

clararon nula la sentencia de vista de fojas 98 su fecha 12 de febrero último, y reformándola revocaron la de primera instancia de fojas 71, en cuanto concede á sólo el doctor Calonje el derecho de redimir la pensión de misas que grava la finca cuestionada, correspondiendo á los dos condóminos en mancomún; declararon no haber nulidad en lo demás que contiene; y los devolvieron.

Muñoz.—Gomez Sanchez.—Alvarez.—Vidaurre.—Arenas.—Oviedo.—Cisneros.

Se publicó conforme á la ley de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Para ministrar la posesión proindiviso de los bienes de un intestado, debe esclarecerse previamente por la vía sumaria la masa de bienes que tenía al tiempo de su fallecimiento.

Excmo. señor:

Por el auto de 10 de diciembre de 1892, á fojas 16 vuelta cuaderno 1º se declaró intestado á don José Joaquín del Busto que había fallecido 28 años antes, en 5 de octubre de 1844 (fs. 3), y que era su heredera, como hija suya, doña Francisca Busto por quien litiga su esposo don Melchor Gómez Rospigliosi; y se mandó

ministrar á esta posesión de la herencia bajo de inventario.

Hasta entonces habían sido citados don Juan del Busto, doña María Josefa del Busto y doña Manuela del Busto, y también don Angel Arana y don Manuel Díaz como representantes de don Felipe Santiago del Busto.

En el mismo día 13 fecha de la última notificación (fs. 17 vta.), se presentó á fojas 19 el doctor don Manuel Calienes del Busto con poder de su madre doña María Josefa y de sus tíos don Juan y doña Manuela del Busto yá mencionadas; y pidió en lo principal, se declarase también por heredero del intestado á don Andrés Busto que estaba ausente y era otro de los hijos legítimos de don José Joaquín del Busto: por un otro si manifestó, para que se tuviese presente, que no había dejado ningunos bienes el expresado don José Joaquín del Busto, y que de consiguiente nada había que inventariar ni de que dar posesión.

En cuanto á la solicitud principal se declaró no ser admisible por ahora, mientras no se llenasen los requisitos que para pedir la seguridad de los bienes de ausentes prescribe el artículo 1439 del Código de Enjuiciamiento Civil (auto de fs. 24).

Concluído así el juicio de intestado, concluyó igualmente la intervención de los poderdantes del doctor Busto, que hasta entonces habían concurrido como parientes capaces de heredar, á juzgar por el apellido común.

Más para los inventarios cuya facción se ordenó con citación de los interesados en auto de 21 de mayo de 1873 á fojas 26 cuaderno 1º y para la posesión á que esos inventarios se desti-

naban por ese auto, los representados del doctor Busto eran parte indispensables, no á título de parientes que pudiesen tener derecho de heredar, ni por que hubiesen prevenido en el otro si de fojas 19 que el difunto no dejó bienes, ni había nada que inventariar ni de que dar posesión á la heredera, sino porque el marido y representante de esta misma heredera en el escrito de fojas 25 cuaderno 1º que dió lugar á que se ordenase la facción de inventarios con destino á la posesión, declaró: 1º que los bienes estaban indivisos, pues además de haberlos poseído su suegro el intestado don José Joaquín los estaba poseyendo la heredera de éste, á saber doña María Josefa del Busto: y 2º que esos bienes consistían en una casa en la calle del Carmen Alto Nº 497 y en cinco tiendas en la cuadra de Aflijidos.

Desde que por confesión de esta heredera, los bienes que debían ser materia del inventario para la posesión hereditaria, estaban poseídos por doña María Josefa Bustos, madre y poderdante del doctor Calienes Busto, era evidente que este como interesado á título de actual poseedor debía ser citado, conforme al artículo 323 del Código de Enjuiciamiento Civil, citación tanto más indispensable, cuanto que debe, según el artículo 334 hacerse aún á los administradores de los bienes que se pretende incluir en los inventarios.

Si en cuanto á los hechos está reconocida la posesión en que se hallaban los representantes del doctor Busto, en la misma declaración de bienes que ha prestado la viuda á fojas 10 cuaderno 2º, y que se ha tenido por inventario, pues allí consta que entraron en esa posesión desde 1844 don Juan Pablo del Busto y su hermana doña María Josefa del Busto; es de ley que, por

la herencia sucede una persona á otra en los bienes y acciones que esta tenía al tiempo de su muerte (art. 630 C. C.), que, de consiguiente no puede conferirse posesión hereditaria sino de los bienes que poseía á su fallecimiento la persona á quien se hereda; que el heredero tiene la obligación de ahereditar esa circunstancia esencial, ya á tiempo de pedir la misión en posesión si tiene testamento (art. 1329 C. de E. C.), yá desde que se inventaríen los bienes si sucede el intestado, pues que la posesión se manda dar bajo de inventarios (art. 1.288 C. de E. C.).

Apesar de tales antecedentes y disposiciones, se ha dado por concluido y aprobado el inventario, y se ha ministrado á la heredera posesión proindiviso de los bienes que han estado poseyendo los representados del doctor Busto, sin que se les haya citado, y apesar de sus reclamaciones para que se les prestara audiencia.

Aunque el 29 de octubre de 1873 (fojas 18 vuelta cuaderno 2º) se hizo saber al doctor del Busto el auto de la víspera fojas 6 en que mandaba nuevamente proceder á la facción de inventarios, no se le notificó la providencia del día 30 (fojas 7 vuelta) en que fué comisionado para practicar ese acto el juez de paz Chenet; con esa omisión se hizo el inventario de la manera que aparece á fojas 9 y 10; y arreglado á ese inventario, pidió la posesión pro-indiviso Gómez Rospigliosi marido de la heredera á fojas 12 cuaderno 2º.

Con noticia extra-judicial que de estos procedimientos tuvo el doctor Busto se presentó á fojas 26, calificando de acto abusivo é ineficaz el que se hubiesen considerado en tal inventario bienes que jamás pertenecieron á don José Joa-

quín del Busto y oponiéndose formalmente á la posesión pedida por Gómez Rospigliosi, porque este no había acreditado que los bienes fuesen de la exclusiva propiedad del finado; porque el dicho inventario no constituía prueba alguna, pues se reducía al mero dicho de la viuda, separada del marido desde años antes que se muriese; y porque existía pleito pendiente sobre los mismos bienes y entre los mismos litigantes ante el juez doctor Olivares, siendo don Lorenzo Ordoñez el actuario.

Por parte de la heredera se contestó á esta oposición, pidiendo (fojas 29) se declarase que, si el doctor del Busto consideraba tener derecho á oponerse á la posesión pedida debía ejercitarla en un juicio separado; pero también la heredera volvió á reconocer entonces el hecho de hallarse actualmente poseídos los bienes por los representantes del doctor Busto, pues que dijo que eran estos unos usurpadores desde hace mucho tiempo.

Tanto la heredera como el agente fiscal (fojas 29 vuelta) confundiendo los derechos y acciones de un actual poseedor, con los de una heredera legal, contrariaron la oposición del poseedor doctor Busto é invocaron la ejecutoria en que se declaró por heredera legal á doña Francisca; y en virtud de esta confusión resolvió el juez á fojas 30 en 4 de diciembre, que careciendo de personería en este juicio el doctor Busto, no había lugar á la oposición de fojas 26, es decir, no había lugar á que el actual poseedor de los bienes se opusiese á la posesión que de esos bienes solicitaba otra persona á título de herencia.

A los dos días de ser notificado el doctor

Busto, pidió por su escrito de fojas 33, se suspendiesen los efectos de aquella resolución, pues que el no se ingería ni quería ser parte en la cuestión hereditaria sino que se limitaba exclusivamente como poseedor de los bienes con perfecto derecho, á oponerse á la posesión que solicitaba una heredera sin haber probado de ningún modo que esos bienes habían pertenecido al intestado. No ha lugar, fué el proveído de 16 de diciembre (fojas 34) que se hizo saber á las 12 del día 22. Más en el entretanto, ya el juez había mandado ministrar la posesión pro-indiviso de los dichos bienes á la mencionada heredera (fojas 31 vuelta), y ya se había dado la posesión, cuatro horas antes de notificarse al doctor Busto aquel no ha lugar, fojas 35 vuelta y siguientes.

Dos remedios empleó el doctor Busto en esta situación: pidió á fojas 38 la nulidad de la posesión ministrada; y apeló á fojas 43 del referido auto de fojas 34 que es de no ha lugar el suspenderse los efectos del otro auto de fojas 30, en que se declaró sin lugar la oposición de los poseedores actuales á la posesión solicitada por la heredera.

Absolviendo el grado en 13 de enero último á fojas 43 vuelta, la Ilustrísima Corte Superior de esta capital, ha confirmado el citado auto que es no ha lugar á suspenderse los efectos del que denegó la oposición que hizo el doctor Busto á los inventarios mandados practicar.

Es tal el desorden con que se ha procedido en primera instancia, sin excusarlo ni aún en la colocación de los escritos, que la Ilustrísima Corte Superior ha creído que la oposición de fojas 26 fué á los inventarios mandados practicar,

siendo así que los inventarios ya estaban practicados á fojas 2 y 10, y que en virtud de esos inventarios, ya había la heredera pedido á fojas 122 posesión pro-indiviso de los bienes, y que por ser ese el estado de las actuaciones, la oposición de fojas 26 se dirigió expresamente á la posesión solicitada. Si en esa oposición se habló de inventarios, fué solo como un argumento para manifestar que ellos podían justificar la solicitud posesoria porque ni acreditaban legalmente que el intestado en 1874 hubiese tenido los bienes cuya posesión se pretendía, ni esos llamados inventarios podían dañar al doctor Busto, ni por el contenido ni por las formalidades.

Bastaría notar que la heredera ha pedido pro-indiviso la posesión para concluir que es un atentado excluir de la citación y audiencia á los mismos que van á ser coposedores. Esta omisión es causa de nulidad (inciso 4º artículo 1649 Código de Enjuiciamientos Civil).

Si es de presumirse que todos los hermanos Busto inclusive el intestado, hubiesen tenido común derecho á los bienes, es menester que haya alguna prueba pues no hay ninguna de lo que tenía ese intestado.

No puede pues subsistir el auto confirmatorio de fojas 42 vuelta; hay nulidad; y puede servirse V.E. reponer la causa al estado que tenía antes de fojas 30, á fin de que sustanciándose breve y sumariamente la prueba sobre cuales bienes poseía el intestado al tiempo de su fallecimiento, se resuelva lo que fuere de justicia acerca de la posesión pedida y contradicha.

Lima, 26 de junio de 1874.

URETA.

FALLO

Lima, agosto 8 de 1874.

Vistos; de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal y en mérito de los fundamentos que aduce y se reproducen, declararon nulo lo hecho y actuado con posterioridad al estado de fojas treinta, al que repusieron la causa á fin de que sustanciándose breve y sumariamente la prueba sobre cuales bienes poseía el intestado al tiempo de su fallecimiento, se resuelva lo que fuere de justicia acerca de la posesión pedida y contradicha, y los devolvieron.

Muñoz.—Gomez Sanchez.—Cossío.—Alvarez.—Ribeyro.—Vidaurre.—Oviedo.—Cisneros.

Se publicó conforme á la ley de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

**Excención de la pena en el delito cometido en
defensa propia.**

Excmo. señor:

En las carreras que hubo en el Imperial de Cañete, el 7 de enero de 1873, Benito Cárdenas y Francisco Puente disputaron respecto de un