

La oposición al amparo en posesión, aunque se funde en la excepción de cosa juzgada, no puede resolverse como artículo previo sino juntamente con la acción.

Recurso de nulidad interpuesto por don Plácido Echegaray en el juicio que sigue con el señor Vocal doctor J. Arturo Yépez sobre amparo en posesión.—Del Cuzco.

Excmo. Señor:

Don Plácido S. Echegaray ha demandado el 16 de julio de 1907 el amparo en posesión de una suerte de tierras denominadas "Chchuco-pucyo", "Chaupi-orcco" y "Cajamarca", partes integrantes de su finca "Siellabamba", de la provincia de Anta, alegando que el señor doctor don J. Arturo Yépez, propietario de la finca "Bellavista", pretende desposeerlo de ella y ha ofrecido la información y prueba respectiva. Admitida la instancia, el demandado se ha opuesto á fojas 24, á la prosecución del interdicto, acompañando un expediente por el que consta, según dice, la misión en posesión que obtuvo en 6 del mismo mes y año de los terrenos disputados, con citación del demandante, quien, además, suscribió la diligencia posesoria correspondiente; y sustanciada ésta oposición, ha sido desestimada, por el auto de fojas 27, que en discordia de votos, ha revocado á fojas 29, la Ilustrísima Corte Superior del Cuzco, dejando á salvo el derecho del actor, para que lo-

haga valer en otra forma; habiendo sido los votos de los señores Vocales Ugarte y Santos, por la confirmación del apelado; y contra ese auto, que ha puesto término á la acción, se ha entablado recurso de nulidad.

En concepto de la resolución de segunda instancia, el doctor Yépez se halla en posesión, por auto judicial, de las mismas tierras en cuya posesión pide Echegaray ser amparado: esa posesión da título al primero de actual poseedor; y contra este título no puede intentarse por el segundo el mismo interdicto de amparo, porque destruiría el actuado ó conferido con arreglo á las leyes.

Comparadas la demanda de amparo de fojas 2 y la de misión en posesión de fojas 16 que concluyó, con la diligencia de fojas 19 vuelta, se observa que se refieren á terrenos diferentes, ó que, por lo menos, se les distingue con nombres distintos. La primera se contrae á las tierras "Chchuco-pucyo", "Chaupi-oreco" y "Cajamarca"; y la segunda, á las de "Misqui-pucyo", "Ccacca-huasi", "Rosa-Kasa" y *otros nombres*, (frase genérica que se emplea tanto en la demanda; como en la posesión); de manera que, *prima facie*, no se advierte implicancia entre una y otra acción. Pero, aunque la hubiera, en esta clase de juicios no son admisibles los artículos previos, y lo que en realidad aduce el demandado, es que hay cosa juzgada ó pleito concluido sobre el amparo de las tierras indicadas á fojas 2; y esto no puede resolverse en forma de excepción perentoria, como lo ha sido. Si el demandado se halla en posesión de esas tierras, sea porque le ha sido ministrada judicialmente ó por cualquier otro motivo, puede oponerse y ofrecer prueba contraria; conforme al artículo 1358 del Código de Enjuiciamientos, y vencido

el término, se resolverán conjuntamente la acción, y oposición; pero dentro de la ley, no le es lícito hacer uso de ese derecho en otra forma.

Es verdad que si alguno acredita haber poseído año y un día una cosa á vista y ciencia del que la demanda, no está obligado, según el artículo 1365 del mismo Código, á contestar sumariamente sobre la posesión; pero no es la naturaleza del juicio lo que se ha objetado, sino la procedencia de la acción y, además, la diligencia posesoria que, en concepto del demandado, comprende las tierras señaladas á fojas 2, no es anterior á esa demanda sino en días.

El auto de segunda instancia resuelve, pues, sobre el amparo, con abreviación de los trámites establecidos por la ley y es por consiguiente nulo, conforme al inciso 13°. del artículo 1649 del Código de Enjuiciamientos; por lo cual el Fiscal es de opinión que puede V.E. declarar que hay nulidad en él y reformándolo, confirmar el de primera instancia, salvo mejor acuerdo.

Lima, Mayo 13 de 1908.

BARRETO.

Lima, mayo 21 de 1908.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 29, su fecha 12 de noviembre del año próximo pasado, revocatorio del de primera instancia de fojas 27, su fecha 2 de octubre del

mismo año; reformando el primero, confirmaron el segundo, por el que se sobrecarta el auto de fojas 2 vuelta, su fecha 10 de julio del año último, que dá por interpuesta la acción de amparo en posesión y manda recibir la información respectiva, con citación del presunto perturbador; y los devolvieron.

Guzmán. — Ribeyro. — León. — Eguiguren. — Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.

Cuaderno No. 840.—Año 1907.

Para la misión en posesión no basta que el actor presente el título de la adquisición, sino además, que resulte acreditado el derecho del anterior poseedor.

Juicio seguido por don Sixto Salazar y otros con don Emilio Nieves Barrencechea sobre misión en posesión.—De Ancachs.

AUTO DE PRIMERA INSTANCIA

Huaraz, 26 de junio de 1907.

Por absuelto el trámite, y atendiendo: á que el instrumento de fojas 1 no se refiere á los terrenos de don Antonio Salazar, que están seña-