

En una sucesión, la obligación alimentaria respecto de los hijos naturales, se cumple con la entrega de una porción proporcional.

Recurso de nulidad interpuesto por don Jesús Calmet en la causa que sigue con la sucesión de don Isaac Barnechea, sobre alimentos. — Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Ha iniciado la presente acción doña Jesús Calmet, demandando prestación de alimentos a favor de su menor hijo nombrado Alberto Barnechea, quien afirma ser hijo de don Isaac Barnechea, procreado en ella, en época en que no existía impedimento alguno entre ambos padres del referido menor, para haber contraído matrimonio; pero que no habiendo sido reconocido, el menor Alberto, por el que se dice ser su padre, queda aquel en la condición de simple hijo natural. Es a título de esto e invocando la generalidad en que se halla concebido el artículo 244, inciso 3º, del Código Civil, que doña Jesús Calmet interpone su demanda, dirigiéndola contra la sucesión del citado don Isaac Barnechea. Sustanciada aquella, con estricta sujeción a los trámites de ley, viene a conocimiento de la Suprema Corte, la causa, después de haber sido contrariamente resuelta en una y otra instancia.

Como el recurso de nulidad procede; pasa el Fiscal a ocuparse del fondo del asunto. Es evidente que la obli-

gación de alimentar a los seres, de cuya existencia se comprueba ser autor, quien se señala con tal carácter, se considera como la más natural e imperativa, principalmente cuando a quien se exigen, está en la posibilidad de prestarlos. En el caso actual, se ha probado con la mayor amplitud posible, por parte de la madre demandante, ser cierto el hecho de que don Isaac Barnechea, procreó a dicho menor, en la persona de doña Jesús Calmet. Esas pruebas se hallan constituidas por la abundante declaración de testigos, que dan satisfactoria razón de sus dichos, haciendo verídicas sus atestaciones y, en suma, que apreciando el valor de sus testimonios, con arreglo a las reglas de la crítica, según lo hace el juez, en su sentencia de fojas 84, vuelta, llevan al ánimo la firme convicción de ser cierto el hecho de que el mencionado Barnechea es padre del menor Alberto, hijo a la vez de la actora. La poca rara uniformidad con que las personas citadas, en calidad de testigos, dan sus deposiciones, con pleno conocimiento de causa, cuales son las que enumera la recordada sentencia en su primer considerando, llevan forzosamente a la conclusión de que la controversia ha sido plenamente comprobada en todo lo que comprende el aspecto de hecho, que es importantísimo, dada su naturaleza jurídica.

Mas, queda por examinar si ocurre lo mismo, tratándose del aspecto de derecho, que conforme el sentido en que el Fiscal de la Corte de origen, doctor Muñoz, expidiendo su vista de fojas 95, lo presenta débil y nada favorable para el interés del menor, cuya madre plantea la obligación de que se le acuda, por la sucesión de quien sostiene ser su padre, con los medios de subsistencia, destinados a satisfacer las necesidades naturales, lo que

en la legítima acepción legal se denominan *alimentos naturales*, a diferencia de los *civiles*.

Ahora bien; en la citada vista fiscal, se hecha de ver la falta del procedimiento, enderezado a conseguir la previa declaración de la cuasi posesión del *estado* de hijos naturales, en favor del citado menor, para poder demandar la prestación de alimentos, contra la testamentaria de don Isaac Barnechea, atribuyendo a la existencia de esa cuasi posesión, el carácter de único título legal para hacer posible la acción aquí incoada por doña Jesús Calmet. Sin olvidar, ni por un momento, la ilustración y reconocida competencia del señor Fiscal, autor de la mencionada vista; no cree este Ministerio, que sea admisible la teoría que en ella se desarrolla, supuesto que no hay disposiciones de nuestra legislación positiva que así lo determinen. Por lo cual cabe opinar de distinta manera como lo hace el Fiscal suscrito, inducido a ello por otras razones que inclinan su criterio a sostener diversa tesis, de la que contiene la vista fiscal, que sirve de fundamento al fallo revocatorio de vista.

La cuasi posesión, como es sabido, sólo tiene por objeto que se declare, en favor de persona que se acoge a un estado de familia, tener algún derecho que ejercitar, relacionado con ese orden. Luego si no existe precepto expreso de la ley, para que anteladamente se obtenga la declaración de un derecho, mediante la cuasi posesión de estado de familia; claro es que puede muy bien irse directamente, a pedir la declaración de ese derecho, con tal de tener los elementos probatorios del caso, según en el presente ocurre.

En suma, acreditado el hecho de ser el menor, Alberto, hijo de don Isaac Barnechea, por la superabun-

dante prueba de que se hace mérito, el derecho del primero a obtener del segundo o de quien lo represente, la congrua para satisfacer sus premiosas necesidades naturales, fluye poderosamente del precepto sancionado en el acotado artículo del Código sustantivo. Y a mayor abundamiento, no media, tampoco, el impedimento que podía haber como restrictivo de ese derecho, que se ejercita en favor del expresado menor, según sería el que puntualiza la segunda y última parte del artículo 254 de la misma codificación, desde que, don Isaac no era hombre casado, al tiempo de haber procreado a dicho menor. Y, finalmente, no debe perderse de vista, que el derecho con cuya declaración se ha de favorecer a éste, es precario, según se desprende de lo que estatuye el artículo 263, inciso 1º, del propio cuerpo de leyes, pues la asignación alimenticia, si llega a dársele, sólo la percibiría hasta cumplir los 21 años de edad.

Por todo cuanto queda expuesto, concluye opinando, el Fiscal, que *hay nulidad* en el fallo recurrido de fojas 98, revocatorio de la sentencia apelada, que declara fundada la demanda de doña Jesús Calmet, contra la sucesión de don Isaac Barnechea, sobre alimentos para su menor hijo Alberto, y fija la pensión mensual de Lp. 12; y reformando el primero — que declara sin lugar dicha demanda — confirmar la segunda en todas sus partes. Pudiendo así resolver la Suprema Corte: *salvo mejor parecer*.

Lima, 3 de setiembre de 1926.

GADEA

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 20 de setiembre de 1926.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce en cuanto al derecho probado del alimentario; y considerando respecto a la forma de la prestación: que las disposiciones de los artículos 913 a 917 del Código Civil, no requieren precisamente la fijación de una pensión periódica, que podría gravar las hijuelas, aún después de la partición: que, lejos de eso, las leyes citadas se refieren a la regulación de una porción proporcional, que debe sacarse del quinto de la masa hereditaria, y que ha de ser menor que el haber de los quintistas, caso de que los haya como sucede en esta oportunidad: que de autos aparece que el quinto de la masa excede de cuatro mil libras; y estando a lo prescrito en la segunda parte del artículo 913, antes mencionado, que determina las circunstancias que deben tenerse en cuenta al hacer la regulación: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 98, su fecha 11 de enero del año en curso; y reformándola, confirmaron la de Primera Instancia de fojas 84 vuelta, su fecha 7 de setiembre del año próximo pasado, en la parte en que declara fundada la demanda de alimentos interpuesta a fojas 1, por doña Jesús Calmet, en representación de su menor hijo Alberto Barnechea, contra la sucesión de don Isaac Barnechea y en cuanto exime de costas a la parte demandada: revocaron la referida sentencia de Primera Instancia en lo demás que con-

tiene: fijaron en 800 libras peruanas la porción, que, a título de alimentos, debe entregar la testamentaria de don Isaac Barnechea a la demandante, para su menor hijo, con cargo al quinto de la masa hereditaria; y los devolvieron.

Barreto. — Mercado. — Huamán de los Heros. — Elías. — Quiroga.

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero.

Cuaderno N° 45. — Año 1926.

La penalidad establecida por el Código Penal para los reincidentes, no es aplicable cuando el delito anterior fué cometido vigente el Código derogado.

Recurso de nulidad interpuesto por José Mariano Alvarez, en la causa que se le sigue por robo. — Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Está probado el delito de hurto, de una bestia, de propiedad de Isauro Muñoz, imputado a José M. Alva-