

En la herencia de un ilegítimo, los más próximos excluyen a los remotos, aún cuando aquellos sean también ilegítimos.

Recurso de nulidad interpuesto por don Raymundo Francisco Liendo en la causa que sigue con el Ministerio Fiscal, sobre declaratoria de herederos.—Procede de Tacna.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La controversia seguida en vía ordinaria entre los diferentes parientes colaterales de doña Tomasa Zoraida Hurtado viuda de Mendoza plantea la preferencia disputada por los solicitantes de la herencia invocando unos la prelación derivada del parentesco legítimo y otros la proveniente de la proximidad del parentesco.

La Corte de Tacna, al revocar el fallo de primera instancia, ha validado la pretensión de los parientes ilegítimos más próximos, excluyendo de la postulación de los colaterales legítimos más remotos.

Tal decisión encuadra correctamente en el texto legal aplicable al caso y en la recta interpretación de los dispositivos del Código Civil sobre el particular.

Se trata, en efecto, de la sucesión de una hija natural reconocida; esto es de una hija ilegítima cuya herencia, por falta de ascendientes, de descendientes, de

hermanos y de sobrinos carnales, y por provenir de una viuda, tiene que regularse conforme al inc. 5º del art. 910 del Código Civil.

De acuerdo con esta disposición, son llamados a la herencia los parientes de grado más remoto que los sobrinos carnales en el orden prescrito por regla general para la sucesión de los colaterales.

Este orden es el fijado por los artículos 876, 882, 887 y 889 del mismo Código. Con arreglo a esta ordenanza, los colaterales más próximos excluyen a los más remotos.

Los recurrentes, don Guillermo Liendo y hermanos, son colaterales de la interesada en quinto grado. Los favorecidos con la resolución de vista, doña María Sara Carrera Botetano y demás nominados en esa sentencia, son colaterales en cuarto grado. La exclusión de aquellos por éstos resulta ineluctable por la aplicación de los preceptos del Código Civil anteriormente citados.

La tesis de los Liendo y Liendo pretende sustentarse en la prelación de los parientes legítimos sobre los ilegítimos, sin consideración a la proximidad del parentesco, en forma que la línea legítima excluya radicalmente a la ilegítima.

Esta tesis, inobjetable cuando se trata de la herencia de un hijo legítimo, es inadmisibile respecto de la herencia de un ilegítimo.

La invocada prelación excluyente de la rama legítima sobre la ilegítima, descansa en el tenor expreso de los arts. 877, 879 y 881 del Código Civil, los cuales llaman a la herencia de un hijo legítimo, sucesivamente, a los hermanos legítimos, a los colaterales legítimos hasta el cuarto grado, y a los colaterales legítimos hasta

el sexto grado, a falta de ascendientes o descendientes.

La calidad legítima explícitamente agregada a la del parentesco para los llamamientos indicados, es la que excluye a los ilegítimos en la sucesión de un hijo legítimo, en la rama transversal.

Pero, respecto a los ilegítimos, el art. 910 no reproduce la expresa condición de la legitimidad del parentesco, exigida para la herencia colateral o transversal de un hijo legítimo, el art. 910 llama a los hermanos paternos y maternos y a los parientes más lejanos, sin agregar la condición de la legitimidad. Esta condición no puede existir tratándose de los parientes colaterales del ilegítimo. La ley, expresamente, llama a la herencia del ilegítimo a sus parientes paternos y maternos, de cuyas ramas, por lo menos, una tiene que abarcar exclusivamente parientes ilegítimos.

El orden general a que alude el inciso 5° del art. 910 es el de la proximidad del parentesco, excluyendo de la lejanía del mismo. Los parientes legítimos e ilegítimos, provenientes de la rama paterna o de la rama materna del ilegítimo, acuden a la herencia de éste situándose en el orden de su proximidad, sin otras limitaciones que las de las preferencias asignadas por los incisos 6° y 7° respecto de los bienes provenientes de la estirpe paterna o de la estirpe materna del intestado, entre los parientes de igual grado.

La ejecutoria de 21 de julio de 1920, invocada por los recurrentes, no contempló un caso análogo al actual. Dicha ejecutoria resolvió una controversia sobre la herencia de un hijo legítimo, en conformidad con los preceptos del Código Civil que enmarcan la herencia de estos hijos, en la rama transversal, exclusivamente en

los parientes legítimos, sin atender a la proximidad o a la lejanía del vínculo.

Más avanzada, justa y clara nuestra legislación, en lo que atañe a la sucesión de los ilegítimos, que la de Francia según lo hace notar un comentarista francés del Código Civil Peruano, ella ha reconocido el parentesco ilegítimo, negado en las legislaciones antiguas, que derivaban el parentesco taxativamente del matrimonio de los ascendientes.

Los dispositivos del Código sobre la herencia transversal de los hijos legítimos, que marcan la calidad de legítimos de los hermanos y de los demás parientes llamados a la herencia, fijaba ya el criterio del legislador favorable a la categoría del parentesco ilegítimo.

El art. 910 reafirma y profundiza ese criterio favorable a esta categoría, puesto que regula la herencia del hijo ilegítimo en favor de sus colaterales extendiéndola hasta el mismo sexto grado establecido para la herencia transversal del hijo legítimo.

Muy diferente es el espíritu del Código Napoleón. Los arts. 766, 767 y 768 del Código de Francia, después de establecer para los hermanos legítimos del ilegítimo fallecido un derecho, no hereditario si no de reserva, favorecen exclusivamente a los hermanos naturales del ilegítimo y a los hijos de esos hermanos, pasando la herencia, a falta de unos y otros, al Estado. De este modo los colaterales después del tercer grado no heredan al hijo ilegítimo, a diferencia de los colaterales del legítimo que heredan hasta el sexto grado antes que el Estado, lo mismo que en el Perú.

El contraste entre una y otra legislación, destacando el avance de la nuestra en la materia, confirma el

concepto extraído del tenor literal de las disposiciones del Código Civil glosadas en el dictámen, conforme a las cuales prima el colateral ilegítimo más próximo sobre el colateral legítimo más remoto, en los casos como el actual, de sucesión intestada de un hijo ilegítimo.

El suplente del Ministerio Fiscal opina que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida; salvo más acertada resolución.

Lima, 23 de noviembre de 1934.

Arias Schreiber.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 14 de enero de 1935.

Vistos; de conformidad con el dictámen del Ministerio Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 187 vta., su fecha 5 de julio último, que confirmando en una parte y revocando en otra la de primera instancia de fs. 163, su fecha 16 de diciembre anterior, declara herederos de doña Tomasa Zoraida Hurtado viuda de Mendoza a sus primos hermanos María Sara Carrero Botetano, Casimira Prudencia Botetano, Francisco Botetano, Abdón Noriega Botetano y María Manuela Noriega Botetano de

Cornejo, con todo lo demás que contiene y es materia del recurso; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

**Elías. — Cárpos. — Villagarcía. — Arenas. —
Cárdenas.**

Se publicó conforme a ley.

M. Arnillas O. de V., Secretario.

No. 954.—Año 1934.
