se debe poder deducir de ella.
- Susceptibilidad de control. Se deben poder formular observaciones que permitan confirmarla o invalidarla.

- Compatibilidad con las hipótesis previamente establecidas.
- Aptitud para explicar. Debe optarse por la que mejor explica o acredita el hecho.
- Simplicidad. Tanto en la experiencia ordinaria como en la científica, es preferible la teoría más simple que se adapta a todos los hechos disponibles.

Por tanto, si el perito describe bien los elementos fácticos de los que parte, el método científico utilizado y ambos coinciden en todos sus dictámenes, las conclusiones deben ser muy parecidas, salvo los criterios de valoración que utilice cada perito

¿Qué ocurre con los hechos que conoce el juez como persona física o con los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que tiene el juez? ¿Se pueden usar sin más para fundamentar una sentencia y hacer innecesario las periciales? Dado que ese actuar quedaría fuera del control del procedimiento y del sometimiento al principio contradictorio que rige el proceso, habría que decir que no. No obstante, estas circunstancias sí pueden ser usadas por el juez a la hora de valorar las pruebas practicadas, así como para justificar su intervención en la vista realizando las preguntas o pidiendo las aclaraciones o explicaciones que considere oportunas.

Como conclusión, decir que:

1) Según el TS, “no son las conclusiones por sí solas las que determinan la eficacia probatoria de esta prueba, sino los razonamientos y el encadenamiento lógico de dichas conclusiones a los datos que constituyen el punto de partida (Sentencia 11/7/1995).

2) Se puede no saber hacer una cosa y, sin embargo, poder criticarla, y ello es la razón de la libre valoración de la prueba pericial (Murillo García Atance).

3) La prueba pericial no es vinculante para el juez pero para separarse de sus conclusiones debe hacerlo de forma razonada y fundamentada.

Ver:

- Javier Seoane y José Antonio Virto Ruíz. La LEC, Estructura procesal y organizativa de la prueba pericial. Cuadernos del CGPJ.

- Fernando Zubiri de Salinas. Valoración de la prueba pericial.

3.o) Recusación y Tacha

Es evidente que una de las características fundamentales que debe regir la actuación de los peritos es la objetividad e imparcialidad de sus informes o dictámenes. Por ello, el legislador, para salvaguardar esta cualidad, ha establecido los mecanismos de recusación y tacha de peritos.

La recusación es un mecanismo establecido por el legislador, encaminado a poner de manifiesto al juez la concurrencia en el perito designado de una cualidad o circunstancia que le impide actuar como tal. Por el contrario, la tacha es el mecanismo establecido por el legislador, en virtud del cual la parte pone en alerta o avisa al juez de que el informe emitido no es imparcial y que, por tanto, a la hora de valorarlo, debe hacerlo con la debida precaución, ante la posible falta de veracidad, total o parcial del mismo.

La recusación es un mecanismo establecido solo para los peritos designados judicialmente (arts. 124 y 343 de la LEC). Por el contrario, la tacha va referida a los peritos aportados por la parte. En este punto, algunos autores consideran que la recusación solo es posible para la designación de perito judicial por sorteo (art. 124); otros consideran que esa posibilidad va referida a todos los supuestos de nombramiento judicial.

La diferencia fundamental entre la recusación y la tacha es que la estimación de aquella impide al perito realizar el informe o dictamen, mientras que ésta no impide su elaboración, sino que su estimación afecta a la valoración que haga el juez de esta prueba.

La Recusación

A) Causas de recusación

a) Las contempladas en el art. 124 de la LEC, además de las causas de la recusación por los motivos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial:

1ª) Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso.

2ª) Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.

3ª) Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

b) Las contempladas en el art. 219 de la LOPJ. Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

1ª) El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

2ª) El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

3ª) Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4ª) Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta.

5ª) Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo.

6ª) Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

7ª) Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

8ª) Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el art. anterior.

9ª) Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

10ª) Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

11ª) Ser una de las partes subordinada del Juez que deba resolver la contienda litigiosa.

12ª) Haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público con ocasión del cual haya podido formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes y asesores.

Es evidente que, refiriéndonos a peritos, se han de excluir aquellas causas en las que solo puede incurrir el juez o magistrado, como las causas 10, 11 y 12.

B) Forma

Las causas de recusación actúan previamente como causas de abstención, pues el perito, al conocer de su existencia, puede directamente abstenerse de aceptar el cargo, haciendo

innecesario el mecanismo de la recusación. Si la causa es conocida y existe antes del nombramiento, basta con que el perito no acepte el cargo, alegando las razones de ello. Si la causa no es conocida o surge después del nombramiento y antes de hacer el informe, el perito se lo comunicará al juez quién, previa audiencia de las partes, resolverá por auto (art. 105 LEC).

La recusación se debe hacer (art. 125 LEC):

- 1) Por escrito, con firma de abogado y procurador.
- 2) Se hará constar la causa de recusación invocada.
- 3) Se incluirán los medios que se pretendan utilizar para probarla.
- 4) Se acompañará copia para el perito recusado y copias para las demás partes.

C) Tiempo de la recusación

1) Si la causa existe antes de la designación del perito, el escrito de recusación se deberá presentar dentro de los dos días siguientes a la notificación del nombramiento.

2) Si la causa es posterior al nombramiento pero anterior a la elaboración del dictamen, la recusación debe plantearse antes del juicio o vista.

3) Si la causa es anterior al dictamen pero conocida después, ya no existe momento para la recusación y la causa se convierte en supuesto de tacha.

4) Si la causa surge después de hacer el informe, se ha de entender que es intrascendente y, por tanto, no será admitida como tal.

D) Trámite

Recibida la recusación, pueden suceder dos supuestos:

a) Que el escrito no reúna los requisitos formales antes mencionados (firma de abogado y procurador cuando es preceptiva, no se invoque la causa de recusación o se propongan los medios de prueba precisos), en cuyo caso puede inadmitirse a trámite por auto, recurrible en reposición; o dar un plazo para su subsanación y, si no se subsana en ese plazo, inadmitirla por auto recurrible en reposición.

b) Que el escrito sí cumpla los requisitos formales. Se dará traslado al recusado, quien puede reconocer, o no, la causa invocada. 1) Si la reconoce, y el secretario (antes era el juez)

considera fundado el reconocimiento, se le tendrá sin más por recusado, y se designará al suplente; si el recusado es el suplente se actuará conforme señala el art. 342 LEC. 2) Si no se reconoce la causa, el secretario ordenará que las partes comparezcan ante el tribunal, con las pruebas de las que quieran valerse y asistidos de abogado y procurador (en esta comparecencia, en principio, no hay que citar al perito, pues ya se le ha oído previamente, lo que no impide que se le proponga como testigo y sea citado como tal), y, a continuación, se resolverá por auto, accediendo o no a la recusación, y decidiendo sobre las costas, (art. 128 y 112 de la LEC). Este auto no es recurrible pero la causa puede volverse a plantear en segunda o superior instancia. Si a dicha comparecencia no asiste el recusante, se le tienen por desistido (arts. 125 a 127 de la LEC). En la vista no se admitiría a la parte recusante el proponer pruebas distintas de las que se recoge en su escrito inicial. El art. 112 de la LEC prevé una multa de 180 a 600 euros en caso de que la recusación se haga de mala fe

La Tacha

A) Causas

Vienen contempladas en el art. 343 de la LEC, donde se dice: “... los peritos no recusables podrán ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las siguientes circunstancias:

- 1ª) Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores.
- 2ª) Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.
- 3ª) Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.
- 4ª) Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.
- 5ª) Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional”.

B) Forma

Nada dice la ley si debe ser realizada por escrito o si se puede hacer oralmente. No obstante, al fijar, en el art. 343.2, que en los verbales deben hacer en el acto del juicio y en el ordinario en la audiencia previa, se puede deducir que, según sea uno u otro juicio, la tacha se

hará verbalmente o por escrito, aunque cabe la oralidad en la audiencia previa. Excepcionalmente y cuando los informes puedan presentarse después de la audiencia previa en el ordinario, el límite máximo será el acto del juicio. Al igual que en la recusación, a la hora de invocar la causa de tacha, se deben proponer los medios de prueba a utilizar, estando permitidos todos los legalmente previstos, a excepción de la testifical.

C) Trámite

Ante la invocación de una causa de tacha, cualquiera de las otras partes puede alegar, aportando prueba, para negar o contradecir la misma. Y en caso de que la tacha invocada, menoscabara la integridad profesional o personal del perito, podrá éste solicitar del juez que dicte en su caso providencia diciendo que la tacha carece de fundamento, si ello fuese así (art. 344).

Hechas estas alegaciones, el juez tendrá en cuenta todas estas incoaciones a la hora de valorar la prueba para dictar sentencia. Debiendo hacer referencia a la misma en la sentencia sobre su apreciación o no. Así mismo, se establece que, en caso de que la tacha se hubiese invocado con temeridad o deslealtad procesal, se podrá imponer al que la alega multa de 60 a 600 euros. Estas circunstancias pueden estimarse de oficio o a instancia de parte (art. 344.2 LEC).

4) Testigo perito

El art. 370 de la LEC introduce en el ramo de prueba una nueva figura que es el testigo, que puede incluir en sus manifestaciones valoraciones. Se trata de una figura intermedia entre el testigo, que solo puede declarar en virtud de lo que presencié, de ahí que su intervención no pueda ser sustituida por otro; y el perito que no declara por lo que vio o presencié, sino en virtud de sus conocimientos científicos, armisticios, etc.

El testigo perito es aquella persona que en principio es llamada a declarar por lo que vio o presencié, y no por sus conocimientos. No obstante, en virtud de esos conocimientos o preparación profesional, el legislador le permite que realice las aclaraciones o ampliaciones que considere oportunas a la vista de las preguntas que se le hagan sobre lo que vio o percibió. Pero en modo alguno pueden interrogado para que alegue sus opiniones técnicas o profesionales. Téngase en cuenta que el art. 370.4 es claro al decir “... el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos”. Utiliza claramente las expresiones “testigo”, “agregar”, en relación al testigo y “hechos”. Por lo tanto, nunca podrá ser propuesto como testigo perito la persona que ha realizado el informe de parte o el designado judicialmente, salvo que concurra en él la

circunstancias de haber presenciado personalmente los hechos objeto de debate, por ejemplo, un accidente de circulación.

No obstante, y pese a que podríamos hablar de una figura híbrida, a los efectos de obligaciones y derechos (indemnizaciones, juramentos, delito de falso testimonio, etc.), esta figura se asimila al testigo y no al perito. Por esta razón, se ha de entender que el testigo perito puede ser objeto de tacha como cualquier otro testigo, pero no puede ser recusado. No obstante, en relación a esas valoraciones técnicas, tal y como señalan los arts. 370.4 in fine y 380-2, las partes puede hacer ver al juez las circunstancias que consideren pertinente de tacha, a fin de que por el juez o tribunal se tengan en cuenta a la hora de valorar esa prueba.

Concluyendo, no existe realmente esta figura procesal y, por tanto, la persona que vaya a declarar será propuesta como testigo si va a declarar sobre hechos o como perito si va a declarar sobre un informe o para aportar sus máximas de experiencia o conocimientos de los que carece el juez.

En este punto, es relevante la figura del detective privado, tan usado en los procesos matrimoniales. Al respecto, el art. 265.5 es claro, al decir que si los hechos recogidos en su informe no son admitidos por una o ambas partes, sobre los mismos se hará prueba testifical. Prueba testifical que se realizará en la forma prevista en el art. 380 de la LEC, en el sentido de que: a) No se admite la tacha del detective por tener interés en el asunto, cuando dicha causa se base en que el informe le fue encargado por una de las partes; b) El detective, lo primero que tiene que hacer antes de iniciar el interrogatorio es acreditar su cualificación profesional, afirmarse y ratificarse en el informe; y c) Las preguntas solo podrán referirse a los hechos recogidos en el informe.