

La Ley no exige como condición que el testador exprese en el testamento la causa de la indignidad, sino que, conforme al sentido moral de nuestro orden jurídico, elimina al heredero forzoso si éste es indigno.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Juana Benza en la causa que sigue con don Ernesto Chávarri, sobre nulidad de testamento. — Procede de Junín.

DICTAMEN FISCAL

Señor :

Doña Rosario Benza de Chávarri contrajo matrimonio, en 1921, con don Ernesto Chávarri; aportó a la sociedad conyugal modestos bienes, cuya renta fué la fuente exclusiva de sostenimiento del matrimonio; hizo testamento, el 24 de octubre de 1938 instituyendo heredera universal a su hija doña Juana Angélica Benza, y falleció el 23 de noviembre de 1938, un mes más tarde.

La heredera Juana Angélica Benza, nació el 10 de mayo de 1911, diez años antes del matrimonio, y la madre la reconoce en la cláusula quinta del testamento, conforme al artículo 354 del C. C. En tal condición, la sexta cláusula testamentaria instituye a doña Juana Angélica como heredera universal.

En la cláusula tercera, la testadora declara su matrimonio con don Ernesto Chávarri, cuya partida corre a fs. 24; y que no ha llegado a tener hijos de él. No hay en el testamento ninguna referencia a las relaciones íntimas de los cónyuges, a la conducta del marido, a la posición económica de éste ni a los derechos que, eventualmente, pudieran corresponderle en la herencia, o a su desheredación.

Dicho esposo, don Ernesto Chávarri, entabla demanda, pidiendo la nulidad de la cláusula sexta que instituye heredera a doña Juana Angélica Benza, en daño de sus derechos preteridos. Funda la acción en los arts. 753 y 765 del C. C. Según el primero, el testamento caduca cuando el testador ha preterido al heredero forzoso sobreviviente y que no es indigno, en la medida en que dicho testamento dañe sus derechos. Conforme al art. 765, cuando hay hijos descendientes, el cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo legítimo.

La heredera demandada, alega la indignidad del cónyuge sobreviviente, que abandonó a su esposa, tuvo hijos adulterinos, no trabajó para el hogar común y se sostuvo de la renta de los pequeños bienes a que se ha hecho mención.

Las partidas corrientes a fs. 30 y 32, acreditan que el demandante tuvo, el 12 de enero de 1938, una hija adulterina, llamada Zoila Rosa Mercedes, en doña Mercedes Paco. En virtud de tales instrumentos públicos aquella condición de la hija que es además probanza del adulterio, no admite ninguna duda. Ratifica la situación la carta de fs. 34, en que el demandante, días antes de

la demanda, se dirige a la heredera demandada y le dice que "cualquiera de sus hijos podría reclamar".

No obstante los referidos elementos de juicio, la sentencia de Primera Instancia de fs. 14 declara fundada la demanda; y en consencuencia, la caducidad de la cláusula sexta del testamento de fs. 25 en cuanto daña a los derechos del demandante, a quien concede tales derechos, en la proporción de ley, sobre la herencia de su finada esposa.

Aquella sentencia se funda en la aplicación objetiva y formal de las disposiciones legales citadas por el demandante, en virtud de las cuales el cónyuge sobreviviente, hereda cuando no tiene gananciales bastantes; no estando acreditada con arreglo a ley su indignidad. La sentencia de vista de fs. 63, confirma la de primera instancia. El suplente no está de acuerdo con los fallos recurridos.

Nuestro régimen legal, especialmente cuando el C. C. legisla sobre la familia y la sucesión, descansa sobre conceptos morales que son comunes a los regímenes jurídicos de la civilización cristiana y que representan además, los medios con que el Estado facilita la constitución de la familia, el cumplimiento de los deberes conyugales y la sanción, por las infracciones graves de las obligaciones familiares. Esta sanción se halla comprendida en las reglas que eliminan de la sucesión a quienes son indignos de ella, precisamente en virtud de las circunstancias morales a que he hecho referencia. Así es como lo fundamental son los deberes de los cónyuges entre sí. El adulterio no solamente es un delito

sino una causa de indignidad; y tal indignidad priva, a quien la realiza, de los derechos hereditarios.

Lo fundamental es la situación moral y jurídica. Lo accesorio el procedimiento para hacerla valer. La ley no ha querido que el indigno sea heredero de la persona a quien ha hecho sufrir con su indignidad.

Según el art. 713 del C. C. el testador, expresándolo, puede privar de la herencia al cónyuge que ha incurrido en una causa de divorcio. Los incisos 1o. y 6o. del art. 247 señalan como causa de divorcio el adulterio y la conducta deshonrosa. La prueba del adulterio del demandante es instrumental.

Ella supone la conducta deshonrosa.

En consecuencia Chávarri podía ser desheredado por su esposa. Para la aplicación irrefragable y casi automática, del inciso quinto del artículo 713, sólo haría falta, dentro de una interpretación literal y dialéctica, que el testamento explicara la causa de la desheredación. Pero lo fundamental es que la causa exista nó que se exprese.

Según el art. 1076 del C. C., la manifestación de la voluntad comprendida en el acto jurídico, puede consistir en la expresión tácita. El acto jurídico sólo es anulable, a este respecto, conforme el art. 1079, cuando la expresión de la voluntad emane de error sustancial. En el caso de autos no hay error sustancial. Este tendría que referirse a la naturaleza del acto, y la testadora ha tenido plena conciencia de que hacía el testamento: o al objeto principal de la declaración, siendo así que es nítida su voluntad de instituir heredera; a alguna de sus cualidades esenciales, que se refieren en este caso

a la discutida situación de hija que corresponde a la heredera y a la condición de los bienes.

Conforme al art. 1125, el acto jurídico es anulable cuando el agente es incapaz o cuando hay vicio de error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude. No es ninguno de los casos mencionados porque la testadora no ha ignorado su condición de casada ni se ha equivocado respecto de la situación de hija reconocida de la heredera a quien ha querido instituir.

El título VIII de la sección segunda del C. C. se refiere extensamente a la caducidad y nulidad de los testamentos y el art. 753, dice que cuando el testador ha preterido al heredero forzoso y este no es indigno, caduca el testamento. No exige, como condición que el testador haya expresado la causa de la indignidad; sino que, conforme al sentido moral de nuestro orden jurídico a que me he referido, elimina al heredero forzoso si este es indigno. En concepto del suscrito la regla expresa y enteramente pertinente del art. 753, prima sobre la condición formal y secundaria de la primera parte del art. 713.

Por lo tanto, opino que hay nulidad en la sentencia de vista y que, reformando esta y revocando la de primera instancia debe declararse infundada la demanda.

Lima, 5 de mayo de 1944.

Ulloa.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 9 de mayo de 1944.

Vistos: de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon haber nulidad en la sentencia de vista; reformándola, y revocando la apelada, declararon sin lugar la demanda interpuesta por don Ernesto Chávarri; y los devolvieron. —

**Valdivia. — Portocarrero. — Ballón. — Pastor. —
Benavides Canseco.**

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 1461 de 1943.
