

**Se deniega la posesión hereditaria solicitada á nombre de un hijo, que se dice preterido, por no hallarse acreditada su filiación. Aplicación del artículo 1343 del Código de Enjuiciamientos Civil.**

---

*Juicio seguido por doña Julia H. Wágenes con doña Eloisa Rodríguez Romana, sobre misión en posesión. — De Arequipa.*

AUTO DE VISTA

*Arequipa, 17 de setiembre de 1909.*

Vistos: con votos reducidos á concordia, y considerando; que doña Julia H. Wágenes á nombre de su menor hijo ha interpuesto demanda de misión en posesión, por asegurar que éste ha sido preterido por su padre natural don Dámaso Castillo, y funda en dicha preterición la acción que instaura; que el artículo 1343 del Código de Enjuiciamientos Civil, ocupándose del hijo preterido sólo le da derecho para pedir la posesión hereditaria cuando está declarada su filiación; que esta declaración que debe obtenerse conforme á los artículos 1403 y siguientes del propio Código, es por lo mismo previa y debe anteceder al juicio sumario posesorio; y que faltando á la demanda de fojas 6 el recaudo esencial fijado por el artículo 1343 antes citado, tal demanda es por ahora improcedente: declararon insubsistente el apelado de 23 de junio último, corriente á fojas

29 é improcedente por ahora la demanda de fojas 6; dejaron á salvo el derecho de doña Julia Wágenes para que lo haga valer conforme á ley; y los devolvieron.

*Polar. — Muñoz Nájar. — Delgado. — Leguía y Martínez.*

Certifico su expedición legal, siendo el voto del señor Muñoz Nájar por la insubsistencia del apelado é improcedencia por ahora de la demanda de posesión de fojas 6, dejándose á salvo el derecho de la demandante doña Julia Wágenes, para que lo haga valer con arreglo á ley, por las consideraciones siguientes: que la partida de bautismo que en copia corre á fojas 2, no está suscrita por don Dámaso Castillo y en el testamento otorgado por éste el 25 de abril del año próximo pasado declara: que el hijo de doña Julia Wágenes llamado José Dámaso cuya paternidad se le atribuye no es hijo suyo”, que dados estos antecedentes la acción que primordialmente ha debido entablarse es la de declaratoria de filiación, desde que el expresado menor José Dámaso no se encuentra en posesión del estado de familia que pretende su madre, ni hay prueba de que hubiera estado en dicha posesión; que en el juicio de filiación se ventilará y resolverá el punto relativo á la validez ó falsedad del reconocimiento que se dice contiene la referida partida, y declarado que sea ese título de familia, podrá entonces doña Julia H. Wágenes entablar otra acción posterior sobre posesión ó entrega de los bienes hereditarios.

*J. Miguel de La Rosa.*

---

## DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Doña Julia H. Wágenes se presentó al Juez de Primera Instancia de Arequipa solicitando que á nombre de su menor hijo José Dámaso Castillo, se le ministrase posesión proindiviso de la herencia de don Dámaso Castillo y acompañó al efecto la partida de fojas 2 no firmada por el padre, y los actuados de fojas 3 en que aparece que á dicho menor se le concedió derecho á alimentos provisionales. Ordenada la misión en posesión por auto de fojas 7, como á hijo preterido de don Dámaso Castillo, se opuso á ella doña Eloisa Rodríguez Romana en representación de su menor hija María Teresa y acompañó en apoyo de su oposición el testamento de fojas 11, en el cual se reconoce por don Dámaso Castillo á la mencionada menor y declara á su vez que el llamado José Dámaso no era su hijo; y el juez por auto de fojas 29, declaró sin lugar la oposición de la Rodríguez y mandó llevar adelante la posesión solicitada. Apelado este auto la Ilustrísima Corte Superior por auto de fojas 67 declaró insubsistente el del inferior, é improcedente por ahora, la acción entablada por la Wágenes, dejándole su derecho á salvo para que lo haga valer conforme á ley.

La citada resolución superior, se encuentra arreglada á ley, pues conforme al inciso 3.º del artículo 1333 del Código de Enjuiciamientos Civil y al 1343 del mismo, para que el hijo preterido pueda solicitar la misión en posesión de la herencia se requiere que su filiación esté decla-

rada; lo cual no sucede al presente, pues los documentos exhibidos no acreditan suficientemente el reconocimiento de hijo natural de don Dámaso Castillo, del menor José Dámaso. La partida de fojas 2 no lleva, en efecto, la firma del que se dice su padre; ni pueden tener tal carácter las copias de fojas 3 y 21 que á más de aparecer incompletas por estar pendiente una apelación, cuya resolución no aparece en ellas, se refieren sólo al derecho á alimentos provisionales, al cual pueden tener derecho no sólo los hijos naturales reconocidos sino los demás ilegítimos, como lo dispone el artículo 1047 del Código citado; pero para solicitar la herencia es necesario tener el derecho á ella lo que sólo se concede en la línea ilegítima á los naturales reconocidos en la forma establecida en el artículo 238 del Código Civil.

Por estas consideraciones cree este Ministerio que debe VE. declarar que no hay nulidad en el citado auto superior de fojas 67, que declara insubsistente el inferior de fojas 29 y que es improcedente por ahora la demanda de doña Julia H. Wágenes á la que deja su derecho expedito para ejercerlo conforme á la ley; salvo mejor acuerdo de VE.

Lima, 18 de noviembre de 1909.

PRADO Y UGARTECHE.

---

## RESOLUCIÓN SUPREMA

*Lima, 29 de noviembre de 1909.*

Vistos: de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 67, su fecha 17 de setiembre del presente año, por el que se declara insubsistente el de primera instancia de fojas 29, su fecha 23 de junio último, é improcedente por ahora el interdicto de misión en posesión entablado á fojas 6 por doña Julia H. Wágenes, á quien se deja su derecho á salvo para que lo ejerza conforme á la ley; condenaron en las costas del recurso á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

*Elmore.—Ortiz de Zevallos.—Villa García.—Barreto.—Puente Arnao.*

Se publicó conforme á ley.

*César de Cárdenas.*

Cuaderno No. 611.— Año 1909.

---