

El testador que no tiene herederos forzosos puede instituir heredero voluntario, á su hijo adulterino.

Juicio seguido por doña Eloisa Botto viuda de Sal y Rosas, con don Nicolás Sal y Rosas, sobre nulidad de un testamento.—De Lima.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Lima, 24 de abril de 1908.

Vistos y atendiendo: á que conforme al artículo 702 del Código Civil, el que no tiene herederos forzosos puede instituir de heredero á quien sea de su voluntad, con tal que no tenga prohibición de heredar; á que no existe esta prohibición respecto del hijo adulterino, pues no está comprendido entre las personas designadas en el artículo 709 del mismo Código, las que conforme al siguiente artículo son las únicas incapaces de heredar; y á que no tiene aplicación en este caso el artículo 704 del referido Código, pues aun cuando sea contrario á las leyes y buenas costumbres el tener un hijo adulterino, no lo es instituirlo heredero; revocaron la sentencia apelada de fojas 110, su fecha 25 de junio del año próximo pasado; declararon sin lugar la demanda de doña Eloisa Botto viuda de Sal y Rosas de fojas 4; y que es válido el testamento

de su finado esposo don Mannel Sal y Rosas; y los devolvieron agregándose los documentos presentados.

Puente Arnao.—Elejalde.—Carranza.

Se publicó conforme á ley.

José Varela Orbegozo.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Don Manuel Sal y Rosas falleció en esta capital instituyendo como único y universal heredero y albacea á su hijo Nicolás, según aparece del testamento de fojas 27, otorgado en escritura pública. Doña Eloisa Botto ha pretendido, sin embargo, que esa institución de heredero es nula; porque como lo declara don Manuel Sal y Rosas en su testamento, ese hijo era adulterino é incapaz para heredar, por la inmoralidad que entrañaba ese reconocimiento, y que era ella, la que á falta de herederos forzosos, como viuda de Sal y Rosas, á quien correspondía la herencia según la ley; y ha objetado además que no hay conformidad entre la partida de bautismo de fojas 60 y el de nombramiento de heredero, pues en aquella se dice que Nicolás es hijo de don José Olmos y de doña Carolina Olmos mientras que en éste sólo se menciona á la madre doña Carolina Olmos. El juez de esta capital doctor Pedraza ha declarado por la sentencia de fojas 110

que la institución de heredero en favor de un hijo adulterino era nula é irrita por inmoral y que no habiendo otro pariente con derecho de heredar que sea preferente á la viuda doña Eloisa Botto, se dé á ésta la posesión de los bienes hereditarios. Interpuesta la alzada ha revocado el Superior la sentencia apelada fundándose en que no teniendo el testador herederos forzosos y pudiendo instituir libremente á quien mejor le pareciere, era válida la institución de Nicolás Sal y Rosas aunque el testador declarara que era su hijo adulterino, porque esa condición no constituía una incapacidad legal para recibir bienes hereditarios, según el artículo 709 del Código Civil y que en consecuencia era infundada la demanda de doña Eloisa Botto de fojas 4 y que era válido el testamento de su finado esposo.

En concepto del Fiscal, está arreglado á la ley el fallo de vista; porque la institución de heredero á favor de Nicolás Sal y Rosas, cuya identidad personal no ha sido contradicha en forma, desde que don Nicolás Olmos á quien se refiere la partida de bautismo de fojas 60, es hijo de doña Carolina Olmos, el mismo á quien se refiere el testador en su testamento, no cabe duda de que es el instituido heredero; y como según el artículo 702 del Código Civil el que no tiene herederos forzosos puede dejar su herencia á cualquiera que no sea incapaz de recibirla, según el artículo 709 del expresado Código, no hay duda que esa institución de heredero es válida é infundada por consiguiente la pretensión de doña Eloisa Botto, por cuyas razones puede declarar VE. que no hay nulidad en la referida resolución de vista, salvo mejor acuerdo.

Lim a, 5 de junio de 1908.

GÁLVEZ.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 12 de junio de 1908.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 138, su fecha 24 de abril último, que revocando la de primera instancia de fojas 110, su fecha 25 de junio del año próximo pasado, declara sin lugar la demanda de fojas 4 interpuesta por doña Eloisa Botto viuda de Sal y Rosas, y que es válido el testamento de su finado esposo don Manuel Sal y Rosas; condenaron en las costas del recurso á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Guzmán.—Ribeyro.—Villarán.—Éguiguren.—Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.