

pompa, y en medio del silencio de la multitud hacer pronunciar los magistrados la fórmula del juramento al declarante, recordándole cómo persiguen á los perjuros la venganza de Dios y el desprecio de los hombres.

887. Esto ha venido á realizarse en la ley de Ginebra. Segun ella, expone el presidente en audiencia pública con claridad á la parte á quien se defiere el juramento, los hechos sobre que se ha deferido, y le recuerda las penas contra el perjurio. A esta admonicion solo sigue el juramento en casos urgentes; de lo contrario, se dilata su prestacion para otro dia: asi no se pone súbitamente á la parte entre su conciencia y la vergüenza de retractarse, sino que se le da un intervalo para reflexionar.

888. La nueva ley de Enjuiciamiento, no obstante, ha venido á sancionar las mismas disposiciones adoptadas sobre esta materia por nuestras leyes anteriores, si se exceptúa la citacion previa de la parte contraria para la prestacion de la confesion, y en su consecuencia del juramento que exigian estas, y que en el dia no deberá practicarse, puesto que segun el art. 270 no se requiere dicha citacion para la confesion en juicio.

889. Algunos intérpretes opinan que parece no deberá tener lugar en adelante el juramento decisorio ó supletorio, por no mencionarlo expresamente la nueva ley; pero si se atiende á que segun se dispone en el caso 2.º del art. 49, los jueces y tribunales pueden, para mejor proveer, exigir confesion judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestion, y no resulten probados, y á que este mismo es el objeto de dicho juramento, no parece que debe entenderse excluido del espíritu de la ley nueva aquel juramento.

890. Asimismo opinan algunos intérpretes que debe entenderse excluido tambien de la ley de Enjuiciamiento el juramento *referido*, fundándose en que no lo menciona; mas tampoco nos parece aceptable esta opinion, porque permitiendo la ley al litigante *referir* el juramento al contrario, obligándose á pasar por lo que este jure, es consiguiente que se permita á este referirlo, ya porque el juramento referido no es mas que una especie de juramento deferido, ya porque siendo desventajoso á la parte á quien se defiere el juramento, referirlo ó devolverlo á la que se lo pidió, puesto que se obliga á pasar por lo que jure el contrario, por lo que dice el derecho que en tal caso, *deteriorem conditionem facit*, no parece consecuente deducir que prohiba referir el juramento la ley que permite deferirlo.

§ VI.

Del juicio de peritos.

891. Por juicio de peritos se entiende el parecer ó dictámen que dan personas experimentadas en su oficio, arte ó ciencia, ó que poseen conocimientos sobre ciertos hechos ú objetos contenciosos, en virtud de exámen ó reconocimiento que les confia el juez con el fin de obtener las noticias necesarias para la decision del pleito, y que no puede procurarse por sí mis-

mo. Tal es la definicion que se deduce de la letra y espíritu de las leyes 25, título 16, Part. 5; 1.ª y 2.ª, tít. 21, lib. 10 de la Nov. Recop. y del art. 505 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Naturaleza del juicio pericial.

892. De la primera cláusula de la definicion expuesta se deduce, que el juicio de peritos tiene lugar cuando los hechos á que se refiere la cuestion litigiosa, requieren conocimientos facultativos por versar sobre algun arte, oficio, ciencia ó profesion; v. gr., si se trata del deslinde de términos ó medicion de terrenos, estado de un edificio, de si se halla ó no demente una persona, de su estado de virginidad, etc. En tales casos, aun cuando el juez por sus estudios especiales se hallase con los conocimientos necesarios para poder formar un juicio acertado de aquellos hechos, no podrá considerarse como perito para el efecto de dejar de nombrar los que la ley establece, y de oír su dictámen con arreglo á la misma, si bien aquella instruccion le servirá para guiarle en la apreciacion que forme del dictámen emitido por aquellos; tal es el sentido de la regla que dice: *non sufficit ut iudex sciat sed necesse est ut ordine juris sciat*. Mas segun se deduce de la última cláusula de la definicion expuesta, esto es, que para que haya lugar á nombrar peritos, es preciso que el juez no pueda procurarse por sí las noticias necesarias para la decision del pleito, ó como dice la ley 1, tít. 21, lib. 10. Nov. Recop., que no debe nombrarlos para otra cosa que el juez pueda determinar por el proceso, no será necesario el juicio de peritos cuando le basten al juez sus propios conocimientos como tal, esto es, cuando no se necesiten conocimientos facultativos para determinar los hechos sobre que versa la cuestion litigiosa; v. gr., por medio del reconocimiento judicial de que se tratará en el párrafo siguiente, marcando tambien la diferencia que hay entre este acto y el juicio de peritos.

893. Dícese en la definicion del juicio de peritos que es un *dictámen* ó *parecer* con arreglo á un arte ó ciencia, para distinguirlo de las declaraciones de los testigos, pues que estos se limitan á deponer de lo que vieron, oyeron, conocieron ó percibieron por los sentidos corporales, y aquellos forman un juicio ú opinion sobre los hechos litigiosos, fundándolo ó motivándolo en los conocimientos científicos ó especiales que pueden demostrar la naturaleza de los mismos.

894. Dícese que ha de versar sobre *hechos*, porque limitándose el juicio pericial al exámen ó estimacion de los objetos, se circunscribe á puntos enteramente de hecho, conforme expresamente previene el art. 146 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, sin extenderse nunca á los de derecho, pues la interpretacion y aplicacion de las leyes respecto de estos puntos corresponde al juez exclusivamente: por eso, al limitar el derecho romano el nombramiento de peritos á la ilustracion de una cuestion de hecho, decia: *ad questionem facti respondent juratores; ad questionem juris respondent iudices*: por eso tambien dispone la ley 1, tít. 21, lib. 10 de la Nov. Recopilacion, que cuando los jueces mandasen nombrar contadores ú otras per-

sonas, no los nombren para ningun artículo que consista en derecho, sino que solamente se nombren para cosa que consista en cuenta ó tasacion ó pericia de persona ó arte.

895. Esta misma circunstancia de limitarse los peritos á la apreciacion de los hechos, los diferencia de los árbitros, pues estos entienden del derecho, aunque limitado á lo que expresa el compromiso, por lo que vienen á ser verdaderos jueces, al paso que los peritos no pueden traspasar los límites de los hechos, y se limitan á dar su parecer ú opinion sobre los mismos; siendo necesario, aun para que esta llegue á tener fuerza de cosa juzgada, que el juez lo apruebe y la dé la autoridad de tal, adoptándola en su sentencia, segun expondremos mas adelante al tratar de la fuerza probatoria del juicio de peritos.

896. Por estas mismas razones se diferencian los peritos de los *jueces de hecho*, pues que los juicios ó apreciaciones que estos forman sobre los hechos que se someten á su decision, constituyen sentencia ejecutoria siempre y por la sola autoridad que ellos les dieron al publicarlas.

Personas que pueden dar juicio pericial.

897. No debiendo considerarse los peritos como oficiales ó funcionarios públicos, ni como participantes en la administracion de justicia, segun dice Belime y se deduce de lo expuesto, síguese, que pueden ser llamados á dar dictámen pericial, generalmente hablando, toda clase de personas entendidas en el arte ó ciencia á que pertenezca el hecho sobre que versa la duda en juicio, tengan ó no títulos de tales, y bien sean españoles ó extranjeros, hombres ó mujeres, pues en algunos casos el ministerio de estas es mas conveniente que el de aquellos, y por eso decia la ley 8, tít. 14, Partida 3, que si fuese pleito en razon de alguna mujer que dicen que es corrompida, ó de mujer que decian que fincaba preñada de su marido, tales contiendas como estas se deben deliberar por vista de mujeres de buena fama. Además de los conocimientos especiales indicados, deben reunir los peritos las circunstancias de moralidad, buena opinion y demás que se exigen para testigo mayor de toda excepcion; si bien no podrán dar dictámen pericial los menores de edad, ni los que sufren interdiccion civil, no obstante poder ser testigos (art. 314 de la ley de Enjuiciamiento), porque teniendo el dictámen pericial un carácter particular distinto de la declaracion de testigo, segun ya hemos dicho, no se debe emplear para aquel cargo sino á individuos capaces de responder de sus actos. Pero esto no se entiende si tuvieren título de peritos, puesto que para adquirirlo han debido reunir las condiciones y circunstancias que las leyes y reglamentos requieren para poder ejercer su cargo.

898. Mas aunque pueden ejercer el cargo pericial las personas que no tengan título de peritos, esto se entiende á falta de los que lo tuvieren, pues la ley ha querido que se prefiera á estos, por ofrecer mayores seguridades de inteligencia á causa de los estudios, que han debido acreditar le-

gal y solemnemente, para obtener el título. Por eso dispone la ley de Enjuiciamiento civil en el párrafo 2.º del art. 303, que *los peritos*, llamados á dar su dictámen en juicio, *deben tener título de tales en la ciencia ó arte á que pertenezca el punto sobre que ha de oirse su juicio, si la profesion ó arte está reglamentada por las leyes ó por el gobierno. En este caso, si no los hubiera en el pueblo del juicio, podrá hacérseles venir de los inmediatos.* La ley no marca la distancia desde donde podrá hacerse venir á los peritos, dejándolo al arbitrio del juez, quien deberá apreciar para ello la importancia del negocio sobre que va á recaer el juicio pericial comparada con los gastos y dietas que puede ocasionar el viaje, y que deben abonar las partes á los peritos, y con los bienes de fortuna de las mismas; pero la ley da á entender con la cláusula *pueblos inmediatos*, que no se debe hacer venir á los peritos de larga distancia, para evitar á las partes dilaciones y gastos cuantiosos, lo que deberá tenerse en consideracion, especialmente si el nombramiento no se hiciera á instancia de las mismas, sino por el juez de oficio. Por lo demás, no es necesario que los peritos se hallen dentro del partido del lugar en que se celebra el juicio, sino que tambien puede hacérseles venir de pueblos pertenecientes á distinto partido. Esta facultad de hacer venir peritos de los pueblos inmediatos, parece que solo puede ejercerse cuando no los hubiese en el pueblo del juicio, como dice la ley en la regla expuesta, lo que puede fundarse en que de lo contrario se daría lugar á dilaciones maliciosas, y á que pudieran causarse gastos innecesarios al contrario si salia condenado en las costas. Sin embargo, como podria suceder que fuese corto el número de peritos que hubiera en el lugar del juicio, y no inspirasen confianza de imparcialidad á las partes, por ser parientes ó amigos de la contraria, y si se considera que la ley solo faculta á los litigantes para recusar al perito tercero, parece que deberá permitirse á las partes nombrar peritos de los pueblos inmediatos, aunque los hubiera en el lugar del juicio, especialmente en el caso expuesto, lo que deberá quedar á la prudente apreciacion del juez; si es que no puede entenderse la cláusula de que usa la ley, *podrá hacérseles venir de los pueblos inmediatos*, como teniendo por solo objeto el de extender la facultad de las partes, de nombrar peritos aunque no los hubiere en el lugar del juicio, mas no el de coartársela para el caso de que los hubiere.

Cuando las leyes marcan un número determinado de personas entre las que tienen título en la ciencia ó arte á que se refiere el hecho dudoso, para dar en juicio este dictámen, no podrán las partes nombrar como peritos para este efecto mas que á las personas comprendidas en dicho número, pues de lo contrario perjudicarian á estas en los derechos que las leyes les han concedido por razones atendibles. Solamente en el caso expuesto de no infundir confianza al litigante, parece que se podrá nombrar perito de entre las demás personas que tuviesen título de tales.

899. Así, pues, cuando hubiere peritos con título en el lugar del juicio ó en los inmediatos, no se podrá nombrar á otras personas sin título para el juicio pericial; mas segun la regla 3.ª del art. 303 de la ley citada, si la

profesion ó arte no estuviesen reglamentados por las leyes ó por el gobierno, ó estándolo. no hubiese peritos de ellos en los pueblos inmediatos, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas, aun cuando no tengan título. Podrá pues recurrirse al dictámen de estas personas aun cuando hubiere peritos con título en pueblos remotos, pues así se evitarán á las partes gastos y dilaciones que pueden ocasionarles graves perjuicios.

900. En cuanto á si es ó no obligatoria la aceptación del cargo de perito, nada dice la ley, por lo que da lugar á diversidad de opiniones. Algunos intérpretes creen que el ministerio de los peritos es esencialmente libre, y que en su consecuencia no están obligados á aceptar el cargo, doctrina que se halla sancionada en el Código de procedimiento francés, art. 316, y en el de Holanda, art. 229. Otros opinan por el contrario que toda clase de peritos, ya tengan título ó no, se hallan obligados á aceptar el cargo, sino mediare justa causa que se lo prohíba, pudiéndoles el juez apremiar á ello con apercibimiento, multa y demás á que haya lugar, y que solo podrá negarse á la aceptación el que fuere nombrado no teniendo título, y habiéndolos en el lugar del juicio. Otros adoptan un término medio, distinguiendo si los peritos tienen título y ejercen públicamente su oficio, ó solo son personas entendidas que careciesen de título: en el primer caso opinan que estarán obligados á la aceptación y no en el segundo. Esto pudiera fundarse en que el cargo público de que se hallan revestidos, los beneficios que reportan segun la ley, y la obligación que tienen de ejercer cumplidamente su profesión, parece imponerles la obligación de auxiliar á la administración de justicia cuando se apela á sus conocimientos; mas en el segundo caso, no teniendo carácter público las personas meramente entendidas en una materia, ni reportando ningún beneficio oficialmente por sus estudios ó conocimientos especiales, no parece que debe considerárseles en la obligación de aceptar aquel cargo, puesto que á veces tendrán que hacerlo con grave menoscabo de sus intereses, y que no se considera á dichas personas dispuestas á estos actos, por no fundar en ellos su profesión, como los peritos titulares. Tal es la opinion de los señores Escriche, Laserna y Montalban entre otros. Sin embargo, el art. 171 del reglamento del Consejo Real equipara para este efecto con los testigos á los peritos, sin distinguir si estos tienen ó no título, disponiendo que los peritos que no compareciesen ó rehusasen dar su dictámen, incurran en la misma pena que los testigos de poder ser conducidos por la fuerza pública al consejo, si bien les releva de la pena de arresto que impone á estos.

Modo de procederse en el juicio de peritos.

901. Segun el art. 303 de la ley de Enjuiciamiento, *el juicio de peritos se verificará con sujecion á las reglas siguientes. Nombrará uno cada parte, á no ser que se pusiesen de acuerdo respecto del nombramiento de uno solo, § 1 de la regla 1.^a* Esta disposición deroga la antigua práctica de nombrar cada una de las partes dos ó tres peritos, adoptada en nuestros tribunales civiles, y sancionada como ley en el art. 146 de la de Enjuiciamiento

mercantil y en el reglamento del Consejo Real de 2 de diciembre de 1846, en cuyos artículos 167 y 168, se previene, que las partes pueden nombrar de comun acuerdo uno ó tres peritos, y no haciéndolo, los designe la seccion del consejo en el mismo número, ó limitándose á uno si se tratase de objetos de corto valor. La ley ha querido sin duda evitar la dificultad de apreciar debidamente el juez esta prueba, cuando son muchos los dictámenes periciales. Sin embargo, cuando la causa fuere árdua y de grande entidad, hubiera sido conveniente permitir á las partes el nombramiento de mas de un perito, conforme á la práctica antigua defendida por Gomez, libro 2, var. cap. 6, núm. final, y segun opina Dalloz interpretando el art. 303 del Código de procedimiento francés que prescribe que el juicio pericial solo podrá hacerse por tres peritos, á no que las partes se conviniesen en que lo practicara uno solo; y se funda en que la determinacion del número de peritos no es de derecho público, por referirse especialmente al interés de las partes; en tales casos deberá cada una de estas, segun dicho autor, nombrar igual número de peritos.

902. En cuanto al modo de ponerse de acuerdo las partes sobre el nombramiento de un solo perito, no determinando la ley el procedimiento que debe seguirse, deberá estarse al adoptado por la práctica anterior. Segun esta, la parte que proponia el juicio pericial, pedia en el mismo escrito en que nombraba el perito, que se hiciera saber á su contrario para que, ó se conformara con el propuesto, ó nombrara otro por su parte; el juez daba traslado de dicha solicitud á este, el cual se conformaba con el nombramiento de aquel perito ó designaba otro.

903. Aunque nada dispone la nueva ley de Enjuiciamiento para el caso de que alguno de los litigantes fuese rebelde en el nombramiento de perito, esto es, dejara pasar el término que se le concedió para ello, sin nombrarlo ó sin conformarse con el que nombró la parte contraria ni para el caso de que se negara espresamente á verificar este nombramiento, deberá nombrársele de oficio, conforme á la antigua práctica, y segun se halla sancionado respecto de los procedimientos administrativos en el art. 168 del reglamento del Consejo Real, puesto que no seria conforme á equidad, dejar sujeto al dictámen del perito elegido por el contrario, al litigante que no lo nombró por su parte, tal vez por no tener conocimiento de las personas de que podia valerse. Para ello, si el litigante no nombra perito en el breve término que le asigne el juez, y que no deberá pasar de dos dias, bajo apercibimiento que de no efectuarlo, se le nombrará de oficio, le acusará la parte contraria una rebeldía, y el juez procederá á su nombramiento.

904. *Si fueren mas de dos los litigantes, nombrarán uno los que sostuvieren unas mismas pretensiones, y otro los que las contradigan: § 9 de la regla 2.^a del art. 303.* Usa la ley en este lugar de la palabra litigantes, por ser general y significar, segun dijimos en el núm. 34 de este libro, toda clase de personas interesadas que controvierten sobre sus respectivos derechos ante la autoridad judicial, ya sean demandantes, demandados ó terceros opositores, ya litiguen unidos bajo una misma direccion, por hacer

uso de unas mismas acciones ó excepciones: ya litiguen en cuerda separada, por ser aquellas distintas, con arreglo á lo que dispone para este caso el art. 255, si bien se designan mas específicamente con el nombre de partes los litigantes que sostienen pretensiones distintas. Se entiende, pues, que sostienen unas mismas pretensiones, ó que contradicen á las mismas, para el efecto de nombrar un solo perito, todos aquellos litigantes á cuyos derechos ó escepciones puede favorecer ó perjudicar directamente la declaracion ó averiguacion del hecho, objeto del reconocimiento pericial, ó que alegan acciones ó excepciones que pueden fortificar ó debilitar esta prueba. Así, por ejemplo, si habiendo vendido una casa varias personas á quienes pertenecia *in solidum* ó *pro indiviso* á varias otras, se negaren estas á pagar el precio que aquellas reclamaban, excepcionando que el edificio se hallaba ruinoso, habiéndose vendido como firme y estable, y se solicitare reconocimiento pericial, todos los demandantes deberán nombrar solo un perito para dicho reconocimiento, porque sostienen unas mismas pretensiones, esto es, que el edificio se halla en buen estado y tal cual se apreció en la escritura, y todos los demandados ó compradores solo deberán nombrar otro perito, porque todos ellos contradicen las pretensiones de los primeros, y esto aun cuando unos fundasen su negativa en la rescision total del contrato, y otros se limitasen á la rebaja del precio en cuanto valiese menos la finca por su mal estado; pues todos ellos contradicen las pretensiones de los demandantes, y fundan sus excepciones en el hecho que se somete al juicio de peritos. Cuando unos mismos litigantes sostuviesen unas mismas pretensiones, ó contradijesen á estas, usando de las mismas acciones ó excepciones en el fondo, pero fundasen unas ú otras en distintos hechos que, aunque sujetos al juicio pericial que solicitaban, requiriese cada uno de ellos peritos de distinta profesion, arte ú oficio, deberá procederse á tantos juicios periciales cuantos sean estos hechos, si bien para el nombramiento de aquellos deberá procederse conforme á lo establecido en el párrafo expuesto de la regla 1.ª; esto es, nombrando un perito los litigantes que sostengan unas mismas pretensiones, y otro los que la contradigan. Así, por ejemplo, si habiendo arrendado un campo que contenia sustancias minerales á varias personas para su cultivo y la explotacion y laboreo de una mina, se negaren estas á pagar el precio del arriendo, fundándose unas en que el campo no tenia la cabida designada en la escritura, ó en que faltaba la cantidad de agua expresada, y las otras en que carecia de las sustancias minerales que se le atribuian; seria necesario proceder á dos reconocimientos periciales y al nombramiento de peritos de diferente clase ó profesion, uno para verificar el apeo ó medicion de la heredad, nombrándose para ello peritos agrimensores ó agrícolas ó ingenieros agrónomos, y otro para averiguar la existencia de la mina, nombrándose para este efecto á ingenieros de minas. Lo mismo deberá verificarse, con mayor razon, cuando las excepciones fuesen absolutamente distintas, como si en el caso anterior, uno de los arrendatarios se fundara en la falta de cabida, y otros en la nulidad del contrato, por no tener capacidad el arrendador, ó por haber simulado la

escritura; pues en tal caso, el reconocimiento pericial, respecto de las excepciones de estos últimos, versaria sobre reconocimiento de letras por maestros de instruccion primaria, ó de la persona á quien se suponía de mente por profesores en el arte de curar. Cuando los litigantes que sostienen unas mismas pretensiones, ó que las contradicen, no pueden experimentar perjuicio ni beneficio de la averiguacion del hecho que se somete al juicio pericial, por oponer excepciones que no se fundan en él, como si en el caso expuesto alegaran algunos arrendatarios, para negarse á pagar el precio del arriendo del campo, la compensacion, esto es, deberles por otro concepto el arrendador mayor cantidad que la del arriendo, reconociendo la cabida de la parte del campo que á ellos les tocó, no se agregarán á los demás arrendatarios para el nombramiento de peritos, pues que no tienen ningun interés en que los nombrados sean ó no inteligentes é imparciales como aquellos, puesto que no les afecta en nada el resultado de esta prueba. Importa mucho tener esto presente para el caso de que por no ponerse de acuerdo los litigantes en el nombramiento de peritos, hubiera que insacular tantas papeletas de estos cuantos litigantes los nombraron, para que practique la diligencia el que designe la suerte, segun exponremos mas adelante. La obligacion que impone la ley de nombrar un solo perito á los litigantes mencionados, tiene por objeto evitar el nombramiento de mas de dos peritos, para facilitar la apreciacion de sus dictámenes por parte del juez cuando fuesen encontrados, y en vista del que diere el tercero que se nombra en este caso.

905. *Si para este nombramiento, de peritos, no pudieren ponerse de acuerdo, los diversos litigantes, el juez insaculará los que propongan, y el que designe la suerte, practicará la diligencia: § 3 de la regla 1.ª del artículo 303.* De manera que aun cuando el perito que designare la suerte, hubiera sido nombrado por un solo litigante, deberá proceder á la diligencia, aun cuando alguno de los peritos insaculados hubiera sido elegido por cuatro ó por seis litigantes. La ley dispone que en este caso se atienda á la suerte y no á la mayoría de votos con suma justicia y consecuencia, porque segun los principios legales, tan respetable es el derecho de uno de los litigantes, aunque consista en intereses de poca monta, como el de cualquiera y el de todos los demás, aunque sean mas considerables, para que no pueda el voto de estos vencer el de aquel, pues si en los convenios celebrados con el deudor en los juicios de concurso de acreedores y de quiebras, se está á lo que decide el voto de la mayoría de acreedores, (véanse los artículos 311 de la ley de Enjuiciamiento civil y 1153 de la mercantil) es porque en tales juicios se consideran como una sola masa todos los créditos contra el deudor, y por eso se exige tambien, para que se entienda existir mayoría, que los créditos de los que la formen, importen por lo menos las tres quintas partes del total pasivo del concurso ó del quebrado. La ventaja que reportarán los peritos que obtuvieren mas votos, será la mayor probabilidad de salir electos por la suerte, puesto que deberán insacularse los nombres de los peritos en tantas papeletas cuantos sean los votos que obtuvieren: mas esta