

El abandono no puede aducirse como excepción del juicio si antes no ha sido declarado judicialmente.

Excmo. Señor:

Aunque el abandono de un recurso ó instancia sea resultado de un hecho no puede aducirse como excepción en un juicio, sino después que judicialmente haya sido declarado; y esta misma declaración no puede hacerla el juez de oficio, sino á solicitud de parte legítima [art. 528 C. E.]

Bien puede de hecho haber estado sin curso ó abandonada la causa que sigue el convento de la Merced de Arequipa con los herederos de don Lorenzo Tovar, sobre restitución de la hacienda de Moro, situada en el departamento de Puno, por más de 9 años, como aparece de la diligencia de f. 157 vuelta; pero desde que los interesados en que se declarase este abandono no hicieron uso oportunamente de su derecho, ó lo abandonaron de hecho también, dejando que el padre comendador de la Merced presentase el recurso de f. 153, que interrumpe el tiempo de la prescripción, la última providencia desde la cual debe esta contarse es la de f. 154 fecha 18 de septiembre de 1875. En tal caso no han corrido los tres años que exige el art. 430 del C. E. para el abandono de la 1ª Inst. y el auto del juez de Arequipa fecha 21 de febrero último, arreglado á estos principios legales, no ha debido ser revocado por el superior de f. 10 vta. Cno. último fecha 5 de septiembre.

En consecuencia el fiscal opina que VE. declare haber en este nulidad y que reformándolo confirme aquel, salvo mejor acuerdo.

Lima, diciembre 29 de 1876.

MORALES.

Lima, enero 3 de 1877.

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el señor fiscal y por los fundamentos que aduce y se reproducen: declararon nula la resolución expedida por la ilustrísima corte superior del distrito judicial de Arequipa, corriente á f. 10 vta., su fecha 5 de septiembre último que revocando la apelada declara abandonada la 1ª Inst., y reformando aquella confirmaron la de 1ª Inst. que declara sin lugar dicho abandono; y los devolvieron.

Cossio—Ribeyro—Muñoz—Oviedo—Cisneros—Sánchez—León.

Se publicó conforme á la ley de que certifico.

Mario Herrera.
