

contenciosa? Recordamos que la sumision de las partes es el primer título que hace competentes á los jueces, y por consiguiente, deducimos que siempre que al formar la oposicion no se reclame el fuero, sin inconveniente continuarán las actuaciones contenciosas en el juzgado. Pero cuando esto no acontezca, el espediente pasará al juzgado que sea competente, á la manera que se remiten los antecedentes á la Sala que corresponde: por ejemplo, cuando la de Gobierno entiende en un asunto gubernativo que se eleva despues á la esfera de contencioso. Fundamos la opinion antes consignada, en que la causa de competencia para un efecto, no lleva sus consecuencias fuera del término á que pertenece.

**Art. 1361.** Para admitir toda informacion de esta clase se oirá al Promotor Fiscal del juzgado en que se promoviere.

Concédese intervencion al ministerio público en las informaciones para perpétua memoria, no tan solo para que presencie la práctica de las diligencias que han de practicarse, sino también á fin de que emita su dictámen sobre si deben ó no admitirse. No es esta una novedad en la *Ley de enjuiciamiento civil*, porque en ella se considera siempre al ministerio público como representante de todos aquellos que por causas especiales merecen la proteccion de las leyes. Así es que en las testamentarias, en los abintestatos, en los espedientes de tutela, cuando los menores no tienen nombrado curador para pleitos, y en otros muchos casos se le oye para formalizar las diligencias, y dar cierta garantía de rectitud en los procedimientos judiciales.

Partiendo de ese principio, la intervencion fiscal fuera tardía é infructuosa además, si admitida por el juez la informacion se limitase á presenciar la práctica de las diligencias, porque entonces el mal se hubiera consumado. Para evitarlo prescribe el *art. 1361*, que se comunique al promotor fiscal del juzgado la solicitud de informacion, á fin de que emita su dictámen sobre si debe ó no admitirse. El promotor, para cumplir con su deber, procurará imponerse del objeto y de las consecuencias que resultarán de admitirla; y si encontrase que el primero no es-

ta en oposicion con las leyes, y que las segundas no redundaran en perjuicio de tercera persona conocida y determinada, pondrá su opinion favorable á la solicitud de la parte, á fin de que el juez acuerde que se admita la informacion, en los términos que se haya propuesto, ó con las modificaciones que se estimen procedentes, si el promotor creyese que alguno de los extremos no debia admitirse tal y como se propusiera.

Hasta aqui nada deja que desear la *Ley de enjuiciamiento*; pero es digno de notarse que presupone, que el dictámen del promotor y la providencia del juez sean favorables á la informacion; mas como no siempre acontecerá esto, para cuando ocurra que el promotor se oponga á que se admita, y el juez vaya con aquel funcionario, ó que aunque este opine en aquel sentido, el juez provea negando la práctica de la informacion, bueno fuera que hubiese determinado, si el solicitante podrá utilizar algun recurso contra la providencia denegatoria; asi como tambien si el promotor estará facultado para reclamar contra el acuerdo del juez favorable á la informacion.

Recordando lo que dispone el *art. 1208* en las reglas comunes aplicables á los asuntos de voluntaria jurisdiccion en general, y lo que ordena *1209*, respecto á aquellos de que se hace espresa mencion en la *Ley*, podremos suplir el silencio de esta al tratar de las informaciones para perpétua memoria. En la *10.<sup>a</sup>* de aquellas reglas se dispone que de las providencias, que los jueces dictaren, se admitan las apelaciones para ante la Audiencia del territorio, y como el *art. 1209* ordena que aquella regla sea estensiva á los actos de voluntaria jurisdiccion, de que se hace mencion espresa en la *Ley*, parece indudable que se encuentran en ese caso las informaciones para perpétua memoria, cualquiera que sea su objeto.

Sin embargo, las siguientes disposiciones comprendidas en la regla *11.<sup>a</sup>* y *12.<sup>a</sup>* del mismo *art. 1208* contradicen, al parecer, la opinion que queda sentada; porque determinándose en aquellos los efectos en que han de admitirse las apelaciones, segun que las interponga el que como actor intervenga en el espediente, ó el que figure como opositor, pudiera inferirse que únicamente son apelables las providencias dictadas en aquellos asuntos, en los cuales se haya formalizado oposicion. Y esto

que se dice con relacion á los asuntos en que intervienen personalmente los interesados, tendrá mas cabal aplicacion, á los que en el Ministerio fiscal se presenta á sostener derechos ajenos.

No obstante estas observaciones que no carecen absolutamente de fundamento, no puede asentirse á lo que de ellas se deduce. Las reglas 11.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup>, no son la inmediata secuela de la 10.<sup>a</sup>; no se refieren á un caso dado de oposicion; establecen principios generales, habida consideracion á las personas que pueden gestionar en los asuntos de voluntaria jurisdiccion, y son por tanto aplicables á todos ellos, con respecto á la persona á la que se refieren. Y no pueden explicarse de otro modo sin faltar á las consideraciones de justicia en que se fundan los preceptos consignados en aquellas reglas; porque si el derecho de apelar se apoya en el agravio que se irroga por una providencia á la persona que utiliza ese recurso, la misma razon la asiste, cuando otra se opone á sus pretensiones, y á virtud de ellas se dicta una resolucion perjudicial á sus intereses, que cuando se acuerda sin haber precedido oposicion de parte de un tercero.

Por otra parte, aun en la hipótesis de que para poder interponer el recurso de apelacion fuese necesaria la oposicion de tercera persona que saliese autos, no seria un obstáculo esa circunstancia para que en el caso de dictar el juez providencia denegatoria fuese esta apelable. En efecto, cuando el promotor fiscal que interviene en el espediente opina en sentido desfavorable á la solicitud formulada, sobre que se admita una informacion, gestiona en nombre de personas interesadas, aunque desconocidas, á mas de representar los intereses generales, de modo que bajo cualquier aspecto que se le considere, formaliza una oposicion, que seria ya bastante para salvar el inconveniente que se alega como motivo para denegar la alzada. Finalmente, visto que el mismo perjuicio irroga la providencia desfavorable cuando procede de oposicion de tercero, que emanando de la del promotor, por identidad de razon debe permitirse apelar en ambos casos.

Supuesto que proceda la apelacion en los casos de que venimos hablando, remitido el espediente á la Audiencia, se sustanciará en la forma establecida para las alzadas en asuntos de ju-

risdiccion voluntaria; esto es, por los trámites prescritos para las apelaciones de los autos interlocutorios.

Mayor dificultad ofrece la duda propuesta al Ministerio fiscal, porque ni en las reglas generales 11.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> se hace mérito de aquel al tratar de las oposiciones, ni su representacion es idéntica á la de los interesados. En nuestro concepto la base sobre la que ha de fundarse la solucion de la cuestion propuesta, consiste en la fijacion del verdadero carácter que lleva el Ministerio fiscal en los asuntos de jurisdiccion voluntaria. En efecto, la intervencion de aquel Ministerio es ó consultiva, ó activa; esto es, ó se limita á informar al juzgado ó tribunal esponiendo su opinion fundada, ó representando los intereses sociales gestiona como cualquiera otra parte, promoviendo los procesos ó espedientes, ó alegando escepciones. En el primer caso no puede utilizar los recursos que se conceden á los interesados, porque el Ministerio público no lo es en el asunto de que se trató; asi como por el contrario en el segundo, como que se equipara á las partes, promoverá los mismos recursos que á estas se concedan, y en idéntica forma, salvo cuando otra cosa se haya dispuesto por la Ley espresamente.

Pues bien, ¿el Ministerio fiscal interviene como consultivo en los asuntos sobre informaciones para perpétua memoria, ó como parte? A pesar de que nada dice la Ley en cuanto á este extremo, nos parece que esta última es su representacion; que figura como una parte. Dedúcese de esta proposicion lo que se permite al promotor que interviene en aquellos espedientes; puede formalizar oposicion; luego es una de las partes, porque si sus funciones fuesen meramente consultivas, se limitaria á emitir su dictámen favorable ó adverso á la pretension; pero esto no se diria con propiedad que constituya oposicion. Si esto es asi, la consecuencia lógica es ya notoria; el Ministerio fiscal podrá apelar, como cualquiera de los que concurren en concepto de partes al espediente.

ART. 1362. Admitida que sea la informacion serán examinados los testigos que se presentaren, dando fé el Escribano de su conocimiento.

ART. 1363. Si no los conociere el Escribano, se exigirá que,

ó traigan un documento bastante á comprobar la identidad de sus personas, ó dos testigos que aseguren conocerlos.

La providencia preceptiva de la admision de la informacion propuesta se dictará á seguida del dictámen, si es que en este no propusiese la práctica de alguna diligencia prévia, que sea indispensable para dar un dictámen fundado, supuesto que es necesario que el que solicita la informacion tenga derecho para pedirla, y que no acontezca que redunde en perjuicio de tercero. Asi, pues, el promotor podrá pedir antecedentes relativos á cualquiera de esos extremos; mas cuando no lo hiciere, luego que emita dictámen sobre el fondo del asunto, acordará el juez lo conveniente. Si proveyese que la parte dé la informacion solicitada, se procederá á practicarla.

*Serán examinados los testigos que se presentaren.* Esta cláusula coloca ya las cosas en el caso de practicar la informacion; se refiere al acto de recibir á los testigos las declaraciones, pero sienta una regla determinante del derecho que asiste á las partes y deja un vacío entre la providencia que admite la informacion y el acto de practicarla. Nada dispone ni respecto á la citacion para concurrir al exámen de los testigos, ni á la obligacion de estos á comparecer y prestar las declaraciones que se les pidan, ni respecto á la asistencia del Ministerio fiscal, ni en cuanto á la forma de practicar la informacion ni con relacion al término dentro del cual haya de darse; todo es silencio en la Ley; todo lo supone y lo dá por hecho, olvidándose de que la falta de prevision en las leyes es la primera causa de las dificultades y conflictos que suelen suscitarse.

A pesar de eso no podemos omitir la esposicion de nuestras opiniones relativas á cada uno de los particulares mencionados; porque asi se evitarán dudas, si es que se consideran aceptables. La providencia por la que se mande admitir la informacion, se hará saber á la parte que la propone, á fin de que comparezca con los testigos en el juzgado, el dia en que haya de practicarse. En aquella providencia se hará ademas espresion de los particulares á cuyo tenor se ha de examinar á los testigos, si es que comprendiese el interrogatorio presentado por la parte algunos extremos sobre los cuales no haya de admitirse, porque puedan

perjudicar á tercero, ó por otras causas que no consientan la justificacion que se quiera dar, como acontecerá si comprende preguntas que afecten á la moralidad.

Asimismo, como la intervencion del Ministerio fiscal es necesaria, ó mas bien esencial, en todos los expedientes sobre informaciones para perpétua memoria, la citacion del promotor para que comparezca á presenciarse el juramento de los testigos es tambien indispensable, de tal modo que su omision producirá nulidad de lo actuado; en términos que no puede recaer el auto de aprobacion.

Escusado es decir que como, en los asuntos de que se trata, el interés está de parte del que solicita que se le admita la informacion, y la demora asi en pedirla como en practicarla solamente perjudicará al mismo que sea causante de su retraso; la Ley no ha señalado término dentro del cual hayan de ser examinados los testigos. Pero que no por eso puede omitir el juez el señalamiento de dia para la práctica de aquella diligencia, en razon á que de otro modo no fuera posible citar al promotor fiscal, á fin de que comparezca en aquel acto. A pesar de eso, como que el dia prefijado no constituye un verdadero término, si no presentase el interesado los testigos en el señalado, podrá pedir que se le fije otro nuevo con el mismo objeto que el anterior, é igual citacion del Ministerio público.

Respecto á la forma de estender las declaraciones de los testigos, y á las solemnidades necesarias para que sus dichos merezcan crédito legal, se estará á las disposiciones generales que rigen en la materia; asi como tambien en todo lo que haga relacion á la obligacion de presentarse á declarar, y á los medios de apremiar al testigo que no quisiese comparecer en el dia señalado, á menos de que alguna causa justa y atendible se lo impida.

El precepto indefinido de que sean examinados los testigos que fueren presentados, encierra varios conceptos que importa tener presentes para su exacta aplicacion práctica. ¿Podrán presentarse en estas informaciones testigos en número indeterminado? ¿Se admitirán tachas contra los presentados? No es de temer que para las informaciones de que se trata, presente la parte que la quiere dar un número excesivo de testigos; porque ningun in-

terés le reportaria aglomerar comprobantes superabundantísimos; pero si llegase el caso de presentarlos, el juez no podrá denegar las declaraciones, supuesto que no se conoce ley alguna que fije una tasa numérica, como aconteció en la anterior legislación respecto á los asuntos contenciosos. La razón de diferencia es patente; en estos asuntos la indeterminación de número de testigos, ocasionaba retrasos en perjuicio de tercero: en los actos de voluntaria jurisdicción no existe persona á la que se pueda irrogar daño alguno.

En cuanto á las tachas, no puede dudarse de que no es posible se admitan, ni menos su justificación; porque como aquellos se alegarian por la parte que formulase la oposición, y desde el momento en que esto acontece, el procedimiento toma el carácter de contencioso y se sustancia en la vía ordinaria, claro es que falta el supuesto, y que por tanto no es dado proponer tachas.

*Dando fe el escribano de su conocimiento.* No es absolutamente nuevo este requisito en los actos que se han de conservar á la posteridad, para acreditar los hechos que pasaron. Al tratar de las escrituras públicas dispone la *ley 54, tit. 18 de la Part. 3.ª* "é debe ser muy acucioso el escribano, de trabajarse de conocer á los omes, á quien face las cartas, quien son, é de que logar, de manera que non pueda y ser fecha con engaño." También la *ley 7.ª, tit. 8.º, lib. 1.º Fuero Real*, exigió que el escribano conociese á los otorgantes, y con mas estension ordena la *2.ª, título 23, lib. 10 de la Nov. Recop.*, «que si por ventura el escribano non conociese á alguna de las partes, que quisieren otorgar tal contrato ó escritura, que no lo haga, ni resciba, salvo si las dichas partes, que asi no conociese, presentaren dos testigos que digan que las conocen; y que hagan mencion de ello en fin de la escritura, nombrando los dos testigos, y asentando sus nombres, é donde son vecinos.»

Hemos citado las disposiciones de leyes anteriores no tan solo para probar que no es una novedad exigir á los escribanos el conocimiento de personas dadas, sino tambien para que sirvan de antecedentes, á fin de interpretar rectamente la disposición preceptiva del *art. 1362*. En efecto, podrá con facilidad y aun con frecuencia acontecer, que no tenga el que da la información otros

testigos que presentar, más que aquellos que lleva al juzgado, porque no haya otros que puedan dar noticia sino ellos acerca del hecho sobre que van á declarar, y que aquellos testigos no sean conocidos del otorgante. ¿Qué habrá de hacerse en este caso? ¿Por qué medio podrá suplirse la falta de conocimiento de los testigos? La presentación de otros no es posible, porque no existen, ó cuando menos no son conocidos del que necesita valerse de su testimonio.

El *art. 1363* se hace cargo de este caso, y ordena que la falta de conocimiento de parte del escribano se supla, presentando un documento bastante para comprobar la identidad de sus personas, ó dos testigos que aseguren conocerlos. Aceptamos esos medios supletorios del conocimiento de los testigos que han de declarar; mas como el primero es muy espuesto á falsedades, deseáramos que los jueces eligiesen con preferencia el segundo al primero, ya por esa razón, ya tambien porque es mas fácil y expedito. La prueba documental como medio de justificar la identidad de las personas, es la menos á propósito; porque como el documento no individualiza ni especifica, como no puede hablar para desmentir al que la presenta, con poco temor de ser descubierto puede utilizarse un documento perteneciente á un tercero. La esperiencia de muchos años nos ha hecho conocer la insuficiencia de los documentos para identificar las personas. Si no temiésemos ser molestos, referiríamos un crecido número de casos prácticos, en los cuales se procedió contra procesados que se creyeron conocidos por documentos fehacientes para identificar sus personas, hasta que nuevos y casuales acontecimientos descubrieron la verdad. Los famosos salteadores de caminos Felipe Perez y su compañero el Pardon no hubieran purgado sus crímenes en el patíbulo, si dos hechos casuales no hubiesen descubierto su verdadera personalidad, supuesto que los documentos indubitados que llevaban, los hacían conocer con nombres ágenos. El célebre incendiario en Francia, titulado Baron de Pelichy, ensayó su funesta habilidad en España bajo este título usurpado, y cuando el entendido juez que conocia de una de las varias causas que se le siguieron, creyó haber descubierto su verdadero nombre y aun su naturaleza, aquel famoso criminal se reía del éxito de las justificaciones documentales, en

las que se fundaba el descubrimiento de su nombre, por el que fué condenado á presidio; y confiándonos en secreto su nombre con pruebas intachables é irrecusables, descubriamos que los documentos que sirvieron al juez para identificar su persona, pertenecian á un amigo y cómplice suyo en las maldades, que habia fallecido á bordo en la travesía de Constantinopla á Malta. Estos y otros casos prácticos que serán conocidos para nuestros lectores, les harán persuadir de la ventaja de optar por la prueba testifical.

*Que aseguren conocerlos.* No basta en nuestro concepto que los testigos que presente la parte conozcan á los que han de deponer en la informacion, es preciso ademas que los dos, que garantizan la personalidad de aquellas, sean á su vez conocidos del escribano; porque si no sucede asi, la presentacion de los dos nuevos testigos, llamados de conocimiento, no pasaria de servir para aumentar un eslabon inútil en la cadena que se venia formando.

Aunque la *Ley de enjuiciamiento* no lo dice espresamente, deberá escribirse en la declaracion de los testigos ignorados, el nombre de los dos que aseguran la identidad de personas, suscribiéndolas estos, á los efectos ulteriores que son consiguientes. Fundamos esa opinion en razones de analogía y de conveniencia, tanto para el escribano autorizante como para la parte interesada en la informacion. En efecto, á la manera que en los instrumentos públicos necesita hacerse expresion de los nombres de los testigos de conocimiento, para que conste el abono de identidad de la persona otorgante, por la misma causa deben nombrarse en las declaraciones y aun firmarlas, como acontece en los documentos. Por otra parte, el escribano que autoriza las declaraciones, espresará en ellas que conoce á los testigos de conocimiento, y puesto que este hecho le compromete á la responsabilidad consiguiente á su aseveracion, á su interés conviene nombrar á los testigos y exigirles que firmen las declaraciones.

**ART. 1364.** Dada la informacion se pasará al Promotor. Este se limitará á examinar las cualidades de los testigos, y si se ha

acreditado su conocimiento en la forma que queda prevenida, y consta la identidad de sus personas.

Examinados los testigos que hubiese presentado la parte que solicita se la admita la informacion, se hará constar por diligencia de requerimiento, que hará el escribano, que no quiere llevar mas con el mismo objeto. Para hacer constar la práctica de ese trámite se estenderá la diligencia correspondiente, firmándola la parte con el actuario, ó dos testigos en caso de que no quisiese hacerlo, en la forma que se halla prescrita para toda clase de notificaciones y citaciones en los asuntos contenciosos.

*Se pasará al promotor.* ¿Por el escribano que autoriza las actuaciones, sin necesidad de providencia judicial? No es ese el requisito del *art. 1364*, por mas que su letra no resista esa interpretacion; los actuarios no pueden legalmente comunicar los expedientes á ninguna de las partes sin que proceda mandamiento del juez, no obstante que corresponda la entrega de aquel con arreglo á la tramitacion prescrita por las leyes. Asi es, que el precepto del *art. 1364* se refiere á los jueces; les marca la marcha que han de dar al expediente; les ordena que luego que la parte haya dado la informacion prometida, manden entregar el expediente al promotor; y para impedir retrasos que perjudicarán á la parte, será conveniente que señalen término dentro del cual hayan de emitir su dictámen.

¿Y con qué objeto se dá esa comunicacion del expediente al promotor? ¿Acaso podrá emitir su dictámen sobre los puntos que estime convenientes? ¿Le será lícito pedir ampliacion de la informacion dada? Analizando el artículo se contestarán esas preguntas.

*Este (el promotor) se limitará.* Estas palabras dicen ya lo necesario; ellas imponen al Ministerio fiscal una línea de la que no puede pasar; se le comunica el expediente para que emita su dictámen sobre los particulares que el mismo artículo de que nos ocupamos espresa.

*Examinar las cualidades de los testigos.* Las informaciones que se practican para perpétua memoria no producen sus efectos en el momento en que se dan; nada tiene que determinar el juez con vista de su resultado; asi es que la accion fiscal espusiera

inútilmente lo que en su sentir tuviera que decirse. Aquellas informaciones se dan para que en tiempos lejanos pueda comprarse un hecho de pretérito, atendiendo á que los medios de justificación puedan desaparecer en el intermedio; y como interesa dejar consignadas las condiciones relativas al hecho para cuando quiera utilizarse, por eso el *art. 1364* determina que el promotor examine las cualidades de los testigos.

¿Y qué cualidades son esas á que se refiere el artículo citado? No necesitamos enumerarlas, porque de ellas tratamos en los *Comentarios* correspondientes á los artículos que hablan de la prueba en los juicios ordinarios; por ahora nos limitaremos á decir, que el promotor debe examinar, si en todos ó en alguno de los testigos concurre alguna de las tachas que las leyes reconocen como causas de incredibilidad, consignando en su dictámen las que hallare, y pedirá en ese caso lo que corresponda con arreglo á lo dispuesto en el *art. 1366*, de que despues hablaremos.

Asimismo, como las tachas de los testigos pueden fundarse en las condiciones personales de los mismos relativas al asunto de que se trate, claro es que también podrá el promotor fiscal alegar las que estime procedentes; v. gr., si se tratase de acreditar que la casa del que propone la información lleva ciertas armas de familia, se exigirá que los testigos que declaren tengan conocimiento en heráldica; si hubieran de probarse amojonamientos de terrenos, poseidos de inmemorial, será conveniente exigir que se presenten á declarar ancianos del pueblo que den razon de lo pasado.

*Si se ha acreditado el conocimiento en la forma que queda prevenida.* Tres son los medios de hacer constar el conocimiento de los testigos que declaren en las informaciones; el primero, consistente en la ciencia del escribano actuario, y los otros dos supletorios de la falta de aquel. Pues bien, supuesto que el escribano dé fé de conocimiento de los testigos que deponen, ¿podrá el promotor impugnar el dicho del escribano? En segundo lugar; si utilizados documentos ó testigos de conocimiento para acreditar la identidad del declarante, el escribano los reconoce suficientes, ¿podrá impugnarlos el promotor, manifestando vicios ó faltas que los hagan insuficientes para el objeto que fueron presentados?

En el primer caso, el dicho del escribano rechaza toda im-

pugnacion; atestigua de un hecho propio; interpone su fé para justificarle, y sobre todo se carga con la responsabilidad que puede resultar, si otro dia apareciese falsedad en la identidad de las personas: y como que la fé del escribano merece entero crédito segun las leyes, el promotor no puede oponerse á que se apruebe la informacion, cuando el actuario haya dicho que conoce á los testigos presentados, y dé fé sobre este extremo esencial en esta clase de asuntos.

En los otros dos casos la cuestion varia de aspecto: el escribano descarta su responsabilidad, manifestando que no conoce á los testigos; y como este es el primer medio de justificar la identidad personal que la *Ley* reconoce, vienen los otros dos en su defecto, no á convencer al escribano de que los testigos que se presentan son en la realidad aquellas personas, cuyos nombres y circunstancias se manifiestan, sino á persuadir al juez y á dejar acreditado para la posteridad que aquello es así. Falta, pues, la base de que parte la pregunta; el convencimiento que cualquiera de aquellos dos medios de justificación supletoria pueda llevar al ánimo del escribano, es indiferente; así es que el promotor propondrá en su dictámen lo que estime procedente con relacion á los medios de acreditar la identidad.

En efecto, el promotor que hallase en los documentos presentados para acreditar la identidad personal motivos fundados para considerarlos falsos, podrá manifestarlos oponiéndose á que tenga por identificada la persona del testigo, y en tal caso, si el juez estima fundado lo espuesto, acordará que la parte solicitante acredite ó la legitimidad de los documentos, ó que se valga con el mismo objeto del otro medio supletorio.

*Y contra la identidad de la persona.* Esta última parte del *art. 1364* está íntimamente relacionada con la anterior, pero no es la misma. No basta que se hayan utilizado los medios que consiente el *art. 1363* para acreditar la identidad de la persona del testigo; es preciso que conste como resultado de aquellos comprobantes, segun acontece en todos los casos en que se exige la justificación de un extremo que se reputa esencial para un fin cualquiera.

ART. 1365. Devuelto el expediente por el Promotor Fiscal, y