

*Lima, Enero diez y nueve de mil
ochocientos setenta y dos.*

Vistos, con lo dictaminado por el señor Fiscal, declararon improcedente el recurso de nulidad interpuesto por don Pedro Villavicencio; y los devolvieron.

Cossio. — G. Sánchez — Ribeyro. — Muñoz. — Vidaurre. — Oviedo. — Cisneros.

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Juicio sobre restitucion in integrum

Excmo. señor:

El Fiscal dice: que la sentencia pronunciada por el juez de primera instancia de Trujillo, confirmada, en discordia de votos, á f. 225 por la Ilma. Corte Superior de Lima, contiene vicios y defectos que la invalidan. Se ha fallado como si el juicio hubiese sido nuevo y versado sobre *restitución in integrum*, y no sobre la validez de la memoria testamentaria de la señora doña Josefa Risco y Oyague, que V. E. declaró válida, y heredero, según ella, al finado doctor don José Mercedes Vigo en 7 de Agosto de 1860. Esta sentencia, que produjo ejecutoria, que pasó en autoridad de cosa juzgada, y contra la que no puede hacerse revivir unas mismas acciones ya extinguidas y tenecidas, es anulada por equellas, sólo por ser diversas las personas que las aducen, aunque represen-

tan los mismos é idénticos derechos, que quedaron decididos y resueltos por el fallo ejecutoriado de V. E.

En las herencias se sucede por cabezas ó stirpes; y si los que la forman ó representan son excluidos, le queda también la generación ó descendencia. Los herederos son, pues, solidarios en cuanto al derecho, que es el que solamente admite una representación ó significado; de modo, que aunque uno ó más individuos no hayan sido considerados, no por su nueva aparición se puede hacer revivir el derecho perdido, que es real sobre la cosa. Si así no fuese, serían interminables los pleitos sobre herencias, que se renovarían de año en año por todos los individuos de una misma familia que fueran apareciendo.

De estas razones, que nacen del tenor literal de las disposiciones de los códigos y leyes, aplicadas á la presente cuestión, resulta que la sentencia de V. E. de 7 de Agosto de 1860, tiene que producir sus efectos sobre cuantas personas representen, aleguen ó pretendan los derechos que en ella estaban invívitos; y que es y será nula cualquiera resolución contraria, según el art. 1649 inc. 12 del Código de Enjuiciamientos.

El art. 1635 del mismo, se refiere á derechos personales, y el 1638, más aplicable al caso, á otras acciones *diversas* que sobre la misma cosa se deduzcan, requisito que tampoco concurre en la demanda, por no haber diversidad de acción.

Los fundamentos en que la Iltna. Corte Superior ha apoyado su sentencia confirmatoria de f. 225, son una refutación manifiesta, un mentís verdadero, una enmienda de la pronunciada por V. E.; sin que los hechos, bien clasificados por V. E., hayan sido desvanecidos ni destruidos de modo alguno, por las pocas y vacilantes declaraciones que se han agregado. Aun cuando fuesen impugnables, no sería permitido alegarlos contra lo juzgado y sentenciado que se reputa ser la expresión de la verdad. Para evitar el desacato y el empleo de estos medios, la ley ha declarado nula la sentencia pronunciada contra otra que pasó en autoridad de cosa juzgada.

Por sentencia posterior de 18 de Febrero de 1864, declaró también V. E. no haber nulidad en la sentencia de

la Iltna. Corte Superior de La Libertad, que declaraba sin lugar la demanda de *restitución in íntegrum* entablada á nombre de don Vicente García, pudiendo usar de su derecho como viere convenirle con arreglo al artículo 1635 del Código de Enjuiciamientos. Declarada sin lugar la restitución solicitada, quedó implícitamente extinguido el derecho y aun la personería para contradecir lo sentenciado, y promover las mismas acciones fenecidas por la ejecutoria.

El derecho á salvo dejado á García, no es una segur puesta en sus manos para derribar lo juzgado y sentenciado, sino para hacerlo valer en algún punto emitido ú otro derecho no decidido. Si se le hubiese declarado la restitución que pidió, entonces todas las cosas habrían quedado repuestas al estado anterior al daño causado, al derecho violado. No habría quedado juicio, y todo habría sido sometido á nuevo examen.

No produce ni puede producir tales efectos la dejación á salvo de derechos á que se ha dado tanta importancia. Por esto ha dicho antes el Fiscal, que se ha considerado este juicio por el juez inferior y por el tribunal Superior como de restitución *in íntegrum*, aplicándole sus especiales atributos, contra todos los principios de legislación.

Verá, pues, V. E. por lo que el Fiscal ha expuesto, con la posible precisión y por el mérito que prestan los autos, que las leyes han sido infringidas por la sentencia confirmatoria de la Iltna. Corte Superior: que se ha fallado contra el derecho probado de la Cortabarría: que no solamente se ha anulado un juicio fenecido, sino que se ha dado sentencia contra la suprema resolución de V. E. y que, por tanto, en conformidad del art. 129 de la Constitución y del 1649 inc. 12 del Código de Enjuiciamientos, puede declarar V. E. nulas las citadas sentencias de primera y segunda instancia, absolver de la demanda á doña Carmen Cortabarría y mandar que tenga su debido cumplimiento la ejecutoria de V. E. de 7 de Agosto de 1860.

Lima, Diciembre 11 de 1871.

PAZ SOLDÁN.

*Lima, Junio cuatro de mil
ochocientos setenta y dos.*

VISTOS; de conformidad con lo expuesto en las conclusiones del dictamen del señor Fiscal, y considerando: primero, que, pedida por el doctor don José Mercedes Vigo la comprobación de la memoria testamentaria de doña Josefa del Risco y Oyague, se opuso don José Benito García, alegando que era nula la citada memoria, cuyo juicio terminó por la resolución suprema de siete de agosto de mil ochocientos sesenta que, en copia certificada, corre á fojas ciento sesenta cuaderno segundo, por la que se declara al doctor Vigo por único y universal heredero de la señora Risco y Oyague: segundo, que, en uso del derecho á salvo que se dejó á don Vicente García en la ejecutoria de fojas doscientas ochenta y siete cuaderno cuarto, pidió el padre de éste se declarara intestada á la señora Risco y Oyague y nula la memoria testamentaria, á cuya solicitud se adhirieron doña Rosa María y doña Juana García hermanas todas de don José Benito García; tercero, que, sustanciada esta causa por los trámites de la vía ordinaria, se ha declarado en primera y segunda instancia nula la precitada memoria otorgada por la señora Risco y Oyague; cuarto, que las causas alegadas para la nulidad por los actuales demandantes, son las mismas que alegó don José Benito García, cuyas pruebas reproducidas en el presente juicio, fueron debidamente apreciadas y calificadas en la mencionada ejecutoria de siete de Agosto de mil ochocientos sesenta; quinto, que las declaraciones actuadas en este juicio, no disminuyen la fuerza de las producidas en aquel, por la vaguedad y contradicciones en que incurren los testigos, ni destruyen el hecho esencial acreditado de que la testadora manifestó su voluntad de que el doctor Vigo fuera su único y universal heredero; sexto, que aun cuando la citada ejecutoria pronunciada en el juicio que siguió don José Benito García, no pudo perjudicar á los demandantes, porque en él no intervinieron, siendo igual el derecho con que éstos se presentan, y las

mismas las causas que, para la nulidad, se alegan, y no habiéndose desvirtuado la fuerza de las pruebas producidas en ese juicio, que han sido reproducidas en el presente por una y otra parte, subsisten en todo su vigor las razones en que este Supremo Tribunal apoyó su citada resolución declarando sin lugar la oposición de García.

Por tanto, y reproduciendo los fundamentos de la mencionada ejecutoria de Agosto de mil ochocientos sesenta; declararon haber nulidad en la sentencia de vista pronunciada por la Ilma. Corte Superior de esta capital en tres de Octubre de mil ochocientos setenta y uno, que, confirmando la de primera instancia de fojas diez y ocho, declara nula la memoria testamentaria otorgada por doña Josefa del Risco y Oyague; y, reformando aquella y revocando ésta, declararon que el doctor don José Mercedes Vigo (hoy su sucesor), es el *único* y universal heredero de la señora Risco y Oyague, por disposición de ésta en la expresada memoria y verbalmente ante los testigos que se hallaron presentes; y los devolvieron,

G. Sánchez.—Oviedo.—Cisneros.—Ingunza.—Iama.—García Calderón.—Gadea.

Se publicó conforme á la ley, habiendo sido el voto de los señores conjuces doctor don Francisco Esteban de Ingunza y doctor don Tomás Gadea por la no nulidad, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.
