

**Negada en testamento la filiación de un hijo natural, tiene éste expedito su personería para controvertir en juicio la nulidad de dicho testamento.**

---

*Causa seguida por doña Virginia Mendoza de Dolmos con el doctor Juan de Dios Tresierra, sobre nulidad y falsedad de un testamento.—Procede del Cuzco.*

AUTO DE PRIMERA INSTANCIA

*Lima, 18 de diciembre de 1908.*

Vistos y atendiendo: á que en este juicio se presentó el doctor Juan de Dios Tresierra, demandando á doña Virginia Mendoza viuda de Tresierra, sobre la nulidad y falsedad del testamento y codicilo del que fué don Antonio Tresierra, manifestando: que si bien su referido padre había otorgado el testamento y codicilo, cuyo testimonio acompaña á fojas 1 y siguientes, esos instrumentos no eran la fiel expresión de su voluntad, sino el producto de una farsa urdida, preparada y puesta en obra por su segunda esposa doña Virginia Mendoza, que había casado con un viejo no por amor, sino por el interés, por aprovecharse de la fortuna de su padre finado, adquirida durante el primer matrimonio con doña Petronila Pinelo, con mengua de los derechos de ésta y del demandante, como hijo natural de su padre, mandando fraguar ese testamento y codicilo con un escribano pariente suyo, y testigos *ad hoc*, en épocas en que el testador había

perdido el goce cabal de sus facultades mentales, según diagnóstico del médico doctor Benjamín Latorre, de cuyo estado se abusó para fraguar y simular el testamento y codicilo, que por solo ese hecho eran nulos y falsos; á que admitida la demanda y corrido traslado á la demandada, ésta sin contestar la demanda, desconoció la personería del actor, negándole su carácter de hijo de don Antonio Tresierra, excepción de que se corrió traslado, absolviéndose á fojas 12 y recibiendo á prueba la incidencia á fojas 13; á que durante este término, el demandante, produjo como pruebas, las cartas que corren de fojas 15 á fojas 26, que fueron reconocidas á fojas 32 y fojas 56; la absolución de posiciones de la demandada de fojas 39, en sentido negativo á la filiación; la declaración del testigo José G. Tresierra de fojas 40, favorable al actor, el dictamen pericial de fojas 42; las cartas de fojas 48; á que las pruebas de la demandada consistieron en el tenor del testamento y codicilio de don Antonio Tresierra de fojas 1 á fojas 8; á que vencido el término probatorio y con el reconocimiento expreso que hace la demandada á fojas 53, de todas las cartas presentadas, se llamó autos y considerando: á que la presente demanda la interpuso el actor con el carácter de hijo natural de don Antonio Tresierra, defendiendo ese derecho, que si bien se halla comprobado con las cartas que se han presentado y que están expresamente reconocidas, así como con la declaración de don José G. Tresierra de fojas 40, dichas pruebas, no son suficientes para acreditar el carácter de hijo natural en favor del doctor don Juan de Dios Tresierra, por no reunir los requisitos que preceptúa el artículo 238 del Código Civil, que se hallan corroboradas por varias ejecutorias supremas, entre ellas la que aparece en la página

256 y siguientes de los “Anales Judiciales” del año 1905, tomo 1°; que es aplicable á este caso, toda vez que en el testamento y codicilo de don Antonio Tresierra, se niega expresamente no ser su hijo el doctor Juan de Dios Tresierra; en cuya virtud desaparece el título ó derecho, con que éste entabla la demanda, que es requisito indispensable conforme al inciso 4° del artículo 580 del Código de Enjuiciamientos Civil. Por estos fundamentos: declaro fundada la excepción de personería, propuesta á fojas 11, y sin lugar la presente demanda.

Tómese razón y hágase saber.

*Cano.*

Ante mí.—*Francisco Vega.*

---

AUTO DE VISTA

*Cuzco, 19 de agosto de 1909.*

Vistos en segunda discordia; y teniendo en consideración que don Juan de Dios Tresierra aparece con interés directo, tanto en el testamento como en el codicilo de fojas 1 á fojas 7, otorgados por el que dice ser su padre don Antonio Tresierra, pudiendo en consecuencia ejercitar la acción que le convenga sobre el mérito de aquellos: revocaron el apelado de 18 de diciembre del año anterior, corriente á fojas 56 vuelta, por el que el juez doctor Cano declara fundada la excepción de personería propuesta á fojas 11,

y sin lugar la presente demanda: declararon al doctor Juan de Dios Tresierra con suficiente personería; debiendo continuar la sustanciación de la demanda entablada por éste á fojas 8; y los devolvieron.

Rúbricas de los señores.

*Chávez Fernández. — Calderón. — Castillo. — Santos. — Yépez.*

El voto del señor vocal Chávez Fernández fué: porque se revoque el auto de fojas 76 á 78, de 18 de diciembre del año anterior, que declara fundada la excepción de personería deducida por doña Virginia Mendoza viuda de Tresierra á fojas 11; y que, en consecuencia, se declare infundada dicha excepción y con personería bastante á don Juan de Dios Tresierra para continuar en el presente juicio, por las consideraciones siguientes: 1<sup>a</sup> porque la excepción de personería de fojas 11 no está apoyada en los casos señalados en los artículos 623 y 624 del Código de Enjuiciamientos Civil; 2<sup>a</sup> porque del testimonio de escritura pública de fojas 45, sobre obligación y fianza hipotecaria consta que don Antonio Tresierra fió á don Juan de Dios Tresierra, actual demandante, cuya escritura implica, á su vez, el reconocimiento de hijo que el primero hace del segundo, toda vez que don Antonio está conforme con las expresiones vertidas por don Juan de Dios Tresierra al llamarle su padre, pues las ratifica con su firma; 3<sup>a</sup> porque si bien esa escritura pública no contiene un reconocimiento expreso de hijo, tal requisito no lo exige la ley, bastando en consecuencia el reconocimiento tácito, como el que contiene la escritura de fojas 45; 4<sup>a</sup> porque el hecho que entraña esa escritura no puede ser

desvirtuado por el tenor de la segunda cláusula del codicilo, en el que se niega la paternidad; pues que aquel reconocimiento se halla dentro de los límites del artículo 238 del Código Civil; y 5ª porque de todo lo expuesto resulta que don Juan de Dios Tresierra tiene expedita su personería para demandar la nulidad del testamento del ya citado don Antonio; de que certifico.

El voto de los señores Calderón y Santos fué: porque se confirme el apelado; de que certifico.

*Miguel D. González.*

---

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Don Juan de Dios Tresierra demanda á fojas 8 la nulidad y falsedad del testamento como del codicilo que en la ciudad del Cuzco aparecen otorgados, respectivamente, el 11 de diciembre de 1904 y el 19 de enero de 1905, por don Antonio Tresierra, apoyándose en los fundamentos y hechos que relaciona en el escrito que la contiene. Corrido el respectivo traslado, entendiéndose con doña Virginia Mendoza viuda de Tresierra, por dirigirse contra ella la acción, á causa de ser la heredera instituida en el memorado testamento, sin contestar la demanda, deduce en el escrito de fojas 11 la excepción de personería, que sustanciada en la forma que consta de autos, fué declarada fundada en el de primera instancia, expedido á fojas 56 vuelta, el mismo que ha sido

revocado por el de fojas 69. Interpretado de él el correspondiente recurso de nulidad, procede legalmente, por permitirlo el artículo 2º, inciso 2º, de la ley de 24 de enero de 1896.

Es el auto recurrido, el que se ajusta estrictamente á ley; toda vez que la excepción de personería opuesta por la viuda de Tresierra á la demanda, no se halla comprendida en ninguno de los casos que la permiten los artículos 623 y siguiente del Código de Enjuiciamientos. Y aún cuando en el auto revocado se cita el inciso 4º del artículo 580 del mismo Código, la incongruencia de esa disposición legal, resulta de manifiesto en el presente caso, desde que el escrito de demanda expresa claramente la causa que determina al actor á entablarla, alegando también el derecho con que lo hace.

Se trata, pues, de ventilar la acción que Tresierra instaura, para que se declare la nulidad y falsedad del testamento y codicilo de don Antonio Tresierra, de quien se dice hijo.

De consiguiente, no es posible cerrar el paso á esas investigaciones, que revisten suma gravedad por la naturaleza de los vicios que las motivan y que habrían de sujetarse al orden de procedimiento establecido por la ley; al menos oponer á la acción misma el valor de los instrumentos que son precisamente el objeto de las tachas de nulidad y falsedad que contiene la demanda.

No es tampoco momento de ocuparse de la filiación de la persona del demandante, quien se llama hijo del testador. Semejante prueba, tendrá oportunidad legal, abierto el amplio término probatorio que á la naturaleza de la causa corresponde.

Y finalmente, el derecho en expectativa con que el demandante deduce la nulidad y falsedad de los citados instrumentos, proponiéndose com-

probarlas, puede ser el que la ley concede á los herederos legales, una vez que se llegase á declarar que aquellos adolecen de los vicios alegados en la demanda, respecto de los bienes de la persona fallecida,

Grave error enmienda el auto superior, al revocar el apelado de fojas 56 vuelta, y es el consistente en que éste al declarar infundada la excepción de personería declara, también, sin lugar la presente demanda; con lo que incurre en palmario exceso, desde que al resolver un mero artículo, según es el que nace de toda excepción dilatoria, no puede decidirse en él la acción principal, que está reservada á la sentencia que se expida, ó á casos muy especiales en que la ley permite resolver las excepciones perentorias, por su naturaleza destinadas á extinguir la acción, en auto definitivo.

Es fundado en todas estas razones que el Fiscal opina que VE. se sirva declarar no haber nulidad en el precitado auto de vista de fojas 69, que revoca el referido apelado, y declara al doctor Juan de Dios Tresierra con suficiente personería para proseguir el presente juicio, por sus debidos trámites y con arreglo á su legal estado, que es el de contestarse directamente la demanda; salvo distinto parecer.

Lima, 7 de abril de 1910.

GADEA.

---

## RESOLUCIÓN SUPREMA

*Lima, 11 de abril de 1910.*

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 69, su fecha 19 de agosto último, que revocando el de primera instancia de fojas 56 vuelta, su fecha 18 de diciembre de 1908, declara sin lugar la excepción sobre falta de personería, propuesta á fojas 11 por doña Virginia Mendoza viuda de Tresierra; condenaron en las costas del recurso á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

*Elmore—Villarán.—Eguiguren.—Villanueva.  
—Villa García.*

Se publicó conforme á ley, siendo el voto del señor Elmore por la nulidad del auto de vista y confirmación del de primera instancia; de que certifico.

*César de Cárdenas.*