

TITULO V.

De los abintestatos.

SECCION I.

DEL JUICIO DE ABINTESTATOS.

§ I.

De los abintestatos en general, su naturaleza, su objeto, diferentes clases y juez competente para conocer de ellos.

685. Por *abintestato* se entiende lo mismo que sin testamento, como declara la ley 1, tít. 15, Part. 6, y se deduce de esta palabra, que no es otra que el adverbio latino *abintestato*. Se dá, pues, el nombre de juicio *abintestato* á las diligencias que tienen por objeto adoptar las medidas indispensables para asegurar los bienes del que muere sin disposicion testamentaria cuando no deja parientes próximos y para indagar y declarar si existen parientes legítimos remotos y adjudicarles la herencia en tal caso, ó aplicarla, si no existiesen, en favor del Estado. Aunque la ley no califica de juicio á estas diligencias en el epígrafe del título en que trata de ellas, fundada sin duda en que no puede aplicárseles esta calificación en su sentido estricto, porque no se ventilan en ellas las cuestiones que requieren un exámen detenido, sino que se sustancian por los trámites del juicio ordinario, debe reconocerse que merece el nombre de juicio, al menos en el sentido lato de esta palabra, si se atiende á que en ellas se oye, aunque sumariamente, las razones y opiniones de los interesados, y aun se discute su derecho á la herencia, segun expresa el art. 374; á que el juicio ordinario forma como un procedimiento anejo á este, y á que la misma ley le coloca en la parte que trata de la jurisdiccion contenciosa y aun le dá el nombre de juicio en alguno de sus artículos, como el 377.

684. Nuestras leyes anteriores contenian escasas y breves disposiciones sobre el procedimiento de *abintestato*, lo que ocasionó la introduccion de prácticas arbitrarias que dieron lugar á abusos y dilaciones perjudiciales á la herencia y á los herederos é interesados en ella. La nueva ley ha tratado de evitarlas dictando disposiciones acertadas en general y cuales reclamaba la necesidad y la justicia, segun vamos á exponer.

685. De la definicion que acabamos de dar de los *abintestatos* se deduce, que el objeto y la naturaleza de estos es análogo al de las testamentarias que expusimos en los números 451 y siguientes, y que en su

consecuencia, se rigen aquellos por los mismos principios y aun en alguno de sus períodos por las mismas disposiciones que estas; razon por la cual tratamos de los *abintestatos* despues que de las testamentarias, no obstante seguir la ley el órden inverso, con el fin de evitar repeticiones y de que se comprendan mas fácilmente las referencias que tendremos que hacer á las doctrinas expuestas sobre este último juicio.

686. Y en efecto, siendo uno de los objetos de los *abintestatos* dividir y adjudicar los bienes entre los herederos legítimos, como lo es tambien el de las testamentarias (V. el núm. 456), debe acomodarse aquel juicio, como expresamente declara el art. 376 de la ley, desde el momento que se declara quiénes son los herederos, á los trámites establecidos para estas. En su consecuencia, el juez deberá promover el juicio de *division*: de oficio y necesariamente, en el caso de que los herederos, aun cuando estuvieran en el grado que requiere en el art. 351, se hallasen ausentes y de no tener quién los represente, ó de ser menores ó incapaces, ó de solicitarlo alguno de los acreedores, como previene el art. 407, y fuera de estos casos, quedará su promocion á voluntad de los herederos, ó del cónyuge que sobreviva ó de los legatarios de parte alicuota del caudal, segun dispone el artículo 406.

687. No solamente podrá ser, respecto de este período, el juicio de *abintestato*, voluntario ó necesario, sino tambien respecto de las diligencias para prevenirlo y demás anteriores á dicho período, diligencias que puede decirse en rigor que constituyen el carácter especial de los *abintestatos*. De manera, que no solo deberá prevenirlos el juez de oficio y necesariamente en los casos que expresa el art. 351 que exponemos mas adelante, sino tambien en los casos que marca el art. 407, y asimismo deberá autorizarle cuando lo promoviesen voluntariamente los herederos próximos ó el cónyuge ó legatarios de parte alicuota, pudiendo estos, no obstante, separarse en cualquier estado del juicio, de su seguimiento, conforme al art. 492. Esta interpretacion se funda en razones de estricta analogía, pues prescribiendo el legislador la proteccion tutelar del juez, bien de oficio, cuando hay menores incapacitados ó ausentes, bien á peticion de parte, cuando esta lo juzgue útil ó necesaria para evitar la dilapidacion ú ocultaciones de los bienes hereditarios, en los casos en que por haber testamento, haya podido dictar el testador medidas previsoras que impidan estos abusos y que miren por los intereses de aquellas personas desvalidas, debe presumirse con mucha mas razon, que quiso tambien la intervencion de la autoridad judicial, bien de oficio ó á peticion de parte, en cada caso respectivamente, cuando la hace mas útil ó necesaria el no existir testamento en que se hubiera dispuesto sobre los derechos de cada interesado. Asi se deduce tambien del párrafo segundo del art. 353 que exponemos mas adelante.

688. Igualmente, á la manera que en el juicio de testamentarias, se requiere la intervencion del promotor fiscal para que represente á los herederos ausentes ó cuyo paradero se ignorase (art. 418), con el fin de que mire por sus intereses, se exige tambien la intervencion de dicho promotor en

el juicio de *abintestato* necesario, puesto que este juicio tiene lugar cuando quedasen parientes que por su parentesco romoto la suponen ignorados ó necesitados de la proteccion de la autoridad; además, de que en este juicio, necesita el Estado quien le represente, por el interés que tiene en las sucesiones intestadas, puesto que van á él las de los que no dejan descendientes, ascendientes ni colaterales hasta el décimo grado, conforme á la ley de 9 de mayo de 1835.

689. Finalmente, atendiéndose en este juicio á un tiempo mismo á diferentes acciones é intereses pertenecientes á distintas personas, tiene tambien el caracter de juicio *universal* como el de testamentarias.

690. En cuanto al juez competente para conocer del *abintestato*, el artículo 554, de la ley de Enjuiciamiento, declara tambien conforme con el 410 sobre testamentarias que lo es el del domicilio que tuviera el difunto, y si lo tenia en el extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, ó donde esté la mayor parte de sus bienes. Véanse los núms. 329 y 330 del lib. 1.º de esta obra, donde se exponen extensamente las razones filosóficas de esta disposicion. Acerca de su segunda parte, debe advertirse que se refiere al caso de que no hubiese perdido el español su nacionalidad, ó el carácter de español, como sucederia si se hubiera naturalizado en el extranjero; y que la competencia del juez del lugar donde está la mayor parte de los bienes, debe entenderse para el caso de que se ignore cuál fue el último domicilio del difunto si se ha de dar la importancia que parece debida al orden de colocacion y preferencia que respecto de ellos usa la ley. Esta competencia del juez se entiende, no solo para conocer de este juicio, sino tambien de las demandas que se deduzcan contra los herederos del difunto, despues de prevenido el mismo, y de las demás que son acumulables á él, segun los artículos 580 al 583 que expondremos mas adelante.

691. La ley omite en este juicio la disposicion del art. 411, correspondiente á las testamentarias sobre que los interesados puedan someterse tácita ó expresamente á otro juez ordinario.

La causa de esta omision consiste sin duda en que teniendo por objeto el juicio de *abintestato* necesario, averiguar si existen ó no herederos, y necesitándose para la sumision á otro juez el consentimiento de todos los interesados, no puede verificarse la sumision por lo comun, como en las testamentarias en que aquellos son conocidos regularmente por el testamento; mas no por esto se ha de entender que la omision referida es opuesta á dicha sumision cuando todos los interesados son ya conocidos y consienten en efectuarla.

692. Asimismo, la competencia del juez del domicilio no obsta para que cuando el intestado fallece ó tiene bienes en otro lugar, se tomen por los jueces de este las medidas que reclaman los oficios de la piedad y los deberes morales de buena administracion, respecto de su cadáver, y para evitar que se distraigan ó menoscaben los bienes de la herencia yacente. Por esto dispone el art. 555 de la ley, que la competencia del juez del domi-

cilio se entiende sin perjuicio de que el juez del lugar del fallecimiento, aun cuando hubiese acaecido en el extranjero, en cuyo caso la palabra juez se debe entender refiriéndose á las autoridades consulares, adopte las medidas necesarias para el enterramiento del difunto, esto es, para que se dé tierra al cadáver, mas no para que se celebren funerales ni sufragios por su alma, pues esto es de cargo del albacea dativo segun el art. 559 que se expondrá mas adelante, y asimismo adoptar las medidas necesarias para la seguridad de los bienes que allí tuviere el finado. Igualmente cada juez, en su respectiva jurisdiccion debe adoptar medidas conducentes á la seguridad de los bienes existentes en ella. Mas como la obligacion de practicar estas diligencias solo se funda en la necesidad y conveniencia, y no atribuye jurisdiccion para seguir entendiendo en el juicio, y como al juez competente para conocer de él, le son necesarias las diligencias practicadas, continúa preceptuando el art. 555 en su párrafo tercero, que asegurados los bienes y dispuesto y ejecutado el enterramiento, dejarán todos los jueces expedita su jurisdiccion al que conozca ó deba conocer del *abintestato*, remitiéndole al efecto las diligencias que haya practicado, para que en su vista disponga lo que debe hacerse respecto de los bienes sobre que versan.

693. La obligacion de practicar las diligencias referidas se refiere, no solo á los jueces de primera instancia, sino en su defecto á los de paz, si bien con acuerdo de asesor, como prescribe el art. 557 que explicaremos mas adelante.

694. La competencia de la jurisdiccion ordinaria para conocer de los *abintestatos* comprende aun aquellos en que el finado fuese clérigo ó alguno de los herederos ó legatarios fuesen comunidad ó persona eclesiástica, segun la ley 6, tit. 18, y la 16, tit. 20, lib. 10, de la Nov. Recop., lo que se funda en que todos ocupan en este juicio el lugar de verdaderos actores, y no el de demandados, que es la circunstancia que da lugar al fuero ó que lo produce, y en que la herencia se compone de bienes temporales y profanos, los cuales son en general de la competencia del juez seglar; pero si se tratase de demandar á un clérigo la herencia que hubiese ya adquirido á titulo de *abintestato*, deberá acudir al juez eclesiástico, aunque fuese el finado seglar, pues así se atiende al fuero del demandado y este se presenta bajo su representacion propia de clérigo. Véase la ley 57, tit. 6, Part. 1, y la glosa de Gregorio Lopez.

El señor Covarrubias opina, no obstante, que los clérigos deben ser demandados ante el juez seglar cuando suceden a los legos; pero esta opinion no es fundada segun hemos expuesto extensamente en el Tratado sobre los tribunales eclesiásticos y sobre los procedimientos que se siguen en ellos, núm. 4.º-17, pág. 448. Puede verse tambien el núm. 41, 4.º, del lib. 10 de esta obra.

694. Asimismo, se extiende la competencia de la jurisdiccion ordinaria al conocimiento de los *abintestatos* en que intervienen militares, en los casos y forma que expresan la ley 21, tit. 4, lib. 6 de la Nov. Recop.; los artículos 5 y 14, tit. 11, Tratado 8 de las Ordenanzas del ejército; las rea-

les órdenes de 19 de julio de 1764, 31 de mayo de 1783 y 6 de noviembre de 1788; la real cédula de 18 de octubre de 1776, el art. 11, cap. 2 del reglamento del Monte Pio Militar de 20 de abril de 1761; las reales órdenes de 17 de enero de 1835 y de 21 de enero de 1847, y la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de Justicia en 8 de octubre de 1836.

§ II.

De la prevencion judicial de los abintestatos.

693. Por prevencion de los abintestatos se entiende, la adopcion de las medidas necesarias para la ocupacion y seguridad de los bienes y papeles del finado, con el objeto de evitar abusos y fraudes, para dar á los parientes ausentes el oportuno aviso de la muerte de la persona de cuya sucesion se trata y para proceder al nombramiento de los tutores y curadores de los parientes menores de edad que no los tuviesen. Véanse los artículos 332, 335 y el 414 que expone lo que se entiende por prevencion del juicio de testamentaria.

696. Siendo la prevencion de los abintestatos, practicada de oficio, una proteccion tutelar que dispensa la ley cuando asi lo requiere la necesidad ó la conveniencia de mirar por la conservacion de la herencia yacente ó por el interés de personas que se hallan en posicion que la reclama, debe circunscribirse á los casos en que esto se verifique y á las diligencias urgentes é indispensables, pues si de lo contrario, se ingiriera la autoridad judicial en la prevencion de los abintestatos fuera de estos casos, lejos de ser beneficiosa su intervencion, ocasionaria dilaciones perjudiciales. La antigua práctica daba lugar á abusos é inconvenientes sobre este punto, puesto que á veces se dejaban abandonados los bienes á merced del primer ocupante, y otras, se entrometian los funcionarios judiciales en el conocimiento de los abintestatos indebidamente y cuando no era necesaria su intervencion. Sin embargo, existian prohibiciones y disposiciones acertadas sobre este punto en nuestros códigos. Y en efecto, en la pragmática publicada en Madrid por don Carlos III en 2 de febrero de 1766, que forma la ley 14, título 20, lib. 10 de la Nov. Recop., se desterró el abuso de las justicias seculares y eclesiásticas de mezclarse en hacer inventario de los bienes de los abintestatos bajo pretexto de averiguar si se cumplia la obligacion impuesta por la ley 36 de Toro, á los parientes del intestado que no fueren hijos ni descendientes ó ascendientes legítimos, de disponer de la quinta parte de los tales bienes por el alma del intestado, debiendo la justicia compelerles á ello sino lo cumplian dentro de un año. Asimismo, la Instruccion de 26 de agosto de 1786, incluida en la ley 6, tit. 22, lib. 10 de la Nov., solo facultaba á la subdelegacion general de Mostrencos, para conocer de los abintestatos *cuando alguno muriere sin hacer testamento y no dejare parientes conocidos dentro del cuarto grado*, en cuyo caso, el alguacil ó alguaciles ordinarios de la subdelegacion ú otra cualquiera persona á

cuya noticia viniere, debian hacer la denunciacion ante los jueces subdelegados, y ellos recibir informacion de como murió el difunto sin hacer testamento y que no se le conocian parientes dentro de dicho cuarto grado, y habida dicha informacion, los jueces debian poner tres edictos y pregonarlos, diciendo en ellos que si alguna persona tenia derecho á sucederle pareciera entre ellos dentro del término á lo menos de 30 dias, y si pareciere mostrando su derecho, oírle y guardarle su justicia mandándole restituir los dichos bienes si dentro de los tres términos referidos pareciera, y sino recibiendo la causa á prueba, notificándose los autos en los estrados, ratificándose los testigos de la sumaria informacion y terminándose el expediente con arreglo á derecho. V. los números 7, 8, 9 y 10 de dicha Instruccion.

697. La nueva ley de Enjuiciamiento, para evitar los inconvenientes mencionados, ha venido á sancionar de nuevo las disposiciones referidas con las adiciones y reformas convenientes. Asi, pues, dispone en su artículo 351, que *para que pueda prevenirse el juicio de abintestato se necesita que concurren á un mismo tiempo las dos circunstancias expresadas en la Instruccion referida, á saber:*

1.º *Que no conste la existencia de disposicion testamentaria.* La ley no requiere, pues, para que pueda prevenirse el juicio, como lo exige mas adelante para su continuacion, que se pruebe no existir disposicion testamentaria, con el fin de evitar los abusos á que daria ocasion el abandono en que quedarian los bienes durante el tiempo necesario para practicar dicha prueba que á veces podria por de pronto ofrecer dificultades y dilaciones. La cláusula *disposicion testamentaria* de que usa la ley debe entenderse aquí en sentido extricto, á saber: aquella en que hay institucion de heredero, pues si no existiera, aun cuando hubiese nombrados legatarios, como entonces podrian quedar abandonados los bienes á merced del primer ocupante, es necesario la prevencion del juicio para evitar esto. Lo mismo debe decirse cuando no se dispusiese de toda la herencia, aunque hubiese instituido heredero en parte de ella, puesto que la parte de que no se dispuso queda expuesta á igual inconveniente, por no saberse ó declararse los parientes á quienes correspondia; pero en este caso deberá limitarse el juez á ocupar la parte sobre que no se testó.

2.º *Que no deje el finado descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado*, segun la computacion civil que es la que rige en materia de sucesiones: ley 3, tit. 6, Partida 4. El fundamento de esta disposicion, de suma importancia para resolver las dudas que sobre ella pueden ocurrir, se halla expuesto por uno de los individuos que la redactaron, por el señor Gomez de Laserna, quien en sus *Motivos* sobre la misma, dice lo siguiente: «Cuando existen *parientes colaterales que no están comprendidos dentro del cuarto grado* debe prevenir la autoridad judicial el abintestato, porque conforme se alejan los grados de parentesco, se va este complicando, haciéndose de mas difícil aplicacion y extendiéndose á mas personas, desconocidas frecuentemente en el pueblo en que se previene el juicio, y á

veces tambien para el mismo finado que ignoraba su existencia.» De este fundamento, y de las palabras con que se expone y que van señaladas de letra cursiva, se deduce en primer lugar, que la cláusula del art. 351, dentro del cuarto grado, solo se refiere á los parientes colaterales, y no á los descendientes ni ascendientes, de manera que aunque no existan de estos últimos en cuarto grado, sino en quinto, como puede acontecer, no deberá el juez prevenir el abintestato; porque el parentesco en línea recta ó directa es fácil de conocerse y no está expuesto á confundirse ó á que se ignore, como el de la línea colateral. Dedúcese asimismo del fundamento expuesto, y de no distinguir la ley entre parientes legítimos é ilegítimos, que su disposicion debe entenderse aplicable respecto de una y otra clase, de manera que el juez no deberá prevenir el abintestato cuando concurren descendientes ó ascendientes naturales con derecho á la sucesion del finado; v. gr. si se presentase á suceder al padre un hijo natural suyo, legitimado por rescripto, á falta de hijos legítimos ó legitimados por matrimonio, ó bien á suceder á la madre, un hijo natural, no habiéndolos legítimos ni legitimados, ó un hijo espúreo no habiendo descendientes legítimos, legitimados ni naturales, y no siendo de dañado y punible ayuntamiento ó habidos de clérigo de orden sagrado ó de fraile ó monja profesas, pues estos nunca tienen derecho á la sucesion de la madre, segun la ley 9 de Toro. Lo dicho sobre que no debe el juez prevenir el abintestato en el caso de que concurren los hijos naturales á la sucesion del padre, debe entenderse no solo cuando segun las leyes 8 y 9, tit. 13, Part. 6, suceden á falta de legítimos y legitimados en la sexta parte de la herencia que deben partir con su madre, sino tambien cuando habiendo sido legalmente reconocidos por su padre, concurren ellos ó sus descendientes á sucederle en toda la herencia, por no haber dejado este descendientes ni ascendientes legítimos dentro del cuarto grado, con arreglo á la ley de 16 de mayo de 1835, puesto que como ya hemos dicho, la sucesion directa es fácil de saberse y acreditarse y que aquí no hay aun que investigar si existen colaterales mas allá del cuarto grado, que es el caso en que el art. 351 faculta al juez para prevenir el abintestato. Lo mismo debe entenderse por iguales razones del caso en que por no haber descendientes, ascendientes ni colaterales hasta el cuarto grado, ni hijos naturales legalmente reconocidos, viniere á suceder al finado el cónyuge sobreviviente no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo de su fallecimiento, conforme á la ley de 16 de mayo citada, al menos cuando fuere notorio que no dejó el finado bienes raices de abolengo; mas cuando hubiese dejado bienes de esta clase, como entonces han de volver, á la muerte del cónyuge sobreviviente, á los colaterales, deberá intervenir el juez para disponer lo conveniente al efecto de que pueda cumplirse á su tiempo esta disposicion.

698. De la disposicion del art. 351 se deduce tambien á contrario sensu, que el juez no debe tampoco prevenir de oficio el abintestato si el finado deja descendientes, ascendientes ó parientes colaterales dentro del cuarto grado, aun cuando no constare la existencia de disposicion testa-

mentaria, á no ser, como dice el señor Laserna, para protegerlos en su ausencia, en su menor edad ó en la incapacidad que tengan para mirar por sus intereses, ó como expresa el art. 407 sobre testamentarias, aplicable á los abintestatos, por identidad de razon, segun dijimos en el § I de esta seccion, cuando los herederos están ausentes y no hay quien los represente legítimamente, ó cuando son menores ó están incapacitados, bien se hallen ausentes ó presentes, si el testador no hubiese dispuesto lo contrario, ó cuando uno ó varios acreedores lo solitaren.

699. Sin embargo, segun el art. 352, existiendo parientes de los expresados en el art. 351, esto es, descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, que esten ausentes, ya lo estuvieren todos ó alguno de ellos, se limitará el juez á adoptar las medidas mas indispensables para el enterramiento del difunto, esto es, para dar sepultura al cadáver segun la clase del finado, á cuyo efecto oficiará al cura de la parroquia de este; mas no deberá celebrar los funerales ni los sufragios por su alma, pues estos son de cargo del albacea dativo ó de los parientes que se presentaren. Asi mismo, deberá el juez tomar las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, lo que podrá efectuarse, disponiendo se custodien ó depositen bajo llave ó sellos, pero sin necesidad de pasar al reconocimiento de papeles y libros, como se verifica mas adelante, puesto que no hay necesidad de entender en el juicio necesario ó de oficio, hasta que se vea que no comparecen en el plazo asignado los ausentes, ni en el juicio voluntario, hasta que habiendo estos comparecido, lo sollicitaren. Igualmente deberá el juez dar á los parientes oportuno aviso de la muerte de la persona á cuya sucesion se les crea llamados, lo cual se verificará sabiéndose su existencia y paradero, por orden ú oficio dirigidos al juez del lugar donde residan, para que les prevenga se presenten en el término que deberá señalarles, ó si se ignorase su residencia, por medio de edictos en la forma que prescribe el art. 368. Si no compareciesen convendrá repetir dicho aviso conforme á la disposicion del artículo 371, y seguirá el juez practicando las demás diligencias que marca la ley en sus artículos 359 y siguientes, y conociendo del abintestato, conforme á los trámites del juicio de testamentaria, pues tales son los que requiere el art. 407 en este caso, y notificándose los autos en los estrados segun la disposicion de la instruccion de 26 de agosto de 1786, ya expuesta. Mas compareciendo los parientes cesará la intervencion judicial en el abintestato, á no ser que alguno ó algunos de los interesados lo sollicitare. Estos son, los herederos, el cónyuge sobreviviente, los legatarios de parte alícuota (pues segun dijimos, puede haber legatarios, aunque no haya disposicion testamentaria propiamente dicha por falta de institucion de heredero) y asimismo, los acreedores. El juicio se acomodará á los trámites del voluntario ó necesario de testamentaria, segun la clase de interesados que pidieren su continuacion, con arreglo á los artículos 406 y 407.

700. Respecto de los parientes que fueren menores ó incapacitados, el juez les proveerá de tutor ó curador, si no lo tuvieran, lo cual se verificará

conforme á las disposiciones del tít. 3 de la ley de Enjuiciamiento, segunda parte, sobre la jurisdiccion voluntaria. Nada dispone aquí la ley para el caso de que el tutor ó curador de los menores ó incapacitados tuvieren interés en la herencia, como lo verifica en el art. 420 sobre testamentarias, cuyo artículo deberá entenderse aplicable al juicio abintestato, por lo que, en tal caso, le proveerá el juez con arreglo á derecho, de un curador especial para el juicio, ó hará que lo nombre el mismo menor ó incapacitado, si tuviese edad para ello. Es tambien aplicable á este caso lo dispuesto en el art. 421, sobre que la intervencion del curador dado para el juicio, se limitara solo á aquello en que el tutor ó curador para los bienes tengan incompatibilidad, y en todos los demás casos, estos serán los únicos representantes del menor ó del incapacitado.

701. Discernidos los cargos de tutor ó curador, deberá el juez continuar entendiendo en el juicio de abintestato, acomodándose á los trámites establecidos para el de testamentaria, segun previene por disposicion general el art. 376, luego que hayan sido declarados quiénes son los herederos. Estos trámites deberán ser los del juicio de testamentaria necesario, atendiendo á que asi se declara en el art. 407 para el caso de que los herederos fueren menores ó estuvieren incapacitados, y que dichas disposiciones son aplicables al juicio de abintestato, segun se expuso en el § I de esta seccion.

702. Mas segun previene el art. 356 de la ley de Enjuiciamiento, *el juez que tuviere conocimiento*, aunque fuese extrajudicialmente y no de un modo indubitable, *de la muerte de alguno sin testar y sin dejar descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado*, ó bien dejando parientes de estos grados que fuesen menores ó incapacitados, ó que estando ausentes no hubieren comparecido, no se limitará á adoptar las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, como en el caso de que constare que habia esta clase de parientes y que estaban ausentes, á quienes aun no se llamó, sino que *procederá á ocupar sus bienes, libros, y papeles*, esto es, sus bienes muebles de valor, como alhajas, pinturas, sus libros y papeles importantes, y especialmente los relativos á sus negocios ó tráfico, como cuentas, vales de crédito, papel del Estado, etc. Esta ocupacion deberá practicarse cerrándolos á presencia del juez en lugar seguro bajo llave que deberá conservar en su poder, ó asegurándolos con sellos y extendiendo acta en que se especifique suficientemente, aunque no con la minuciosidad de un inventario, los objetos ocupados, para evitar ocultaciones, extravíos ó fraudes.

703. Todas las diligencias sobre prevencion del abintestato que llevamos expuestas, deben verificarse por regla general por los jueces de primera instancia donde los hubiere; mas como no en todos los pueblos hay de estos funcionarios, y como de dilatarse hasta que pudiera acudir á ellos ó practicarlos el juez del partido, podrian originarse perjuicios de consideracion á los interesados en la herencia, por la urgencia y perentoriedad que aquellas requieren, dispone el art. 357 de la ley que *en los pueblos donde no hubie-*

re juez de primera instancia, practicará las diligencias prescritas en los artículos anteriores el juez de paz, y si no fuere letrado, lo hará con acuerdo de asesor: disposicion que tiene por objeto asegurar por la pericia en el derecho, la exactitud y acierto en la práctica de las diligencias referidas, por su grande influencia respecto de la declaracion de los interesados en la sucesion. Ademas, la facultad de proveer y discernir los cargos de tutores y curadores, dicen los señores Laserna y Montalban, que á nuestro entender hubiera sido mejor reservar siempre á los jueces de primera instancia, exigen conocimientos de derecho. Algunos intérpretes opinan que la disposicion del art. 357 no se refiere al nombramiento de tutores y curadores de los menores ó incapacitados de que trata el art. 353, fundándose en que la regla primera del art. 1208 previene, que todos los actos de jurisdiccion voluntaria sean de la competencia de los jueces de primera instancia, en que el cargo de tutor ó curador no puede discernirse sin que preceda el otorgamiento de la correspondiente fianza por el interesado, cuyo importe debe determinarse y aprobarse oyendo al promotor fiscal, funcionario que no existe en los juzgados de paz, y finalmente, en que no es necesario conceder esta facultad á los jueces de paz en este caso, puesto que cuando los parientes llamados á la sucesion dentro del cuarto grado sean menores ó incapacitados, el juez ha de limitarse á adoptar las medidas mas indispensables para el enterramiento del difunto y la seguridad de sus bienes, y hecho esto, podrá remitir enseguida las diligencias al juez de primera instancia, y este acordar el nombramiento de tutor ó curador. Mas no obstante estas observaciones no pueden destruir la disposicion del art. 357 que se refiere á las de los artículos anteriores desde el 352 inclusive, y que es conforme tambien con lo dispuesto por la legislacion anterior y á la doctrina de los autores. Véase lo expuesto en el núm. 209 del lib. 4 de esta obra, la disposicion del art. 357 es una excepcion de la regla general consignada en el art. 1208; el nombramiento de tutores y curadores es uno de aquellos actos que, para valernos de la exacta expresion del real decreto de 22 de octubre de 1858, siendo originariamente de la competencia de los jueces de primera instancia se encargan por disposicion de la ley á los de paz en casos especiales. Por último, la utilidad del pronto y urgente nombramiento de tutores y curadores respecto de los ausentes ó incapacitados, no se ha de considerar solo relativamente al procedimiento del juicio de abintestato, sino á los demás actos y contratos que fuera de este requieren para su validez la intervencion ó autorizacion de dichos tutores y curadores, y cuyo retardo puede originar á los menores perjuicios considerables. Ademas, las faltas que á pesar de haberse oido el acuerdo del asesor, hayan podido cometerse en dichos nombramientos, pueden rectificarse por el juez, dictando al efecto las providencias oportunas, segun la disposicion del art. 366 sobre un caso análogo y que creemos aplicable al presente.

704. Acerca de si en la práctica de dichas diligencias deberán valerse los jueces de paz de escribano ó del secretario de su juzgado, debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 3 del real decreto de 22 de octubre de 1858,