

Sin la prueba de la filiación del intestado, la declaración de herederos a favor de parientes colaterales debe reservarse para la vía ordinaria.

Causa seguida por la Sociedad de Beneficencia Pública de Ica sobre declaratoria de herederos de doña Mariana Barraza.—Procede de Lima.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En el procedimiento sobre declaratoria de herederos de doña Mariana Barraza. Autos y vistos: que acompañando la partida funeral de fojas una se presentó por su escrito de fojas 3 don Lizardo Mejía, apoderado de la Sociedad de Beneficencia, y pidió se declare el fallecimiento intestado de la insana doña Mariana Barraza, y por su heredera legal a la Beneficencia de esta ciudad. Que salieron, al juicio, a fojas 6, el doctor Juan P. Bóhorquez por doña Grimanesa Rodríguez viuda de don Bibiano Pregúntegui, a fojas 7, don Manuel Carbajal y Palomino, a fojas 11, el doctor Francisco Roberto Montoya por doña Odelinda Pregúntegui de Vodniza; a fojas 18 el doctor Martín Aguado Vásquez por doña Ermelinda Lobatón viuda de Incháustegui, y a fojas 37 el doctor Teodorico Manchego Muñoz por doña María Rosalía Palomino; a fojas 53, el doctor Aguado Vazquez indicó que también son herederos legales de la intestada, los hermanos de su

representada, llamados don Manuel Fernando; doña María del Carmen, doña Cecilia y don José Rufino Lobatón; a fojas 58 salió también a juicio el doctor Alfredo Luna y Peralta por la misma señora Rosalía Palomino; a fojas 66, el doctor Teodorico Manchego Muñoz salió también a juicio en representación de don Juan M., doña Eleuteria y doña Cristina Palomino; a fojas 211 salió doña Jesús Lobatón viuda de Carrillo, pretendiendo la herencia para sí, pidiendo todos los nombrados para sí o sus poderdantes la herencia intestada de Da. Mariana Barraza. Que las pruebas del entroncamiento con la extinta, ofrecidas por los interesados, corren a fojas 17, 23 a 26; 47, 49, 50, 52, 64 a 65, 70, 74, 91, 97, 118, 120, 125 a 126, 143, 161 a 186, 199, 206 a 207, 209 a 110, habiéndose presentado también las partidas de defunción corrientes a fojas 27, 28, 48, 71, 119 y 208. Que a fojas 141, y acompañando las cinco fotografías que corren de fojas 136 a 140, tachó el apoderado de la Beneficencia, de falsificadas las partidas de nacimiento de don Bibiano y doña Mariana Pregúntegui. Que emitido el dictamen fiscal a fojas 150 y cumplidos como están los trámites previstos por el artículo 1214 del Código de Procedimientos Civiles, debe expedirse sentencia. Y teniendo en consideración:--Primero: que con el testamento de doña Evarista Garma, corriente a fojas 97, está probado que doña Josefa y don Pedro Pregúntegui fueron sus hijos legítimos habidos en su matrimonio con don Santiago Pregúntegui. Segundo: que con el testamento indicado en el considerando anterior, está probado también, que don Narciso Lobatón y don Basilio Barrera fueron hijos adulterinos de doña Evaris-

ta Garma, puesto que en la cláusula 26 dice: “durante mi matrimonio con don Santiago Pregúntegui, de quien me separé etc. tuve un hijo nombrado Narciso y otro Basilio, ambos fallecieron, y el primero dejó por su hijo natural a Ambrosio Lobatón, y el segundo dejó también tres hijos naturales, nombrados Patricio, Avelino y Petronila Barrera”, y como, también, en el documento de fojas 199, del que es su duplicado el de fojas 206, doña Evarista Garma, en 28 de Mayo de 1858, es decir, menos de dos meses antes de su testamento, declaró que en su matrimonio con don Santiago Pregúntegui sólo tuvo dos hijos, llamados Pedro y Josefa, y al referirse a sus otros hijos no expresa su condición; la que indica, únicamente, es la de sus nietos, al expresar que de sus otros hijos “ninguno ha dejado descendencia legítima, sino naturales”, hecho que corrobora lo afirmado en su testamento, de haber sido sus hijos don Narciso Lobatón y don Basilio Barrera, espúreos. Tercero: que el mismo testamento y el de doña Josefa Pregúntegui, corriente a fojas 91, prueban que la intestada doña Mariana Barraza fué hija legítima de doña Josefa Pregúntegui, en su matrimonio con don Isidoro Barraza. Cuarto: que no puede resolverse en este procedimiento no contencioso la tacha de nulidad y falsedad de las partidas de bautismo de fs. 49 y 65, y formulada por el apoderado de la Beneficencia en su escrito de fojas 141; porque según el artículo 404 del C. de Procedimientos Civiles es necesario que la nulidad o falsedad resulte manifiesta por el tenor “del mismo instrumento”, es decir, que haya nulidad ipso jure, como también lo exige el artículo 2278 del Có-

digo Civil; en cuyo único caso de nulidad *ipso-jure* los instrumentos públicos quedan invalidados "sin necesidad de otra prueba", como dice el citado artículo 404, y, como dice el artículo 2278 del Código Civil, "se reputan no hechos y no producen efecto alguno". Pero como, en el presente caso, las fotografías corrientes de fojas 137 a 140, auténticas por haber sido tomadas del libro parroquial, donde están dichas partidas, como lo acredita la certificación notarial puesta al reverso de cada una de ellas, no revelan por sí mismas que sea falsificada la firma de don Pedro Pregúntegui que aparece en ellas y hay necesidad de comparar esas firmas con la que aparece puesta en la fotografía, también auténtica, de fojas 136 y proceder al cotejo y peritaje respectivos, resulta que no hay nulidad *ipso jure* en dichas partidas, sino nulidad que debe deducirse en vía de acción; por lo que las partidas de bautismo corrientes a fojas 49 y 65, que son instrumentos públicos comprendidos en el inciso tercero del artículo 400 del Código de Procedimientos Civiles, producen todo su efecto y tienen todo su valor probatorio pleno en este procedimiento, mientras de conformidad con lo dispuesto por el artículo 405 del mismo Código, no se declare en juicio ordinario su nulidad y falsedad, para cuyo efecto se debe dejar a salvo el derecho de la Beneficencia, para que se ejercite en vía ordinaria la acción de nulidad o falsedad planteada en este procedimiento como tacha. Lo aducido anteriormente es aplicable también a la partida de doña Mariana Pregúntegui respecto del hecho de no aparecer la firma del párroco en la diligencia de reconocimiento, aducido por el señor Agen-

te Fiscal en su dictamen de fojas 150, puesto que las fotografías de fojas 137 y 140, que se refieren a dicha partida, revelan haberse roto el pedazo de papel de la foja donde, probablemente, estuvo la firma del párroco, o que es la firma de éste, la que revelan las sombras del lado izquierdo de la firma de don Pedro Pregúntegui. Quinto: que por lo expuesto en el considerando anterior, está probado, con las partidas de bautismo de fojas 49 y 65 el entroncamiento de don Bibiano y de doña Mariana Pregúntegui con la extinta doña Mariana Barraza. Sexto: que la partida de bautismo de fojas 64, unida a la de matrimonio de fojas 118, prueban que doña María Rosalba Palomino es hija legítima de doña Mariana Pregúntegui y, por consiguiente, está acreditado su entroncamiento con la extinta doña Mariana Barraza, de la que resulta su pariente colateral en quinto grado, o sea su sobrina. Séptimo: que pretenden la herencia, en representación de don Bibiano Pregúntegui, doña Odelinda Pregúntegui de Vodniza, como hija legítima, y doña Grimañesa Rodríguez, como su viuda. Pero como la partida de bautismo de fojas 47, es de Hermelinda, y no de Odelinda, es evidente que en este procedimiento, en el que no hay constancia de rectificación del Hermelinda por Odelinda de la referida partida, no puede darse con ella por acreditado el entroncamiento de doña Manuela Odelinda Pregúntegui de Vodniza con la intestada Barraza; aumentando las dudas respecto a su filiación el hecho de ser ella esposa de Vodniza, según lo manifiestan los poderes de fojas 9 y 44 y referirse la partida de matrimonio de fs. 125, al con-

traído por doña Odelinda Pregúntegui con don Octavio Plejo, natural de Austria; fuera de que la representación del hijo sólo procede cuando ha muerto el padre, según lo dispone, terminante y claramente, el artículo 644 del Código Civil, y no ha presentado el apoderado de doña María Odelinda Pregúntegui de Vodniza la partida funeral de su padre a quien quiere representar en este procedimiento. Respecto a doña Grimanesa Rodríguez, suponiendo que su finado esposo, fué el mismo don Bibiano Pregúntegui, hijo natural de don Pedro, y nieto de doña Evarista Garma, es evidente que no puede, como pretende, representar a su esposo premuerto para concurrir a la herencia de la extinta doña Mariana Barraza, que en tal supuesto vendría a ser pariente colateral de su esposo en cuarto grado, porque es limitado el derecho de representación en la línea colateral, a sólo los hijos de los hermanos, según el artículo 647 del acotado. Octavo: que con las partidas de bautismo de fojas 17, 23, 24, 26 y 210, unidas a la de matrimonio de 209, se ha probado que doña Inés Hermelinda, don Manuel Fernando, doña María del Carmen, don José Rufino y doña Juana de Jesús Lobatón, son hijos legítimos de don Ambrosio Lobatón; y con la partida de bautismo de fojas 25, se ha probado que doña Cecilia Lobatón es hija natural reconocida de don Manuel Lobatón, que no se sabe si será el Manuel Fernando, hijo de don Ambrosio. Como no se ha presentado la partida de bautismo de don Ambrosio Lobatón, no puede tenerse como suficiente la declaración testamentaria, ni el reconocimiento de nieto hecho a su favor por doña Evarista Garma, no está probado el entroncamien-

to de dichos hijos y ni el de don Ambrosio Lobatón con la extinta doña Mariana Barraza. Pero aun cuando estuviera probado que ellos son descendientes de don Narciso Lobatón, como éste fué hijo adulterino de doña Evarista Garma, es evidente que, por lo dispuesto en el artículo 895 del Código Civil, no tiene derecho de heredar a doña Mariana Barraza. Noveno: que don Manuel Carbajal y Palomino, don Juan N., doña Eleuteria y doña Cristina Palomino, tampoco han probado su entroncamiento con la extinta doña Mariana Barraza, por lo que se debe dejar a salvo el derecho de éstos, así como de doña Odelinda Pregúntegui de Vodniza, los hijos y nieta de don Ambrosio Lobatón y el de la Beneficencia, para que lo ejerciten en la vía ordinaria, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1218 del Código de Procedimientos Civiles, declarar heredera única de la intestada a doña María Rosalía Palomino, que, como se ha manifestado en el considerando sexto, ha probado ser pariente colateral de doña Mariana Barraza en quinto grado de consanguinidad. Por tales razones, y de conformidad en parte con el dictamen fiscal de fojas 150: FALLO: Primero: que declaro el fallecimiento intestado de doña Mariana Barraza, acaecido en esta ciudad el 30 de Marzo del presente año; Segundo: que declaro por su heredera legal a doña María Rosalía Palomino; Tercero: que dejo a salvo el derecho, tanto de la Sociedad de Beneficencia de esta ciudad, como de don Manuel Carbajal y Palomino, doña Odelinda Pregúntegui de Vodniza, doña Hermelinda Lobatón viuda de Incháustegui, don Manuel Fernando, doña María del Carmen, doña Cecilia, don José Rufino y don Jesús

Lobatón, don Juan N., doña Eleuteria Palomino y doña Grimanesa Rodríguez viuda de Pregúntegui, para que lo ejerciten en la vía ordinaria.

Ica, 23 de Agosto de 1927.

Carlos A. Anchorena

Ante mí.

Carlos A. Mejía

VISTA FISCAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Señor:

Se ha pedido la declaración de herederos de Mariana Barraza, insana, y, pretenden la herencia, a título de colaterales, los que se dicen descendientes de Pedro Pregúntegui, de Basilio Barraza y Narciso Lobatón.

Como no se ha presentado la partida de bautismo de la intestada, su filiación se acredita con el testamento de Josefa Pregúntegui, que la reconoce como hija legítima, pero tampoco se ha presentado la partida de matrimonio de los padres.

Para ascender al tronco común, sería necesario fijar la filiación de Josefa Pregúntegui, cuya partida de nacimiento no se presenta, y su filiación sólo consta en el testamento de Evarista Garma, que la reconoce como hija legítima, sin presentarse la partida de matrimonio de los padres.

Los que pretenden su entroncamiento con la intestada, como descendientes de Pedro Pregúntegui, hermano de Josefa, según el testamento de la Garma, no han presentado la partida de su nacimiento, y para calificar su filiación hay que estar al mismo testamento. Presentan, también, las partidas de fojas 49 y 65, tachadas de falsas y nulas, por la Beneficencia, de las que aparece, que Mariana y Bibiano Pregúntegui son hijos naturales reconocidos de Pedro Pregúntegui, no obstante de que en el expediente sobre declaración de herederos de éste, según afirmación no contradicha, fué declarada como tal, su madre Evarista Garma, y no los que hoy alegan el título de hijos naturales reconocidos. Esta tacha, que el juez desestima de plano, se funda en que la partida de bautismo de Mariana es manifiestamente suplantada, según se observa en la fotografía de fojas 137; que no tiene la firma del párroco, que está raída, y, por consiguiente, que su invalidez resulta de su propio tenor.

Los que pretenden la herencia como descendientes de Basilio Barrera, no presentan partida de nacimiento de su causante: su filiación tratan de acreditarla con el testamento de Evarista Garma, que reconoce tener dos hijos adulterinos, llamados Basilio y Narciso, sin expresar el apellido, ni el nombre de su padre; resulta, después, que los dos tienen distinto a-

pellido. Tampoco presentan sus partidas de nacimiento, como hijos de Basilio y Narciso, fundando su título en el reconocimiento hecho por la abuela como sus nietos.

Los que descienden de Narciso, que llevan el apellido de Lobatón, no presentan la partida de bautismo del que dicen su padre, Ambrosio Lobatón, ni la del titulado abuelo, Narciso Lobatón, sin cuyos documentos existe un vacío, que no se suple con el testamento de la abuela.

El derecho excluyente a la herencia que pretenden tener los que invocan título de parientes colaterales legítimos e ilegítimos de una intestada, cuya verdadera filiación tampoco está comprobada, no puede hacerse en el procedimiento no contencioso, sino en la vía ordinaria.

Procede la revocatoria del apelado; que se declare que la insana Mariana Barraza, ha fallecido intestada, y que la declaración de herederos debe hacerse en la vía ordinaria.

Lima, Setiembre 5 de 1927.

Muñoz

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Lima, 7 de Julio de 1928.

Vistos; en discordia concordada; por lo que es innecesario el voto del señor vocal llamado para dirimirla; con lo expuesto por el señor Fiscal; y por los fundamentos del apelado: confirmaron la sentencia de fojas 242, su fecha 23 de Agosto del año próximo pasado, que declara heredera legal de doña Mariana Barraza, a doña María Rosalía Palomino; con lo demás que dicha sentencia contiene y es materia de la alzada; y los devolvieron.

Cárdenas—Chávarry.—Vélez.

Se publicó conforme a ley.

R. Bustamante y Cisneros

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Según la partida de defunción corriente en autos (fojas 1), falleció en Ica, el 30 de Marzo de 1927, doña Mariana Barraza, hija legítima de D. Isidro Barraza y de doña Josefa Pregúntegui.

Doña Josefa Pregúntegui, a tenor del testamento otorgado en 23 de Julio de 1858, por doña Evarista Garma, era hija legítima de ésta, en su matrimonio con don Santiago Pregúntegui (fojas 97). Dice el mencionado testamento, que, también, fué hijo legítimo, habido en el mismo matrimonio, don Pedro Pregúntegui.

La copia certificada de la partida de bautismo de doña Mariana Pregúntegui, extendida en Ocaña el 12 de Diciembre de 1833 (fojas 65), demuestra que ella es hija de don Pedro Pregúntegui; aparece de dicha partida, que el padre reconoció a la bautizada, como su hija, el 12 de Setiembre de 1834.

La referida doña Mariana Pregúntegui, contrajo matrimonio con don Nicolás Palomino, en Huacuas, anexo de la parroquia de Laramate, el 11 de Diciembre de 1853 (partida de fojas 118).

La partida bautismal de doña María Rosalía Palomino, comprueba que nació el 2 de Agosto de 1854, siendo hija legítima de don Nicolás Palomino y de doña Mariana Pregúntegui (fojas 64).

Resulta de la precedente relación, que doña María Rosalía Palomino es hija legítima de doña Mariana Pregúntegui, la que fué hija natural reconocida de don Pedro Pregúntegui, el que era hijo legítimo de doña Evarista de la Garma. Resulta, también, que doña Mariana Barraza, fué hija legítima de doña Josefa Pregúntegui, la que lo fué de la dicha doña Evarista de la Garma.

En consecuencia, doña María Rosalía Palomino ha acreditado que es pariente consanguínea en quin-

to grado de la línea colateral, de Da. Mariana Barraza, cuya herencia le corresponde, según el artículo 881 del Código Civil.

Cierto es que no se ha acompañado partidas referentes a la filiación de Da. Mariana Barraza, pero para el efecto de establecer que es nieta de doña Evarista de la Garma, basta el testamento de ésta, en el que al hablar de ella le atribuye ese carácter. Corroborata tal afirmación, el testamento de doña Josefa Pregúntegui, otorgado en Ica el 8 de Marzo de 1887 (fojas 71), en que declara su matrimonio con don Isidro Barraza, de quien tuvo varios hijos, y que sólo sobrevivió su hija legítima Mariana Barraza. Se objeta el reconocimiento de doña Mariana Pregúntegui, diciendo que la firma de don Pedro Pregúntegui, ha sido suplantada, lo que pretende demostrarse con copias fotográficas (fojas 137).

La defensa de la Palomino, contesta que las fotografías se han tomado mucho tiempo después de expedida la copia certificada y que, con propósito ilícito, se ha escrito sobre los trazos de la firma en cuestión.

La copia tiene fecha 22 de Abril de 1920 (fojas 65) y la fotografía se tomó el 17 de Enero de 1926, según lo certifica al reverso un Notario Público (fojas 137).

¿Cómo podría rechazarse, a priori, la imputación a que se ha aludido, cuando la fotografía es posterior, casi en seis años, a la copia de la partida exhibida en autos, y cuando es saltante el hecho de que el libro parroquial de Ocaña, se encontraba en poder de un

fotógrafo de Ica? Además, en el procedimiento no contencioso de la declaratoria de herederos no puede esclarecerse si la firma de que se trata, es o no suplantada.

Tampoco cabe conceder valor legal probatorio, a fotografías, sacadas sin observarse las ritualidades con que la ley rodea a las pruebas.

Por consiguiente, el carácter de instrumento público de la partida bautismal, a tenor del inciso tercero del artículo 400 del Código de Procedimientos Civiles, subsiste, porque es evidente que no concurren las circunstancias señaladas en el artículo 404 del mismo cuerpo legal.

El Fiscal se releva de analizar la situación de los otros pretendientes a la sucesión de doña Mariana Barraza, porque estima, al respecto, que es concluyente el análisis contenido en la sentencia de primera instancia (fojas 242), según la cual, ninguno de ellos ha podido probar, válidamente, su parentesco con la causante de la herencia.

En consecuencia, este Ministerio, opina que NO HAY NULIDAD en la sentencia de 7 de Julio de 1928 (fojas 311), expedida por la Corte de Lima, confirmando la del Juzgado de Ica de 23 de Agosto de 1927, que declaró heredera de doña Mariana Barraza a doña María Rosalía Palomino.

Lima, Enero 11 de 1929.

Jiménez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 14 de Febrero de 1929.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos del dictamen del señor Fiscal de la Corte Superior doctor Muñoz, de fojas 270: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 311, su fecha 7 de Julio último; reformándola, y revocando la de primera instancia de fojas 242, su fecha 23 de Agosto de 1927, mandaron que la declaración de herederos de doña Mariana Barraza se haga en la vía ordinaria, sin costas; y los devolvieron.

Barreto.—Pérez.—Umeres.—Burga.—Mata.

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero

Causa N.º 1429—Año 1928.