

La representación de los sobrinos sólo tiene lugar cuando concurren con sus tíos en la herencia de un hermano de éstos. En la herencia ilegítima, el cónyuge excluye a los sobrinos cuando no procede el caso de representación.

Recurso de nulidad interpuesto por don Alejandro Lucero en la causa que sigue con don Andrés Barrera, sobre declaración de herederos de doña Higinia García de Lucero.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, 22 de agosto de 1921.

Autos y Vistos; de conformidad con el dictamen que antecede del Agente Fiscal y por sus fundamentos y por el mérito de los documentos presentados, se declara: que son los herederos de doña Higinia García de Lucero, que ha fallecido sin otorgar testamento, sus sobrinos don Mateo Francisco, don Pedro Antonio y don José Julián, como hijos legítimos de don Andrés Barrera y de la madre prenuerta doña Francisca García, que fué hermana de la intestada y doña Donatilda Paulong, como hija natural de la mencionada doña Francisca García.

Noriega.

Ante mí

Bartolomé Téves.

SENTENCIA DE VISTA

Lima, 17 de octubre de 1921.

Vistos; y considerando: que por su condición de hija ilegítima, acreditada por la partida de fojas 31, la sucesión de doña Higinia García de Lucero a falta de ascendientes y descendientes, debe regirse por las reglas establecidas en el artículo 910 del Código Civil; que no hay hermanos sobrevivientes que reclamen la herencia; que los sobrinos de la intestada don Mateo Francisco, don Pedro Antonio y don José Julián hijos legítimos de la hermana premuerta, doña Venancia García y doña María Rosa Donatilda, hija natural de la misma, habida antes de su matrimonio, han acreditado su entroncamiento con las partidas de fojas 36, 37, 38 y 35, respectivamente, y por consiguiente que son los llamados a la sucesión por derecho propio, conforme a lo dispuesto en la segunda parte del inciso 3o. del citado artículo 910; y que el cónyuge sobreviviente sólo es llamado a la herencia en tercer lugar y a falta de sobrinos con arreglo a lo dispuesto en el inciso 4o. de dicha ley. Por estas razones: y de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal en su dictamen de fojas cuarenta y cinco vuelta: confirmaron el auto apelado de fojas cuarentiuna, su fecha veintiseis de agosto último, que declara herederos de doña Higinia García de Lucero que ha fallecido sin otorgar testamento a sus sobrinos don Mateo Francisco, don Pedro Antonio y don José Julián, como hijos legítimos de don Andrés Barrera y de la madre premuerta, doña Venancia García, hermana de la intestada y do-

ña María Rosa Donatilda Paulong como hija natural de la mencionada doña Venancia Grcia; y los devolvieron.

Maguiña.—Panizo.—Pastor.

Se publicó conforme a ley.

R. F. Sánchez Rodríguez.

DICTAMEN FISCAL

Señor Presidente:

La intestada doña Higinia García, hija natural de don Juan García y de doña Juana Soto, (fojas 31) murió en junio del año en curso, sin dejar descendientes ni ascendientes.

En 1894, contrajo nupcias con don Alejandro Lucero.

Tuvo por hermana uterina a doña Venancia García, también hija natural de don Domingo García y de doña Juana Soto (fojas 32), la cual falleció en julio del año anterior de 1920 (fojas 34).

La dicha hermana procreó antes de su matrimonio con don Andrés Barrera en 1893 (fojas 33), a una hija natural llamada María Rosa Donatilda Paulong; y de tal matrimonio, nacieron Mateo Francisco, Pedro Antonio y José Julián Barrera (fojas 36, 37 y 38).

Piden que se les declare herederos el nom-

brado viudo por una parte; y por otra, los hijos de doña Venancia sobrinos de doña Higinia.

Estatuye el artículo 910 inciso 3o. del Código Civil que en la sucesión legal de los parientes ilegítimos, faltando los ascendientes y descendientes, heredarán los sobrinos, en representación de sus padres, ocupando el lugar de los hermanos del intestado que haya fallecido, cuando concurren con sus tíos; "pero cuando estén solos, se sujetarán a la regla general de los demás parientes colaterales".

Basándose en la aparente dudosa claridad de la parte final trascrita de ese inciso, sostiene la defensa de Lucero que en tal emergencia, los sobrinos entran en cuarto lugar, o sea después del cónyuge, por ser ese el designado para todos los demás colaterales.

Aunque formulada por algunos tratadistas como el doctor Samanámú en sus Instituciones del Derecho Civil peruano y el doctor Lama en la apostilla del dicho número del código sustantivo, esa afirmación es errónea.

Si la causal originaria del título de los sobrinos consiste en la de ser su padre, hermano premuerto del intestado, no hay motivo jurídico, para que surja o no surja ese título, dependiendo así la afirmativa o la negativa, únicamente de la concurrencia de tíos que pueden o no existir.

El acaso arbitrario no es fundamento de derecho.

El Fiscal prescinde de las consideraciones que justificarían en la condición del supérstite, la reforma de nuestra legislación.

Esta, en efecto, es explícita: debe dársele estricto cumplimiento.

Conforme al citado artículo 910, queda esta-

blecido en el inciso tercero el título preferente de los sobrinos; en el cuarto, el subsidiario del cónyuge sobreviviente que no estuviese divorciado por culpa suya; y en el quinto, los demás parientes.

En la línea colateral, prescribe el artículo 647 del Código Civil, concordante con el 877, sólo hay representación para que, al heredar a un hermano, se cuente entre los hermanos sobrevivientes, a otro que antes murió dejando hijos, los cuales vienen a recibir la parte que le habría correspondido si viviera.

Manteniendo la unidad, reproduce aquel inciso tercero el sistema de prelación basado en la proximidad de sangre.

Son de casi inmediato parentesco, en el seno íntimo de la familia, los consanguíneos en tercer grado en quienes reviven los seres cuyo afecto fraternal, desde su infancia en un mismo hogar, fomentaron los padres.

Interpretando las inclinaciones del intestado con arreglo a la voz de la naturaleza, no es de presumir que favorezca, por causa de entroncamiento, más a los hijos de un hermano que a los de otro, en grupos; sino por causa de vinculación idéntica, ya que todos son sobrinos, a cada uno de ellos, sin clasificaciones, con perfecta igualdad.

No sería justo que al ser nueve los hijos del hermano A y uno el del otro premuerto B, consintiera la hijuela de éste en las cinco décimas porciones de la masa hereditaria, y la de aquellos, individualmente, en sólo una de las demás quintas que completan el total.

El artículo 882, del mismo código dispone que entre los parientes colaterales, excepto los hermanos cuando concurren a heredar con sus sobrinos, el más próximo excluye al más remoto, y la heren-

cía se divide por partes iguales entre los parientes de un mismo grado.

Es a esa regla general del transcrito número que se refiere el glosado inciso tercero.

Dejan de manifiesto su texto y su espíritu examinado conforme a disposiciones análogas y a los principios generales del derecho, que no altera, como está dicho el orden de prelación, sino únicamente el *quantum* de la hijuela.

De allí, que en la sucesión legal por parentesco ilegítimo, conforme a ese inciso, al concurrir tíos y sobrinos, heredan éstos *in stirpem*; pero si sólo concurren primos hermanos con idéntico grado, suavizándose entonces el rigorismo de la ficción sobre representación filial en la rama de la legitimidad, heredan todos por igual, *in cápite*, en virtud de su propio derecho.

No existe en consecuencia motivo—subsistiendo el régimen de nuestra ley positiva—para que los sobrinos, en razón de no concurrir tíos, sean pospuestos por el viudo.

Los colaterales cuya acción ulterior ampara el inciso 5o. del artículo 910, son los demás, desde el cuarto grado inclusive.

Está correcta la resolución que declara herederos de la intestada doña Higinia García de Lucero a los cuatro nombrados hijos de su hermana premuerta doña Venancia García de Barrera.

No hay nulidad en la confirmatoria recurrida.

Lima, 3 de diciembre de 1921.

SEOANE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 31 de marzo de 1922.

Vistos; en discordia de votos, concordada en parte en el momento de la votación, por lo que se hace innecesaria la intervención del señor Vocal dirimente, conforme al artículo 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; con lo expuesto por el señor Fiscal, considerando: que el inciso 4o. del artículo novecientos diez del Código Civil, establece de modo terminante que muriendo intestado los hijos ilegítimos, sin tener herederos en sus descendientes, ni ascendientes, heredará el cónyuge sobreviviente a falta de hermanos paterno y materno, cuanto el difunto sea hijo natural reconocido, o falta de los hermanos de madre si ese reconocimiento no hubiere tenido lugar; que aunque el inciso tercero del mismo artículo dice que los sobrinos representando a sus padres, ocuparán el lugar de los hermanos que hayan fallecido, cuida de expresar que esa representación sólo tiene lugar cuando concurren con sus tíos, lo que no se ha realizado en la sucesión de doña Higinia García de Lucero, en que ningún hermano de ésta concurre a su herencia; que ese mismo inciso agrega que cuando los sobrinos están solos se sujetarán a las reglas generales de los demás parientes colaterales, que es lo que en el presente caso sucede con los sobrinos Mateo Francisco, Pedro Antonio y José Julián Barrera y doña María Rosa Donatilda Paulong; que el inciso quinto del citado artículo novecientos diez, dice, que a falta de cónyuge, heredarán los demás parientes, entre

los cuales se encuentran los sobrinos del que falleció intestado cuando no hay hermanos herederos: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas cuarentiocho, su fecha diecisiete de octubre de mil novecientos veintiuno, reformándola y revocando la de primera instancia de fojas cuarentiuno, su fecha veintiseis de agosto anterior: declararon que el único heredero de doña Higinia García de Lucero es su viudo don Alejandro Lucero; y los devolvieron.

Alzamora.—Barreto.—Osma.—Romero.—

De conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, mi voto es porque no hay nulidad en el fallo confirmatorio que declara herederos de doña Higinia García de Lucero a sus sobrinos.

Washburn.

Se publicó conforme a ley.

Benjamín Gandolfo.

Cuaderno No. 238—Año 1921.
