

De consiguiente, será indispensable la citacion y concurrencia del Promotor fiscal á esta diligencia, en la que deberá éste espresar bajo su firma, cuando la copia no sea de todo el documento, que en la parte omitida no hay nada contrario á lo comprendido en el testimonio, ni que lo modifique.—En cuanto á las demás formalidades con que deben practicarse los *cotejos* y librarse las *compulsas*, véase el comentario del art. 281 del tomo 2º

## ARTÍCULO 1341.

*Dada la informacion, se entregará al Promotor para que emita por escrito su juicio sobre ella.*

## ARTÍCULO 1342.

*En el escrito que formule, deberá el mismo Promotor consignar explícita y terminantemente, si se halla acreditado en la forma prevenida el conocimiento de los testigos que hayan declarado.*

Aunque el primero de estos dos artículos ordena que "dada la informacion, se entregará al Promotor para que emita por escrito su juicio sobre ella," no puede ni debe entenderse tan literalmente que haya de ejecutarse así en todo caso. Si se hubiese pedido ó acordado el cotejo ó compulsas de algun documento, no deberá pasarse el expediente al Promotor fiscal hasta que quede evacuada esta diligencia: ó mejor dicho; cuando el expediente esté completo con todas las diligencias que se hayan pedido por los interesados, ó mandado en la Real orden, entonces es cuando deberá pasarse á dicho funcionario para que emita su dictámen por escrito. Y aun esto ha de entenderse tambien subordinado á lo que disponen los artículos 1345 y 1347: si alguno, que tenga interés en el asunto, se hubiere presentado haciendo oposicion ó solicitando la entrega del expediente, deberá oírsele antes que al Promotor. Éste ha de ser siempre el último á quien se oiga, como se deduce del art. 1348; tanto que si despues de haber dado su dictámen se presenta algun escrito de los interesados, ó se practican nuevas actuaciones, ha de dársele conocimiento de ellas para que esponga lo conveniente.

El dictámen ó juicio del Promotor no ha de ser solo sobre el fondo, sino tambien sobre la forma del expediente. Cualquiera defecto de sustanciacion que en él notare, habrá de pedir ante todo que se subsane, como por ejemplo, si se hubiere practicado sin su concurrencia el cotejo ó compulsas de algun documento; y no puede prescindir en ningun caso "de consignar explícita y terminantemente si se halla acreditado en la forma prevenida el conocimiento de los testigos que hayan declarado." Así lo ordena el art. 1342 teniendo sin duda en consideracion que, siendo completamente nueva en nuestros procedimientos la importante disposicion del 1339, es necesaria esta vigilancia para evitar que por ignorancia ú olvido deje de cumplirse.

Tambien deberá examinar el Promotor si está completa la instruccion del expediente, ó si conviene ampliarla para justificar ó esclarecer algunos hechos. Podrá, pues, pedir que se amplíe la informacion, tanto sobre los mismos hechos alegados por la parte interesada, como sobre otros que le sean contrarios; que se cotejen los documentos traídos sin citacion; que se compulsen otros importantes de que tenga noticia, y que se practique cuanto crea conducente al esclarecimiento de la verdad. Así mismo deberá pedir la citacion, y audiencia en su caso, de las personas que, teniendo interés en resistir la concesion de la dispensa, no hubieren sido citadas oportunamente. En una palabra, no debe consentir dicho funcionario la omision de diligencia alguna que conduzca á poner en evidencia si son ciertos y justos, ó si son amañados ó desfigurados los hechos y motivos que se aleguen para obtener la gracia: no de otro modo llenaria cumpli-

damente su mision: es parte en el expediente y tiene derecho á pedir cuanto crea oportuno. La Real orden de 19 de Abril de 1838 daba á los Jueces la facultad de ampliar *de oficio* estas informaciones: la nueva ley ha confiado este cuidado al Ministerio público, como era más natural y procedente: al representante de la ley y de los intereses sociales corresponde velar por la observancia de aquella y por la integridad de éstos.

Luego que esté completa la instruccion del expediente, y que en su caso se haya oído á quien deba serlo, dará el Promotor su dictámen sobre el fondo del negocio. En un escrito razonado, pero suscito todo lo posible, se hará cargo de los hechos, examinando si están ó no debidamente justificados, y consignando si se han llenado las formalidades prevenidas por el art. 1339 acerca del conocimiento de los testigos; espondrá el derecho, y concluirá emitiendo su juicio acerca de si es legal y procedente la gracia que se solicita, y si concurren motivos justos y razonables para otorgarla. Y devuelto el expediente con este escrito, se pasará al Juez para lo que dispone el siguiente

## ARTÍCULO 1343.

*Evacuada la audiencia del Promotor, el Juez consignará en seguida su dictámen sobre la misma informacion, y remitirá el expediente á su superior inmediato.*

Por la regla 3ª de la real orden de 19 de Abril de 1838 estaba tambien mandado que los Jueces remitieran con su informe á la audiencia estos expedientes originales. No se ha hecho, pues, novedad sobre este punto, lo mismo dispone sustancialmente el artículo que estamos examinando. Segun él, luego que el Promotor emita su dictámen, el Juez debe consignar el suyo sobre la propia informacion, abrazando los mismos extremos que respecto de aquel hemos dicho en el comentario que precede, y remitir el expediente original á su Superior inmediato, que es la Audiencia del territorio, por conducto del regente de la misma. Mas, esto debe entenderse para el caso en que el Promotor haya emitido su juicio acerca del fondo del negocio; pues si se hubiese limitado á pedir la subsanacion de alguna falta, ó la práctica de nuevas diligencias, hasta que estas queden evacuadas no podrá darse por terminado el expediente para el efecto de remitirlo á la Audiencia con el informe del Juez.—En la práctica, devuelto el expediente por el Promotor con su dictámen sobre el fondo, dicta el Juez providencia mandando remitirlo al Tribunal Superior con el informe prevenido, el cual se estiende á continuacion de la misma providencia, y en seguida se verifica la remision del expediente original con oficio misivo para el regente.

¿Podrán los Jueces acordar *de oficio* la práctica de las diligencias que crean necesarias para completar la instruccion del expediente, cuando el Promotor no las haya pedido? La real orden de 19 de Abril de 1838 les daba esta facultad: nada ha dicho sobre ello la nueva ley; pero, aunque esto incumbe al Promotor, creemos pueden y deben hacerlo, y así está admitido en la práctica. Si en los asuntos de la jurisdiccion contenciosa pueden para mejor proveer acordar la práctica de diligencias de prueba (art. 48), con mayor razon en estos expedientes, en los cuales se procede á buscar la verdad, sin sujecion estricta á las formas judiciales.

Como la resolucion de estos expedientes corresponde al Gobierno de S. M., el Juez no tiene que dictar en ellos providencia alguna definitiva, y en tal concepto dijimos en el presente tomo, que no podian ser aplicables á este caso las reglas 10ª y siguientes del art. 1208, que tratan de las apelaciones en los actos de jurisdiccion voluntaria. Pero, puede suceder que el Juez dicte otras providencias que causen perjuicio á alguno de los interesados, por ejemplo, desestimando alguna diligencia de prueba, ó no admitiendo la oposicion del que intente hacerlo conforme al art. 1347, por

creer el Juez que no tiene interés conocido y legítimo en el negocio. En tales casos no puede negarse al agraviado el derecho de alzada, toda vez que la ley no le ha privado de él expresamente.

Esto no ofrece dificultad, en nuestro concepto: la dificultad está en quién debe conocer de dicho recurso de alzada y en qué forma. Nace tal dificultad del silencio de la Ley y de la circunstancia de no ser las Salas de Justicia, sino las de gobierno, las que conocen de estos expedientes, como se verá en el comentario que sigue. Siendo, pues, la Sala de gobierno de la audiencia la que debe juzgar si se ha dado al expediente la instrucción suficiente; pudiendo la misma devolverlo al juzgado para que la amplíe, para que se oiga á quien convenga y para que se practique lo demás que crea necesario, como está admitido en la práctica, lo lógico y natural era, y lo mas conforme tambien á la índole y naturaleza de estos procedimientos, que la misma sala de gobierno conociera por la vía gubernativa de dicho recurso. Pero la ley no lo ha dispuesto así, y en su silencio, existiendo, como existe, la disposición supletoria del art. 1209, el rigor del derecho parece exigir que se rijan estos casos por las reglas 10ª y siguientes del 1208, y de consiguiente que sean las Salas de justicia las que conozcan de estas apelaciones por los trámites establecidos para las que se interpongan de sentencias interlocutorias. Así tenemos entendido se practica en algunas audiencias.

Sin embargo, creemos que, sin faltar á la ley, puede seguirse otro camino menos dispendioso y dilatorio, mas conforme á la naturaleza de estos procedimientos, y de iguales ó mas ventajosos resultados. El que se crea agraviado por la providencia del Juez de primera instancia, puede acudir ante el mismo pidiendo que la reforme, y protestando de lo contrario recurrir á la audiencia; y si el Juez no accede á la reforma, elevará una esposición á la Sala de gobierno para que, cuando examine el expediente, mande practicar las diligencias negadas por el Juez. Como la Sala puede acordar esto mismo aun sin petición de parte; como en estos expedientes se procede en busca de la verdad, sin sujeción estricta á las formas y términos legales (regla 9ª del art. 1208), este medio es legal y procedente, y dará los resultados apetecidos, sin los gastos ni dilaciones de una apelación en forma. Aconsejamos, por tanto, á los interesados que se valgan de este medio, sin recurrir al de la apelación, porque una vez interpuesta y admitida, los tribunales no pueden prescindir de darle la sustanciación prevenida por la Ley. Y no temen el peligro de que la audiencia pueda desestimar la pretensión, pues todavía les quedaria el recurso de acudir á S. M. por el ministerio de gracia y justicia, el cual devolverá el expediente para su ampliación siempre que considere conducente la diligencia omitida ó negada.

#### ARTICULO 1344.

*La Audiencia oirá al Fiscal; consignará tambien su dictámen en el expediente, y lo remitirá al Gobierno para su resolución.*

Con demasiado laconismo determina este artículo los procedimientos que han de seguirse en la audiencia: no hace mas que indicarlos. Según de él se deduce, luego que se reciba el expediente original remitido por el Juez, se pasará al fiscal de S. M. para que emita su dictámen: la audiencia consignará tambien el suyo, y con ambos dictámenes remitirá el expediente al gobierno para su resolución. Pero esto ha de entenderse bajo el supuesto de que el expediente se halle completo y debidamente instruido, pues si no lo estuviese, es de sentido comun el que se complete antes de elevarlo al gobierno, ampliando la instrucción ó subsanando los defectos que contenga, y así se practica. La regla 4ª de la Real orden de 19 de Abril de 1838 disponia lo siguiente: "La Au-

diencia, oyendo al fiscal examinará si el expediente se halla debidamente instruido; no estándolo, ampliará convenientemente la instrucción, y cuando esta se halle completa, elevará igualmente original el expediente al gobierno con la censura fiscal, informando por su parte lo que se le ofrezca y parezca." Esta debiera ser la disposición del artículo que estamos examinando; esto sin duda ha querido decir, pues no puede ser de otro modo, y eso mismo es lo que sigue practicándose. El mismo individuo de la comisión de códigos, que antes hemos citado, dice en su esposición de *Motivos de la Ley de Enjuiciamiento* que no se ha hecho innovación en la tramitación que deben llevar estos negocios en la audiencia.

Según la práctica mas general, el expediente que se eleva original al gobierno, es el instruido en el juzgado de primera instancia, y se acompaña copia del dictámen fiscal y el informe de la Sala de gobierno de la audiencia, firmado por todos los magistrados que lo hubieren acordado, con inserción de los votos particulares, si los hubiere como se previene por el art. 21 de las ordenanzas de las audiencias. El expediente ó rollo de la audiencia, al cual sirve de cabeza la Real orden que se espidió para la instrucción del expediente, queda en la secretaría de gobierno de la misma audiencia, y en el informe de esta suele hacerse relación de lo que en él se ha practicado, sobre todo cuando ha habido necesidad de acordar algunas providencias para ampliar la instrucción ó subsanar defectos.

Para el caso de haberse interpuesto apelación contra alguna providencia del Juez inferior, ó de haberse recurrido en queja, véase lo que hemos espuesto en el comentario que precede.

Indicaremos, por último, que aunque el artículo que estamos examinando usa la voz *Audiencia*, el conocimiento de estos expedientes no corresponde hoy á las Audiencias constituidas en Tribunal pleno, sino á las salas de gobierno de las mismas. La Real orden de 19 de Abril de 1838 lo atribuyó á la Audiencia plena; pero por el Real decreto de 5 de Enero de 1844, al crearse las *Juntas gubernativas de los Tribunales*, llamadas despues *Salas de gobierno*, se determinó que correspondiese á las mismas la resolución de todos los negocios que hasta entónces habian sido de la atribución de la Audiencia plena, y en su consecuencia pasó á las salas de gobierno el conocimiento de los expedientes sobre dispensa de ley. Posteriormente por otro Real decreto de 9 de Setiembre de 1854 se suprimieron dichas Juntas de gobierno, y se mandó que los negocios, que eran de la atribución de las mismas, volviesen al conocimiento de las Audiencias en pleno, como lo estaban ántes del decreto de 1844. En esta situación se redactó y publicó la ley de Enjuiciamiento civil, la cual no pudo, por tanto, sino referirse á la Audiencia plena, que era lo que entónces existia. Mas, poco despues, por otro Real decreto de 28 de Noviembre de 1856, se restableció en toda su fuerza y vigor el de 5 de Enero de 1844, y desde entónces vienen conociendo sin interrupción, las salas de gobierno en los expedientes de esta clase, en razón á haberles devuelto el conocimiento de los negocios que antes eran de la atribución de la Audiencia plena.

#### ARTICULO 1345.

*Si se hubiere mandado hacer la información con citación de algúen, se le oirá, si citado solicitare la entrega del expediente. Tambien se admitirán los testigos y documentos que presentare sobre los hechos objeto de la información.*

#### ARTICULO 1346.

*Caso de ser menor la persona mandada citar, será indispensable su audiencia.*

## ARTÍCULO 1347.

*Si pendiente una informacion mandada recibir sin citacion, se presentare alguna persona oponiéndose á la dispensa para que se reciba, se le oirá si tuviere conocido y legítimo interés en resistirla.*

Después de establecido todo el procedimiento hasta remitir al Gobierno el expediente sobre dispensa de ley para su resolucion, vuelve á ocuparse la ley de lo que ha de hacerse en el juzgado de primera instancia cuando ocurra alguno de los dos casos á que estos tres artículos se refieren. Allí (artículos 1388 y sigs.) se ha ordenado el procedimiento bajo el supuesto de que solo haya de oírse al Promotor fiscal, como sucederá en la mayor parte de los casos: aquí se determina lo que ha de hacerse cuando se opongan ó soliciten audiencia las personas que tengan interés en resistir la concesion de la gracia.

Ya hemos dicho en los comentarios anteriores, que además del Promotor fiscal, deben ser citados para estas informaciones los que tengan interés conocido y legítimo en el negocio, y que esta citacion ha de hacerse siempre que se haya mandado en la Real órden, ó que la soliciten la parte recurrente ó el mismo Promotor. Pues bien; á este caso se refiere el artículo 1345. Según él, si el citado comparece y solicita la entrega del expediente, no solo debe oírsele; sino tambien admitirle los testigos y documentos que presentare sobre los hechos, objeto de la informacion: justo es se le permita la contradiccion y prueba, como medio de defensa, para averiguar la verdad, y que su condicion sea igual á la del que solicita la dispensa de ley. Pero si el citado no comparece voluntariamente, no podrá obligársele á ello, y se sustanciará el expediente con sola la intervencion del Promotor, escepto en un caso; cuando aquel sea menor de edad: en tal caso es indispensable su audiencia, como previene el artículo 1346, y debe obligarse á la persona que lo represente á que esponga y diga lo que interese á sus derechos, bien sea conformándose, bien oponiéndose á la gracia. Lo mismo habrá de entenderse respecto de los incapacitados, puesto que su condicion es igual á la de los menores. Si careciesen de representante legítimo habrá de proveérseles de tutor ó curador; y de curador para pleitos, si estos, ó el padre en su caso, tuviesen interés contrario en el negocio, todá vez que la Ley no confia para este efecto al Ministerio público la defensa de dichas personas.

De otro caso habla el art. 1347. Puede suceder que, durante la instrucion del expediente, se presente alguna persona, sin haber sido citada, oponiéndose á la dispensa para que se reciba la informacion; y para este caso ordena que se oiga á dicha persona, si tuviese conocido y legítimo interés en resistir la dispensa. El que se encuentra en este caso debió ser citado desde un principio, y el no haberlo sido por ignorancia ó por otro motivo, no es razon para que se prive de su derecho. Fácil será al Juez apreciar si tal opositor tiene conocido y legítimo interés en el asunto, circunstancia que debe concurrir para que se le dé audiencia; pero si dudase, podrá oír sobre ello al que solicite la dispensa y al Promotor, para resolver con mas acierto. Admitida la oposicion, se encuentra este opositor en igual caso que el que hubiere sido citado, y de consiguiente, lo propio que á este, se le admitirán los testigos y documentos que presentare sobre los hechos, objeto de la informacion.

Las palabras "*si pendiente una informacion mandada recibir sin citacion*" con que principia dicho artículo 1347, en nuestro concepto no espresan bien su pensamiento. De su literal contesto pudiera deducirse, que después de dada la informacion, ya no puede admitirse oposicion alguna; y que cuando haya sido citada una persona, tampoco puede admitirse la oposicion de otra, aunque tenga conocido y legítimo interés en el

asunto. Tal inteligencia, sobre ser contraria á los buenos principios y á la buena fe que debe presidir en estos negocios, conduciria al absurdo dando lugar á abusos y fraudes, que la ley nunca puede proteger. Al recurrente que temiera la oposicion de una persona, le seria muy fácil pedir la citacion de otra con quien estuviera de acuerdo, para conseguir por este medio fraudulento que, citada ésta, no pudiera admitirse después la oposicion de aquella. No pudiendo ser esta la intencion de la ley, es preciso convenir en que dichas palabras deben entenderse en el concepto de que si durante la instrucion del expediente, ó antes de su resolucion, se presentare alguna persona, que no haya sido citada, oponiéndose á la dispensa, se le oirá si tuviese conocido y legítimo interés en resistirla. Tanto es así, que si dicha persona, después de elevado á la superioridad el expediente, pero antes de su resolucion, compareciese ante la Audiencia, y aun tambien en el Ministerio, se acordaria desde luego la devolucion del mismo expediente al Juez inferior para que la oiga y le admita la justificacion que presentare.

Nada dicen los artículos que estamos comentando acerca de las solemnidades con que han de recibirse las informaciones y documentos, que presente el opositor. Para que sea igual la condicion de ambas partes, como debe serlo, será indispensable observar lo que se halla prevenido respecto del que solicita la gracia. Así, pues, estas informaciones se reciben siempre con citacion del Promotor fiscal y de la otra parte: el escribano habrá de dar fé del conocimiento de los testigos, y si no los conoce exijirá la presentacion de dos testigos de conocimiento; y será indispensable la concurrencia del Promotor á la compulsa y cotejo de documentos, debiendo observarse todo lo demás que disponen los artículos 1339 y 1340.

Concluiremos este comentario indicando que, aunque el que haga oposicion solicite la entrega del expediente, como dice el artículo 1345, no debe entregársele el expediente original: sino que se le pondrá de manifiesto en la escribanía para que se entere ó instruya de él y pueda formalizar sus reclamaciones; y lo mismo cuando haya de oírse á la parte contraria. Según el artículo 1209, son aplicables á estos casos las reglas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del 1208, que así lo ordenan. El expediente original solo podrá salir de la escribanía para entregarlo al Promotor, el cual no está sujeto á dichas reglas. Como hemos dicho al comentarlas, al acordar la audiencia de la parte, y que á este fin se le ponga de manifiesto el expediente en la escribanía, el Juez deberá señalar el término que, según las circunstancias del caso, estime suficiente, á fin de que, trascurrido, pueda darse al expediente el curso que corresponda.

Tambien tendrán presente los Jueces que no deben admitir otras informaciones ni documentos, sino los que sean relativos á los hechos en que se funde la solicitud para la dispensa de ley: han de ser *sobre los hechos objeto de la informacion*, como dice tambien el artículo 1345. Si, según el 274, aun en los juicios ordinarios, los Jueces han de repeler de oficio las pruebas impertinentes ó inútiles que propusieron las partes, con mayor razon deben hacerlo en esta clase de expedientes.—Acerca del recurso que podrá entablar el que se crea agraviado por esta ó cualquiera otra providencia del Juez de primera instancia, (véase el comentario al art. 1343).

## ARTÍCULO 1348.

*De lo que espusiere cualquiera de los que deben ser oídos en estos expedientes, se dará conocimiento al que halla promovido la informacion y al Promotor Fiscal para que esponga lo conveniente.*