

El reconocimiento de hijo natural, sólo se prueba por alguno de los medios indicados en el art. 238 del Código Civil.

Recurso de nulidad interpuesto por don Manuel Callo, en la causa que sigue con don Mariano Alipio Callo, sobre declaratoria de herederos.—Procede del Cuzco.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En el año 1907, don Bernabé Callo, pidió que se declarase el fallecimiento intestado de su hijo legítimo, Mariano P. Callo, fallecido en 24 de julio de 1901, y a él, como su heredero único, por no haber dejado otras personas con derecho a la herencia; y abierto el juicio, en armonía con la ley del procedimiento que entonces regía, salió al mismo, doña Emilia León de Callo, haciendo presente que su esposo, Mariano Alipio Callo, era hijo natural reconocido del intestado, y como se encontraba ausente, sin saberse su paradero, por haberse fugado de la cárcel, élla hacía valer su derecho; siguiéndose el juicio por todos sus trámites; agregándose los incidentes que del expediente aparecen, sobre tacha de nulidad a la partida de nacimiento del hijo natural, y otros, y por lo opinado por el Agente Fiscal, a fs. 196 vta., se mandó continuar el juicio en la vía or-

dinaria, por el auto de fs. 199, se agregó el incidente sobre excusa del Juez; se reprodujo la demanda a fs. 213; se contestó a fs. 214, el traslado que de la misma se corrió, y se recibió a prueba por el auto de su vuelta actuándose todas las ofrecidas; alegándose por las partes y pidiéndose autos para sentencia a fs. 287. A pesar de tratarse de un juicio de intestado, no se oyó al Agente Fiscal en 1a. Instancia, y se expide la sentencia de fs. 292 vta., cuyo fallo es apelado a fs. 305, y elevado a la Corte del Cuzco, se actúa la 2a. Instancia; se expide la resolución confirmatoria de fs. 351 que el mismo Tribunal declara insubsistente por la de fs. 353, por haber intervenido en ella, el Presidente del Tribunal, habiendo un Vocal expedito, y se vuelve a expedir la resolución confirmatoria de fs. 375 vta., que es materia del recurso de nulidad interpuesto a fs. 357. Aparece del recurso de fs. 317, que sustanciándose el expediente en la Corte Superior, falleció uno de los interesados en el mismo, don Hermógenes Callo, siendo sus herederos, los que en ese recurso se nombra; y notificados éstos, según es de verse a fs. 319 vta., otorgan el poder copiado a fs. 324, doña Emilia León viuda Callo, por sí y en representación de sus menores hijas, que nombra, y don Juan Deza, como esposo de doña María Callo, hija de aquel, a favor de don Moisés León, quien se apersona a fs. 327 por dichos poderdantes, herederos de don Mariano Alipio Callo; y los anteriormente nombrados, en el recurso de fs. 317, otorgan su poder, que aparece copiado a fs. 355 a favor del doctor Aguilar, figurando entre ellos la viuda de Hermógenes Callo, por sí y en representación de

sus menores hijos que nombra. Por último, el otro heredero, don Manuel Callo, notificado a fs. 233 vta., otorga su poder a don Casiano Rado; de manera que el proceso queda circunscrito a don Moisés León, que representa a los herederos de Alipio Callo a Rado, que representa, junto con el doctor Aguilar a los herederos de don Hermógenes Callo, y sin embargo de ello, solo aparecen notificados con la sentencia Superior, y con el "autos y a la tabla", el doctor León y el doctor Rado; pero se ha prescindido del doctor Aguilar, además, en una y otra testamentaria, que representan la parte demandante y la demandada, hay menores de edad, como ya se ha hecho notar y aparece de los poderes otorgados, y sin embargo, no se ha oído al Ministerio Fiscal antes de pedir resolución, como es obligatorio, ya que conforme al inciso 4° del art. 275 de la L. O. del P. J., es obligación de ese Ministerio defender los intereses de los menores y sólo puede llenar ese deber, dándose intervención; y su omisión produce la nulidad declarada en el inciso 13° del art. 1085 del C. de P. C.

Hay que tener en cuenta que el personero de don Manuel Callo, solo ha salido al juicio a fs. 358, y que antes de ello se ha prescindido de la intervención de ese heredero de una de las partes, que lo es legítima en el juicio. Por último, consta de la sentencia de fs. 293 vta., que entre las pruebas ofrecidas por una de las partes, en su escrito de fs. 217, se propone y se acepta el mérito del expediente de absolución de posiciones de doña Bernardina Cusini viuda de Mariano Callo, y que el Juez ha tenido a la vista, no aparecien-

do de autos que el Tribunal Superior haya apreciado esa prueba al expedir la resolución confirmatoria.

Atentas las omisiones en que se ha incurrido, en 2a. Instancia, que producen nulidad, el Fiscal opina que debe esta Suprema Corte, declarar NULA E INSUBSISTENTE la sentencia de vista confirmatoria; mandar que notificados que sean todos los interesados con el "autos con citación para sentencia", se oiga al Ministerio Fiscal, y en su oportunidad se expida nueva resolución; salyo mejor y más ilustrado parecer.

Lima, setiembre 30 de 1931.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, mayo 24 de 1932.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que la declaración de herederos debe favorecer a las personas que acrediten su mejor derecho en la forma legal, con relación al momento en que se abre la sucesión: que al intestado lo sobrevivió su padre legítimo don Bernabé Callo, y su derecho a la herencia, por este concepto, se encuentra plenamente probado: que si el mencionado Bernabé ha fallecido a su vez durante el juicio, no es en éste en donde corresponde hacer la declaración de sus sucesores: que don

Mariano Alipio Callo, que pretende también la herencia de don Mariano Purificación Callo en la proporción correspondiente, como su hijo natural reconocido, ha presentado, como prueba de su filiación los certificados de fs. 4 y fs. 39, de su partida de bautismo de 5 de agosto de 1872: que el primero, expedido en 11 de agosto de 1905, por el párroco don Juan M. Valdeiglesias, no prueba el reconocimiento, porque la partida carece de la firma del padre: que el segundo, otorgado en 11 de noviembre de 1913, por el párroco doctor don Fidel M. Cosío, contiene dicha firma, pero puesta después de la del sacerdote que administró el sacramento: que esto basta para demostrar que la firma del intestado se ha estampado en la partida, fraudulentamente, después de su fallecimiento, ocurrido antes de la fecha del primer certificado, cuando tampoco existía la anotación marginal de que hace mérito el segundo: que aunque la firma fuese auténtica, el hecho de hallarse a continuación de la del párroco bautizante, y no antes, indica que no fué autenticada por éste, y que carece, por tanto, de todo mérito: que otra de las pruebas, el escrito o recurso copiado a fs. 42, que el intestado presentó al Subprefecto de la provincia de Canchis, solicitando, en 21 de junio de 1899, la inscripción de su hijo Mariano Alipio en la Escuela de Aplicación, no se halla comprendida en ninguno de los casos puntualizados en el art. 238 del Código Civil: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 355 vta., su fecha 7 de setiembre de 1920, en cuanto confirmando la de primera instancia de fs. 292, su fecha 29 de octubre de 1923, declara

que la herencia de don Mariano Purificación Callo, corresponde a su padre legítimo don Bernabé Callo: declararon HABER NULIDAD en la referida sentencia de vista, en cuanto hace igual declaratoria respecto de don Mariano Alipio Callo: reformándola, y revocando la apelada, declararon que el único heredero del intestado es el mencionado don Bernabé Callo, o quien su derecho represente, sin costas; y los devolvieron.

**Barreto. — Santa Gadea. — Valdivia. — Villa García.
Cárdenas.**

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero, Secretario.

Cuaderno No. 1667.—Año 1929.
