

Es válido el testamento cerrado cuya cubierta y pliego están firmados por un testigo a ruego del testador.

Recurso de nulidad interpuesto por el doctor Diómedes Arias Schreiber, por Francisco J. Vásquez y como defensor de la herencia de doña María Milagro Castañeda y Burgos, en la causa que sigue don José y Aristides Ortega con don José Oliva y la Beneficencia de Lima, sobre nulidad de institución de herederos.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señores vocales:

Don José Demetrio Ortega Sánchez y don Aristides Ortega Cruzado, atribuyéndose la calidad de hijos naturales reconocidos de don José Ignacio Ortega, demandaron, tanto la nulidad de la cláusula de su testamento cerrado, de 30 de enero de 1923, en que se intituía heredero a don José Oliva, como la limitación del legado a la Beneficencia Pública de Lima y de la manda destinada a la erección de un mausoleo (fs. 5, marzo 20 de 1923).

También don Francisco Javier Barrantes y doña María Milagro Castañeda, llamándose parientes colaterales del nombrado Ortega, demandaron la nulidad y falsedad de todo el testamento, a fin de

que se abriera el procedimiento para la declaratoria de herederos. A la vez impugnaron la validez del reconocimiento con que se decían favorecidos don José Demetrio y don Arístides. (fs. 6, junio 30 de 1923.—cuaderno agregado).

Ambas acciones fueron acumuladas, por auto de 15 de octubre de 1923. (fs. 212.—cuaderno corriente).

Don José Demetrio y don Arístides, encontrándose el juicio en la Corte Superior, en grado de apelación, de la sentencia que declaró fundada su demanda, se desistieron de ella, el 15 de diciembre de 1925, a mérito de la transacción que celebraron con Oliva el día 11 del mismo mes y año (fs. 324 y 314).

Por consecuencia del desistimiento, el litigio sólo se sigue hoy, por Barrantes y los sucesores de la Castañeda, que ha fallecido.

Hay que averiguar si los demandantes que continúan la litis, sobre la nulidad del testamento, tienen derecho de hacerlo; si el testamento es nulo, y si don José Demetrio y don Arístides han sido reconocidos anteriormente por el testador, como hijos naturales suyos.

Fluye de la naturaleza intrínseca de las acciones civiles, que sólo puede promoverlas quien tenga interés en ella, quien va a resultar afectado, por la solución que se dé al problema planteado, pero no por cualquier extraño, a los resultados del juicio que se promueva.

La nulidad de un testamento puede intentarla quien es heredero legal, esto es, quien, declarada la nulidad, tiene que ser considerado como sucesor de aquél cuyas disposiciones testamentarias quedaron inexistentes.

Barrantes y la Castañeda no han probado, ni intentado probar, siquiera, su parentesco con don José Ignacio Ortega, dentro del sexto grado de consanguinidad colateral. Por lo tanto no se hallan facultados para obligar a Oliva a que discuta con ellos la validez del testamento.

Esta doctrina hállase contenida en una interesante ejecutoria del Supremo Tribunal. (Corre a fs. 40 del Tomo 1°. de los Anales Judiciales, año de 1905).

No obstante la convicción que, al respecto abriga el suscrito, entrando al fondo del asunto, va a examinar la validez del testamento.

Ante todo, que quede establecido, que la sentencia de Primera Instancia, se ha pronunciado acerca de la nulidad, pues la declaró fundada en parte, limitándola a la cláusula duodécima, y desestimándola en lo demás (fs. 249 y 446). No se ha prescindido de la cuestión planteada por Barrantes y la Castañeda sino que ella ha sido resuelta. De que no se haya analizado, toda la argumentación de los que atacan el testamento, no se deduce que se prescinda de puntos precisados en la demanda.

Ni el Juez, ni el Ministerio Fiscal, hállanse obligados, a refutar todo lo que aduzcan las partes en a-

poyo de sus pretensiones, conservando su derecho a examinar, solo lo que crean pertinentes y esencial a la materia disputada.

No se ha omitido en el testamento cerrado de Ortega las solemnidades del Código Civil. No exige la ley, bajo sanción de nulidad, que el testador firme el pliego, y respecto de la cubierta, permite expresamente, que firme un testigo, por el otorgante. Además, sólo se prohíbe que hagan testamento cerrado, no el que no sepa escribir, sino, únicamente el que no sabe leer. Si puede otorgar testamento cerrado, quien no sabe escribir, es evidente, que una tercera persona puede firmar por el testador. (Código Civil, artículos 667, inc. 3º., 667, inc. 2º.)

Consta de las declaraciones de los testigos testamentarios que Ortega, hablaba, y por consiguiente, no es el caso de que firmara de su propia mano. (Código Civil, artículos 672 y 673) (fs. 86 y siguientes, 92, 95, 228).

Además de los defectos externos, se cree que la institución de heredero es nula, por tratarse de un heredero fideicomisario. De la lectura del testamento, se deduce, con claridad meridiana, que se incurre en error; que no se ha tratado de salvar exigencias legales, que no hay persona oculta a quien deban transmitirse los bienes, que los únicos encargados del testador se refieren, al fin generoso de establecer una Sala en el Hospital "Dos de Mayo", y al fin religioso de construir un mausoleo en su memoria (fs. 1).

Si el testamento es válido en toda su integridad, parece inútil ocuparse de la filiación de don José Demetrio y don Arístides, que han transigido, según ya se dijo, con Oliva. Sin embargo, si la Corte Suprema invalidara el testamento, tendría que discutirse el derecho de los que se consideran hijos reconocidos de don José Ignacio Ortega. De aquí, la conveniencia de contemplar el punto.

El derecho de don José Demetrio se basa en un reconocimiento que se dice hecho, ante el Párroco, pero sin la presencia de testigos (partida de fs. 4). Aunque sea distinta la Jurisprudencia de los Tribunales, piensa el suscrito, que si, respecto de los libros del Registro del Estado Civil, sobre los cuales ejerce el Poder Público, autoridad inmediata, se exige la intervención del padre, del Alcalde Municipal y de dos testigos, no hay razón para que en los libros parroquiales, sustraídos a la vigilancia de la Administración Nacional, se prescinda de la presencia de testigos. De aquí que estime el Fiscal que el reconocimiento no es suficiente. (Código Civil, arts. 432, 438, 439).

Menos valor tiene el reconocimiento de don Arístides, porque se ha realizado solo, ante dos testigos, sin intervención de funcionario alguno (partida de fs. 3), y el párroco al prestar declaración como testigo manifestó, que don José Ignacio Ortega no lo solicitó para que autorizara el reconocimiento (fs. 158).

Sería esto bastante para concluir que no hay prueba del reconocimiento, pero, tachado de falso, se acordó el cotejo de las copias de las partidas, con los originales, lo que no se ha podido hacer por que han desaparecido.

No hay constancia de que se haya resuelto quien es el culpable de la desaparición, y queda al criterio de conciencia atribuirlo al heredero testamentario, interesado en destruir la autenticidad del reconocimiento, a los que se creen preferidos, interesados a su vez en eliminar la prueba de falsificación.

Más, frente a las copias de las partidas tachadas, hay otras no discutidas, las expedidas el año de 1917, después de los supuestos reconocimientos y en ellas, se deja constancia de que al margen de las partidas, no existe anotación alguna, o sea que no figura el reconocimiento. (fs. 164 y 165.)

Puede, pues, llegarse a la certeza de que don José Demetrio y don Arístides, no son hijos naturales reconocidos.

La defensa de los Ortega, se ha afanado en probar la cuasi-posesión del estado civil de hijos de don José Ignacio, pero es inútil ocuparse de esto, porque para gozar de derechos hereditarios es indispensable el reconocimiento de la filiación. (art. 237 del C. C.)

En resumen, el testamento es válido, lo es la institución del heredero, no hay herederos preteridos, y los colaterales que han continuado el juicio,

no han acreditado, absolutamente, su entroncamiento con don José Ignacio Ortega.

A mérito de lo expuesto, opina el Fiscal, por la no nulidad del fallo recurrido (de fs. 469), que revoca el de Primera Instancia (de fs. 446) y declara la demanda vigente, infundada en todas sus partes.

Lima, mayo 16 de 1930.

JIMÉNEZ.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 16 de julio de 1930.

Vistos; de conformidad en parte con lo dictaminado por el Señor Fiscal; y teniendo en consideración: que aunque en la resolución de fs. 338, que ordenó proceder a nuevo pronunciamiento, no se dispuso se tomara en cuenta el mérito de la escritura pública de transacción de fs. 314, este instrumento puso término a la controversia promovida por don José Demetrio y don Aristides Ortega, sobre nulidad de la institución de heredero contenida en la cláusula duodécima y sobre reducción de un legado y una manda dejados en el testamento de don José Ignacio Ortega, y desde entonces debió tenerse a los actores por apartados de su demanda y por transigi-

do ese pleito: que resuelta, sin embargo, dicha demanda en la nueva sentencia apelada, con prescindencia de aquel convenio, es legal la insubsistencia declarada: que respecto a la demanda acumulada de doña María Milagro Castañeda y don Francisco Javier Vásquez, no se ha desconocido su condición de parientes colaterales del testador, y este mismo considera como tal a la primera, lo que les da suficiente personería para litigar, pues la prueba sobre el mejor derecho a la herencia no es apreciable, ni rigurosamente exigible, sino en el procedimiento sobre declaratoria de herederos, caso que se declarase la nulidad del testamento o de la institución de heredero: que esa acción se contrae, principalmente, a que se declare la nulidad total del testamento cerrado por no haberse otorgado con las solemnidades legales y haberse instituido heredero fideicomisario, y a que se declare también la nulidad y falsedad de las anotaciones de reconocimiento de las partidas de los dos hijos naturales del testador y se mande abrir el procedimiento de declaración de herederos: que nuestra ley, a diferencia de otras, no exige ningún requisito de identidad del pliego testamentario, ni en cuanto a su escritura, ni a su suscripción; y respecto a la cubierta permite, que, sino la firma el testador, lo haga por él un testigo: que en consecuencia, aunque en el caso actual el pliego esté escrito de letra del heredero, y se encuentre firmado por un testigo a nombre del testador, ninguna de estas circunstancias, ni las dos juntas, deciden de la ilegalidad o nu-

lidad del acto: que nada se ha probado acerca de la inobservancia de las formas prescritas por la ley en testamentos de esa clase, así como tampoco sobre la pretendida incapacidad del testador; que la institución de heredero, no se ha hecho con cargo de restituir el todo o parte de la herencia a un tercero, y no hay, por consiguiente, motivo para suponer que se ha constituido un fideicomisario; y que siendo, propiamente, subsidiaria la acción de nulidad del reconocimiento de los hijos naturales, y debiendo surtir todos sus efectos la institución de heredero, con las modificaciones de la escritura de transacción, por no haberse probado la acción principal, carece de objeto estudiar esa parte de la demanda: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 469, su fecha 9 de Agosto de 1928, por la que se declara nula la de primera instancia de fs. 446, su fecha 19 de setiembre del año anterior, en cuanto se pronuncia sobre la acción de nulidad de la cláusula 12ª del testamento, ejercitada por los hermanos Ortega; entendiéndose que debe darse por transigido ese juicio, en los términos a que se refiere la escritura citada: declararon NO HABER NULIDAD, igualmente, en la parte del fallo de vista, en que revocando el apelado declara infundada en todas sus partes la demanda interpuesta por doña María Milagro Castañeda, y don Francisco Vásquez, sin costas; y los devolvieron.

Considerando: Que la sentencia de primera instancia no resuelve la demanda interpuesta por don Francisco J. Vásquez y doña María M. Castañeda a fs. 6 de los autos acumulados: que el pronunciamiento a favor de los hijos naturales reconocidos, no impide resolver la acción que ejercitan los parientes colaterales, porque no se discute en este juicio el mejor derecho a la sucesión ni está impugnada la personería que tienen dichos herederos presuntos para contradecir la validez del testamento en que se instituye heredero voluntario: que en el orden natural del procedimiento se debió apreciar en primer término como cuestión principal, la relativa a la falsedad y nulidad del testamento otorgado por don José Ignacio Ortega: que, además, quienes invocan la condición de hijos reconocidos, deduciendo únicamente la nulidad parcial, en cuanto a la institución de herederos, se han desistido del juicio en virtud de la transacción celebrada con don José Oliva, como aparece del escrito de fojas 324, reiterado a fs. 463: y que el fallo de vista que absuelve el grado conociendo sobre punto no resuelto en primera instancia, incurre igualmente en la nulidad que establece la ley. Por estas razones y las que contiene el voto del señor doctor Villa García, **mi voto** es por la insubsistencia de los fallos recurridos para que el Juez proceda a nuevo pronunciamiento, subsanando la omisión anotada, teniendo en cuenta el desistimiento formulado por don José Demetrio y don Aristides Ortega y sin perjuicio de continuarse

la causa con estas personas que están comprendidas en la demanda que ha sido materia de la acumulación.

QUIROGA.

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero, Secretario.

Cuaderno N°. 919.—Año 1928.
