

la justificación en debida forma de esas circunstancias que autorizan la prevención del abintestado. Reconocidas estas diferencias en la materialidad del hecho, establece la ley las reglas indispensables para evitar la sustracción de los bienes del finado, autorizando la prevención judicial, y prefijando las diligencias que han de practicarse según la causa ocasional de aquella. De lo primero se ocupa el *art. 351*, y de lo segundo el *356*; y los siguientes *58* y *59* se refieren ya á la justificación formal y legal de las condiciones que autorizan la intervención judicial ordenada anteriormente en el *56*.

Reconociendo la *Ley* que ante todo debe respetarse la disposición testamentaria del finado, precave también que puede ocurrir: 1.º que se sepa de una manera cierta que una persona cualquiera falleció bajo disposición testamentaria; 2.º que se sepa que ha finado sin disponer de manera alguna de sus bienes, y 3.º que sea dudosa la existencia de la última voluntad. Para cuando suceda lo primero, la *Ley de enjuiciamiento* ha establecido las reglas oportunas referentes á la intervención judicial en el *tít. 10* de su *primera parte*; para cuando acontezca lo segundo ordena lo que deben practicar los jueces en el *art. 356*, *título 9*; y para en el caso de duda, esto es, para en el de no constar que la persona falleció con disposición testamentaria, prescribe en el *351* la prevención del juicio, sin perjuicio de ulterior procedimiento en el caso de que aparezca que en efecto falleció sin disposición testamentaria, y que no tiene pariente alguno de los que gozan del derecho de heredar ni en la línea ascendiente, ni en la descendiente, ni en la colateral en cuarto grado; en cuyo caso procedería el juzgado en los términos que prescribe la misma *Ley de enjuiciamiento*, para los efectos de la antes citada ley de 16 de mayo de 1835.

ART. 352. *Existiendo parientes de los expresados en el artículo anterior, que estén ausentes, se limitará el Juez á adoptar las medidas mas indispensables para el enterramiento del difunto, y la seguridad de los bienes; y á dar á los parientes oportuno aviso de la muerte de la persona, á cuya sucesion se les crea llamados.*

Compareciendo los parientes, cesará la intervención judicial en el ab-intestato, á no ser que alguno ó algunos de los interesados la solicite.

Según la expresión testual del *art. 352*, se vé ya con claridad que no es el único caso de prevención de abintestado el que comprende el *art. 351*; esto es, el de ignorancia por parte del juez acerca de la existencia de la disposición testamentaria, con la precisa condición de no tener parientes el finado con derecho de heredar, sino que aun dado caso que los tenga, todavía no solo puede, sino que debe el juez competente prevenir el abintestado, toda vez que se hallen ausentes los parientes, á quienes corresponda participar en la herencia de aquel que falleció sin constar que dejara disposición testamentaria.

Pero no es el objeto principal que se propone el *art. 352* autorizar la intervención judicial en las diligencias preventivas en caso de hacerlas, sino que tiende y se propone mas principalmente sentar las reglas á que debe atemperarse el juez en la adopción de medidas convenientes para los diferentes efectos, á que puede encaminarse la prevención del abintestado; y fijar los límites de los cuales no debe pasar, con el objeto de que por un abuso de autoridad no se reproduzcan los excesos que hubieron de lamentarse en otro tiempo, ya ocasionados por las autoridades seculares que acarreaban dispendios y gastos considerables que eran innecesarios, ya por las eclesiásticas que se entrometían en los abintestatos bajo el pretexto de cumplir la parte piadosa que juzgaba les correspondía en ellos.

Antes, sin embargo, de ocuparnos de aquellas, debemos fijar nuestra atención en la circunstancia que consigna el *art. 352*, de que los parientes que estén dentro de las líneas ó grados que expresa el *351*, se hallen ausentes. Porque, como al parecer exige que la ausencia sea comun á todos los herederos, ó mas bien á todos los parientes comprendidos dentro de los grados que tienen derecho á heredar, podría preguntarse, si cuando cualquiera de estos se encontrase presente excluye la intervención de la autoridad judicial en las diligencias preventivas; y por consiguiente, si no podrá el juez del domicilio del difunto adoptar las medidas convenientes é indispensables para su enterramiento, y para la seguridad de los bienes, así como también para hacer los oportunos llamamientos de las personas que se creyesen con derecho de heredar.

Si para interpretar la disposición absoluta é indeterminada del

artículo 352 hubiera de recurrirse á la antigua jurisprudencia y á la práctica de los Tribunales mas ó menos conforme con aquella, ciertamente que halláramos razones mas ó menos fundadas para sostener la opinion afirmativa. Porque si la ausencia de los herederos justifica la intervencion de la autoridad judicial, como medio de asegurar los bienes de los que por alguna circunstancia no puedan personalmente vigilar por ellos, cuando parte de los herederos ó parientes, que se crean con derecho de heredar, se hallan presentes y parte ausentes, acaso entonces con mayor motivo es conveniente la prevencion del abintestado, porque es mas de temer el abuso de parte de las personas que se hallan al frente de la casa del finado, y que tienen á su disposicion los bienes, que de terceros guardadores que no abrigan esperanza ni derecho alguno de suceder. En nuestra opinion la cláusula del artículo 352, que estén ausentes, no se refiere á todos los presuntos herederos por causa de parentesco, sino á cualquiera de ellos; porque la razon es una misma cuando menos, para que la autoridad vigile cuidadosamente, á fin de evitar las defraudaciones que el código penal ha tenido que castigar.

Adoptar las medidas indispensables para el enterramiento del difunto. Ciertamente que este primer cargo que se impone á los jueces que previenen los abintestatos, no se acomoda mucho con la clase de autoridad que ejercen, y al parecer se contradice con lo dispuesto en el art. 359, núm. 1.º, en donde se preceptúa que cuando resulte de las diligencias practicadas que una persona cualquiera ha fallecido sin testar y sin dejar parientes de los comprendidos en el art. 351, el juez nombrará un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro y lo demas propio de este cargo, con arreglo á las leyes. Sin embargo, la necesidad de proceder lo mas pronto posible al enterramiento de los cadáveres por causa de la salud pública, y la imposibilidad de practicar en el acto muchas veces la justificacion de la no existencia de disposicion testamentaria, y la de que dejó parientes hábiles para suceder, funda en cierto modo la intervencion de la autoridad judicial, y la adopcion de medidas extrañas á sus funciones. Asimismo, la contradiccion aparente entre las disposiciones de los arts. 52 y 59 desaparece luego que se observa que la del primero hace relacion al enterramiento del di-

funto, y la del segundo se refiere al entierro y demas propio del cargo del albacea dativo, lo cual en cierta manera indica que al formar la Ley se tuvieron presentes las costumbres de la corte y de algunas capitales, centros de gran poblacion, en las cuales el enterramiento del difunto y las exequias religiosas se separan y tienen lugar en dias diferentes. Porque si se hubiera tenido en cuenta que en el número mayor de poblaciones de España el enterramiento y los demas actos religiosos tienen lugar á un mismo tiempo, se hubiera comprendido que las funciones del albacea dativo, relativas al entierro, exigirian el nombramiento de este como primera medida para disponer lo conveniente á la práctica de aquellas. A fin, pues, de que los jueces no se extravíen de sus atribuciones, y de que no tengan que ocuparse de asuntos impropios de la autoridad que ejercen, diremos que en nuestro concepto, cumplirán con su deber limitándose á la adopcion de las medidas que sean precisas é indispensables para el solo hecho del enterramiento del difunto, reservando á los parientes, en el caso de que existan, la determinacion de las exequias funerales, y en el caso de que no existan, dejando al albacea dativo la facultad de disponer lo conveniente, con arreglo á lo que las leyes tienen ya prescrito sobre la materia.

La seguridad de los bienes. Precisamente los excesos de la práctica anterior á la Ley de enjuiciamiento nacian del pretesto de la aseguracion de los bienes hereditarios, en el caso de ausencia de los herederos, ó en el de que fueren ignorados; y como aquella se ha propuesto evitar la repeticion de tales abusos, y tanto escándalo como habia en otro tiempo, preciso es que los jueces en adelante comprendan que respecto á la aseguracion de los bienes no se les permite ir mas allá de lo que sea absolutamente necesario, para impedir que se extravíen ó se distraigan los bienes hereditarios, hasta que comparezcan los herederos que se hallen ausentes, ó hasta que se practique la ocupacion de los bienes, libros y papeles del difunto, procediendo á su inventario y depósito en el caso que tales parientes no existieren, ó de que comparecidos solicitaren la intervencion judicial en el abintestado. Soliase proceder á la formacion de inventarios á pretesto de aseguracion de los bienes; soliase formarse especialmente pieza separada sobre declaracion de herederos; y no era menos fre-

cuenté que bajo el pretexto de que las deudas deben ser satisfechas del capital, y que á los herederos no pertenece sino el haber hereditario, deducidas las deudas que dejara el finado, procedían los jueces á acordar el llamamiento de los acreedores, y á oír la legitimación de sus créditos hasta satisfacerlos, reservando la entrega de la herencia para despues de haber practicado todas estas diligencias, en términos que el heredero tenia que ver y presenciar la inversion de lo que le pertenecía en el pago de diligencias judiciales innecesarias é ilegales, y no pocas veces tendria que lamentar el resultado al ver consumido el caudal en satisfacer los gastos, quedándole esclusivamente para recuerdo del pariente á quien habia venido á heredar el solo título de heredero. La *Ley de enjuiciamiento* evitará que esos escesos se reproduzcan; hará que los jueces se reduzcan á adoptar medidas de seguridad, y para ese fin se limitarán á disponer únicamente que los bienes se depositen bajo llave y se custodien, ó de la manera que crean conveniente, sin necesidad de inventariarlos, ni avaluarlos, ni de proceder al reconocimiento de papeles y demas documentos que obren en la casa mortuoria.

Y dar á los parientes oportuno aviso de la muerte de la persona. Esta diligencia es indudablemente una de las primeras que deben practicarse, porque así lo aconsejan la razon y los intereses sociales. Pero no obstante que esa actuacion se acordaba tambien en la antigua práctica de los juzgados, no por eso dejaban de cometerse abusos y escesos con este motivo, porque solian los jueces no limitarse á comunicar el aviso oportuno á los parientes que eran conocidos, y cuya residencia constaba tambien al juzgado, sino que mandaban que se llamase por edictos y anuncios en los papeles públicos á todas las personas que tenían el derecho de heredar. La comparecencia de alguno de los parientes no producía el efecto saludable de impedir la continuacion de las diligencias judiciales, sino que despues de haber transcurrido el largo plazo que se señalaba para la presentacion de los que se creyesen con derecho á suceder, continuaban hasta tanto que, despues de pasado ese término, recaía la declaracion judicial del derecho de heredar á favor de los que hubiesen comparecido y ocupasen el grado correspondiente, ó la proximidad preferente sobre los otros, para escluirlos de la sucesion de que se trataba. Y dentro de este mis-

mo plazo solian algunos juzgados llevar la sustanciacion del proceso sobre declaracion de herederos por todos los trámites de un juicio civil ordinario; de tal modo que acontecia con frecuencia, que antes de publicarse la sentencia definitiva determinante de la cualidad de herederos se habia ya terminado el espediente, que á la vez se instruía sobre inventario y tasacion de los bienes del difunto.

El aviso, pues, que ha de darse por los jueces á las personas que se consideren llamadas á la sucesion, debe limitarse á una simple comunicacion dirigida al juez del territorio donde residan los parientes, cuando sea conocida esta circunstancia, para que haciéndoselo saber se presenten inmediatamente á posesionarse de la herencia. Cuando no fuese conocida la residencia de los parientes llamados á heredar, entonces será cuando únicamente puedan hacer los llamamientos por medio de los periódicos oficiales, con señalamiento de un plazo el mas corto posible, para que formalicen el derecho que les asista, compareciendo á entregarse del haber hereditario. Si no obstante ese llamamiento los parientes no se presentasen, ó cuando menos alguno de los que sean llamados á la sucesion, el juez determinará que se reproduzca para que, ó bien se presenten en el juzgado, ó conste ya por su rebeldía y contumacia que las diligencias sucesivas se legitiman por la inaccion de las personas que dejan de comparecer á pesar del llamamiento judicial.

Quando los parientes compareciesen, se cumplirá lo prescrito en la ley recopilada, reproducido con mayor claridad en la de *enjuiciamiento*; esto es, cesará la intervencion judicial en el abintestato, porque tal circunstancia, á mas de ser absolutamente innecesaria, serviría tan solo para causar perjuicios á los herederos, ocasionándolos gastos sin objeto de ninguna especie. Pero el *art. 352* prescribe la cesacion de las diligencias judiciales cuando comparezcan los parientes que se crean llamados á suceder, guardando silencio en cuanto al caso de que solo algunos de ellos se presentaren, permaneciendo los demas, no obstante el aviso, sin dar siquiera muestras de su propósito de admitir ó rechazar la herencia; y como en su caso pudiera ocasionar perjuicios á los no comparecientes, la entrega del caudal mortuario á los que se habian presentado, podrá dudarse si la interven-

cion judicial debe cesar en esa circunstancia, ó si por parte de los ausentes habrá de encomendarse la representacion al ministerio fiscal, que es su legítimo representante siempre que judicialmente se trata de derechos que les pertenezcan.

Para resolver la dificultad espuesta en el párrafo anterior, es indispensable fijar las ideas, y consultar las disposiciones que por razon de analogía serian aplicables al caso de que se trata; porque de ese modo podrá llegarse á una solucion fácil y conforme con el espíritu predominante de la *Ley*. Es preciso ante todo tener en cuenta que la *de enjuiciamiento* distingue cuidadosamente entre la prevencion de los abintestatos y de las testamentarias, y el juicio respectivo de cada una de estas dos clases; y que determina asimismo las diligencias que los jueces de primera instancia pueden practicar en la parte preventiva de aquellos juicios, y las que son propias y peculiares de este; del mismo modo que fija en último término la manera de fiscalizar los abintestatos y las testamentarias.

La prevencion significa desde luego la práctica de diligencias que tienen por único y esclusivo objeto la ejecucion de todo aquello que es momentáneo, asi como indispensable para evitar cierta clase de perjuicios que se podrian esperar. Esa prevencion es equivalente á lo que el *Reglamento provisional* denominaba *diligencias urgentísimas*, cuyo cumplimiento se encomendaba á los alcaldes, á pesar de que esta clase de funcionarios no podian ejercer en el orden judicial funciones jurisdiccionales contenciosas. Por eso mismo la *Ley de enjuiciamiento* autoriza á los jueces de Paz en los pueblos de su residencia para que practiquen las diligencias de que hacen mencion los artículos primeros de la *Seccion primera*, tit. 9, como tendremos ocasion de esponer al tratar de los arts. 357 y 358. Por la misma razon se observa que en el 352 se manda á los jueces de primera instancia que se limiten á dar aviso á los parientes del finado, sin formalidad de ninguna especie, y sin designacion de término para que comparezcan, reservando esta diligencia ya formal y solemne para cuando se hayan practicado las preventivas, como puede verse en el art. 368.

Pues bien, sentados estos precedentes, creen algunos que la falta de comparecencia de parte de los parientes no debe to-

marse en cuenta para la cesacion de la autoridad judicial en la práctica de diligencias preventivas; porque si es cierto que aun pueden resultar perjuicios á los parientes que no hubiesen comparecido, tambien es verdad que aquellas tampoco son ya necesarias, supuesto que los bienes se han asegurado, y se ha dado sepultura al cadáver, que es lo que constituye en la realidad la parte preventiva del juicio de abintestato; y finalmente, porque, á pesar de que la autoridad judicial cese en la intervencion del abintestato, no por eso dejara de vigilar por los derechos que correspondan al heredero, hasta tanto que recaiga la declaracion de que tratan los arts. 373 y siguientes. Cesar la intervencion en el abintestato á virtud de lo dispuesto en el 352, dicen aquellos, equivale á cesar en la práctica de las diligencias que se refieran á la aseguracion de los bienes del finado; y como habiendo herederos, solo puede instruirse el juicio de abintestato cuando alguno de ellos lo pide, claro es que, no aconteciendo esto, debe el juez cesar en la intervencion.

Sin embargo, no podemos conformarnos con esta interpretacion. Las diligencias preventivas son una cosa distinta del juicio de abintestato; es preciso no confundirlas. Pues bien, el art. 352 presupone la comparecencia de los parientes; si hablase de cualquiera de ellos, lo diria espresamente como lo efectúa en otras ocasiones; en lo que manda cesar es en la intervencion del abintestato, no en la práctica de las diligencias preventivas: luego cuando alguno ó algunos herederos no hayan comparecido, no tiene que cesar la intervencion de su autoridad. Esta opinion se robustece consultando lo que disponen los arts. 373 y el 407 en cuanto á los juicios de testamentaria necesarios.

Respecto á la intervencion del ministerio fiscal, el art. 367 salva la dificultad que indicamos en los párrafos anteriores, porque si bien en las testamentarias concurre desde su origen á representar los intereses de los herederos ausentes, en los abintestatos se halla declarado espresa y terminantemente en el artículo citado, que el promotor fiscal no intervendrá, sino luego que las diligencias preventivas hubiesen llegado á poder del juez de primera instancia, á cuya disposicion se ponen los libros, bienes y papeles intervenidos, y la correspondencia del finado. De modo que es una verdad legal que no puede ponerse en duda,

sea ó no conveniente, que la representacion fiscal por los ausentes en los juicios de abintestato, no debe començar sino cuando ya en realidad principia este procedimiento.

A no ser que alguno ó algunos de los interesados la solicitaren. La intervencion del juez en los juicios solemnnes de los abintestatos, se autoriza por la solicitud de cualquiera de los interesados, en lo cual no se establece novedad alguna por la *Ley de enjuiciamiento*, supuesto que esa misma doctrina se hallaba consignada por las que la precedieron. Asi es que en la práctica solia obligarse al peticionario de la intervencion, á que satisficiese los derechos y gastos ocasionados por las diligencias judiciales, supuesto que á no ser él no se hubieran originado, en beneficio de los demas interesados que no reclamaban por inconveniente la intervencion de la autoridad judicial. En la actualidad, creemos que todos los gastos que ocasionen deberán satisfacerse del acervo comun, porque autorizada por la *Ley* la intervencion á instancia de parte, sin espresar que esta haya de solventarlos, nada se la podrá exigir, supuesto que usa de un derecho legitimo que la corresponde.

ART. 353. *El Juez proveerá de tutor ó curador, sino lo tuvieren, á los parientes que fueren menores ó incapacitados, y hasta que esten discernidos estos cargos, adoptará las medidas establecidas en el artículo anterior.*

Dos únicas observaciones debemos esponer para la mas exacta inteligencia de lo mandado en el artículo preinserto; la de que su determinacion respecto al nombramiento de tutores ó curadores de los menores ó incapacitados no se opone á lo dispuesto en cuanto á la tutela ó curatela legitima; porque no obstante que no se dice de una manera esplicita, que esos encargados de la tutela ó curatela de los menores no sean exclusivamente para la intervencion en las diligencias judiciales, asi debe entenderse, porque en otro caso no se hablara de tutores, que se dan solo para los bienes del menor. Ordena el *art. 353* que se haga el nombramiento de los guardadores de los incapacitados, ó de los huérfanos para que presencien y autoricen las diligencias sucesivas del abintestato, sin perjuicio de que recaiga la eleccion

en aquellas personas á las cuales corresponda la custodia de los bienes en tiempo oportuno.

Para hacer su nombramiento deberán los jueces tener en cuenta lo que prescribe el *art. 420*, porque todas las personas que puedan tener interés en la solucion de las dificultades que se susciten en el juicio de abintestato por causa de la participacion de las mismas en los bienes hereditarios, deben ser separadas de la intervencion en las diligencias, á nombre de los huérfanos, sin perjuicio del derecho que les corresponda para encargarse y desempeñar la tutela y la curatela del menor, resueltas que sean aquellas, y cuando proceda entregar los bienes.

La segunda observacion que creemos oportuna, se refiere al objeto que se propone el *art. 353* al hacer la declaracion que comprende. A primera vista se creerá que los jueces deben cesar en la intervencion desde el momento en que hayan hecho el nombramiento de tutores ó curadores, y que les hayan discernido esos cargos, á la manera que cesarán tambien cuando comparezcan todos los parientes mayores de edad ausentes, segun lo prescrito en el *art. 352*. Asi parece efectivamente, porque con algun fundamento es de creer, que la ley haya querido declarar, que á la manera que en el caso de comparecencia de los llamados á la sucesion, cuando sean mayores de edad, el juez no acuerde diligencias preventivas del abintestato, asi cuando por medio del nombramiento de tutores ó curadores el menor se halle en el mismo caso que el mayor de edad, cese la intervencion. Pero en este último caso no produciria los mismos efectos en la práctica, porque aunque mucho vale para el huérfano la representacion de su tutor, sin embargo no puede compararse con la del mayor de edad, que cuida de intereses propios. Es preciso fijar bien la atencion en las palabras testuales de los *arts. 352 y 353*, y se observará que se refieren á cosas diversas; el primero manda cesar *en el abintestato*; el segundo habla *de las medidas establecidas en el artículo anterior*; esto es, de las medidas de prevencion. En una palabra, hasta que se nombre el tutor ó curador y se le discerna el cargo, puede el juez proveer para seguridad y custodia de los bienes, pero luego que el tutor ó curador comiencen á gestionar, cesa el juez en ese cargo, sin perjuicio de la continuacion del procedimiento.