

cabe una contestacion en ambos sentidos, parece lo mas conforme á su espíritu que se consienta la notificacion oficial.

Sienta la *regla 10* el principio general de que las providencias que se dicten en los asuntos de voluntaria jurisdiccion, son apelables para ante la Audiencia del territorio; novedad en parte establecida por la *Ley de enjuiciamiento*, porque no considerándose los actos de voluntaria jurisdiccion, como entre partes, generalmente no se admitia la alzada, asi como tambien en muchos de ellos, como los de dispensa de ley, tenian que elevarse á las Audiencias.

Pero no siempre la apelacion es admisible en iguales efectos, segun las *reglas 11 y 12*, porque debe tenerse en cuenta si el que se alza de la providencia, sea esta favorable ó adversa, es el que interpuso el recurso, ó el que formalizó la oposicion ó fué llamado por el juez. En el primer caso, como que procede de su culpa el que lo acordado no se ejecute, la apelacion debe admitirse en ambos efectos; y en el segundo, en uno solo, en razon á que los actos de voluntaria jurisdiccion versan ordinariamente sobre materias que importa no dejar en suspenso, á causa de la urgencia con que debe proveerse de remedio, para evitar males que tal vez no admitiran reparacion.

Declara la *regla 13*, que la sustanciacion de las apelaciones de los asuntos de voluntaria jurisdiccion, se atempere á los trámites establecidos para las de las sentencias interlocutorias, sobre lo cual pueden verse los *Comentarios á los arts. 840 y siguientes, tomo 3.*

Determina la *regla 14*, que contra las sentencias que dictaren las Audiencias, se admita el recurso de Casacion, pero no establece el orden de proceder, ni cosa alguna que haga relacion al depósito y demas circunstancias que se exigen para elevar los autos al Tribunal Supremo. Mas como en la sustanciacion de aquel recurso, no se hace distincion alguna respecto á las providencias que le ocasionan, claro es que el silencio de la *Ley* debe interpretarse en sentido de que se ha de atemperar á todas las condiciones, solemnidades y formas establecidas para la Casacion de los asuntos contenciosos.

## TITULO II.

### DE LOS ALIMENTOS PROVISIONALES.

#### Observaciones.

Al tratar la *Ley de enjuiciamiento* de los alimentos provisionales, presupone la existencia de un título ó causa que autorice para pedirlos; porque como su objeto es establecer el sistema de sustanciacion, ha omitido la enumeracion, porque esta parte corresponde al derecho civil. Siguiendo nosotros el mismo sistema, porque solo en casos de rigorosa necesidad podemos separarnos del objeto y disposiciones de aquella ley, nada diremos respecto á los títulos ó causas que autorizan para pedir alimentos.

Sin embargo, no será oficioso indicar siquiera que las disposiciones principales de nuestro derecho relativas á alimentos, se hallan consignadas en las *leyes 2.ª, 5.ª y 35 del tit. 2.ª, y en la 7.ª, tit. 22, Part. 3.ª, en la 7.ª, tit. 2.ª, y 7.ª, 31 y 32, tit. 11 de la Part. 4.ª, en la 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª, tit. 19, y 3.ª y 4.ª, tit. 20, de la Part. 4.ª, en la 6.ª, tit. 1.ª, 35, 36 y 37, tit. 12, y en la 35, tit. 14, Part. 5.ª, en la 8.ª, tit. 13, Part. 6.ª, en la 20, tit. 1.ª, lib. 2.ª, y en la 9, tit. 2.ª, lib. 10 de la Nov. Recop.*

Respecto al procedimiento, no puede desconocerse el gran beneficio que ocasiona la *Ley* recopilándole, porque las anteriores lejos de establecer reglas claras y terminantes, espresivas de los trámites y forma de la sustanciacion, ni siquiera declararon si las reclamaciones de alimentos procedian de jurisdiccion voluntaria ó contenciosa; asi es que las prácticas de los juzgados eran discordes, los jurisconsultos se separaban tambien en sus reclamaciones; y de aqui que confundiendo las cuestiones alimenticias

en cuanto se referian al mantenimiento instantáneo de los que se creian con derecho á pedirlos, con los que demandaban la accion para probarlos, unas veces se decidian sumarísimamente las solicitudes de alimentos, otras se ventilaban en juicio sumario, y otras por último, se sustanciaban en juicio ordinario. Acontecia todo esto, porque olvidándose de que los alimentos provisionales no producen una cuestion, sino que tienden á la aseguracion de la vida por el momento, se pretendia entrar en debate, no tan solo respecto al derecho de pedirlos, sino tambien en cuanto á la cantidad que debiera satisfacerse.

Reconociendo la *Ley de enjuiciamiento* que cuando se trata de una necesidad instantánea y de momento, debe ante todo proveerse á ella, con independencia de la cuestion de derecho que pueda suscitarse, ha declarado que la determinacion de los alimentos provisionales, se répute de jurisdiccion voluntaria, estableciendo algunas reglas especiales para la instruccion de los expedientes.

Tales son las teorías elevadas á ley por la *de enjuiciamiento*, con las que no podemos conformarnos, porque la urgencia de los asuntos no puede influir de tal manera en su calificacion que varíe su naturaleza, su indole esencial. Por lo que se observará en las reglas que se establecen para el procedimiento, fácil es persuadirse de que, sin gran dificultad, podrá cualquiera mantenerse, aunque provisionalmente, á costa de un tercero, sin causa legítima para ello.

ART. 1210. *Para decretar alimentos provisionales á quien tenga derecho á exigirlos se necesita:*

- 1.º *Que se pidan por escrito.*
- 2.º *Que se acredite cumplidamente el título en cuya virtud se pidan.*
- 3.º *Que se justifique aproximadamente el caudal que deba darlos.*

ART. 1211. *Hecho lo que queda dispuesto en el artículo anterior, el Juez hará la designacion, cuando proceda, de la suma en que deban consistir los alimentos, y dictará providencia mandándolos abonar por meses anticipados en todos los casos.*

Tres son los requisitos que exige la *Ley* para que puedan decretarse los alimentos provisionales: el uno de ellos determinante de la forma de pedir, y los otros relativos mas bien á la sus-

tanciacion que al fondo del asunto. Se necesita en primer lugar, pedir por escrito, y esto es lo que en la realidad constituye la forma. Entiéndese, pues, que para pedir debe esponerse en el escrito el origen de la obligacion alimenticia que pesa sobre un tercero, y que ademas de solicitar el cumplimiento de esa obligacion, ha de espresarse, como en las demandas, contra quien se pide.

Consiste el segundo requisito en la justificacion plena del título en cuya virtud se pida, y puesto que el art. 1210 no enumera los medios probatorios por medio de los cuales debe acreditarse la legalidad de aquel, deberá estarse á lo prescrito en la *regla 6.ª, art. 1208*. Así, pues, la parte solicitante podrá acompañar al escrito los documentos justificativos, ó proponer en el mismo la prueba testifical que intente practicar. Como los títulos ó causas alimenticias proceden en muchos casos de la *Ley* inmediatamente, como por ejemplo, si se trata de un hijo natural, la justificacion versará sobre los extremos que demuestren esa circunstancia.

Los alimentos deben ser proporcionados al caudal del que deba darlos, salvo cuando procedan de obligacion en la que se espresé la cantidad que haya de darse. Por aquella causa exige la *Ley* como tercer requisito, que se justifique aproximadamente el caudal del que deba darlos. Sin embargo, no creemos que este requisito sea esencialísimo; porque si la parte que pide no puede justificar *aproximadamente* el caudal, siempre que acredite alguno, en proporcion á este se designarán los alimentos, porque en otro caso no pocas veces serian infructuosas las reclamaciones alimenticias.

Dadas esas justificaciones y pedidos en la forma que prescribe el art. 1210, el juez hará la designacion, dice el art. 1211, de la suma en que deban consistir los alimentos. ¿Pero es libre la voluntad del juez para señalar la cantidad que haya de pagarse? Tendrá que atenerse á un tipo dado proporcional para fijarlos? Nada dice la *Ley*; y por tanto, interpretando su silencio como ocasionado por la diversidad de circunstancias que pueden concurrir, en nuestro concepto, deberá procederse con sujecion á las reglas siguientes: 1.ª, cuando la cantidad alimenticia se halle señalada por la *Ley* en relacion proporcional, el juez se limitará

á fijarla; 2.º, cuando esto no acontezca, los designará teniendo en cuenta el caudal del obligado á prestarlos, las circunstancias sociales del que ha de recibirlos, y la edad y sexo de mismo.

Efectivamente, la deuda alimenticia goza de ciertos caracteres propios y peculiares que la hacen especial; es por causa de su origen indeterminada, y por tanto, su regulacion tiene que remitirse á la autoridad; es personalísima; porque procede de un origen que no puede atribuirse á otro; es tambien indeterminada por causa de su duracion, porque dependiendo de la permanencia de una persona en una situacion dada, y de la vida, no puede señalarse el plazo de su duracion. No es compensable ni renunciabile, porque entonces su origen seria falso, si bien puede transigirse en cuanto á la designacion de cantidad; y por último es indivisible y solidaria, porque ajustándose al todo de las necesidades del alimentado, la division la inutilizaria; y porque procediendo de una causa de relacion necesaria, debe poder reclamarse de cualquiera de los que se hallen ligados con aquella obligacion.

Dadas las justificaciones de que habla el *art. 1210* dictará el juez providencia, mandando abonar los alimentos por meses anticipados en todos los casos. ¿Y no se admitirá oposicion á la persona contra quien se pidan? Ordena el *art. 1211* que pedidos y justificados se dicte providencia, mandándolos abonar, y como que la oposicion únicamente se concede en los expedientes instruidos por actos de voluntaria jurisdiccion, de que no haga mencion especial la *Ley de enjuiciamiento*, claro es que, puesto que no determina al *art. 1211* ni ningun otro del *título 2.º* que se admita, no debe consentirse, y mucho mas, cuando la regla 7.ª del *art. 1208* no tiene aplicacion á aquellos actos, segun lo dispuesto en el *1209*.

**ART. 1212.** *Contra la sentencia en que se denieguen los alimentos procede la apelacion libremente y en ambos efectos.*

**ART. 1213.** *Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la Audiencia respectiva con citacion solo del que los haya promovido.*

**ART. 1214.** *Contra la sentencia en que se otorguen los alimentos, solo procede la apelacion en un efecto.*

**ART. 1215.** *Interpuesta, se estenderá certificacion de la sentencia, la cual se reservará en el juzgado para su ejecucion; remitiéndose en seguida los autos á la Audiencia con citacion de ambas partes.*

Reconociendo la *Ley* la posibilidad de que se dicte providencia denegando ó concediendo los alimentos, al mismo tiempo que ha dispuesto que en ambos casos sea admisible la apelacion, distingue entre ellos respecto á los efectos en que se ha de otorgar. En el primero, esto es, en el denegatorio, tiene que admitirse la alzada libremente y en ambos efectos; y en el segundo, se otorgará en uno solo. Respecto á la apelacion de la sentencia denegatoria, no podia la *Ley* haber ordenado otra cosa; porque cuando nada tiene que ejecutarse, seria hasta ridicula la limitacion de la alzada á un efecto, porque no cabe devolucion de lo que no se ejecuta. Mas, cuando los alimentos se designan, y se mandan abonar por meses anticipados, como que la sentencia ordena algo que hacer, era indispensable declarar si habia de admitirse la alzada en uno ó en ambos efectos. Considerando la *Ley* que en la percepcion instantánea de aquellos estriva el que se impidan los efectos de la carencia de medios de vivir, ha sancionado que se admita la apelacion en un efecto. Ciertamente que la teoria indicada justifica la disposicion legal generalmente considerada; pero ya que la *Ley de enjuiciamiento* ha estimado oportuno calificar de acto de voluntaria jurisdiccion, lo que en nuestro concepto no debiera reputarse tal; y ya que ha creido tambien oportuno dar á las gestiones alimenticias un carácter mas avanzado que el de los juicios sumarios, en lo que tampoco estamos de acuerdo, entendemos que será de gran importancia que los jueces exijan rigorosamente la justificacion de que se habla en el *párr. 3.º, núm. 2.º del art. 1210*.

Supuesto que se admita la apelacion, y que han de que remitirse los autos á la Audiencia, segun el *art. 1213* tiene que citarse únicamente al que haya promovido el expediente. Y si la sentencia apelada hubiese otorgado los alimentos, ¿á quien se citará en este caso? ¿No se remitirán los autos á la Audiencia ni originales ni testimoniados? Se remesarán originales despues de haber fijado certificacion (en nuestro concepto será testimonio,

porque debiendo autorizarle el escribano, claro es que dará fe y no certificará de la exactitud del contenido), y se citará á ambas partes.

¿Qué partes son estas? El que promueve el espediente, y aquel á quien se condena al pago de los alimentos. Indudablemente si; porque, aunque alguna vez el que los ha de recibir se alce de la sentencia, porque no se dé por satisfecho con la designacion, lo mas comun será que se alce el condenado. Pero si bien asi debe entenderse el *art. 1215*, como que no se habla de este último en los artículos referentes á la tramitacion ante el juez, y como si la oposicion se admitiera, el asunto se convertiria en contencioso, con lo que no estamos conformes por la razones espuestas en el *Comentario al art. 1210*, quiere decir, que para el condenado, no habria mas que una sola instancia, por decirlo asi, supuesto que no habia intervenido en el asunto hasta despues de dictada la impropriadamente llamada sentencia.

¿Qué término se concede para apelar? No lo señala la *Ley* en el título de que nos ocupamos, y si para sentar una doctrina acudimos á las *disposiciones generales* comprendidas en el *título 1.º, Parte 1.ª* de aquella, si bien le hallamos señalado en el *art. 67*, tocaremos con el inconveniente de que aquellas disposiciones son aplicables á los asuntos de jurisdiccion contenciosa. Sin embargo, prefiriendo suplir ese defecto por una disposicion legal, que tiene cierta analogía con los actos de que se trata, á dejar al arbitrio de los jueces la concesion de un término, aceptaremos la opinion de que puede apelarse dentro de cinco dias, siguientes al en que se haga saber la sentencia á la parte que promovió el espediente, ó al en que se requiera al pago al condenado, si no intervino en aquel.

¿Deberá oirse al promotor fiscal en los espedientes promovidos sobre alimentos provisionales? Es indudable que no; porque no concurre ninguna de las circunstancias que exige la *regla 5.ª del art. 1208*.

**ART. 1216.** *Inmediatamente que se dicte sentencia otorgando alimentos provisionales, se exigirá al que deba abonarlos el pago de la primera mensualidad.*

**ART. 1217.** *Si no lo verificare, se procederá al embargo y*

*venta de bienes bastantes á cubrir su importe en la forma y por los trámites prevenidos para el procedimiento de apremio despues del juicio ejecutivo.*

*Lo mismo se hará con las demas mensualidades que vayan devengándose.*

Tratan los precedentes artículos de la ejecucion de la sentencia que se dicte otorgando alimentos provisionales, y guarda absoluto silencio respecto á la tramitacion de los espedientes que se eleven á las Audiencias en apelacion; mas como las reglas del *art. 1208*, son aplicables á todos aquellos casos, en los que no se dictan otras para los actos de voluntaria jurisdiccion de que hace la *Ley* mencion especial, claro es que debe tener aplicacion la *13.ª*, que dispone que la sustanciacion de las apelaciones se acomode á lo prescrito para la de las sentencias interlocutorias.

Pues bien, ya sea que la sentencia del juez inferior no sea apelada; ya que alzándose de ella pronuncie la Sala otra por la que se otorguen alimentos, se requerirá al que tenga que abonarlos el pago de la primera mensualidad, y no verificándolo en el acto, tanto en este primer caso como en el de las demas mensualidades que se devenguen, se procederá por la tramitacion de la via de apremio, ya esplicada en la *segunda Seccion del título 20, Parte 1.ª*

**ART. 1218.** *En este espediente no se permitirá ninguna discusion ni sobre el derecho á percibir los alimentos, ni sobre su entidad.*

*Cualesquiera reclamaciones que sobre lo uno ó sobre lo otro se hicieren, se sustanciarán en juicio ordinario, y entretanto seguirá abonándose la suma señalada para alimentos.*

Habiendo hablado los artículos anteriores del espediente promovido sobre declaracion de alimentos, y de la continuacion del mismo para el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, declara el preinserto que en este espediente no se permita discusion alguna. ¿Y cuál es ese espediente? El declaratorio y condenatorio al pago de alimentos, ó el ejecutivo ó de apremio? ¿O forman por ventura uno solo? Esta es la verdad, y por tanto, la prohibicion de

discutir se estiende á toda la tramitacion desde que se promueve el expediente.

Pero el *art. 1218* la limita al derecho á percibir los alimentos y á su entidad, de modo que si sobre otra cosa es posible discutir, se permitirá sin duda. No es ese, sin embargo, el pensamiento de la *Ley*; ha querido esta, segun ya hemos manifestado anteriormente, impedir que se opongan obstáculos á la imperiosa necesidad de alimentarse, y por esa causa, si bien permite á los interesados que presenten documentos y den justificaciones, *regla 6.ª, art. 1208*, les deniega la discusion, ordenando que las reclamaciones sobre uno ú otro punto, se sustancien en juicio ordinario, sin perjuicio de continuar pagando los alimentos hasta la resolucion definitiva que en el juicio contencioso recaiga.

Ya en otras ocasiones hemos indicado que la frase *juicio ordinario*, de que usa la *Ley* cuando ordena la sustanciacion, transmitiéndola de un juicio especial á aquel, quiere significar juicio declarativo con arreglo á la cuantía litigiosa; porque si el punto alimenticio versase sobre interés menor de 3000 rs., no sería justo ni razonable que por haber comenzado por solicitud en concepto de acto de voluntaria jurisdiccion, tuviera que sustanciarse lenta y pausadamente á menos que los alimentos sean por tiempo ilimitado.

### TITULO III.

#### DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES, Y DEL DISCERNIMIENTO

#### DE ESTOS CARGOS.

#### Observaciones.

Asi como la declaracion de acto de voluntaria jurisdiccion, consistente en condenar al pago de alimentos provisionales, constituye una novedad en el derecho, no sucede asi con todo lo relativo á nombramiento de tutores y discernimiento de estos cargos, cuando no se promueve pendiente ya un juicio contencioso; porque asi los calificó la jurisprudencia romana, y como tales la reconocieron tambien las leyes españolas.

Indicamos estas ideas, á fin de hacer una distincion que evitará tal vez contestaciones y discordias en los tribunales; porque no será de estrañar que se crea por algunos, que siempre que haya que nombrar tutor ó curador de cualquiera de las clases mencionadas en el *título 3.º*, habrá que recurrir al juez de primera instancia para que ante él pasen las diligencias procedentes. Cuando penda pleito en el que tenga que hacerse nombramiento de curador al menor, se practicarán las diligencias oportunas en el juzgado ó tribunal en donde se sigan los autos.

Por lo demas, si la *Ley de enjuiciamiento* se hubiese limitado á la sola tramitacion que se propusiera establecer, ó bien sobre la eleccion, ó bien acerca del discernimiento á los tutores ó curadores nombrados, leves defectos pudieran notarse en verdad, mucho menores que los particulares dignos de elogio, que la misma *Ley* encierra; pero con sentimiento nos vemos obligados á manifestar, en primer lugar, que comprende el *título 3.º*, no pocas disposiciones derogatorias de otras de derecho civil, estralimitándose al hacerlo el Gobierno, de las facultades que las Cór-