

**Quien solo tiene expectativas respecto de una herencia, por no estar definida su vinculación con el causante, no puede ejercer la acción penal, en carácter de agraviado, por falsificación y suplantación del testamento.**

## DICTAMEN FISCAL

Señor

Como consta de la causa civil pedida y que tengo a la vista procedente del quinto Juzgado de Primera Instancia de esta Capital, doña Paula Eugenia Cortabrazo interpuso en 30 de junio de 1944, a fs. 1, demanda sobre nulidad del testamento de don Juan Boza contra los herederos instituidos en él doña Orenca Deza de Gutiérrez y doña Dolores León, atribuyendo a ese instrumento celebrado en escritura pública por el Notario de esta Capital don Artemio Montoya en 8 de mayo de 1937, no haberse identificado al testador en forma legal ni indicado su nacionalidad, no constar que los testigos fueran mayores de edad ni que supieran leer ni escribir, ni constar tampoco el monto de los bienes testados ni la forma de su distribución y otros defectos y tachas a que se contrae esa demanda, en cuyo mérito se abrió el procedimiento respectivo que se encuentra en actual tramitación.

Pendiente él, y medio año después de su iniciación, la misma Cortabrazo denuncia contra el Notario Montoya los delitos de suplantación y falsificación del propio testamento, fundando la denuncia en los mismos motivos

en que apoya su acción civil de nulidad, pero sin referirse a la existencia de tal juicio; y abierta así la instrucción deduce el inculpado Montoya al prestar su instructiva corriente a fs. 12 de la causa principal que tengo a la vista la excepción de naturaleza de juicio, constitutiva de una verdadera cuestión pre-judicial, pidiendo se paralice el procedimiento mientras se resuelva la causa civil relacionada; excepción que declarada fundada por auto de fs. 15 del Tribunal Correccional de Lima de este incidente viene a conocimiento del Tribunal Supremo por recurso de nulidad traído por el Fiscal y por la parte civil.

Tanto por las razones que fundamentan el auto recurrido que reproduzco, como por las que paso a exponer, encuentro que es fundada la cuestión prejudicial interpuesta.

No pueden ni deben coexistir separada e independientemente dos procedimientos judiciales cualquiera que sea su nominación pero que persigan el mismo objeto, por el peligro que hay de que puedan expedirse resoluciones contradictorias e implicantes y así imposibles de cumplirse ambas a dos con el grave daño que ello traería a la marcha normal de la justicia y al prestigio de la cosa juzgada.

De otro lado, el art. 405 del C. de P. C. establece respecto de instrumentos públicos que, si la nulidad o falsedad no está de manifiesto, el instrumento producirá sus efectos mientras no se decida en juicio sobre aquellos vicios. Y esto es lo que ocurre en el caso presente. La Cortabrazo tacha por los vicios que aduce la validez del testamento y lo hace al principio en la forma ilegal correspondiente, deduciendo esa nulidad en la vía civil; y sin embargo después adopta otro camino implicante a es-

te, pero con el mismo motivo y finalidad de la nulidad del testamento, no solo creando el conflicto a que en el párrafo anterior me refiero, sino discutiendo en una vía que no corresponde la validez de un instrumento público que debe surtir sus efectos mientras no se declare su nulidad; pues que la acción de responsabilidad criminal instaurada importa la admisión a priori y prematuramente de una nulidad no probada ni declarada.

La teoría que sustento ha sido constantemente establecida por el Tribunal Supremo en múltiples ejecutorias entre las que citaré la publicada en la Revista de los Tribunales de 1938—pág. 201—que declara fundada la excepción de naturaleza de juicio en su carácter prejudicial deducida en instrucción por falsificación de documento, si no se ha probado en juicio civil ese hecho; por lo que opino en conclusión se declare **NO HABER NULIDAD** en el referido auto de vista de fs. 15 vlta., que declara fundada la excepción deducida.

Lima, 19 de Marzo de 1946.

**Sotelo.**

---

**RESOLUCION SUPREMA**

Lima, 24 de Mayo de 1946.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal, y considerando: que la denuncia de fs. 5 en que se imputa al Notario don Artemio Montoya, la comisión de los delitos de falsificación y suplantación del testamento de don Juan Boza, ha sido formulada por doña Paula Eugenia Cortabrazo, como madre del menor Alejandro, en cuya representación ha iniciado un juicio civil de filiación y otro de nulidad del indicado testamento; que en estas condiciones, la situación de dicho menor frente a la testamentaria de su pretendido causante es de simple expectativa y, en consecuencia, no procede la acción penal ejercitada que importaría la acción popular, franqueable solamente por delitos de comisión inmediata conforme a lo prescrito en el art. 76 del C. de P. P.; que aun mayor anomalía se ha cometido admitiendo como parte civil a doña Orenca Deza de Gutiérrez, quien, por el contrario, resulta beneficiada con el testamento cuya "falsificación y suplantación" es motivo de la denuncia, como lo revela su actitud de atacar la acción penal, pretendiendo dar carácter prejudicial a la existencia de los juicios antes referidos, a lo que indebidamente defiende el Tribunal Correccional en vez de anular, por su manifiesta ilegalidad, el auto de fs. 11 vta.; que igualmente incurre en error dicho Tribunal al declarar fundada la excepción de naturaleza de juicio deducida por el inculpado Artemio Montoya, porque de estar expedita la acción penal denunciada no podría,

por su carácter, ventilarse con la amplitud requerida sino dentro de la instrucción, ni tendría que transferirse a otra jurisdicción como en los casos especiales de prejudicialidad, en los que se encuentra restringida la probanza: declararon NULO el auto recurrido de fs. 15 vta. de este incidente, INSUBSISTENTE el auto de apertura de instrucción de fs. 7, su fecha 30 de diciembre de 1944, y todo lo actuado, debiendo archivarse la denuncia de fs. 5, conforme a lo dispuesto en el art. 77 del C. de P. P.; y los devolvieron.

**Zavala Loaiza — Samanamud — Noriega  
Fuentes Aragón — Lainez Lozada**

**Jorge Vega García, Secretario.**

El infrascrito Secretario certifica que el voto del Señor Vocal doctor Samanamud es en el sentido de la resolución que antecede, pero solo por el fundamento de que por no tratarse de delito de comisión inmediata no está expedita en este caso la acción ejercitada por doña Paula Cortabrazo al interponer la denuncia de fs. 5 de la instrucción acompañada contra el Notario Artemio U. Montoya por el delito de falsificación del testamento de don Juan Boza, en contravención de lo establecido por el art. 76 del C. de P. P.

**Jorge Vega García**

---