

ESPECIAL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PERITO JUDICIAL

INTRODUCCIÓN:

El dictamen pericial, aunque sea el parecer razonado de un experto debe ser valorado por el juzgador, del mismo modo que valora el resultado de los demás medios de prueba; añadiendo por nuestra parte, que, naturalmente ésta simbiosis dictamen perito-valoración Juez y sentencia del Juez (que es, -no se olvide-, el conductor a través del cual puede derivar el hecho dañoso o el ilícito productor del daño al litigante, y a su vez, determinante de la responsabilidad rubricada) es lo que provoca la polémica sobre diseñar los factores determinantes de esa responsabilidad, y los demás presupuestos tendentes a agotar la integración de dicha institución; así en pura teorización personal se ha repetido que no hay un tratamiento doctrinal expreso sobre la Responsabilidad Civil de los peritos, se sostienen las siguientes razones o causas que determinan esa problemática:

I) PROBLEMÁTICA:

a) Dificultades del ilícito y sus efectos dañosos por el filtro judicial.- Se reitera en coherencia con lo examinado las dificultades para poder integrar el ilícito, o la mala praxis o mal peritaje realizado por el" perito, sobre todo, porque este mal peritaje debe provenir porque el comportamiento profesional del titular, ha infringido alguna de las tres normas antes indicadas, su "lex artis", -o estricta formación científica (competencia profesional) -, el mandato judicial y la delimitación de la prestación en su actuación, como tal deudor, y además porque la producción de ese ilícito, por vulnerar cualquiera

de esas normas preestablecidas, aboca o trasciende hacia el exterior, al producir un menoscabo o daño en el afectado, que es justamente, la razón por la cual, la actitud de defensa de los intereses "por éste, deriva en la imputación de la responsabilidad al autor o causante del daño; y como se ha venido insistiendo, se antepone a todo ello, una dificultad existente por ese menoscabo, que no se produce directamente, pues no existe el general nexo de causalidad inmediata entre el dictamen y el daño, por cuanto que ese dictamen, trasciende en tanto en cuanto lo acoja el órgano judicial en su sentencia, con lo que, el obstáculo de la intermediación del filtro judicial es una de las razones de la problemática .

b) Dificultades prueba del daño.- Igualmente no es fácil constatar el daño o perjuicio producido en el litigante que alegue la posible responsabilidad del perito, pues para ello, es preciso agotar todos los elementos que determinan la realidad del daño, y de la responsabilidad, o sea, la conducta, la culpabilidad, el menoscabo y el nexo. Y es que tampoco es nada fácil en cualquier litigio, entender que, precisamente por ese dictamen se ha producido la detracción o quebranto en los intereses del litigante, salvo que se aduzca y así se declare en un juicio ANTICIPADO, que si el dictamen del perito, no hubiera sido, como lo fue, contrario a los intereses del litigante en cuestión, la resolución desestimatoria de la pretensión de ésta persona no se hubiera dictado, por lo que, cabe alegar "ratio petendi" , que la producción del daño es atribuible a aquel dictamen .

c) Vulnerabilidad del oficio pericial.- Se quiere con ésto, indicar que tampoco es. recomendable abrir el cauce para viabilizar, sin contrapisas o sin control alguno, posibles acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los peritos, ya que entonces, se podía, llegar a una situación en la que el propio profesional estuviese reacio a colaborar con la justicia, al gravitarle el posible riesgo que pueda padecer en cualquier caso, en tanto en cuanto su peritaje sea contrario a los intereses de una de las partes, por lo que no ya sólo por una mala pericia puede verse envuelto en una acción de reclamación, sino, si se facilitan esas acciones, provocar una situación en donde la hipersensibilidad o la frecuencia de dichas reclamaciones determine que cualquier litigante que se vea

desfavorecido por el contenido del dictamen pericial se crea asistido para una acción de reclamación, marginándose así lo que ocurre con la, notariamente cada vez más intensa, patología de las acciones de reclamación de responsabilidad frente a los profesionales médicos por supuesta MALA PRAXIS .

d) Vacío legal y jurisprudencial. -En la jurisprudencia moderna -se ha repetido varias veces-, se carece de resolución alguna del Tribunal Supremo en donde se plantee el tema de la responsabilidad civil de los peritos ni, por supuesto, existe la correspondiente norma reguladora, por lo que se requiere examinar, el "iter" tendente al agotamiento de dicha institución, esto es, no sólo determinar la conducta o comportamiento del "facere" e ilícito, sino, asimismo, el efecto del menoscabo y la relación de causalidad, razón por lo que este trabajo trata de profundizar en la materia y agotar en lo posible las manifestaciones encontradas dentro del posicionamiento doctrinal especulado al respecto.

II). RESPONSABILIDAD DEL PERITO. TEORIAS.

A) Esta teoría que cabe calificar de REALISTA defiende, sin más, que ante la producción del evento dañoso por un "facere" prestacional del; perito, infractor de alguna de las normas antes indicadas, sea éste directamente el responsable frente a la parte litigante que padeció ese MAL informe pericial. El monografista J. L. RUIZ SÁNCHEZ en su obra "EL PERITAJE EN EL SEGURO PRIVADO" Ed. Montecorno, 1985: comenta esta responsabilidad del Perito -si bien sólo en el campo del seguro y así habla del Perito -componedor- como una consecuencia natural, en razón al incumplimiento de sus deberes profesionales y lo que él llama "Fundamentación Axiológica de la responsabilidad tridimensional del perito -componedor- pp. 449 y ss.

Y conviene aclarar como el perjudicado se refiere a la parte litigante, porque, sobre los intereses encontrados o cualquier punto conflictivo, será en donde haya encaminado el órgano judicial el encargo pericial, que siempre tenderá al resultado satisfactorio o no de tales intereses, pues hacia ellos se encauzará el contexto del

dictamen pericial, por eso, no cabe ni siquiera especular que pueda existir otro tercero perjudicado, lo cual, no obsta a que, si por cualquier circunstancia, el contenido del dictamen pericial vertiera expresiones o circunstancias alusivas a una tercera persona no litigante, que pudiera menoscabar su propio prestigio profesional o sus intereses de cualquier tipo, éste, en una acción distinta y al margen del instrumento en donde se ha producido esa erosión de sus intereses, pueda ejercitar su reclamación sobre lo que él, se considere así perjudicado; entonces el conflicto se decidirá, dentro del proceso en cuestión, en donde haya que subsumir el destino del dictamen pericial, objeto de la responsabilidad proclamada .

Las razones para sostener ésta responsabilidad del perito, pueden ser las siguientes:

1º) Es el autor material del ilícito o mala praxis, por vulnerar alguna de las tres reglas, lo que constituye sin duda, un argumento indiscutible, ya que cualquiera que sean las circunstancias que acontezcan en el proceso, lo cierto es que, realmente, el perito ha sido el autor material, al dictaminar tras su comportamiento profesional, o, su "facere", el dictamen solicitado por el organismo judicial, y sobre todo, cuando se trata de la hipótesis de partida de que ese "facere" vulnera alguna de las tres normas antes referenciadas ("lex artis", encargo judicial y prestación), determinante, que ese dictamen, en realidad, equivale a una mala praxis o mal peritaje. y no se puede discutir, pues, que el autor material de la conducta que luego desencadena a través de la ley de la causalidad el efecto pernicioso, ha sido el perito judicial, sin pretexto a posibles interferencias por la recepción directa del órgano judicial, que siempre está latente en toda esta problemática.

2º) Por el juego de la Ley de causalidad que explica que en esa conducta o "facere" a través del "iter" determinante del nexo, se culmina con la consecuencia del menoscabo o detracción inherente con la hipótesis de partida, es decir, que el dictamen pericial alberga un contenido atentatorio a los intereses del que se considera perjudicado, precisamente, porque dicho contenido ha vulnerado alguna de las reglas antes indicadas, por lo cual, obvio es, debe descartarse, al menos, en una ajustada jurisprudencia de conceptos,

cuando aún siendo el dictamen perfecto, ajustado y diligente, también es contrario a alguno de los intereses en juego.

Ocioso es reiterar que en el discurso de responsabilidad, se está partiendo de la realidad de que el "facere" equivale a un ilícito y en razón de ello por el juego de la ley de causalidad, ese "facere" a través del nexo lógico culmina en la producción del daño en perjuicio del litigante.

3º) -Homologación con los predicados de la responsabilidad. Suministra otro argumento para estimar la procedencia de la responsabilidad del perito, ya que, es sabido, como en todos los temas de responsabilidad de la clase que sea, siempre se imputa la misma -y el juicio de reproche se dirige- a quien con su actuación ha incurrido en el ilícito causante del menoscabo a cuyo resarcimiento tiende la acción de reclamación por parte de la víctima o perjudicado.

Hablar pues, que en cualquier mecanismo de sanción de la responsabilidad, es preciso el agotamiento de esa triada de presupuestos propios de la ley de causalidad (acción, nexo y efecto), no es sino obviedad.

4º) Elusión de la intervención judicial como "posterius" a la comisión del ilícito.- Como, con esta teoría lo que se pretende, a toda costa es, aislar, por completo, la recepción del peritaje por parte del órgano judicial, natural destinatario del mismo, otro argumento para sostener esta responsabilidad del perito, parte de menospreciar esas intervenciones y receptividad judicial, ya que, se afirma, ello es únicamente un elemento que aparece con posterioridad a cuando se ha producido el ilícito, o factor desencadenante del juicio de reproche social, esencia de la responsabilidad decretada; y parece, dentro de una metodología realista empapada en la verdad material de las cosas, indiscutible que, no puede desconocerse que el ilícito lo realiza el perito, y que dicho ilícito es el que, en su caso, ha producido el daño o menoscabo al litigante.

5º) Tutela de la función judicial.- Este argumento aunque podía no ser atendible, sin embargo, también se incorpora en éste afán de completar el estudio sistemático del problema, en la idea de que también imputando la responsabilidad al autor material del hecho ilícito, la posterior actuación del órgano judicial se encuentra debidamente tutelada en el sentido de que no debe el órgano

judicial ser objeto de ninguna acción de reclamación, por cuanto, se mire por donde se mire, no cabe sostener que el Juez ha sido el causante del ilícito o la causa determinante a través del "iter" de causalidad del efecto dañoso.

6º) Notoriedad del ilícito o mal peritaje "clamoroso"; olvido de la diligencia profesional mínima y su protección en el tríptico normativo.- Con este argumento se aporta otra razón más para calmar a quienes puedan polemizar o cuestionar la procedencia de ésta responsabilidad, contemplando la hipótesis de que, aunque sea un caso singular o extremo, se esté en presencia de un ilícito de tal envergadura que provenga de un mal peritaje "clamoroso", esto es, en el cual se den tal cúmulo de irregularidades, que, prácticamente, se pueda calificar a la actuación de tal profesional carente de la más mínima diligencia; y, al contrario, subsumible en el máximo nivel de la negligencia determinante de la infracción rotunda de alguna de las tres reglas de actuación que antes se hizo referencia.

Habida cuenta éste mal peritaje, con ese maximalismo de irregularidades, sería poco recomendable, por no decir absolutamente injusto, que la posterior presencia de la receptividad judicial, pudiera eximir de las consecuencias de la reclamación del litigante al perito, y, por lo tanto, apartarle de éste caso concreto, de la indiscutible responsabilidad en que ha incurrido con su conducta, al margen de que, como se razona, ante ese disparate o mala praxis se rechazará a buen seguro, por el Juez ejerciendo su sana crítica; en contraria opinión, el citado Font Serra al afirmar: "En cambio si la pericia se califica como un medio de prueba, la ciencia privada del Juez servirá sólo para valorar su resultado conforme a las reglas de la sana crítica (art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero no para excluirla. Ello es así ya que, aparte de que no existan garantías de que el Juez que crea tener ciencia privada sea un experto en aquella materia precisada de pericia, la exclusión supondría que el Juez actuaría como perito, haciendo imposible el control en segunda instancia del error en la valoración de la prueba.

A ello se debería añadir que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24 de la Constitución Española) podrían resultar conculcados cuando siendo necesario o convenientes conocimientos especializados para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito (art. 610 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil), la prueba pericial fuera sustituida por la actividad del juzgador.

Sólo deberá ser rechazada como inútil la prueba de peritos cuando no haya quedado delimitado, tras la intervención de todos los litigantes en su proposición, algún hecho que no precise ser verificado aplicando conocimientos científicos, artísticos o prácticos, es decir, cuando se solicita prueba pericial en torno a datos que carezcan de complejidad especializada: Así, se tiene declarado: "Que examinado el escrito del recurrente que en primera instancia pretendió la ampliación de la prueba pericial propuesta por su contraparte, a la luz de los criterios expuestos, acerca de la prueba pericial, es fácil apreciar que en unos supuestos se trata de valorar hechos simples para lo que no son precisos conocimientos científicos o prácticos (como el cobro de cantidades de forma directa, o por medio de endosos bancarios), en otros se trata, no de apreciar y emitir juicios de valor sobre hechos ya comprobados, sino pretender determinar la existencia de ciertos hechos (como la determinación de si las personas designadas han pagado o percibido ciertas cantidades), o pretender la negativa de los mismos, matiz distinto de su apreciación o valoración, e impropio de la prueba pericial (S.T.S. de 25-5-1982 R.A.J.-2599).

Por otra parte, deberá ser inadmitida la prueba pericial cuando sea innecesaria. Y aunque algunos autores ponen de manifiesto que denegar una prueba como innecesaria, cuando el tema a probar se aborda por otros medios de prueba, puede envolver apriorismos peligrosos, existe un supuesto muy claro de falta de necesidad de prueba en el ámbito de la pericial. Se trata de que idéntica prueba de peritos, sobre el mismo objeto, sea propuesta por ambas partes.

Dado que entonces el juzgador no se hallaría ante la proposición de dos pruebas periciales, sino ante dos solicitudes, que permiten a los dos litigantes intervenir en la proposición de una misma prueba, es obvio que nada justifica que se sustancien las dos solicitudes. La segunda solicitud que se realice en el tiempo deberá ser rechazada, pues admitirla no sólo significaría admitir una prueba innecesaria, sino además permitir que una sola prueba pericial pudiese practicarse por dos o seis peritos y no por uno o tres como prevé el art. 611-II L .E. C.", por lo que, en otro caso, su responsabilidad devendría fulminante.

B).- RESPONSABILIDAD DEL JUEZ: RAZONES: Esta teoría, es de corte o configuración propios de una, teoría formalista frente a la anterior que viene a ser una especie de teoría realista, basada, como se vió, en los acontecimientos ocurridos, y en la homologación con los mecanismos clásicos de la responsabilidad de cualquier orden; y se califica de formalista ya que especula, o se centra, en torno a la existencia de un proceso litigioso, y, fundamentalmente, sobre la presencia judicial, cuyo titular es el receptor del reportaje, y el que lo acoge en su sentencia, y por tanto, quien, según sea ésta en un sentido o en otro, determina con su proyección decisoria, la real causación del daño o menoscabo al litigante; por eso, es una tesis además de formalista, ajustada a las peculiaridades del formato instrumental en que tiene lugar la emisión del mal peritaje, o la producción del hecho ilícito por parte del perito, que siempre es presupuesto común en tema de responsabilidad.

Las razones que esgrime esta teoría -se reitera, sólo en la personal imaginación del autor- son las siguientes:

1º) El perito como auxiliar del Juez. Esta parte de la concepción de CARNELUTTI, e, incluso, de la mayoría de la jurisprudencia (por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 25-5-1986, 9-10-1989 y 10-2-1994 entre muchas otras), que considera al perito como auxiliar del Juez, y es evidente que el perito como auxiliar en cierto modo coadyuva y complementa a quién como el Juez es el destinatario del auxilio, expresiones válidas no sólo en su entendimiento coloquial o social relativos a aquella persona que ayuda a quien está necesitada o en una situación más o menos de menesterosidad, sino que ya en el INTRA MUROS judicial, efectivamente, el perito acude a la llamada del juez, al carecer éste de los conocimientos que son precisos o necesarios para resolver el problema.

La conclusión de esta razón, es que quién así actúa, lo hace para colmar esas necesidades y lo hace colaborando o ayudando a quién así lo pide, esto es, el. órgano judicial, deviniendo por ello dicho perito, en un status afín el de un factor o elemento subordinado al órgano que actúa como principal, por lo que, según esta tesis, sería excesivo que pese a ese carácter de subordinado

del Perito al Juez, no obstante, fuese ése el que respondiese de una actuación suya, empero haber sido posteriormente su principal, o, en cierto modo, su superior, quien la ha acogido y la ha proyectado en su decisión.

2º) El Juez otorga, en exclusiva, relevancia "ad extra" al peritaje.- El peritaje sería inexistente aunque se hubiese emitido, y, por supuesto, no trascendería cuando fuese, sin más, rechazado por el órgano judicial, o no fuese acogido en su sentencia; Juego, en definitiva, si es el Juez en su decisión el que lo exterioriza y el que, por tanto, lo alumbró al mundo de los hechos, y al que, al fin y a la postre al acogerlo, literalmente, o, con matizaciones, en su decisión, es quien, de ésta manera, infringe el menoscabo o el daño al litigante, no cabe sino compartir que no es el peritaje su causante sino esa sentencia informada del mal peritaje vertida por el Juez .

3º) El Juez selecciona y valora el peritaje. -Con este argumento se trata de enfatizar que también el Juez, puede y debe seleccionar y valorar el peritaje en el sentido de aceptar, o rechazarlo en parte, de tal forma que se podía, si se admitiese esa posible disección, afirmar que, con este discernimiento judicial, la porción -se reitera en el caso de que fuese escindible- del peritaje que hubiese incurrido en el ilícito, podría hasta ser extirpada por el órgano judicial, y así evitar el daño o menoscabo derivado.

4º) El Juez en esa valoración purga el peritaje, elección de lo regular y rechazo de lo irregular.- En la función valorativa del peritaje que, el órgano judicial tiene por imperio de la ley que realizar y para la debida información de su decisión, acomete una verdadera labor de purga o de purificación, o sea, esa valoración, en sí, procurará darle un entendimiento omnicomprendido, con lo que, se quiere subrayar, que de esa forma el Juez, hace suyo aquello de lo cual ha sido informado, por lo que, será el quién peche con las consecuencias derivadas de lo que, aún habiendo sido producto de la autoría ajena, sin embargo, ha sido asumido por el mismo .

Se habla en esta tesis de que con la aceptación del peritaje, el Juez lo hace suyo y que, por una suerte de ficción, es hasta sostenible afirmar que acaece como si el propio Juez, -tras la

correspondiente ilustración-, hubiese sido el autor material del mismo, ya que, en definitiva, es no sólo su receptor y destinatario, sino que, tras su previa aceptación, valoración y, en su caso, selección, lo incorpora al cuerpo de sus sentencia, y en ocasiones (sobre todo si lo acepta) forma parte inescindible de lo que se denomina su "ratio decidendi", con lo que, de paso, se culmina en el lugar común de que el daño o perjuicio al tercero no se produce por dicho mal peritaje, sino por la sentencia que lo acogió, con independencia de que quepa especular sobre que el mal peritaje es la causa de la mala sentencia; lo que, a toda costa, quiere subrayarse es que es ésta sentencia la determinante del daño, con lo que, se puede -ya en el juego de palabras- hasta alardear que si no es cierto que el perito actúe como si fuese Juez, sí en cambio, es cierto, que el Juez (sin dejar de ser Juez) de ésta manera está actuando como si hubiese sido perito.

C) RESPONSABILIDAD DE AMBOS. RAZONES: Es como tesis intermedia una tesis sincrética, por cuanto que expone razones que tratan de aunar argumentos de las precedentes; tesis realistas de la responsabilidad del perito y de las tesis formalistas de la responsabilidad del Juez; sus argumentos son los siguientes:

1º).- Dificultades de las tesis precedentes.- Como no cabe "a priori" aceptar las tesis realistas y las tesis formalistas rechazarlas, o, al contrario, aceptar éstas y rechazar las primeras, pues ambas, tienen argumentos a favor o en contra, más o menos justificados o endebles, y como también es indiscutible que el autor material del ilícito determinante después del daño o menoscabo del litigante es el perito, -imputabilidad-, así como también es verdad que el causante de que ese "facere" profesional sea relevante y trascienda, y que, por ello en su salida al exterior produzca el daño, -culpabilidad-, es el Juez con su sentencia, se concluye, que ambas actuaciones determinan, de una forma u otra, la responsabilidad y, por lo tanto, deben ambos responder cada uno por lo que han realizado y que, en definitiva, frente a ellos debe el perjudicado accionar .

2º).- Ambos son autores del ilícito. el Perito por su mal peritaje y, el Juez por su mala sentencia.- Se reitera cuanto antes se indicó, el perito es el autor de ilícito real, porque es el que con su conducta ejecuta el mal peritaje, mientras que el órgano judicial se insinúa, es como el autor del ilícito formal, porque con la receptividad del mal peritaje y hacerlo como suyo, ha derivado en la ejecución de la mala sentencia .

3º).- Rechazo motivos de descargo.- Se trata de criticar las posibles motivaciones exculpatorias que cada uno en particular, el Juez o el Perito pueda realizar, y con ello, reforzar aún más esa dualidad de responsabilidades; así frente a las alegaciones en descargo del perito, porque aduzca que ha sido el Juez el que, acogiendo su peritaje, lo valoró y optimizó, hay que oponer que ese mal peritaje deviene de la flagrante omisión de su diligencia profesional determinante de que haya vulnerado cualquiera de las tres reglas a que debía ajustarse la emisión de su dictamen, la de su "lex artis", la del encargo judicial y la de la actuación como tal deudor en cumplimiento de su prestación frente al Juez, y si es el Juez el que adujera que su ignorancia, en la materia controvertida no sólo provocó la demanda del auxilio, sino su ineptitud para valorar aquello que luego se le entregó, hay que afirmar que, en caso alguno, ello 'puede justificarle en su descargo ya que existen, en su caso, dictámenes periciales que, con una elemental uso de la sana crítica judicial, debían haberse rechazado, aparte, que tampoco eso puede servir de fundamento ante la taxatividad de la desvinculación proclamada por el art. 632 L. E.C., sobre todo, cuando le cabe además auxiliarse en los remedios de los arts. 630.2 y 631, ante los dictámenes complejos.

Y otra vez, debe reiterarse y darle vueltas al argumento de que "quien pregunta al perito porque no sabe (el Juez), tampoco debe saber para no aceptar la mala respuesta dada en el peritaje", pues esa proposición encierra una verdad a medias, porque si ello es predicable en peritajes más o menos sofisticados, y en donde no aparezca con nitidez la patología de su mala práctica, sin embargo, ello, nunca puede justificar cuando sea notoria dicha irregularidad, de tal forma que cualquier diligente padre de familia sea capaz de seleccionar y rechazar por improcedente el peritaje en cuestión .

4º).- Razones prácticas en la estrategia procesal: remisión subsiguiente.- Es un argumento, más o menos serio o atendible, puesto que lo único en que se funda, es que si difícil es entender la viabilidad de la responsabilidad del perito más difícil es entender la viabilidad de la responsabilidad del Juez, en el sentido de que no es posible "ab initio" desenganchar a uno de la actuación del otro, por lo que una prudente conducta de asesoramiento en la materia, aconsejará que se ejercite una acción de reclamación de responsabilidad conjunta frente al perito y al Juez, y sin infravalorar entonces impedimentos que se encuentren en su traducción procedimental, a dilucidar en la última parte del trabajo.

REGIMEN ACTUAL L.E.C. 1/2000 DE 7 DE ENERO

Objeto: Examen normativo legal, arts. 377 y ss. Dictamen pericial, art. 335.

-A) LA DOBLE CONFIGURACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL: Pericia previa. Aportada con escritos iniciales. Art. 336.

-B) CONDICIONES DEL PERITO: ART. 340.

-C) DESIGNACIÓN DEL PERITO

1.- Designación de parte: Libertad art. 336.

2.- Designación Judicial arts. 339/ 341

-D) ACEPTACIÓN DEL CARGO: ART. 342, Libertad de aceptación.

-E) TACHAS, RECUSACIÓN Y ABSTENCIÓN: ART. 343

-F) EMISIÓN DEL INFORME: ART. 346

-G) RETRIBUCIÓN DEL PERITO: ART. 342.

-H) ESPECIAL VALORACIÓN DEL INFORME. 348.

ESPECIAL ESTUDIO ART. 348. Idem art. 632 anterior

La Sana crítica judicial, aproximación a su integración conceptual: reglas del "logos" de lo razonable, su singularidad.- Se entra en un argumento de especial importancia, por la referencia a la "sana crítica" que se hace en anterior art. 632 L.E.C., al afirmarse que "los jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica, sin estar vinculados al dictamen Correspondiente" (hoy el vigente art. 348 que dice: "El tribunal

valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica") sanción que requiere con independencia de las alusiones antes hechas, profundizar en su significado y, al menos, aproximarnos, en un proyecto de conformación conceptual, en esa, vaporosa figura de la sana crítica.

-¿Que se entiende por sana Crítica...? Literalmente, será "la crítica" que no esté "enferma", entendiendo por "sana", la carencia de enfermedad, esto es, la crítica que carezca de cualquier vicio o deformación, en relación con lo que se entiende por crítica, en la idea de que crítica es una labor de censura, de enjuiciamiento o de valoración de algún hecho o conducta realizada por otra persona; según la definición del DRAE, de sus varias versiones, crítica, es tanto "cualquier juicio o conjunto de vicios sobre una obra artística, etc., como la censura de las acciones o la conducta de alguno o el conjunto de opiniones expuestas sobre cualquier asunto"; todo lo que conduce a entender por sana crítica, esa tarea de enjuiciamiento o de apreciación cuando su autor está en posesión de las normales facultades intelectivas y volitivas, por carecer de cualquier patología o síndrome de afectación residual psicosomática; sólo, pues, la persona que se dice normal, esto es, no enferma y cuya naturaleza psicosomática responde a un promedio dentro de la especie humana, la persona, en fin, que ostenta conocimientos, cultura y aptitudes medias, que hasta rememore el tradicional arquetipo del buen padre de familia ("auténtico Standard jurídico de subjetividad en la referencia de conductas a la luz del art. 1104,2º C.c.) para su posterior homologación en pos de un juicio de aprobación o repulsa) será pues quién esté en su posesión y sea autor capaz de generar esa sana crítica, o, lo que es igual, realizar ese juicio de valor con los atributos propios de tal sana crítica .

Se sostiene que esta sana crítica concepto en blanco dentro de la dogmática podrá incluso, equivaler a una actuación acorde con el "logos de lo razonable", de que ya hablara la S. del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990, en frase imperecedera del Prf. Recasens Sitges, como la apreciación de un hecho o de una conducta con la lógica de lo que se considere razonable, esto es, realizando esa labor de valoración bajo los dictados de una normalidad subjetiva y social, discerniendo aquello bajo la

información y captación de los medios de enjuiciamiento de promedio, y emitiendo un juicio que, asimismo responda a la valoración de generalidad que priven en el medio social, en que se emita el referido juicio.

Ahora bien, en tema de la responsabilidad preconizada hay que hablar no ya de lo que se considera sana crítica sin más, sino de lo que se considera sana crítica judicial; sana crítica judicial que ya por esta adjetivación, proyecta en éste repetido standard una singularidad que, aún respetando las anteriores configuraciones conceptuales, la hacen, sin embargo, más cualificada y matizada, por las siguientes circunstancias.

a) La sana crítica judicial es una sana crítica más específica que la general o de promedio: Ya que así como la sana crítica general se puede atribuir a cualquier hombre que reúna las cualidades antes epigrafiadas, es una obviedad hablar de que ésta "sana crítica judicial" será la que, en todo caso, posea y con la cual actúe, no cualquier persona, sino aquel que sea. Juez, y. que, por lo tanto, debe emitir judicialmente la decisión del litigio en que se ve envuelto.

b) La sana crítica judicial está cualificada por las siguientes circunstancias de integración "ad hoc":

1º) La propia profesionalidad del Juez, por ser persona cualificada no sólo por su status, sino además, estar -al menos en un "desideratum de lege ferenda" asistido por los tres valores clásicos que configuran su propia personalidad, el valor vocacional o esa llamada identificadora con la profesión que se ejerce, el intelectual o esa preparación y formación cultural, amén de los conocimientos indispensables del derecho que ha de aplicar y el valor psíquico o ese equilibrio de conducta propia de quien está asistido por NATURALEZA de unas facultades psicosomáticas acordes con el desempeño de su función, todo ello, pues, determinará la genuinidad judicial de esa sana crítica.

2º) Los contenidos concretos del conocimiento del litigio: porque una cosa es hablar de un juez genérico o profesional investido de tales valores y otra cosa es hablar del Juez competente que está actuando en el litigio, el cual está empapado e ilustrado de

todas las circunstancias que confluyen en la controversia, y que, en consecuencia, está de antemano, enterado de cuál es el punto o puntos conflictivos sobre el que ha de versar el dictamen pericial, y, por lo tanto, está, asimismo, asistido de tales conocimientos, que serán los que proveerán o informarán su posterior conducta valorativa conforme a esas reglas de la sana crítica, al deber de ajustarse a ese específico punto litigioso.

3º) La delimitación del encargo: esa sana crítica judicial, se proyectará sobre el contorno que delimite el encargo judicial o el "facere" que ha encomendado el Juez al perito; encargo judicial, que habida cuenta el por qué de la pericia, que responde a la necesidad de ilustrar el Juez de aquello que desconoce, vendrá a integrarse como en un espectro equidistante entre lo conocido por el Juez y lo ignorado por el mismo, ya que, aún cuando en el punto litigioso confluyan materias de toda índole, es evidente, que el Juez no demandará el auxilio del perito sobre el aspecto de tales materias que él conozca, sino que, en exclusiva, planteará el encargo sobre aquello que se proyecte en el punto litigioso, y que, precisamente, no sea conocido por el mismo.

c) La sana Crítica Judicial como antídoto a la estimación del peritaje patológico del antes llamado mal peritaje clamoroso: Es otro argumento de los que sostienen la responsabilidad del Juez , partiendo de que .el Juez está investido de su cometido jurisdiccional y está, a su vez, en posesión de las facultades intelectivas que determinan su aptitud para actuar a tenor de la sana crítica, y que, a su vez, por contar con los valores antes indicados, y por el conocimiento específico concreto del litigio, convergen en que sea capaz o esté dotado para actuar dentro de la ya sana crítica judicial.

Es evidente que quién así es apto para valorar conforme a la sana crítica judicial el auxilio pericial prestado, evitará que el resultado de su valoración se haya cimentado o apoyado en peritajes patológicos; ahora bien, ello encierra una especial dificultad, porque el problema puede incidir en una petición de principio, ya que, si, por un lado, se pide auxilio para que se informe de lo que se ignora, habrá que concluir en que el necesitado, -esto es, el Juez-, no tiene tampoco saberes para poder rechazar aquello

que en cumplimiento del encargo ha ejecutado quien sabe, actuando como tal perito; en puridad, el dato ostenta un valor aparente, porque lo que se quiere con este argumento afirmar es que el propio órgano judicial, por todo ese conglomerado de valores y conocimientos de que está asistido, debe ser capaz de rechazar aquellos peritajes que notoriamente rompan las directrices de lógica, de razón, de sentido común que privan en el encargo profesional de promedio pericial (téngase en cuenta la opinión contraria antes transcrita de Font, aunque bien mirado el asunto este autor no se plantea como la mayoría, la incidencia de un mal peritaje de este Juez), y, por lo demás, tampoco es atendible ni objeto de consideración un supuesto mecanicismo receptor del Juez ante peritajes complejos en litigios que requieran "conocimientos especiales", en la idea de que, entonces esa dificultad captatoria justificará una recepción admitosia sin más, ya que, como se verá, frente a ello el órgano puede hacer valer los recursos que le suministra el art. 630, nuevos reconocimientos, o ampliación del precitado informe colegial del art. 631 L .E. C.

d) Criterio de la Jurisprudencia T.S.: Cabe esta selección de un prolífero número de sentencias:

1º) La sana crítica como la lógica más elemental: S. 4 de diciembre de 1989: "Los arts. 1243 C.C. y 632 L.E.C., no contienen ninguna norma valorativa de la prueba pericial, sino que dejan la valoración de la misma a la prudente apreciación del juzgador de instancia, según las reglas de la sana crítica, quedando por ello, y en principio, la misma sustraída a la censura y el control de la casación, salvo que la conclusión alcanzada por el órgano jurisdiccional fuera contraria a una patente evidencia o a la más elemental lógica.

2º) La sana crítica como "logos de lo razonable" : S .13 de febrero de 1990: "Aún admitiendo la laxitud de concepto "sana crítica" que como módulo valorativo introduce el art. 632 L.E.C., para que así aprecien la prueba pericial los Tribunales es evidente que, el margen amplio de discrecionalidad enjuiciadora que ese precepto permite a los órganos judiciales, se corresponde con la naturaleza no vinculante del dictamen pericial, y que sólo procede acceda a un reajuste casacional, cuando la apreciación practicada contraríe esa sana crítica, que no es sino en un lenguaje propio del "logos de lo

razonable", si el juicio por el órgano de tal prueba se hubiera alcanzado irrazonable, por ello mismo, o contrario a las más elementales directrices de la lógica humana. (SS. 25-10 y 5-11-86, 9- 6, 14-7 y 5-10-88).

3º) La sana crítica como la regla del sentido común: S.18 de mayo 1990: "El motivo de casación al amparo de la causa 5ª del art. 1692 L.E.C. denuncia la infracción de los arts. 1243 C. C .y 632 i, L .E. C. afirmándose en él que 'la valoración de la prueba pericial no se ha apreciado según las reglas de la sana crítica'. Sabido es que el art. 1243 C.C. remite, en cuanto al valor y la forma de practicar la prueba de peritos a la L..E.C. la que en su art. 632 declara 'Los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos' , con lo que viene a sancionar que aunque su apreciación se deja al criterio del Juez, éste no puede proceder arbitrariamente, sino sujetándose a esas reglas e la sana crítica, que son las de la lógica y del sentido común, por lo que basta para fundamentar el motivo, la mera alegación de no haber sido tenido en cuenta que se separe de la misma, puesto que se precisa el acreditamiento de su falta de lógica, pues de no ser así los Jueces no están obligados a sujetarse o ajustarse a dicho informe o dictamen, obrando conforme a la Ley, desistiendo, o incluso prescindiendo del mismo, y como en el caso de autos no se de tal arbitrariedad, el motivo ha de ser desestimado".

4º) La sana crítica como la racionalidad v directrices de la lógica. S. 25 de noviembre de 1991: "El resultado de la prueba pericial ha de ser apreciado por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, que como módulo valorativo establece el art. 632 L.E.C., pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen 'las más elementales directrices de la lógica' (SS. 13-2-90 y 29-1-91).

5º) La sana crítica como directrices de la lógica humana: S. 10 de marzo de 1994: "Esta ponderación valorativa del conjunto de la prueba pericial, sólo puede ser combatida en casación, en las contadas ocasiones en que se pueda demostrar la existencia de un fallo deductivo que contradiga las reglas de la sana crítica,

entendidas éstas como las más elementales directrices de la lógica humana (art. 632 L.E.C.). El recurrente pretende con sus argumentaciones convertir la casación en una nueva instancia, en la que esté abierto al campo valorativo, de las pruebas, posición que esta Sala viene rechazando sistemáticamente, negando una y otra vez la vía de este recurso a las impugnaciones de las valoraciones parciales que se efectuaron en la instancia, sin demostrar que el juzgador ha prescindido del proceso lógico que representan las señaladas reglas de la sana crítica. Los razonamientos y la repetida doctrina jurisprudencial, que se acaba de exponer, conducen sin más al decaimiento del motivo y del recurso en su integridad, ya que la valoración de la prueba pericial está en principio sustraída a la censura de la casación".

6º) La sana crítica como racionalidad v conformidad a la más elemental directriz de la lógica. S. 3 de abril de 1995: En esta sentencia simplemente estima el recurso de Casación por haber vulnerado el Tribunal de Instancia la regla de la sana crítica.

7º) La sana crítica como toda elemental lógica judicial: S. 3 de julio de 1995.

8º) El juego del filtro judicial. Mandato del art. 348 L.E.C. en una interpretación total.- Es la razón más poderosa y cuyo anclaje en el derecho positivo es indiscutible ya que, si en el tantas veces citado art. 632 L.E.C. , no sólo se expone en su primer párrafo, que los Jueces y Tribunales apreciarán el informe pericial conforme a las reglas de la sana crítica, sino que se remarca en su segundo, con una singularidad que inexiste en el homólogo de la prueba testifical "sin que en ningún caso estén vinculados al contenido de dicho dictamen", es claro entender que con ese texto, se reitera, se pretende reforzar' la autonomía judicial, en la idea de que si, por un lado, (y ésto sería un perfil interpretativo muy específico o aparentemente superficial pero con una profundidad de intenciones), el Juez al estar privado de tales conocimientos necesita estar asistido por su auxiliar pericial, con lo que, de rechazo, viene a admitirse una serie de carencias en la personalidad del Juez. que hasta pueden desmerecer o empequeñecer su fornida personalidad, por otro lado, con esta norma del art. 632-2º se pretende robustecer, en vía de compensación, su comportamiento jurisdiccional, dando a entender que, por muy debilitado que esté por esas carencias, no

obstante , su independencia sigue siendo total, el ser libre para aceptar o no el contenido del informe.

De cualquier manera, la interpretación de este art 348 puede producir estas dobles manifestaciones hermeneúicas :

a) La no vinculación como antecedente de condena al Juez receptor; casuística según la regularidad del informe; lectura textual del precepto.- Esa no vinculación proclamada en el art. 348 por la integración antes expuesta acerca del entendimiento de la sana crítica, y, sobre todo, por la sanción de su segundo párrafo, conllevan que, en caso alguno, pueda el Juez excusarse de la sentencia (en el caso de que esta sea una "mala sentencia") porque se haya apoyado en un "mal informe", ya que esa no vinculación libera por completo de cualquier atadura al órgano: judicial y, en consecuencia, no le es luego factible tratar de justificar esa su mala decisión en el mal peritaje. Y también frente a ello late, otra vez, la anterior denuncia de que "quien por no saber pide auxilio, tampoco, debe saber si el auxilio prestado es correcto o no", a salvo, siempre los preceptos correctores: art. 630.2 y 631 que le impedirán argüir tales pretextos o ignorancias .

b) La no vinculación, antecedente de condonación al Juez receptor; otra lectura del precepto.- Si se pide informe por el Juez es porque ignora la materia solicitada; automatismo reductor: el Juez tampoco sabe si el informe está mal hecho; niveles de irregularidad como solución casuística.- Repite el argumento en contra de la anterior lectura, esto es, que si bien la no vinculación del informe al Juez, por un lado, -según la precedente interpretación-, determina que en su libertad de actuación no pueda refugiarse para justificar su mala decisión en el mal peritaje, no obstante, teniendo en cuenta que el Juez carece de conocimientos sobre el punto litigioso, y esa es la razón por la que demanda el peritaje, habrá de admitir una lógica deducción, o sea, que también carece de conocimientos para poder apreciar si el peritaje es bueno o malo; ante ello ha de puntualizarse con una suerte de posición intermedia, que si el contenido del peritaje es complejo o alude a circunstancias, más o menos esotéricas que no son factibles de apreciar en cuanto a su pertinencia por el hombre medio, e, incluso, por el Juez normal.

9º) Argumento residual categórico: ¿quién causa el daño...?. ¿ El perito o la sentencia ?.- Este es un argumento apodíctico que funciona dentro de estas tesis formalistas, en réplica o contrapunto del argumento de las anteriores tesis realistas que, sin mas, estimaban que el autor material del daño era el autor del peritaje; y, de nuevo, por la interferencia del mecanismo de receptividad judicial, no ha de perderse de vista que, por las razones repetidas o bien por el yugo del procedimiento formal, lo cierto es que el peritaje no " trascendería si no hubiese sido acogido por la sentencia y que, por lo tanto, el causante del eventual daño no es el mal peritaje, sino la mala sentencia que así lo ha acogido, por lo que habrá de concluirse en que sea el órgano judicial el responsable .

Ante la inevitable verdad de este argumento, en sus mismos planteamientos, se especula, como elemento de atenuación de sus consecuencias, en el posibilismo de que se pudiera reaccionar, en una vía de reclamación o por el propio órgano judicial, contra el perito, esto es, y al margen de las dificultades procesales, de esa eventualidad, entender que el Juez que así se ve envuelto en una cierta responsabilidad civil por esa mala sentencia motivada por un mal peritaje, pudiera, en su caso ya través de la vía correspondiente, actuar reclamando al autor de esa mala información pericial. El tema se apunta como una posibilidad, anticipando que esta formula, encontrará, a buen seguro, enormes dificultades dentro de nuestra praxis procesal.

LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

Catedrático Derecho Civil
Magistrado Tribunal Supremo.