

id etenim receptissimum, nempe dandam esse cautionem idoneam de restituendis his alimentis, et expensis, si actor ipse in causa succubuerit, aut accepto ferendis, ubi is victoriam obtinuerit.

62 La misma opinion sigue Molina de *Primogen. lib. 2. cap. 16. n. 42. y 43.* con otros autores que refiere, y entre ellos Molin. de *Justit. et jur. disp. 616. numer. 15. vers. Utrum autem is;* pero los mismos hacen una distincion muy esencial entre los alimentos que se dan á los que piden y solicitan en el concepto de hijos ó descendientes, y los que se entregan por otros justos respetos, aunque sean á extraños, si se estiman por el juez acreedores á su percepcion. Los primeros alimentistas dicen estos autores que no son responsables á pagar el importe de los alimentos que han recibido, aunque pierdan la causa, y sean vencidos en la sentencia definitiva del juicio, pero que no sucede así en los extraños; y por esta diferencia opinan que estos deben dar fianzas suficientes antes de recibir los alimentos, exonerando de esta obligación á los que con el título de hijos y descendientes los gozan en virtud de la primera sentencia definitiva ó interlocutoria.

63 Por la opinion contraria estan Masuero y Boerio en los lugares que refiere el mismo señor Covarrubias, asegurando que los que reciben alimentos, aunque sean vencidos en la definitiva del juicio, no estan en obligación de restituirlos, y por esta causa consideran ociosa la fianza ó caucion indicada. A la misma opinion se inclinan Velasc. q. 39. num. 62.: Nench. de *Præsumptionib. lib. 1. q. 35. num. 37.*, con otros que refiere Faria en sus adiciones á la citada q. 6. del señor Covarrubias sobre el n. 7.

64 Si se consideran de intento las razones y autoridades en que fundan sus respectivas opiniones, se conocerá el libre arbitrio que se han tomado para establecerlas, causando grandes daños á la causa pública; así por los muchos pleitos que excitan las partes, auxiliadas de las doctrinas que las favorecen, como por la variedad de las

sentencias; y muchas veces llega una opinion á tomar el nombre de comun por el mayor número de los autores que la han seguido sin aquel discernimiento y detenido exámen que conviene.

65 La ley 7. tit. 19. Part. 4. decide tres puntos capitales en esta materia: el primero que solicitando alguno con el título de hijo ó descendiente que su padre le crie y alimente, aunque el padre niegue la cualidad de hijo en que el actor se funda, si lo probase este plenamente en el progreso del juicio, llegando á declararse por sentencia definitiva, procede en este caso sin disputa la prestacion de alimentos y su ejecucion, sin embargo de que el padre apele de dicha sentencia.

66 El segundo caso es que sin esperar á las pruebas ordinarias del juicio ni á su final determinacion, se debe mandar que el padre asista con los alimentos y litis expensas al que pretende ser su hijo, con tal que este pruebe sumariamente hallarse, cuando mueve el pleito, en esta cuasi posesion, ó que por otras presunciones y señales justifique la cualidad en que se funda; pues entonces procede que por sentencia interlocutoria se mande inmediatamente al padre que le asista con los alimentos, entendiéndose esta providencia con reserva de que las partes pueden probar en el juicio plenario si es ó no tal hijo.

67 El tercer caso consiste en que esta ley no impone al hijo, que ha de percibir los alimentos, obligación de dar fianzas, ni caucion de restituirlos aun en el caso de ser declarado por sentencia definitiva no ser hijo de aquel, de quien ha recibido los alimentos; y de esta omision, que no puede atribuirse á olvido de la ley, infieren en los lugares citados el señor Covarrubias, Molina y otros, una singularidad en los hijos y descendientes para no ser responsables á los alimentos que han recibido, aunque sean vencidos en la definitiva, exonerándolos necesariamente de la fianza y caucion por faltar el fin á que debian dirigirse.

68 Este pensamiento está bien fundado en la omision de la citada ley, pues las que exigen en otros casos res-

tucion de lo que se percibe por la ejecucion de las sentencias, previenen expresamente las fianzas que deben darse, y sin esta disposicion no podria imponerse este gravámen.

69 La ley 27. §. 3. ff. de *Inoffic. testam.* confirma la proposicion antecedente, pues obligando, en el caso que propone, al heredero escrito á que dé alimentos al que en concepto de hijo ó nieto argüia de inoficioso el testamento, y habia obtenido á su favor una sentencia, no le impone la obligación de dar fianza, que es el mismo argumento para no considerarle responsable á la restitucion de los percibidos, aunque sea vencido en la definitiva del juicio; y la ley 1. §. 7. ff. *Si mulier vent. nomin.* confirma mas expresamente la misma proposicion; pues suponiendo que habiéndose dado alimentos á la madre en el concepto de estar embarazada del que tendria derecho á todos los bienes, salió incierta su opinion, y se trataba luego de la obligación que tendria la misma alimentada á volver lo que con este título habia recibido, se decide no ser responsable á su restitucion, á menos que se probase haberlos recibido por calumnia y dolo.

70 Por todas las referidas disposiciones que tratan de los hijos y descendientes, que con este pretexto recibieron alimentos, y fueron despues convencidos en juicio, se forma la conclusion mas segura de no estar obligados á su restitucion, y en esto van conformes todos los autores. Toda la diferencia consiste en si la libertad de restituir los alimentos es limitada, y debe restringirse por particulares circunstancias y motivos á los hijos y descendientes que los perciben con este pretexto, ó si es comun y general esta misma libertad á todos los demas, á quienes pendiente el pleito se los hayan dado por mandamiento del juez.

71 El señor Covarrubias en el citado cap. 6. de sus *Prácticas n. 7.*, el señor Molina de *Primogen. lib. 2. capítulo 16. num. 41.*, Molina de *Justit. disputat. 616. n. 15. vers. Utrum autem is,* y otros muchos, hacen singular y privilegiada de los hijos y descendientes, que por este título reciben alimentos, la indemnidad de no restituirlos, aun-

Tom. I.

que en el juicio plenario sean convencidos de que no son tales hijos y descendientes, declarándose por la sentencia definitiva haberles faltado la causa para exigirlos de los que pretendieren ser sus padres ó ascendientes.

72 En esto siguió el señor Covarrubias la opinion de la glosa sobre la ley última *Cod. de Carbon. edict.*; pero no expone la razon singular que pueda concurrir en los que como hijos y descendientes perciben alimentos en el caso propuesto de ser vencidos, que no asista igualmente á todos los demas que con cualquiera otro título los reciban pendiente el pleito; pues aunque se permita que con menor prueba ó mas ligera presuncion mandó el juez asistir con los alimentos á los que se presentan como hijos ó descendientes, y que pudieran tener en esta parte alguna consideracion privilegiada; pero sabida la verdad por la sentencia definitiva de no ser tales hijos y descendientes del que por mandamiento del juez se los dió, se disipa aquella causa, retrotrayendo su falta al principio del pleito y su contestacion, como si en aquel momento hubiera contestado plenamente el defecto que en el progreso del juicio se descubrió y calificó con mejores pruebas, viniendo á ser mas dignos de correccion y pena los que falsamente se tomaron el nombre de hijos y descendientes para lograr prontamente sus alimentos, y adelantar la esperanza de mejorar sus derechos, si hubieran vencido en la instancia.

73 El señor Molina en el citado lib. 2. cap. 16. n. 42. y 43. repite la misma razon que se ha indicado, y añade otra, ibi: *Ab aliis vero extraneis, qui non ita habent præsumptionem pro se, repetentur; cum in eis contrarium jure cautum non inveniatur.* En esta última cláusula está la nueva causa que añade este sabio autor, reducida en substancia á decir que los hijos y descendientes no restituyen el importe de los alimentos recibidos con estos títulos, aunque se convenzan en el juicio de supuestos y falsos, por no estar prevenida esta restitucion en las leyes que hablan de los hijos y descendientes; y que los extraños no tienen á favor de

su libertad iguales disposiciones; de manera que no se atreve á decir que existe algun derecho que imponga á los extraños, que recibieron alimentos, obligacion de restituirlos, siendo vencidos en el juicio principal.

74 En el mismo *n. 43. vers. Sed quamvis*, hace el mismo autor una distincion de voces, cuyo efecto no se podrá percibir fácilmente; pues supone que el hijo que está en la cuasi posesion de esta calidad, y que por ella recibe alimentos, pendiente el pleito, no está obligado á restituirlos, aunque sea convencido despues, que es su propia opinion, siguiendo en esto la del señor Covarrubias. De este antecedente saca dos consecuencias: la primera que no se les debe obligar á dar fianzas para la precisa restitucion de los alimentos en el caso de ser vencidos en la causa, ibi: *Injustum videtur eum compellere ad præstandam satisfactionem quod si in causa succubuerit, alimenta præcise restituet*: la segunda se reduce á que debe dar caucion de restituir los alimentos, en cuanto por derecho esté obligado á hacerlo, ibi: *Ideoque juri, ac rationi magis consonum videtur, quod præstetur cautio, quod si in causa succubuerit agens, cui alimenta præstantur, ea restituet, quatenus de jure ad id ipsum adstrictum esse compertum fuerit*.

75 Cuando el señor Covarrubias trata en el citado *n. 7.* de la necesidad de que los que reciben alimentos, pendiente el pleito, den fianzas de restituirlos en el caso de ser vencidos, motiva su opinion en que por este medio se contendrán los pobres para no litigar incautamente y con temeridad al abrigo de la esperanza de recibir alimentos y litis expensas mientras se halle pendiente el pleito, estando seguros por otra parte de que por su pobreza no podrán restituirlos, aunque hayan litigado con calumnia, y sean por esta razon vencidos.

76 Este fundamento es comun á los extraños, hijos y descendientes, porque unos y otros podrán tomar con temeridad y de mala fe los títulos que se aparentan para obtener los alimentos y litis expensas; y aunque hayan logrado

darles algun colorido suficiente á que el juez los mande socorrer con estos auxilios, si en el progreso del juicio se descubre y convence haberlo hecho con dolo y calumnia, serán unos y otros igualmente responsables á restituir lo que hayan percibido; pero como puede perderse un pleito por no probar cumplidamente su derecho, aunque la parte tuviese buena fe, este es el punto preciso de la cuestion; y en él no se descubre razon sólida en que pueda fundarse la diferencia indicada por los referidos autores.

77 Yo percibia otra causa al parecer mas poderosa, para que todos los que con cualquier motivo recibiesen alimentos, siendo vencidos en la causa, los restituyesen; y consiste en que los alimentos son unas impensas necesarias para conservar al hombre, y las mismas que necesariamente hubiera hecho por otro medio gravoso y de responsabilidad, si no las hubiera recibido del reo que trajo al juicio; y en este supuesto le competia una accion de *in rem vers.*, que es la mayor preferencia.

78 Estos alimentos provisionales se dan con ligeras pruebas por las indicadas causas de ser hijos, descendientes, ó extraños con buen derecho á los bienes que solicitan, concurriendo ademas la pobreza de los actores; y faltando estas causas entra de lleno la condicion, *ob causam datam, causa non sequuta*; viniendo tambien á tener lugar la condicion *indebiti per errorem soluti*. Porque á la verdad, ¿qué mayor error que mandar contribuir con alimentos al que se tenia por hijo y no lo era, y al que se estimaba con buen derecho á los bienes que pretendia, faltándole ciertamente estas circunstancias en el concepto de las leyes, aunque por algun tiempo se equivocase el juez para mandárselos dar?

79 Sin embargo de estas nuevas consideraciones, y de las que motivan los autores citados para estimar en los extraños la obligacion de restituir el importe de los alimentos, que recibieron pendiente el pleito, en el caso de ser vencidos en el juicio principal, procede la opinion contraria auxiliada de los autores que se han referido tambien,

cuyos fundamentos se examinarán con el mas exacto discernimiento, para demostrar; si es posible, el valor de una y otra.

80 Todos estos autores niegan la singularidad que se quiere atribuir á los hijos y descendientes, para libertarlos de la restitucion, limitando á ellos solos las leyes que no se la imponen. Este es el principal fundamento de la referida opinion, y como en la opuesta no se descubre motivo de especialidad en el punto de la restitucion de alimentos, las razones generales inclinan á comprender á unos y á otros en igual libertad de no restituirlos.

81 Yo añadiría para mayor claridad de esta segunda opinion que su principal fundamento consiste en la cuasi posesion en que estaban cuando se empezó el pleito, ó en la que fueron puestos por sentencia provisional del juez de percibir sus alimentos; y que por efecto de esta posesion justa y legitima, pues se autorizó por el juez de la causa, se consumaba y acababa en cada dia la obligacion alimentaria de parte del reo, y la accion del que los recibia; en cuyo supuesto, que parece notorio, entran las reglas que disponen y establecen que aunque posteriormente se descubriese y verificase la falta de aquella causa primitiva, no se invierte ni altera el justo título, ni se cae en la responsabilidad que no tenian en aquellos principios. Así lo declara el *capit. 73. de Regul. jur. in Sext. Factum legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari*. Lo mismo se dispone en la *ley 85. ff. de Regul. jur. §. 1. Non est novum, ut que semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non poterunt*.

82 En confirmacion de este pensamiento viene oportunamente la decision del *cap. 19. ext. de Jur. patron.*; por la cual se autoriza la presentacion del que estaba en posesion del patronato, aunque en realidad no lo fuese, y se declarase así en el juicio de propiedad: porque el fruto de la presentacion fué cogido y consumido con buena fe y justo título; y aunque este se

deshiciese por la sentencia posterior de propiedad, no influye defecto alguno en el fruto consumido de la presentacion.

83 Al mismo intento conduce la *ley 5. tit. 19. lib. 4. de la Recop.* (*Ley 6. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Rec.*) por la cual se ejecuta la sentencia de tenuta en los bienes de mayorazgo, y en los frutos que hasta entonces han producido sin obligacion de restituirlos, aunque el poseedor sea vencido en la propiedad.

84 Así la sentencia dada en las tenutas como la respectiva á favor del que está en posesion del patronato, se fundan en la causa de considerarse los poseedores por una presuncion legal legitimos sucesores en su propiedad; y aunque falte esta causa, y se descubra por las sentencias posteriores que en realidad y por derecho no existia, ni existió en tiempo alguno, no se revocan los efectos que se consumieron legitimamente en aquellos tiempos.

85 De estos antecedentes se deduce la mas cabal satisfaccion á las dos observaciones que se hicieron á favor de la opinion primera, porque es cierto que en el tiempo en que se dieron los alimentos existia legalmente la causa en que se motivaron, y eran tenidos por verdaderos acreedores, y así no pueden repetirse por la condicion *ob causam datam, causa non sequuta*, ni por la de *indebiti per errorem soluti*.

86 Últimamente por esta segunda opinion se evita un grave daño que padecerian los alimentarios sin embargo de su posesion y buena fe, si se observase la primera; pues habiendo recibido menudamente y en pequeñas partes sus alimentos, tendrian que restituir de una vez el todo de ellos, que ascenderia á grandes sumas, haciendo mas penosa y dificil su paga.

87 Este inconveniente se consideró en las imposiciones y redenciones de los censos, para no permitir que las cantidades recibidas de una vez se redimiesen en pequeñas partidas, estimando algunos que debia hacerse de todo el capital, ó á lo menos de porciones que pudieran imponerse útilmente por los acreedores; y así se observa en los tribunales, siguiendo la

doctrina de Rodrig. de *Ann. redditib. lib. 1. q. 18. n. 31.*

88 Reuniendo por conclusion de este capitulo las ejecuciones de las sentencias en las clases que se han referido, es consiguiente tratar por su orden de las personas, que pueden y deben ejecutarlas, y asimismo del método que han de observar en su conocimiento, con respecto á las instancias, excepciones y recursos que promuevan las partes. De uno y otro se tratará separadamente en los dos capítulos próximos.

CAPÍTULO XII.

El juez de primera instancia debe ejecutar las sentencias que pasaren en autoridad de cosa juzgada.

1 Varias son las causas y razones por las cuales reciben las sentencias la autoridad permanente de cosa juzgada: como si los litigantes consienten expresamente la que es dada por el juez de primera instancia: si lo hacen por un reconocimiento tácito de su justicia, no apelando en el término que señalan las leyes: si aunque la interpongan, y les sea admitida, no la mejoran en el que les concede el juez, ó señalan en su defecto las leyes; y últimamente si mejorada ante el superior, la desamparan por no presentar el proceso en tiempo competente, ó no la continúan, dando justa causa á que se estime y declare por desierta, sin entrar el superior en el conocimiento del negocio principal.

2 De todos estos medios traté con extension explicando sus fundamentos en los capítulos cuarto y quinto de esta parte segunda, concluyendo con la demostracion de que la sentencia dada por el juez de la primera instancia queda firme, y su ejecucion corresponde privativamente al mismo juez que la dió.

3 Cuando se continúa la apelacion por todos sus términos y grados, y determinan las causas con sus respectivas sentencias, los jueces superiores, formando el número de tres conformes, que es la regla comun en que consiste la cosa juzgada, ó por solas dos sen-

tencias en los casos particulares que explican y señalan las leyes, de que tambien se ha hecho mencion en diferentes partes de estas *Instituciones*, señaladamente en el capítulo cuarto de esta segunda parte; entra la duda y competencia sobre el juez que ha de ejecutar la cosa juzgada, si el de primera instancia, ó el último que causó la ejecutoria. Estos son los términos propios de esta cuestion, y no entran en ella los demas casos que se han referido al principio de este capitulo, convenciéndose por este orden sencillo que no estan considerados con propiedad en la clase de limitaciones ó excepciones de la regla indicada por el señor Salgado de *Regia protect. part. 2. cap. 29. n. 31.* y *Scacia de Appellat. q. 11. art. 7. n. 166.*

4 La conclusion, que se propone en el epigrafe de este capitulo, se probará por dos medios, uno de razon, y otro de autoridad. Para el primer medio se supone que todas las leyes y los cánones miran como causa primitiva en la ordenacion, decision y ejecucion de los pleitos el interes público de que se eviten ó acaben con la brevedad posible á menos costa y trabajo de las partes. Esta es una proposicion de notoria verdad, calificada con las leyes que tantas veces se han repetido en estas *Instituciones*, así en los principios como en el progreso, determinacion y ejecucion de las causas.

5 El que pide y demanda sus derechos, debe hacerlo necesariamente ante el juez del reo, prefiriendo en las causas civiles el de su domicilio: porque si confiesa en su contestacion la deuda y obligacion que pretende el actor, queda mas expedita la ejecucion y cumplimiento, pues el reo tiene mas á mano dentro de su casa los medios de satisfacerla, y logra al mismo tiempo el actor el fin de sus deseos, excusándose uno y otro de dilaciones y gastos: si niega la demanda, ó pone excepciones que la elidan, modifiquen, ó dilaten su curso, probará mas fácilmente su intencion; y si no lo hiciese en suficiente forma, será tambien mas pronta la ejecucion de la sentencia por el mismo juez ordinario de la causa.

6 Estas son las principales razones que consideraron los derechos para no sacar á los demandados del fuero de su domicilio, como se expresa y dispone en la *ley 32. tit. 2. Part. 3. ley 21. tit. 5. lib. 2. de la Recop. ley 2. Cod. de jurisdic. omn. judic. cap. 8. ext. de Foro comp.*

7 El domicilio que se causa y radica en el lugar donde existen y se administran los bienes (ya pertenezcan al público ó á particulares), para dar en él la cuenta y razon, y que conozca de sus partidas, agravios y liquidaciones el juez ordinario de aquel lugar, es mas poderoso que el mismo fuero del domicilio, y excluye el que pudiera tener el administrador, ó el que demanda á este como persona miserable, para avocar á la curia real el conocimiento de estas causas; ni tampoco aprovecha á los labradores el general que gozan para no ser extraidos fuera de su domicilio.

8 La fuerza de esta disposicion consiste en que allí donde se administran los bienes se pueden justificar mas fácilmente los fraudes con que haya procedido el administrador, y la buena fe y exacta diligencia en el cumplimiento de su encargo, haciéndose mas expedito y seguro el conocimiento de semejantes causas, y de menos costo á las partes la ejecucion de la sentencia que se diere. Así se expresa en las *leyes 1. y 2. Cod. Ubi de ratiociniis*, concluyendo con la cláusula siguiente: *In quo, et instructio sufficiens, et nota testimonia, et verissima possunt documenta præstari.* Lo mismo se dispone en la *ley 32. tit. 2. Part. 3.*, en la *limitacion 14. ley 11. tit. 14. libro 9. de la Recop.*, cuyas disposiciones siguen con uniformidad los autores, señaladamente Escob. de *Ratiocin. cap. 7.*, Covarrub. *Practicar. cap. 10. n. 4. vers. 4.*: Carleval de *Judiciis titulo 1. disput. 2. n. 168. 651. y 1141.*

9 Por la misma razon de ser mas fácil probar los delitos en el lugar donde se cometen, y mas conveniente á la justicia y al interes de la causa pública ejecutar allí la sentencia en que fueron condenados sus autores, hacen las leyes mas poderoso y prefe-

rente este fuero, de que trata largamente Carlev. de *Judiciis tit. 1. diput. 2. q. 7.*

10 Si en el principio de las causas, así civiles como criminales, se mueven las leyes á preferir para su conocimiento al juez, que mas fácilmente y con menos daño de las partes puede acabarlas, la misma razon general observan en todo su curso, no solo por el que tienen en las apelaciones, sino tambien en el término de su ejecucion, que es el punto que por estos medios se puede demostrar para radicar y hacer privativa de los jueces de primera instancia la ejecucion de las sentencias que dieren los superiores por via de apelacion ó por cualquiera otro recurso.

11 Las apelaciones, aunque son tan recomendables por lo que tocan á la natural defensa de los que litigan, deben ser llevadas precisamente ante los jueces superiores inmediatos sin invertir el orden, ni omitir los medios de su graduacion, como se dispone en la *ley 18. tit. 23. Part. 3.*, y en el *capítulo 66. ext. de Appellationib.*, cuya observancia recomendó muy estrechamente el Consejo en su carta circular de 26 de Noviembre de 1767 al número 11.; y aunque en estas disposiciones tienen los jueces superiores algun interes por su jurisdiccion, y por el honor que les es debido, el principal consiste en el que logra la causa pública por la brevedad de los recursos con menos dispendio de las partes, que es lo que siempre se busca.

12 Por los mismos respectos de utilidad pública, brevedad y fácil expedicion de las causas, á menos costa de los que litigan, dispone la *ley 5. tit. 1. lib. 4.* (Ley 5. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.) que los jueces eclesiásticos no citen á los legos para la cabeza del obispado habiendo otros jueces inferiores; y en el *auto acord. 1. tit. 2. lib. 3.*, se encarga al obispo de Tarazona ponga en los lugares que hay de su obispado en estos reinos, vicario que conozca entre los vecinos y naturales de ellos.

13 En las comisiones que se dieron para conocer de las causas fuera de la