

Llegado el caso de que un testamento otorgado antes de la promulgación del Código Civil se ejecute bajo el imperio de éste, la cuestión que se suscite sobre si los partidores deben sujetarse, en la formación de las hijuelas, á las disposiciones del Código Civil ó á las leyes españolas, se sustanciará en vía ordinaria.

*Recurso de nulidad interpuesto por don Felipe Tapia en la causa que sigue con doña Beatriz Tapia y compartes sobre división y partición de bienes.*

Excmo. Señor:

Tanto la demandante doña Beatriz Tapia, como los demandados están conformes en que se proceda á la partición de los bienes dejados por fallecimiento del padre común de los litigantes don Manuel Tapia. La demandante quiere sin embargo, que los partidores procedan á hacer las hijuelas con arreglo al testamento que otorgó Tapia en Arequipa á 4 de setiembre de 1847, ante el escribano don Santiago Hidalgo, conforme á las leyes españolas que entonces regían; y sus hermanos quieren que las hijuelas se hagan con arreglo á las disposiciones del Código Civil peruano, porque el testador falleció después de la publicación de los códigos; sobre cuyo hecho no hay disputa y están conformes todos los interesados.

En concepto de este Ministerio, no puede haber demanda ni juicio previo, para saberse qué legisla-

ción debe aplicarse para declarar un derecho, esto daría lugar á interminables y maliciosos litigios. Los partidarios procederán según su leal saber y entender: están obligados á tener presente el artículo 1061 del Código de Enjuiciamientos y si tienen alguna duda harán la consulta que les permite el artículo 1067 y el juez la resolverá como una incidencia del juicio. El auto de vista manda sustanciar en vía ordinaria esa incidencia que es sumaria; y como en este caso hay nulidad según el artículo 1649, inciso 8º del Código de Enjuiciamientos; opina el Fiscal que V. E. puede declarar que no hay nulidad en el auto pronunciado por la Ilustrísima Corte Superior del distrito de Arequipa en 4 de setiembre de 1880, que corre á fojas 24, en la parte que ordena se proceda á la partición de la testamentaria de don Manuel Tapia; y haber nulidad en la parte que ordena se sustancie en vía ordinaria la oposición que ha hecho don Felipe Tapia y partes, que debe declarar sin lugar por ahora, dejándole su derecho á salvo á todos los interesados, para que puedan ejercitarlo en la estación oportuna; salvo el más ilustrado acuerdo de V. E. indemnizándose el valor del papel sellado.

Lima, 10 de Noviembre de 1883.

PAREDES.

---

*Lima, 3 de diciembre de 1883.*

Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal; declararon no haber nulidad en el auto de vista, pronunciado por la Ilustrísima Corte Superior de Arequipa, en 4 de setiembre de 1880, corriente á fojas 24 confirmatorio del de primera instancia, de fojas 20, su fecha 26 de agosto del mismo año, por el que se declara que procediéndose á practicar la respectiva partición por los peritos que nombraron las partes, se sustancie en vía ordinaria la oposición de don Felipe Tapia y compartes, observándose lo dispuesto en el artículo 1090 del Código de Enjuiciamientos: condenaron á la parte de don Felipe Tapia, en las costas y á la multa de 160 soles; y los devolvieron.

*Ribeyro. — Muñoz. — Arenas. — Oviedo. — Sánchez. — Galindo. — Luna.*

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

*Claudio Osambela.*

Procede de Arequipa. — Cuaderno Núm. 676.