

**LA PORCION HEREDITARIA DEL CONYUGE QUE CONCURRE A LA HERENCIA CON UN HIJO ILEGITIMO DEL CAUSANTE, ESTA REGIDA POR LOS ARTS. 765 Y 762 DEL C. C.**

**DICTAMEN FISCAL**

Señor:

En el procedimiento sobre declaratoria de herederos de don Honorio Lucero, quien falleció el 26 de noviembre de 1947, fueron declarados como tales, su hijo ilegítimo don Bacílides Lucero Grados y la cónyuge sobreviviente doña Carmen Cavero viuda de Lucero.

Don Bacílides Lucero ha demandado la partición de los bienes dejados por su causante, acción que se ha declarado fundada, en parte, por la sentencia de fs. 15, que establece que los bienes dejados por don Honorio Lucero deben dividirse en dos partes iguales entre el demandante y la viuda doña Carmen Cavero. La Corte Superior, confirmando en una parte y revocando en otra dicha sentencia, ha resuelto a fs. 20 que la partición se verifique correspondiendo las dos terceras partes a la viuda, y la otra tercera parte al hijo ilegítimo don Bacílides Lucero, quien ha interpuesto recurso de nulidad.

Considero que la sentencia recurrida está arreglada a ley. Conforme al art. 765 del C. C. la cuota hereditaria del cónyuge es igual a la de un hijo legítimo cuando concurre con éstos u otros descendientes. El art. 762 establece que si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la mitad de lo que reciba cada legítimo. Quiere decir, que en el caso de autos en que concurren un hijo ilegítimo y la viuda, a ésta corresponde el doble de lo que toca al primero.

Opino que procede declarar que **NO HAY NULIDAD** en la sentencia recurrida, que así lo resuelve.

Lima, setiembre 10 de 1949.

*SOTELO.*

**RESOLUCION SUPREMA**

Lima, 14 de enero de 1950.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; y considerando además: que el artículo setecientos sesenticinco del Código Civil, contiene dos hipótesis diversas, contemplando en la primera el caso de concurrencia de hijos u otros descendientes no legítimos con cónyuge supérstite, asignando a éste una parte igual a un hijo legítimo, observándose la regla del artículo setecientos cuatro del mismo Código; que el caso sub-litis es precisamente el previsto en la hipótesis; y que

la segunda parte del precepto relativo a hijos legítimos no es pertinente al litigio: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas veinte, su fecha nueve de diciembre de mil novecientos cuarentiocho, por la que se confirma en una parte y revoca en otra la de primera instancia de fojas quince, su fecha veintidós de julio del mismo año y declara que de la herencia causada por don Honorio Lucero, corresponden las dos terceras partes a doña Carmen Cavero viuda de Lucero y una tercera parte a don Bacíldes Lucero, con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— **VALDIVIA.**— **COX.**— **PINTO.**— **LEON Y LEÓN.**

Con lo dictaminado por el señor Fiscal, y considerando: que los hijos sin distinción de legítimos o ilegítimos son herederos del primer orden y cuando concurren a la herencia los segundos reciben la mitad de lo que corresponde a cada legítimo como lo establecen los artículos setecientos sesenta y setecientos sesentidós del Código Civil; que el artículo setecientos sesenticinco de ese cuerpo de leyes al establecer que, en los casos en que hayan hijos u otros descendientes el cónyuge hereda una parte igual al de un hijo legítimo, implica la concurrencia de hijos legítimos e ilegítimos y en caso de existir unos y otros el cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo legítimo, pero cuando sólo hay ilegítimos en concurrencia con el cónyuge heredan por partes iguales porque el hijo ilegítimo es heredero del primer orden y está ligado al "de cujus" por vínculo de sangre y su participación en la herencia no puede ser inferior a la del cónyuge por que se encontraría en condición inferior a los descendientes que reducen la participación del cónyuge hasta la cuarta parte de la herencia, como lo establece la parte final de ese artículo; que en el caso de autos debe observarse el artículo setecientos cuatro de ese cuerpo de leyes el cual establece que la legítima del cónyuge es una cuota igual a la de un heredero legal; y en el presente caso el hijo ilegítimo concurre a la herencia en ese carácter; mi voto es porque **HAY NULIDAD** en la sentencia de vista, y que reformándola se confirme la apelada que manda partir por partes iguales entre doña Carmen viuda de Lucero y don Bacíldes Lucero la herencia causada por don Honorio Lucero.— **FUENTES ARAGON.**— Se publicó.— *Jorge Vega García.*—Secretario.