

APROXIMACIÓN A LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS DERIVADA DE UNA RELACIÓN DE PARENTESCO*

Juan Miguel Alburquerque

1.- PERSPECTIVAS ETIMOLÓGICAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES ACERCA DE LOS TÉRMINOS *ALIMENTA ET VICTUS*.

Al hilo de nuestros planteamientos precedentes¹, representa ahora un interés especial el análisis, aunque sea de forma sumaria, de las previsiones jurisprudenciales en relación a la idea y contenido de alimentos. El reconocimiento de nuestra institución sobre la prestación de alimentos derivados de una relación de parentesco, como ya hemos señalado, ha ido evolucionando muy lentamente; no obstante, nos ha permitido captar la probable fundamentación y esencia de su proceso evolutivo, en la que se han visto afirmados y acentuados una serie de principios y costumbres tradicionales aparentemente dispersos (atenciones humanas, morales, connotaciones de la *naturalis ratio* que latían en el entramado familiar, ética tradicional de los *mores maiorum*², orientaciones tuitivas de la patria potestad, *iudicium domesticum* –institución que equilibraba el poder paterno- y desautorización de la nota censoria de los abusos cometidos por el *paterfamilias*, *ius naturale*, protección y asistencia, subsistencia y desarrollo de la familia en el marco de los principios propios de la *aequitas*³ –*humanitas, benignitas, pietas*-, deber

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Coordinado de Investigación (M.E.C.) “*La reforma en curso de la Jurisdicción Voluntaria: perspectiva histórica, regulación vigente y propuestas de futuro*”, dirigido por el profesor Dr. Antonio Fernández De Buján, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid. Aquí se ha tomado como base referencial un resumen de la Ponencia presentada en el *I Conventus Cordubensis Romani Iuris*: Investigaciones Científicas en Curso, con el título “*Derecho de alimentos entre parientes*”. Celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, entre los días 14,15 y 16 de Abril de 2005.

1 Alburquerque J.M., *Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano* (I), en RGDR 3 (Madrid, Dic. 2004).

2 Cfr. A. d’Ors, *Elementos de derecho privado romano*, 3ª edición Pamplona 1992, pp. 50. (Sobre este insigne romanista cfr. *Estudios de Derecho Romano en Honor de Álvaro d’Ors*, 2 vol. Univ. Navarra, Pamplona 1987; Álvaro d’Ors, *in memoriam*: Rafael Domingo. Carta (póstuma) a Don Álvaro d’Ors: Amelia Castresana. RGDR. 2 (www.iustel.com Madrid 2004); Domingo R., *Alvaro d’Ors (1915-2004)*, Juristas Universales, Madrid-Barcelona 2004, vol. IV, pp. 662 y ss.). Cfr. Fernández de Buján A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 7ª ed., Madrid 2004, pp. 329 y ss.

3 Fernández De Buján A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 8ª ed., cit. pp. 343 y ss. Cfr. Alburquerque J.M., Rec. 6ª y 7ª ed. cit., en RGDR 1 y 3, respectivamente, Madrid 2004, pp. 1 y ss. Como ideal de justicia, escribe Fernández de Buján A., “es la aspiración de toda norma jurídica (...); a la equidad se invoca frecuentemente cuando se introduce por el pretor una interpretación más ajustada a la realidad, a la conciencia social, a las circunstancias que concurren en un caso o a la ausencia de regulación (...)”. Asimismo, prosigue el autor, “a fines de la época clásica, la voz *aequitas*, toma un nuevo significado, más próximo a términos como *humanitas, benignitas, pietas*, en el sentido de que es necesario suavizar el excesivo rigor en la interpretación y aplicación del derecho”.

moral⁴ que se va transformando en jurídico⁵, legislación imperial progresista en defensa de los hijos maltratados, *liberalitas, honestas, clementia, indulgentia, moderatio*, misericordia, favorecer el interés público, perspectiva cristiana), si bien, incidían claramente en la necesidad de resolver una amplia realidad visible desde los primeros momentos. Perspectivas citadas que encuentran fiel acogida en la regulación justiniana⁶ y las legislaciones intermedias, hasta los ordenamientos actuales más impregnados de fundamentación romana.

Si, en mi opinión, se trata de una serie de datos sobre los aspectos más influyentes en la vertebración de esta institución, que hacen innecesario buscar otras justificaciones acerca de las fundamentaciones sobre la prestación de alimentos derivados de una relación de parentesco, con menor razón todavía se debe pensar, al menos bajo el perfil expositivo, que estos modos antiguos de proceder, impregnados de tales valoraciones, no tendieran siempre a concretar y delimitar el contenido de los alimentos –en el propio marco de las corrientes sociales y su evolución– para dar satisfacción a una demanda tan creciente. (Y probablemente con una aceptación cronológica previa a los textos que conocemos, según parece por nuestras deducciones e indicios acumulados).

4 Cfr., entre otros, Alburquerque J.M., *Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano* (I), en RGDR 3 (Madrid, Dic. 2004).

5 Fernández De Buján, F. *La vida, principio rector del derecho*, Madrid 1999, p. 157. “Se puede constatar que el derecho no puede sustraerse a esa tendencia natural que es la protección, conservación y defensa de la vida humana”. En relación a las relaciones paterno filiales, y los principios reguladores de las mismas, no es de extrañar que se piense: *patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*.

6 Cfr. Coma Fort J. M., *Justiniano (Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus) (482-565 d.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 226 y ss.; Honoré T., *Domicio Ulpiano (Domitius Ulpianus) (ca. 170-223/224 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 208 y ss. (En el título III, del libro 25 del Digesto –Sobre los descendientes, ascendientes, patronos y libertos que deben ser reconocidos, y sobre los alimentos que se les deben– Ulpiano hace continuas remisiones a las afirmaciones de otros juristas, entre los que cabría destacar a Juliano (el más nombrado) y Sexto Cecilio Africano. Asimismo, en el mismo título referido aparecen fragmentos de Modestino, Marcelo y Paulo). Véase Liebs D., *Salvio Juliano (Salvius Iulianus) (ca. 105 – 170 d.C.)*, vol. I, pp. 172 y ss. (Cabría recordar con Liebs D., que fue el jurista de mayor prestigio de la denominada etapa clásica alta de la jurisprudencia romana y que su formación jurídica fue completada con el conocimiento de la filosofía estoica y de la lógica); Rodríguez Ennes L., *Sexto Cecilio Africano (Sextus Caecilius Africanus) (ca. 120 d.C. – ca. 175 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 176 (fue discípulo de Salvio Juliano, pero como escribe Rodríguez Ennes L., “No se piense, sin embargo, que Africano se limitó a repetir la doctrina juliana, tal como coligió la opinión generalizada de fines del siglo XIX. Muy al contrario, las investigaciones más modernas han permitido reivindicar la originalidad de Africano respecto de Juliano”; Id. *Algunas precisiones en punto a la vida y obra de Sexto Cecilio Africano*, en IURA. 50 (1999) pp. 199 y ss.; A. d’Ors, *Las <<Quaestiones>> de Africano*. Roma 1997, pp. 9 y ss.; Murga J.L., Serrano Vicente M., *Julio Paulo (Iulius Paulus) (ca. 160-III d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 204 y ss.; Gómez Iglesias A., *Herennio Modestino (Herennius Modestinus) (ca. 185 –s. III d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 214 y ss. (Discípulo de Ulpiano y se le recuerda como el último de los juristas clásicos. En palabras de Gómez Iglesias A., “puente de transición entre su genial actividad creadora y la pobre exposición de reglas y distinciones, destinadas a la práctica, de las escuelas posteriores”. Cfr. en general, Francisco J. Andrés, *Aulo Ofilio (Aulus Ofilius) (ca. 80 a.C. – s. I a.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 141 y ss.; Guarino A., *I libri iuris partiti di Ofilio*, en *Iurisprudentia Universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly* (Colonia, Weimar, Viena, 2002) pp. 255 y ss.; Cuena F., *Publio Mucio Escévola (Publius Mucius Scevola) (ca. 180 – ca.115)*, vol. I, op. cit. pp. 115 y ss.; Fernández De Buján A., *Quinto Mucio Escévola el Pontífice (Quintus Mucius Scevola Pontifex) (140-82 a.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 117; Cuena F., *Marco Antistio Labeón (Marcus Antistius Labeo) (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 145 y ss.; Varela E., *Masurio Sabino (Masurius Sabinus) (ca. 15 a.C. – s. I d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 152; González Bustelo A., *Cayo Casio Longino (Caius Cassius Longinus) (ca. 10 a.C. – 69/70 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 157 y ss.; Paricio J., *Sempronio Próculo (Sempronius Proculus) (ca. 10/5 a.C. – ca. 70 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 159 y ss.; Linares J.L., *Sexto Pomponio (Sextus Pomponius) (s. II d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 175 y ss.; Liebs D., *Gayo (Gaius) (ca. 120 – ca. 180)*, vol. I, op. cit. pp. 179; Francisco J. Andrés, *Elio Marciano (Aelius Marcianus) (ca. 180 – 235)*, vol. I, op. cit. pp. 211 y ss. (Sobre Marcianus cfr., asimismo, Fernández De Buján, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano* (prologado por M. Amelotti), Madrid 1986; Id. *La jurisdicción Voluntaria*. (Madrid 2001); Fuenteseca M., *Javoleno Prisco (C. Octavius Tadius Tossianus Lucius Javolenus Priscus) (ca. 49 – ca. 140 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 162 y ss.; García Garrido M.J., *Similitudines e mase bluhmiane*, en *Orbis Iuris Romani* 4 (1998) pp. 157 y ss.;

Como el mismo Paulo dice en sentido amplio, este derecho (de alimentos) se declara en muchas constituciones imperiales: *...idque ius ita plurimis Principum Constitutionibus manifestatur* (Paul. libro singulari de iure patronatu, D. 25,3,9)⁷.

Paulo⁸, heredero del pensamiento y la tradición de los más ilustres juristas que le precedieron, llegaba a decir que se entiende que mata, no sólo el que ahoga al recién nacido, sino también el que lo expone, el que deniega los alimentos y el que lo entrega a las casa de misericordia, de una misericordia que él no tiene:

D. 25, 3, 4 (Paulus, libro II Sententiarum): *Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.*

El carácter particular de la problemática relativa a la relación sustancial de los términos que nos ocupan (*alimenta et victus*) parece que no ha representado, para muchos estudiosos, un motivo de especial atención. Probablemente, ante la necesidad de dar una respuesta decisiva a la vertebración de la institución respecto a los sujetos que pueden o deben participar de esta institución a lo largo de su evolución histórica, se han visto obligados a obviar la relación, o diferencia –la mayoría destaca el doble sentido y analogía–, existente entre los términos empleados en las fuentes; pensando que, tanto unos términos como otros, sirven para determinar lo que representa en conjunto el sustento o la manutención. Lo que, en cierto modo, resulta lógico. Incluso, nosotros mismos podemos incurrir inconscientemente, en el desarrollo de nuestra investigación, en esta concepción extensiva o aparentemente evidente que nos induzca a evitar la probable delimitación.

Gayo⁹, no dudaba en destacar que la parte más importante de cada cosa era el principio: *et certe cuiusque rei potissima pars principium est*. Nosotros compartimos, plenamente, el sentido de esta afirmación, y, aunque sea de forma extremadamente sumaria, intentaremos extraer algunos datos que puedan persuadirnos de lo más esencial a este respecto.

Alimentar proviene del verbo latino *alere*, cuyo significado abarca a la idea de nutrir, sustentar, proveer alimentos (aprovisionar, abastecer). Este es el sentido que permanece en las fuentes, tanto jurídicas como literarias según afirma Wycisk F.,¹⁰ hasta, probablemente, principios de la época clásica, cuando el término adquiere otro significado. En estos momentos, el verbo *alere* no solamente viene a significar nutrir, proveer alimentos, sino que el concepto del término implica indudablemente abastecer de todo lo

7 Aquí se refiere Paulo al derecho de alimentos que se puede generar en las relaciones entre patronos y los hijos de los patronos con los libertos; por tanto, con mayor razón, realizamos una probable extensión a las derivadas de las relaciones de parentesco: *In bonis superstitum libertorum nullum omnino ius patroni liberive patronorum habent, nisi si tam esse se infirmos tamque pauperes praesidibus probaverint, ut merito menstruis alimentis a libertis suis adiuvari debeant. idque ius ita plurimis Principum Constitutionibus manifestatur* (Paul. libro singulari de iure patronatu, D. 25,3,9).

8 Murga J.L., Serrano Vicente M., *Julio Paulo (Iulius Paulus) (ca. 160-III d.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 204 y ss. “Considerado una de las figuras centrales de la jurisprudencia clásica romana tardía”. A diferencia de los juristas anteriores, “su labor principal no consistió en la creación o desarrollo de instituciones jurídicas, sino en su sistematización y fundamentación”.

9 D. 1,2,1 (Gai. Ad leg. XII Tab.).Cfr. Liebs D., *Gayo (Gaius) (ca. 120 – ca. 180)*. Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 179; Id. *Gaius*, en HLL IV (Munich, 1997), & 426, pp. 188 y ss. Gayo, a pesar de ser un maestro dedicado a la enseñanza fundamentalmente, como escribe Liebs D., “la introducción que se nos conserva en D. 1,2,1 no muestra, sin embargo, que la obra perseguía un fin simplemente didáctico. Su aparición data de finales del gobierno del emperador Antonino Pio y de ella nos han transmitido los compiladores veinte breves fragmentos”.

10 Wycisk F., *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en RH 50, 1972, 206 y ss.

necesario para la vida. No debe circunscribirse por tanto a la simple alimentación como tal, sino que abarca tanto el sustento como el alojamiento, el lecho, etc¹¹. Apreciaciones que fueron captadas por los juristas en un momento determinado, aunque un tanto impreciso, de la evolución del concepto y que se plasmaron en los escritos de éstos.

En general, los estudios romanísticos en tema de alimentos han utilizado como guía el término aparentemente más usual empleado en las fuentes: *alimenta*. Y, posiblemente, los estudiosos no hayan sentido la necesidad de comparar algunos términos, también recogidos en las fuentes con menor frecuencia, como *alimonium* (-ii), *alimonia* (-ae), *exhibitio*, *sustentatio et victus*, porque el carácter fragmentario de los textos que dibujan el perfil de los términos parecen reflejar una idea bastante análoga. Si bien, al menos en la comparación de los términos *alimenta et victus*, no debe pasar desapercibido para nosotros, el hecho de que el análisis de los textos desconectado de su contexto específico, podría haber determinado una especie de desviación o equiparación del sentido real hacia horizontes posiblemente extraños al auténtico pensamiento jurídico. No obstante, en nuestra opinión, la identidad de contenido entre los dos términos (*alimenta et victus*), resulta poco cuestionable si nos ajustamos al tenor de las fuentes, como también ha puesto de relieve parte de la doctrina¹².

Esta fuente de inquietud se desprende también de muchas concepciones doctrinales, lo que ha provocado, en cierta medida, la falta de unanimidad de consenso, entre las cuales, podríamos recordar ahora la idea de Walther G.¹³, en la que se destaca que *victus* tiene un significado similar a *alimenta*, aunque en cierto modo parece más amplio, es decir, comprendiendo en general todo lo necesario para la vida. Así pues, este autor, parece más centrado en la idea que puede extraerse del conocido fragmento del maestro de Salvio Juliano¹⁴, Javoleno:

D. 34,1,6 (*Iavolenus*¹⁵, libro II *ex Cassio*): *Legatis alimentis cibaria et vestitus*¹⁶ *et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur.*

Los receptáculos de duda que aparecen diseminados en las fuentes permiten a Heimbach¹⁷ destacar que en el concepto de *victus*, además de los gastos alimenticios necesarios para la vida (lo necesario para comer, beber, vestirse y demás atenciones de

11 Cfr. Wycisk F., *Zagadnien alimentacji w rzymskim prawie klasycznym* (Problemas de alimentación en derecho romano clásico), en *Annales de Théol. Et droit canon de l'université Cath. Lublin*, XVII, 1970, 5, pp. 59 y ss.; Heumann – Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, s.v. *alere*. Véase también, *Voc.Iur.Rom*, I, p. 39.

12 Cfr. Wycisk F., *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en *RH* 50, 1972, 206 y ss.; Walther G., *Bedeutung und Umfang des Wortes alimenta nach heutigem römischem Rechte*, en *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, XX, 1844, pp. 347 y ss.

13 Walther G., *Bedeutung und Umfang des Wortes alimenta nach heutigem römischem Rechte*, en *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, XX, 1844, pp. 347 y ss. Cfr. Glück F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ain Commentar von*, Erlangen, 1869, XXVIII, pp. 52 y ss.

14 Liebs D., *Salvio Juliano (Salvius Iulianus) (ca. 105 – 170 d.C.)*, *Juristas Universales*, vol. I, pp.172 y ss.

15 Fuenteseca M., *Javoleno Prisco (C. Octavius Tadius Tossianus Lucius Iavolenus Priscus) (ca. 49 –ca. 140 d.C.)*, *Juristas Universales*, vol. I, op. cit. pp. 162 y ss.; García Garrido M.J., *Similitudines e mase bluhmiane*, en *Orbis Iuris Romani* 4 (1998) pp. 157 y ss.

16 Labeón afirma que el vestido entra en la idea de *victus*. Cfr. D. 50,16, 43 *in fine* (*Ulp. LVIII ed.*).

17 Heimbach, *Alimente*, *Rechtslexikon von Weiske J. für Juristen alter deutschen Staaten*, I, Leipzig, 1839, pp. 185 y ss. Sobre los hermanos Heimbach, Karl Wilhelm Ernst (1803-1865), y Gustav Ernst Heimbach (1810-1851), ambos juristas y eruditos, cfr. Francisco J. Andrés, *Juristas Universales*, op. cit. pp. 173 y ss., y 237 y ss., respectivamente.

la persona), se comprenden también los gastos que se generan en los supuestos de enfermedad. Es decir, todo lo que se necesita para la curación del cuerpo. Podríamos advertir que esta afirmación se encuentra más en consonancia, por tanto, con lo establecido en los siguientes textos:

D. 50,16,43 (*Ulpianus*¹⁸, libro LVIII *ad edictum*): *Verbo victus continentur; quae esui potuique cultuique corporis quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. vestem quoque victus habere vicem Labeo ait.*

D. 50,16,44 (*Gaius*, libro XXII *ad edictum provinciale*): *et cetera, quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur.*

En efecto, el pensamiento de Heimbach a este respecto resulta lineal a los fragmentos transcritos, si bien, muestra una tendencia a considerar los términos *alimenta* y *victus* bien diferenciados. Lo que para este autor equivaldría a decir que los gastos de tratamiento en los casos de enfermedad estarían incluidos en el concepto *victus*, aspecto que no puede predicarse a propósito del término *alimenta*.

La relación de interdependencia entre los verbos *vivere* (= *victus*) y *alere* (= *alimentum*), parece evidente. *Alere*, podría significar dar a alguien los víveres necesarios para su propio sustento y mantenimiento de la vida. *Vivere* indica vivir. Los alimentos vendrían a indicar los medios para vivir; y *victus*, podría referirse más bien al efecto que produce sobre el modo o manera de vida. Según Walther G.,¹⁹ estos dos términos están en una relación de causa efecto. En este sentido, Wycisk F.,²⁰ parafraseando a Walther, utiliza dos términos bastante gráficos para transmitir la idea: *Lebensmittel* (alimentos, productos alimenticios, comestibles), y *Lebensart* (manera o modo de vivir).

A nuestro juicio, no hay grandes motivos para dudar de la sinonimia sustancial existente entre los términos que estamos analizando (*alimenta* – *victus*), según se desprende de la mayoría de las aportaciones de los juristas. La similitud de contenido y el paralelismo evolutivo de ambos conceptos demuestran una tendencia plenamente equiparable. Como es sabido, la utilización originaria de estas expresiones parecía centrarse fundamentalmente en la idea de alimentación, sustento y nutrición, observándose, asimismo, en la jurisprudencia clásica, una ampliación de sus contenidos más detallada (si bien, no deberíamos pensar que la falta de pormenorización inicial no implicará en la práctica una extensión directa, o como efecto reflejo, ante unas necesidades tan evidentes). Ya no se indica con estas frases, exclusivamente, la aportación de alimentos con la idea de nutrición, sino que también abarca a todo lo necesario para la vida, es decir, incluyendo lo necesario para comer, vestir, beber, en definitiva, el conjunto de vituallas necesarias para el sustento en general.

Una posición análoga a la planteada podría deducirse claramente, por ejemplo, de los testimonios siguientes²¹:

18 Honoré T., *Domicio Ulpiano (Domitius Ulpianus) (ca. 170-223/224 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 208 y ss.

19 Walther G., *Bedeutung und Umfang des Wortes alimenta nach heutigem römischem Rechte*, en *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, XX, 1844, pp. 347 y ss. Cfr. Forcellini Ae., *Lexicon totius latinitatis*, IV, Patavii, 1940, s.v. *alimentum*, y s.v. *victus*. (rist. Bononiae, 1965).

20 Wycisk F., *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en RH 50, 1972, p. 212.

21 Entre los primeros autores que expresan el significado más primitivo de alimentos (alimentar, sustentar o nutrir) cabría recordar a Dionisio de Halicarnaso, Ant. rom. 3,22,10; 2,15,2. En relación a la ampliación del significado más clásico, es decir, lo necesario para la vida, véase Forcellini Ae., *Lexicon totius latinitatis*, I, Patavi, 1940, s.v. *alimentum*.; Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10 ed., Graz 1958, en relación a *alimentum*, en cuya referencia se propone tanto la comida, como la bebida, el vestuario y el aposento o habitación.

D. 34,1,6 (*Iavolenus*, libro II ex *Cassio*): *Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debetur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur.*

D. 34,1,4 (*Modestinus*²², libro X *responsorum*): *...(cibarii et vestiarii): quaero, quam habeant significationem, utrum ut ex praediis alimenta ipsi capiant an vero ut praeter praedia et cibaria et vestitaria ab herede percipiant?.*

D. 34,1,12 (*Paulus*, libro XIV *responsorum*): *Lucius Titius libertis suis cibaria et vestitaria annua certorum nummorum reliquit et posteriore parte testamenti ita cavuit: obligatos eis ob causam fideicommissi fundos meos illum et illum, ut ex reditu eorum alimenta supra scripta percipiant. quaesitum est, an, si quando minores reditus pervenerint, quam est quantitas cibariorum et vestiariorum, heredes ad supplendam eam onerari non debeant, vel, si alio anno excesserint, an supplendum sit, quod superiore anno minus perceperint. Paulus respondit cibaria et vestitaria libertis defuncti integra deberi, neque ex eo, quod postea praedia his pignoris iure testator obligare voluit, ut ex reditu eorum alimenta perciperent, minuisse eum vel auxisse ea quae reliquerat videri.*

D. 35,1,84 (*Paulus*, libro XIV *responsorum*): *Illis libertis alimentorum nomine, si cum filio meo morati fuerint, menstruos denarios centenos et vestitaria dari volo. liberti in obsequio fuerunt, quamdiu adulescens ad militiam promoveretur: qua causa effectum est, ut quibusdam Romae relictis proficisceretur; et apud castra defunctus est: quaesitum est, an ab heredibus eius alimenta debeantur. Paulus respondit condicionem quidem in persona libertorum, qui cum filio defuncti morati sunt aut per eos non stetit, quo minus morarentur; mortuo filio testatoris defecisse non videri. sed si testator propter filii utilitatem his, qui cum eo morati fuissent, alimenta praestare voluit, contra voluntatem defuncti petentes audiri non oportere.*

D. 34,1,20,1 (*Scaevola*²³, libro III *responsorum*): *Item cum alimenta libertis utriusque sexus reliquerit a re publica et ex praediis, quae ei legavit, dari*

22 Cfr. Gómez Iglesias A., *Herennio Modestino (Herennius Modestinus) (ca. 185 –s. III d.C.)*, *Juristas Universales*, vol. I, op. cit. pp. 214 y ss. (Discipulo de Ulpiano y se le recuerda como el último de los juristas clásicos); Adame J., *Modestino respuestas. Libros I a XIX*, México 1987 (especialmente, D. 3,5,26,1 (p. 5); D. 25,3,7 (p. 14); D. 34,1,4 (p. 27); D. 34,1,5 (p. 31). D. 3,5,26,1: *Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi*; D. 25,3,7: *Si neget qui maritus fuisse dicitur matrimonium esse contractum eo, quod eam quae se uxorem fuisse dici ancillam esse probare paratus sit, alimenta quidem liberis praestare interim compellendum, si autem constiterit eam servam fuisse, nihil ei, qui pascendos curavit, ex hoc praeiudicium generare respondi*; D. 34,1,4 pr. (*Modestinus*, libro X *Responsorum*): *Libertis libertabusque meis, quos vivens in testamento et codicillis manumisi, vel manumittam, dari volo vea praedia, quae in Chio insula habio; ad hoc, ut, quaecunque vivente me acceperint, constituentur iis cibarii et vestiarii nomine; quaero, quam habeant significationem, utrum ut ex praediis alimenta ipsi capiant, an vero ut praeter praedia, et cibaria, et vestitaria ab herede percipiant? et utrum proprietas, an ususfructus relictus est? et si proprietatis relicta sit, aliquid tamen superfluum inveniatur in rebus, quam est in quantitate cibariorum et vestiariorum, an ad heredem patronae pertinet? et si mortui aliqui ex libertis sint, an pars eorum ad fideicommissarios superstites pertinet? et an die cedente fideicommissi morientium libertorum portiones ad heredes eorum, an testatoris decurrant? Modestinus respondit: videntur mihi ipsa praedia esse libertis relicta, ut pleno dominio haec habeant, et non per solum usum fructum; et idio et si quid superfluum in rebus, quam in cibariis erit, hoc ad libertos pertineat. Sed etsi decesserit fideicommissarius ante diem fideicommissi cedentem, pars eius ad ceteros fideicommissarios pertinet; post diem autem cedentem si qui mortui sint, ad suos heredes haec transmittit*; D. 34, 1,5: (*Modestinus*, libro XI *Responsorum*): *Verba testamenti: omnibus libertis nostris cibaria praestabitis pro arbitrio vestro, non ignorantes, quod ex his caros habuerim, item alio loco: Prothymum Polychronium Hypatium commendo: ut et vobiscum sint ea cibaria praestitis, peto. quaero, an omnibus cibaria debent dari an his quos commendavit et cum heredibus esse iussit? Modestinus respondit omnibus liberti cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio statuendum esse.*

23 Fernández De Buján A., *Quinto Mucio Escévola el Pontífice (Quintus Mucius Scevola Pontifex) (140-82 a.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 117. A nuestros fines merece especial atención lo escrito por este autor en la semblanza de *Scevola*: “Quinto Mucio vivió una época de profundo cambio, en la que cumplió una función de compromiso, mediación o síntesis entre el viejo orden republicano y los nuevos ideales democráticos, cosmopolitas y helenizantes, en los diferentes campos del saber teórico y práctico”.

voluisset, quaero, Stichi contubernali et liberis utrum ab herede instituto an a re publica diaria et vestiaria, quae vivus dabat, praestari deberent. respondit posse benigna voluntatis interpretatione dici his quoque a re publica praestanda.

D. 34,1,20,3 (Scaevola, libro III *responsorum*): *Mater filio herede instituto per fideicommissum libertatem Pamphilo servo dedit: eidem cibarium nomine legavit quinos aureos et vestiarii in singulos annos quinquagenos, si cum filio eius moretur: quaero, filio defuncto an alimenta debentur. respondit si conditioni paruisset, deberi et post mortem.*

D. 34,1,18,5 (Scaevola, libro XX *digestorum*): *Cibaria et vestiaria per fideicommissum dederat et ita adiecerat: quos libertos meos, ubi corpus meum positum fuerit, ibi eos morari iubeo, ut per absentiam filiarum mearum ad sarcophagum meum memoriam meam quotannis celebrent. quaesitum est, uni ex libertis, qui a die mortis neque ad heredes accesserit neque ad sepulchrum morari voluerit, an alimenta praestanda sint. respondit non praestanda.*

D. 34,1,16,2 (Scaevola, libro XVIII *digestorum*): *Basilice libertae decem dedit, quam apud Epictetum et Callistum libertos esse voluit, ut, cum fuerit Basilice annorum viginti quinque, cum usuris quincuncibus restituerentur ita, ut ex usuris aleretur, prout aetatem ampliaverit: quaesitum est, an ex alio capite, quo generaliter libertis libertabusque cibaria et vestiaria et habitationem reliquit, etiam Basilice deberentur. respondit secundum ea quae proponerentur non deberi, nisi hoc quoque ei datum probaretur. Claudius: quia destinaverat alimentis eius usuras pecuniae, quas specialiter ei praelegaverat.*

D. 10,2,39,2 (Scaevola, libro I *responsorum*): *Servo libertatem dedit qui erat annorum quindecim, cum erit annorum triginta, eidem ex die mortis suae quoad viveret cibarium nomine denarios denos, vestiarii denarios viginti quinque praestari se velle significavit: quaesitum est, an utile esset cibarium et vestiariorum legatum, cum Stichus ante libertatis tempus decesserit, et an, si non est utile heres qui praestiterat a coherede repetere possit, apud quem morabatur. respondi non quidem debita fuisse, sed si id, quod datum est, in alimenta consumptum sit, repeti non posse.*

Si el sentido originario de *alimenta* en este contexto, hubiera sido realmente amplio y flexible, en el conjunto de situaciones que se pretendía resolver en la práctica habitual, a nuestro juicio, probablemente, los juristas posteriores no hubieran sentido la necesidad de pormenorizar o rellenar su contenido. A veces, como es sabido, esta tendencia detallada consigue un efecto contrario al pretendido, pues, en lugar de conseguir ampliar el abanico de posibilidades que afectan a su contenido, en el fondo cercenan el posible efecto generalizante original del término, especificándose exclusivamente los aspectos de acogida del mismo; si bien, no nos parece que éste haya sido el móvil del legislador, sino más bien al contrario.

En consonancia con la tendencia pormenorizadora del contenido de la expresión *alimenta*, se muestran también las apreciaciones de Ulpiano:

D. 37,9,1,19²⁴ (Ulpianus, libro XLI *ad edictum*): *Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non*

24 En este mismo título IX (*de ventre in possessionem mittendo et curatore eius*), del libro XXXVII del Digesto, Gayo, en el fragmento 5, hace referencia a la obligación que tiene el curador, en relación al que se encuentra en el claustro materno, de fijar los alimentos para la mujer. Aquí parece que Gayo presupone los diferentes matices que componen los alimentos en general. Piénsese que Gayo parece que extiende el contenido, aparentemente, más allá de las habituales previsiones jurisprudenciales (las cosas que se necesitan para proteger o cuidar nuestro cuerpo). Cfr. D. 50,16,44 (*Gaius*, libro XXII *ad edictum provinciale*).

possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris.

Volviendo al hilo conductor, cabría decir, sin embargo, que el espíritu de Ulpiano, con objeto de plasmar y constatar la extensión del sentido de *alere*, parece que no se aprecia tan justificado en el siguiente texto (D. 24,3,22,8), en el que simplemente amplía, aparentemente, su sentido; pero se advierte que no se esfuerza el jurista severiano en apuntar y reiterar esta fisonomía definitiva, sobre la suma de contenidos que representa hablar de alimentos. Incluso puede hacer pensar en la inclusión de una perspectiva ocasional del autor, probablemente condicionada por el contexto del que emerge esta reflexión aparentemente aislada. Tampoco es de extrañar por otra parte, si recordamos que Ulpiano, como acertadamente nos recuerda Honoré T²⁵., consideraba asimismo que “el Derecho es el arte y la técnica de hacer justicia y también es una verdadera filosofía apoyada en la razón y no en hipocresías o sofismas. Su visión filosófica se apoya en gran medida en el principio estoico de que los seres humanos nacen libres e iguales (...); para Ulpiano, el derecho romano se funda en la razón y en la equidad (...)”. Si a esta línea de pensamiento de nuestro jurista le añadimos con Honoré que “Ulpiano muestra además un gran talento para encontrar modos de evitar una conclusión aparentemente injusta”, nos encontramos con una actitud jurisprudencial, aparentemente lineal, y sin cambios bruscos en la sustancia que converge claramente con la aceptación de todos los principios que van canalizando nuestra institución y sus previsiones normativas.

Como es sabido, muchos han sido los estudiosos que han destacado la alteración absoluta de este fragmento²⁶, provocada por los posibles compiladores de Justiniano, o bien por una glosa post-clásica; asimismo, se ha señalado por otros romanistas, la falta de autenticidad de algunos párrafos concretos. Confirmar la probable alteración de los compiladores, tras un pequeño análisis del fragmento, no resulta muy sorprendente, si bien, excede los límites de nuestra investigación resolver este problema. No obstante, a nuestros fines, interesa observar, que el sentido de alimentos que aquí se intenta fijar – podríamos decir, tratamiento médico y medicinas-, aparece estrechamente condicionado al intento de abuso del marido en la administración de los bienes dotales, con objeto de reprimir los posibles abusos, una vez que la mujer a caído enferma; y no, probablemente, con la intención exclusiva de destacar la prestación de alimentos que corresponde al marido en función del vínculo matrimonial, a la que venimos aludiendo. En suma, aunque no parecen mal encaminadas estas apreciaciones de los juristas que engloban un espíritu humanitario, y demuestran una conciencia social avanzada, sin duda más completo y plausible, introducir los medicamentos en relación directa con el

25 Honoré T., *Domicio Ulpiano (Domitius Ulpianus) (ca. 170-223/224 d.C)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 208 y ss.

26 Cfr. Levy E. – E. Rabel, . *Index Interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur*. Mitteis L., Levy E., Rabel E., 3 vol. y un supl. (Weimar 1929-1935), II, pp. 95 y ss. Véanse, entre otros, García Garrido M.J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid 1958, pp. 93 y ss.; Bonfante P., *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Roma 1925, pp. 207 y ss. (reimp, Milán 1963, 281 y ss.); Longo G., *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milán 1946, pp. 176 y ss.; Biondi B., *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, (*Alimenti*), pp. 293 y n. 1; Robleda, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, pp. 236 y ss. Kaser M., *Das römische Privatrecht*, München, I, 1971, pp. 322 y ss.; Zannini P., *Rapporti personali e patrimoniali fra coniugi*, ED, cit., p. 365. Acerca del magisterio fecundo de Mitteis L., romanista, papirólogo e historiador de la antigüedad, y su destacadísima significación para la ciencia romanística, véase Á. D’Ors, *Ludwig Mitteis, (1859-1921)*, Juristas Universales, vol. III, op. cit. pp. 715 y ss. De Rabel E., gran admirador de la comparación histórica (comparación jurídica-sistemática), y discípulo de Mitteis L., cfr. Hofer S., *Ernst Rabel (1874-1955)*, vol III, op. cit. pp. 919 y ss. Sobre Levy E., gran admirador de la jurisprudencia clásica, véase Domingo R., *Ernst Levy (1881-1968)*, Juristas Universales, vol. III, op. cit. pp. 1011 y ss.

sentido de alimentos, parece más ocasional, o aislado, en el tratamiento jurisprudencial. Lo que puede plantear grandes dudas al respecto. Para una mejor comprensión de nuestras observaciones, nos parece necesario transcribir el, tan criticado, texto de Ulpiano:

D. 24,3,22,8 (*Ulpianus*, libro XXXIII *ad edictum*): *Sin autem in saevissimo furore muliere constituta maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non vult, spernit autem infelicitatem uxoris et non ad eam flectitur nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus est, sed abutitur dotem: tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae eius succurrere et nihil praetermittere eorum, quae maritum uxori adferre decet, secundum dotis quantitatem. Sin vero dotem ita dissipaturus ita manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solacium una cum sua familia, pactis videlicet dotalibus, quae intereos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus et alterius expectantibus sanitatem et mortis eventum.*

A nuestro juicio, el hecho de no admitir, con reservas, una inclusión de esta envergadura -tratamiento y medicamentos- en la idea de alimentos, lo que podría significar una excesiva elasticidad sobre la prestación de alimentos entre cónyuges, aparentemente menos avalada y reiterada, según las noticias que tenemos, no implica que tengamos que desistir de un contenido, permítasenos la expresión, semi-elástico, en el que nutrir, proveer, sustentar, alojar, vestir, son aspectos que no se puedan predicar del sentido más avanzado de alimentos, como se demuestra reiteradamente en la jurisprudencia más autorizada. Por tanto, no justificar suficientemente el encuadramiento medicinal, al que nos hemos referido, nos llevaría simplemente, no a negar la posible prestación de alimentos entre cónyuges, sino sencillamente a hacer un esfuerzo recortando pluralidad de contenidos, prescindiendo, por tanto, simplemente de la falta de valoración jurisprudencial más generalizada respecto a las medicinas.

La esencia del párrafo referido más arriba, a este respecto, exclusivamente, puede quedar así sintetizada, siguiendo en gran medida el simple tenor literal, y sin olvidar las probables alteraciones del texto ya señaladas y sobradamente conocidas: Habiendo caído la mujer en frenética locura, escribe Ulpiano, el marido no quiere, maliciosamente, disolver el matrimonio, pero desprecia la infelicidad de la mujer, y no la atiende o se compadece de ella, sino que abusa de la dote. En este supuesto, se justifica, por tanto, al curador de la misma, o a sus cognados, para acudir al juez competente, con objeto de que le imponga al marido el deber de proveer (proporcionar) a todo este sustento de la mujer, de prestarle alimentos, de atender a las medicinas de la misma, y de no olvidar nada de lo que es decoroso que el marido suministre a su mujer, conforme a la cuantía de la dote. El condicionamiento al que nos referíamos en líneas precedentes, resulta evidente, pero la transcripción literal del núcleo de este pasaje, a nuestros intereses, no queda exenta de grandes controversias doctrinales: *quatenus necessitas imponiatur marito omnem talem muneris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae eius succurrere.*

La prolongación del sentido de *alimenta*, en una relación de interdependencia recíproca con el término *victus*, como puede deducirse, empleado por Ulpiano en el siguiente texto que traemos a colación (D. 50,16,43), no dejaría de ser otro síntoma de una extensión de su contenido, que tampoco desbordaría los cauces de lo que representa el concepto globalizante más sustancial de alimentos: lo necesario para la vida. En la palabra *victus* (vitualas, alimentos), nos dice Ulpiano, se comprenden las cosas que son necesarias para la comida y bebida, el vestido, y las que el hombre necesita para vivir. Ulpiano, a continuación, nos transmite una reflexión del conocido jurista augusteo, Labeón, que le sirve para reforzar la consideración del vestuario en el campo de los alimentos: “Labeón dice que también el vestido hace las veces de alimento” (es decir, entra en ese término):

D. 50,16,43²⁷ (*Ulpianus*, libro LVIII *ad edictum*): *Verbo victus continentur; quae esui potuique cultuique corporis*²⁸ *quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. vestem quoque victus habere vicem Labeo ait.*

El conjunto de explicaciones particulares de la jurisprudencia romana, hace presuponer, que si bien todo lo que el hombre necesita para vivir puede ser objeto de múltiples interpretaciones, con una probable extensión casi indefinida de contenidos, la reiteración pormenorizada que ofrecen las fuentes, permite introducir, en el ámbito de los alimentos, al menos, los siguientes aspectos: víveres, nutrición (comida, bebida), alojamiento, cama, vestido, calzado. Con este elenco citado podríamos dar un contenido sustancial más determinado a la frase empleada por Ulpiano: *quaeque ad vivendum homini necessaria sunt*, y sin extralimitarnos, por el momento, en el camino abierto de las posibles conjeturas: tratamiento médico, físico o psíquico, higiene, medicamentos, educación, etc.

Como expresión dilatada del contenido de *victus*, en consonancia con *alimenta* (alimentos, sustento, subsistencia, vituallas, víveres, o, como decía Cicerón, el sustento cotidiano), y sin precisar un elenco ejemplificativo de su contenido se expresa Gayo en el libro XXII *ad edictum provinciale*:

D.50,16,44: *quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur*²⁹, *ea appellatione significantur.*

Es decir, en este fragmento correlativo al precedente, con el que parece completarse la información sobre *victus*, Gayo afirma, “y con esta denominación se significan las demás cosas que usamos para defender nuestro cuerpo”.

Los términos que venimos analizando, no dejan entrever ningún tipo de divergencia decisiva que nos permita dudar de su analogía, si bien, sondeando otros términos utilizados en las fuentes³⁰, con menor frecuencia, a este respecto, para declarar un fin similar, como por ejemplo, *cibaria*, (sustento, alimento, viandas, o como decía Cicerón, ración en concepto de víveres), la sinonimia no debería desligarse tampoco por centrarse, aparentemente, más en el sustento o suministro alimenticio, requerido para cumplir los fines de nutrición necesaria, que en complementos añadidos, como por ejemplo, el vestido, que hace las veces de alimento, como afirmaba Labeón en D. 50,16,43 *in fine*, cuando resaltaba el significado de *victus* (alimentos, víveres, sustento): *vestem quoque victus habere vicem Labeo ait*³¹.

27 Cfr. . Levy E. – E. Rabel, . *Index Interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur*. Mitteis L., Levy E., Rabel E., 3 vol. y un supl. (Weimar 1929-1935), II, pp. 95 y ss.

28 Sobre la expresión *cultus corporis*, véase un análisis interesante, detallado y estadístico, en Wycisk F., *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en RH 50, 1972, pp. 213 n. 27. Cfr. Carcaterra A., *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi et fini*, Napoli 1966, pp. 194 y ss.

29 En relación al significado de esta frase (*quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur*), cfr. Wycisk F., *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en RH 50, 1972, pp. 214 n.27.

30 El término *cibaria* aparece en los siguientes textos: D. 25,1,15; D. 27,3,1,8; D. 30,11,3,1; D. 24,1,58,1; D. 24,1,31,10; D. 21,1,30,10; D. 20,4,6 pr.; D. 17,1,26,8; D. 16,3,1,10; D. 16,3,1,9; D. 14,2,2,2; D. 10,4,11,1; D. 9,2,29,7; D. 6,1,10; D. 5,3,5 pr.; D. 31,88,11; D. 33,1,20 pr.; D. 33,7,12 pr.; D. 33,9,3,6; D. 33,9,3,7; D. 34,1,4 pr.; D. 34,1,4,1; D. 34,1,5; D. 34,1,6; D. 34,1,9,1; D. 34,1,12; D. 34,1,13 pr.; D. 34,1,15,1; D. 34,1,15,2; D. 34,1,16,2; D. 34,1,17; D. 34,1,18,1; D. 34,1,18,2; D. 34,1,18,3; D. 34,1,18,5; D. 34,1,19; D. 35,1,42; D. 36,2,27,1; D. 37,9,4,1; D. 40,7,15 pr.; PS. 3,6,37; PS. 3,6,43.

31 A juicio de Wycisk F., *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en RH 50, 1972, pp. 214 n.30, *vestem quoque victus habere vicem Labeo ait*, es una expresión auténtica y proviene de Ulpiano mismo. Sobre las perspectivas de alteración del texto que existen en la doctrina, cfr. Levy E. – E. Rabel, . *Index Interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur*. Mitteis L., Levy E., Rabel E., 3 vol. y un supl. (Weimar 1929-1935), II, pp. 95 y ss.

Quaeque ad vivendum homini necessaria sunt (D. 50,16,43), podría representar asimismo, los límites de la noción de *victus*, aunque en su larga evolución hayamos visto recortado algunas veces el elenco de contenidos que se podrían afirmar de los términos *victus* y *alimenta*. Asimismo, si estimamos lo transcrito por Ulpiano en D. 50,16,43, ya referido por nosotros, es decir, las cosas que el hombre necesita para vivir, se refleja la huella del proceso evolutivo que nos permite asumir una perspectiva jurisprudencial clásica avanzada, es decir, más próxima a la finalización del período clásico. Poco se podría añadir a una previsión didascálica como ésta, que, si bien, marcaría los límites generales de la expresión, a su vez permite comprimir las afirmaciones textuales, ajustadas, por tanto, a su trazado evolutivo, tan amplio y significativo (en líneas sumariales, se podría decir, pasar del sentido de alimentar, nutrir, proporcionar la ración de boca, al de cubrir todas las cosas que el hombre necesita para vivir). Si la identidad cronológica, entre el término *victus* y *alimenta*, no se corresponde exactamente en su significativa evolución, la identidad de contenidos de los dos términos nos parece menos cuestionable. Si bien, como es sabido, tampoco el término *victus* aparece mencionado en las fuentes con el mismo efecto generalizante, lo que implica realizar un esfuerzo de presunción, que, en ocasiones, nos puede parecer conjeturable.

La diferencia entre los términos objeto de nuestro comentario no puede apreciarse en el siguiente texto del discípulo de Quinto Cervidio Escévola, Paulo (perteneciente al *consilium* de Septimio Severo); pues, como puede apreciarse, utiliza los dos conceptos indistintamente, al recoger la opinión de Sabino (época de Tiberio (14-37), sucesor de Ateyo Capitón, que da nombre a la famosa escuela de los *Sabiniani* (alimentos y vestido).

D. 38,1,18 (*Paulus*, libro 40 *ad edictum*): *Suo vietu vestituque operas praestare debere libertum Sabinus ad edictum praetoris urbani libro quinto scribit: quod si alere se non possit, praestanda ei a patrono alimenta.*

Paulo, no parece esforzarse en el siguiente pasaje (D.34,1,23) en facilitarnos una fisonomía definitiva del término *victus*. Si bien, la equiparación propuesta entre el fideicomiso, respecto a la educación, y el legado de alimentos, con el contenido referido a los alimentos, el vestuario y la habitación, podrían resolver algunos residuos de duda: es decir, se puede presuponer, quizá, que en la época preclásica no estaba tan claro que la idea de *victus*, en sentido estricto, abarcara el alojamiento y el vestuario. Al menos da la impresión de que se está utilizando un sentido más restringido. No obstante, al estar estrechamente condicionado el término *victus* en este contexto, quizá, aumenta la confusión respecto a su definición; si bien, Paulo, en consonancia con las apreciaciones de su época, subraya un contenido equiparativo, en el que se impone un criterio más generalizante, al margen, claro está, como ya hemos recordado, de las manifestaciones particulares de juristas de otras épocas anteriores que integraban, también, el vestuario en el término *victus*, como por ejemplo, Labeón (D. 50,16,43).

D. 34,1,23 (*Paulus*, libro IV *ad Neratium*): *Rogatus es, ut quendam educes: ad victum necessaria ei praestare cogendus es. PAULUS: cur plenius est alimentorum legatum, ubi dictum est et vestiarium et habitationem contineri? immo ambo exaequanda sunt.*

El empleo alternativo de *alimenta* y *victus*, con una proyección que permite suponer el sentido más amplio de los mismos, podríamos encontrarlo en otro texto muy revelador de Ulpiano:

D. 2,15,8,24 (*Ulpianus*, libro V *de omnibus tribunalibus*): *Si cui non nummus ad alimenta, sed frumentum atque oleum et cetera, quae ad victum necessaria sunt, fuerint relicta: non poterit de his transigere, sive annua sive menstrua ei relinquuntur. Si tamen ita sine praetore transegerit, ut in vicem eorum nummun quotannis vel quotmensibus acciperet et neque diem neque modum permutavit, sed tantum genus:*

vel ex contratio si pactus fuerit, ut in generibus alimenta acciperet, quae in nummis ei relicta fuissent; vel si vinum pro oleo, vel oleum pro vino, vel quid aliud commutavit: vel locum permutavit, ut quae erant ei Romae alimenta relicta, in municipio vel in provincia acciperet vel contra: vel personam commutavit, ut quod a pluribus erat accepturus, ab uno acciperet: vel alium pro alio debitorem acceperit: haec omnia habent disceptationem praetoris et pro utilitate alimentarii recipienda sunt.

Por cuanto concierne al tratamiento de *victus* y *alimenta* nuestro jurista no advierte ninguna oposición, sino todo lo contrario. Lo que más le interesa resaltar en este enunciado es la necesidad de intervención y aprobación pretoria en el ámbito de las posibles transacciones de alimentos (en este supuesto en relación a las dejadas en especie y no en dinero y su pretendida modificación). Los posibles cambios convencionales que se establezcan tendrán, necesariamente, que estar sometidos al juicio del magistrado, con objeto de apreciar mejor la verdadera utilidad para el alimentario: *haec omnia habent disceptationem praetoris et pro utilitate alimentarii recipienda sunt.*

El carácter particular de la problemática relativa al *usus* y la *habitatío*, conscientes de todos los aspectos que condicionan esta cuestión, no impide a Ulpiano trazar un dilatado efecto de la acepción de *victus*, avalado y reforzado por grandes juristas del principado, Sabino³², Casio³³, Labeón³⁴ y Próculo³⁵, en el que además de la

32 Al frente de la Escuela que lleva su nombre, este jurista del principado, se dedicó profundamente a su elevado magisterio jurídico (no ocupó cargos públicos) y como es sabido, gracias al Digesto de Justiniano, tenemos datos suficientes para profundizar en sus planteamientos, contenido y sistemática seguida. Cfr. Varela E., *Masurio Sabino (Masurius Sabinus) (ca. 15 a.C. – s. I d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 152

33 En consonancia con su maestro, *Masurius Sabinus*, Casio, de ascendencia republicana, escribió también unos *libri iuris civilis*. Cfr. González Bustelo A., *Cayo Casio Longino (Caius Cassius Longinus) (ca. 10 a.C. – 69/70 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 157 y ss.; D'Ippolito F., *Ideología e diritto in Gaio Cassio Longino*, Nápoles 1969.

34 Recuérdese que para algunos autores, como ya hemos referido, hasta el inicio de etapa imperial no se puede hablar con seguridad del punto de partida de una obligación de alimentos derivada de una relación de parentesco (se remontaban a la época de Antonino Pio y Marco Aurelio), si bien, estos mismos autores, no dudaban en señalar, a título de indicio precedente, el conocido texto de Labeón contenido en D. 27,3,1,4. Se trata del supuesto en el que se le plantea al jurisconsulto si debe responder el tutor por proporcionar alimentos a la madre del pupilo (si ésta era pobre y el hijo tenía una posición acomodada). La cuestión aparece claramente expuesta por Labeón, que no duda en afirmar que no se le pueden cargar los gastos ocasionados al tutor por este motivo. Incluso, prosigue el autor, que si debería cargarse al tutor en el supuesto de no haber atendido estas necesidades de la madre del pupilo que no tenía recursos en absoluto y, en cambio, el pupilo sí disponía de patrimonio suficiente. Los únicos requisitos que hace notar para que concorra la aplicación de su criterio son: que la madre sea pobre y que el pupilo tenga muchos recursos: D. 27,3,1,4 (*Ulpianus*, libro XXXVI *ad edictum*): *Praeterea si matrem aluit pupilli tutor, putat Labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus*. Tampoco parece muy extraño que estos modos de pensar hayan acudido ocasionalmente a la mente de juristas precedentes, y que uno de los principales herederos de las influencias recibidas por la jurisprudencia republicana haya plasmado este criterio. En adecuada expresión de Cuena F., *Marco Antistio Labeón (Marcus Antistius Labeo) (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 145 y ss., la cual comparto, “Labeón es, sin discusión, el principal jurista de comienzos del Principado y uno de los más importantes de toda la jurisprudencia romana”. Asimismo cabría destacar de Labeón (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.), parafraseando a nuestro autor, la amplitud de su vocación intelectual, estudioso infatigable, la sólida base para sus originales innovaciones, creatividad de su pensamiento jurídico, su autoridad que se extendió a toda la época clásica, y su personalidad científica. Con estas facultades y profundidad de sus fundamentaciones, lo que sí es de extrañar es la aparente fractura de un pensamiento tan coherente, en este marco de las atenciones de alimentos derivadas de una relación de parentesco, hasta la acogida, quizá demasiado tardía (Antonino Pio –138/161; Marco Aurelio –161/180-) de una realidad tan latente en la evolución de la familia. En suma, más de un siglo sin referencias, siquiera soslayadas o cuestionables a este respecto, resulta, en mi opinión, algo paradójico. Cfr. Talamanca M., *I pithana di Labeone e la logica stoica*, IURA. 26 (1975) pp. 1 y ss.; Bretone M., *Labeone e l'editto*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano 5 (1993) pp. 17 y ss.

35 Discípulo de Coceyo Nerva padre, al que sucedió al frente de la conocida Escuela proculeyana o proculiana, destacando por su gran autoridad científica. Cfr. Paricio J., *Sempronio Próculo (Sempronius Proculus) (ca. 10/5 a.C. – ca. 70 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp.159 y ss.

habitación, que tiene aquel a quien se le dio el uso, podrá tomar -y aquí es donde aparece citado el término *victus*-, todo lo que sea necesario para su sustento y el de los suyos: *sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus, hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum (...)*. La extensión asumida por Ulpiano, a pesar del restringido carácter descriptivo que le otorgan otros juristas, condicionados a este contexto y a la institución que ofrece el punto de partida (*usus* y *habitatio*), entre las que se citan, la leña, el huerto, las frutas, las hortalizas, las flores, el agua, pero sin incurrir en abuso que le permita ganancia, podría justificar también la predisposición de Ulpiano a globalizar el conjunto de necesidades para el sustento:

D. 7,8,12,1 (*Ulpianus*, libro XVII *ad Sabinum*): *Praeter habitationem quam habet, cui usus datus est, deambulandi quoque et gestandi ius habebit. Sabinus et Cassius et lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et holeribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum: idem Nerva, et adicit stramentis et sarmentis etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit: Iuventius etiam cum convivis et hospitibus posse uti. Quae sententia mihi vera videtur: aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus. Sed utetur his, ut puto, dumtaxat in villa, pomis autem et ole-ribus et floribus et lignis videndum, utrum eodem loco utatur dumtaxat an etiam in oppidum ei deferri possint: sed melius est accipere et in oppidum deferenda, neque enim grave onus est horum, si abundant in fundo.*

La plasmación coherente de la regulación republicana respecto al alcance de *alimenta*, desafortunadamente, no se puede sugerir sin mayores residuos de vacilación o duda. La falta de unanimidad jurisprudencial así lo aconseja. No obstante, no debe pasar desapercibido para nosotros que las líneas conservadoras de la jurisprudencia con tendencias progresistas, no parece que quieran desvincularse por completo de un posible efecto superior en su contenido, sino que simplemente combinan algunos de los aspectos que indudablemente resultan más significativos sobre la idea de alimentos y no se resalta con decisión, que se refiere a todas las cosas necesarias para vivir. Sin embargo, se advierte un esfuerzo de Gayo (D. 50,16,234,2), con objeto, probablemente, de conciliar en parte las posibles explicaciones particulares republicanas, o, simplemente, destacar alguno de los autores de esta época que ya había observado también la necesidad de incluir entre los *alimenta* o *victus*, en sentido estricto, algo más (*vestimenta et stramenta*). La inclusión de este discípulo de Servio Sulpicio Rufo, de estos elementos fortalece las previsiones de Ulpiano y Gayo para llegar al sentido más amplio: las que el hombre necesita para vivir (D. 50,16,43 y 44).

D. 50,16,234,2 (*Gaius*, libro II *ad legem tabularum*): *Verbum vivere quidam putant ad cibum pertinere: sed Ofilius ad Atticum ait his verbis et vestimenta et stramenta contineri, sine his enim vivere neminem posse.*

El conocido jurista Javoleno, redactor de la famosa frase (*omnis definitio in iure civili periculosa est*, D. 50,17,202), no duda en reconocer que (en el legado de alimentos), se deben las vituallas, el vestido y la habitación. Considerando, pues, que sin estas cosas necesarias para la vida no puede mantenerse el cuerpo. Este jurista, maestro de Salvio Juliano, excluye claramente la educación. Por tanto, también puede apreciarse aquí el tenor generalizante que, en razonable consonancia a lo expuesto, también propondría finalmente Gayo: *quaeque ad vivendum homini necessaria sunt*.

D. 34,1,6 (*Iavolenus*³⁶, libro II *ex Cassio*): *Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debetur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur.*

Retomando nuestras valoraciones particulares podríamos añadir, que la hipótesis de Wycisk F.,³⁷ a este respecto, nos parece persuasiva en sede de interpretación, y, probablemente, se podría documentar con suficiente exactitud. En este sentido, podríamos afirmar con este estudioso, que el verbo *alere*, y por tanto la palabra *alimenta*, tenían en su origen un sentido más restringido, (más próximo a la idea de nutrir, sustentar, suministrar víveres). En su profunda evolución puede apreciarse que los juristas de finales de la república y la época clásica, experimentan la necesidad de extender su contenido (o detallar), ampliándolo, no sólo a las necesidades más primarias, alimentación, suministro de víveres, nutrición, sino también al alojamiento, cama, vestido y calzado. Algunos juristas no mencionan ni el tratamiento médico ni los medicamentos en la idea de alimentos. Por otra parte, cabría añadir, que la identidad de contenido de los términos *alimenta* y *victus*, parece suficientemente avalada en las fuentes; así como la profunda evolución que va modificando su significado, con unas connotaciones de paralelismo que hacen inevitable presumir que los supuestos flecos diferenciales con la expresión *alimenta*, no afectan a la sustancia. Atender las fases de tratamiento médico y los medicamentos sugeridos por la posible interpretación gayana (D.7,1,45; D.50,16,44), en el ámbito de una supuesta evolución ulterior de *victus*, representa para Wycisk F.³⁸, en este contexto, una opinión personal de Gayo (poco constatable, pues el resto de los textos del mismo autor no vuelven a recoger una previsión de tan elevado alcance en relación al término *victus*). Si bien, a nuestro entender no deja de suponer un vestigio para su reflexión oportuna, teniendo en cuenta que parece que se desprende fácilmente del contexto, o, al menos, podría considerarse implícito. En este sentido, basta con recordar lo ya referido: Se le impone al marido el deber de proporcionar los alimentos y atender a las medicinas de la misma (*Ulp.* D. 24,3,22,8); lo necesario para la vida, es decir, las que el hombre necesita para vivir (*Ulp.* D. 50,16,43); y con esta denominación (*victus*), se significan las demás cosas que usamos para defender nuestro cuerpo (*Gai.* D. 50,16,44); las que el hombre necesita para vivir (*Gai.* D. 50,16,43); todo lo que sea necesario para su sustento y el de los suyos (*Ulp.* D. 7,8,12,1 –en él se recogen las connotaciones analógicas de Sabino, Casio, Labeón y Próculo-); el verbo vivir creen algunos que alude a la alimentación (*Gai.* D. 50,16,234,2 –con remisión a *Ofilius*³⁹-); sin estas cosas (alimentos, el vestido y la habitación) necesarias para la vida, no puede mantenerse el cuerpo (*Iav.* D. 34,1,6); por extensión, podríamos recordar lo afirmado por Gayo en D. 7,1,45, los gastos de alimentación de un esclavo, cuyo usufructo pertenece a alguien, como los gastos por enfermedad, corresponden al usufructuario, etc. En definitiva, las expresiones fundamentales no dejan de ser suficientemente oportunas: Gayo: *quaeque ad vivendum homini necessaria sunt* (D. 50,16,43); *quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur* (*Gai.* D. 50,16,44).

36 Sobre este influyente jurista –del que se reconocen 240 fragmentos en el Digesto-, que gozó del *ius respondendi*, y perteneció al *consilium* de Trajano, cfr., recientemente, Fuenteseca M., *Javoleno Prisco (C. Octavius Tadius Tossianus Lucius Iavolenus Priscus)* (ca. 49 –ca. 140 d.C.), *Juristas Universales*, vol. I, op. cit. pp. 162 y ss.; García Garrido M.J., *Similitudines e mase bluhmiane*, en *Orbis Iuris Romani* 4 (1998) pp. 157 y ss.

37 Wycisk F., *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en *RH* 50, 1972, pp. 211 y ss.

38 Wycisk F., *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en *RH* 50, 1972, pp. 227.

39 Acerca de este maestro de importantes juristas de inicios del principado (entre ellos, en parte, el mismo Labeón, que también fue discípulo de Cayo Trebacio Testa), experto en tema de legados y testamentos, autor del primer comentario amplio del edicto del pretor urbano, presumiblemente relacionado con las corrientes sistematizadoras de la época, cfr. Francisco J. Andrés, *Aulo Ofilio (Aulus Ofilius)* (ca. 80 a.C. – s. I a.C.), *Juristas Universales*, vol. I, op. cit. pp. 141 y ss.; Guarino A., *I libri iuris partiti di Ofilio*, en *Iurisprudentia Universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly* (Colonia, Weimar, Viena, 2002) pp. 255 y ss.

En suma, cabría sintetizar recordando el paso evolutivo de ambos términos, desde el significado, aparentemente, más restringido en sus orígenes (alimentar, nutrir), hasta comprender todas las cosas necesarias para la vida, estableciéndose así los límites probables⁴⁰.

40 El Código Civil, establece definitivamente, una adecuada y avanzada determinación acerca de la asistencia médica, la educación y el embarazo: Art. 142. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y el parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo. En la *praxis* romana, indudablemente, la consistencia patrimonial del obligado: *pro modo facultatum*, también es tenida en cuenta. Posiblemente, en función de la estimación de los bienes de la persona obligada (capacidad económico-social del sometido, la proporcionalidad funcional, respecto al patrimonio). Por otra parte, la orientación normativa puede inducir asimismo a comprimir o ampliar el resultado; si bien, procurando que se encuentre siempre dentro del marco general que hemos reconocido precedentemente entre unos mínimos y unos máximos, lo que indudablemente contribuye a encuadrar los perfiles más significativos de la estimación y alcance en en la noción de alimentos. Algunas concomitancias podrían observarse, entre otros, en el Art. 146 y 147 del C.C. La cuantía de los alimentos será proporcionada (*pro modo facultatum*) al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe; 147: Los alimentos, en los casos que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. Recuérdese que Javoleno (D. 34,1,6), en el contexto referido al legado de alimentos, excluye expresamente la educación: *Ligatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur*. Sin bien, no deja de precisar un breve elenco del contenido de alimentos (vituallas, vestido, habitación) y una referencia expresa que puede absorber todo lo necesario para la vida: porque sin estas cosas “no puede mantenerse el cuerpo”. Parece lógico admitir que el mantenimiento del cuerpo implique una extensión progresiva del elenco para atender las necesidades de vida. Cfr., entre otros, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 7ª ed. Madrid 1997; Bercovitz Rodríguez-Cano R., *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993; Bonet Correa José., *Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el convenio regulador de separación matrimonial y divorcio*, ADC, 1983, pp. 1181 y ss.; Martínez Rodríguez N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid 2002, pp. 31 y ss.; Pérez Martín, J.A., *La pensión alimenticia de los hijos y su cuantificación*, en Revista Facultad de Derecho Univ. Gr., 4, 2001, pp. 143-172; Padiá Albás, A., *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona 1997, pp.125 y ss.; *El estado de necesidad como presupuesto de la génesis y concreción de la obligación de alimentos*, en Carta Civil, 10, (Septiembre 2000); García Rubio M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid 1995; González Carrasco M.C., *Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias*, en ArC 8/1998, pp. 11 y ss.; Batllo Ortiz A., *La Ley 10/1996, de 29 de Julio, de Alimentos entre parientes*, Der. Civ. España, vol. III, Navarra 2000, pp. 1373-1389; Gullón Ballesteros A., *Sobre la Ley 1/1996, de Protección jurídica al menor*, en la Ley, n.º 3970, 8 de Febrero de 1996; Hidalgo García S., *Las pensiones de alimentos y compensatorias en los casos de separación y divorcio*, Colecc. Jurisp. Práct. Madrid 1995; Martínez Calcerrada L., *El derecho a la vida y a la integridad física*, AC 1987, pp. 1241 y ss.; Glück F., *Comentario a las pandectas*. Libro XXV, Milán 1907 (Glück F., *Commentario alle pandette*, trad., ital., Milano 1907, libro XXV, pp. 25 y ss., 144 y ss., 259, n. 36 y 37., 144 y 321.; Glück F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ain Commentar von*, Erlangen, 1869, XXVIII, pp. 52 y ss.); Scaevola, Quintus Mucius: *Código Civil*, comentado y concordado, rev. y puesto al día, Ortega Lorca F., T. III, 5ª ed. Madrid 1942; T. XI, vol. 2.º, Madrid 1943 (cfr. Fernández De Buján A., *Quinto Mucio Escévola el Pontífice (Quintus Mucius Scevola Pontifex) (140-82 a.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 117); Medicus D., *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I. (ed. esp. Martínez Sarrión A.), Barcelona 1995; Villarino L.M., *El fundamento del derecho de alimentos y la competencia objetiva y funcional*, Est. Honor Castán Tobeñas VI, Univ. Navarra, 1969, pp. 655 y ss.; Igualada Ribot J., *El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes*, ADC, 1998, pp. 1105 y ss.; *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Valencia 1999; Álvarez González S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid. 1996; Dogliotti M., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, Milano 1994; Marín García de Leonardo T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad: (estudio del art. 93.2 del C.c.)*, Valencia 1999; Escudero Lucas J.L., *La tuición del menor abandonado: (art. 172 del C.c.)*, Murcia. 1995; González León C., *El abandono de menores en el Código Civil*, Barcelona. 1995; Fernández del Torco Alonso J.M., *Análisis penal de los delitos de abandono de familia: el caso español*, Madrid 1994.; Ceres Montes J.F., *“La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal”*, Madrid. 1996; Ruíz Sánchez Capelastegui, *Las Tablas de Dússeldorf. El sistema judicial alemán de fijación de pensiones alimenticias*, La Ley n.º 5132 (2000) pp. 1 y ss.

Nuestro Código Civil, como es bien sabido, pormenoriza los contenidos muy adecuadamente: sustento, habitación, vestido y asistencia médica (...); educación, instrucción; gastos de embarazo y parto (y todo ello, siempre proporcionalmente, *pro modo facultatum*) –arts. 142; 146; 147-.

Acerca de la educación, como ya hemos recordado, Javoleno (D. 34,1,6), en el contexto referido al legado de alimentos, excluye expresamente la educación: *Ligatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debetur; quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur*. Sin bien, no deja de precisar un breve elenco del contenido de alimentos (vituallas, vestido, habitación) y una referencia expresa que puede absorber todo lo necesario para la vida: porque sin estas cosas “no puede mantenerse el cuerpo”. Parecería razonable admitir que el mantenimiento del cuerpo en un contexto abstracto y social podría llevar implícito una extensión progresiva del elenco referido por Javoleno: para atender todas las necesidades de vida. Indicio, en vía de hipótesis, que proviene incluso de la exclusión expresa que realiza de la educación en el párrafo referido a ese contexto exclusivo. Si no se hubiera contemplado inmerso en algunas ocasiones el plano de la educación por algún jurista, en el contenido general de alimentos, puede pensarse que quizá habría sido innecesaria la exclusión directa y expresa en ese marco referido. Se trata de una simple observación hipotética y difícilmente demostrable.

2.- VIABILIDAD DE LA TRANSACCIÓN DE ALIMENTOS.

Entre los supuestos de *iurisdictio voluntaria*, en Derecho romano, encuadra Fernández de Buján A⁴¹., la transacción de alimentos (además de las manumisiones, adopciones, emancipaciones, *consortium* artificial creado mediante <<*certa legis actio*>>, nombramiento de tutor, nombramiento de *curatores*, *cognitio suspecti tutoris*, la arrogación ante el emperador (*per rescriptum principis*) y, en provincias ante el Gobernador, la *bonorum possessio*, *insinuatio donationis*, <<*testamentum apud acta conditum*>> y *testamentum principi oblatum*, juicios divisorios). En cualquier caso, un reconocimiento de este tipo es, también a mi juicio, perfectamente posible establecer. Como es sabido, en numerosos textos del Digesto, prosigue el autor, se pone de relieve que las controversias en materia de alimentos se resuelven mediante *causa cognitio*, consistente en una evaluación discrecional de las circunstancias realizada por el magistrado competente. Ahora bien, “probablemente la frecuente existencia de acuerdo⁴² previo entre los intervinientes en la transacción, y la posterior intervención del magistrado para sancionar el acuerdo, acabarían, en la praxis postclásica, encuadrando tales actos dentro de la *iurisdictio voluntaria*”. (Y en mi opinión, presumiblemente quizá con anterioridad – Marciano c.a 180 –c.a. 235-).

41 Fernández De Buján A., *Jurisdictión Voluntaria en Derecho Romano*, Madrid 1986, pp. 97 y ss. (Sobre la transacción de alimentos dentro de los supuestos de jurisdicción voluntaria, existen textos de derecho romano fundamentales en materia de *transactio alimentorum* (D.2.15.8 pr.; D.2.15.8.13 y D.2.15.8.17, donde se prohíbe además expresamente la delegación de *iurisdictio* por el magistrado competente en este caso, al igual que sucedía en los supuestos de *datio tutoris*, y de venta de fundos del pupilo); Id. *La jurisdicción voluntaria*, Madrid 2001; Id. *La reforma de la jurisdicción voluntaria: Problemas, interrogantes, soluciones*, en La Ley, año XXVI, núm. 6216, 23/3/2005, pp. 1 y ss.

42 Cfr., entre otros, Alburquerque J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano <<pacta sunt servanda>> en el derecho europeo actual*. Córdoba 1995, pp. 13 y ss.

Acerca de la transacción, naturaleza, origen y aplicación funcional, con las matizaciones cronológicas de su reconocimiento y efectos, me remitiré en esta sede a las aportaciones de los estudiosos que con gran acierto han puesto de relieve los perfiles más sobresalientes de esta institución⁴³.

La importancia que le otorgan los textos legales del título XV, libro II del Digesto, (de *Transactionibus*), al conjunto de contenidos en relación a la idea de alimentos, procura, en mi opinión, impedir que, en el ámbito de las posibles transacciones sobre alimentos, prevalezca una excesiva arbitrariedad que pueda perjudicar al alimentista y no le reporte ninguna utilidad. Por ejemplo, claro está, según el supuesto que se pueda plantear, se advierte la tendencia protectora cuando se afirma que algunas transacciones hechas al margen del pretor no tienen ningún valor⁴⁴; se puede realizar la transacción sobre la totalidad de los alimentos, o sobre una parte de ellos, pero a su vez se vuelve a destacar en D. 2,15,16, que debe hacerse con el arbitrio del pretor. En suma, sobre la transacción de alimentos podría decirse que no parece que existan graves impedimentos en las previsiones jurisprudenciales; si bien, en los supuestos que afectan de manera especial y sustancial, parece inevitable la presencia del magistrado (según el caso). Puede advertirse asimismo, que las expresiones dispersas empleadas en este título, a propósito de los contenidos de la idea de alimentos, hacen referencia a alimentos, vivienda, vestido y calzado⁴⁵, presumiblemente, como idea del conjunto; si bien, a la

43 D'ORS, A., "Derecho Privado Romano" (Pamplona 1997) parágr. 98, 170, 395; Freixas, "Una nota sobre la transacción", en AHDE. 49 (1979) 643-652; Id. "Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho romano", en RIDA. 27 (1980) 145-168; Id. "Una contribución al estudio de Ulpiano 50 ad edictum", D. 2, 15, 1 ("De transactionibus"), en Estudios Iglesias 1 (1988) 223-234; Giménez-Candela, "Una clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones", en Estudios Iglesias 3 (1988) 1315-1340; Peterlongo, "La transazione nel diritto romano" (Milano 1936); Beck, "Ueberlegungen zum klassischen Vergleichsrecht", en Studi de Francisci 4 (1956) 3-16; Broggin, D. 12. 6. 23. 3: "Transactio post litem contestatam", en ZSS. 73 (1956) 356-369; Burdese, "Tra causa e tipo negoziale. Dal diritto classico al post-classico in tema di transazione", en Seminarios Complutenses de derecho romano 9-10 (1997-1998) 45 ss.; Camodeca, "Per una riedizione dell'archivio Putepolano dei Sulpicii VI. Il dossier di Epulia da Milo e i nomina arcaria", VII La TP. 66, en Puteoli 12-13 (1988-1989) 3-63; Melillo, s. v. "transazione" in diritto romano, en Enciclopedia del diritto 44 (1992) 771-789; Id. "Contrahere, pacisci, transigere". Contributi allo studio del negozio bilaterale romano (Napoli 1994) p. 259-305; Albuquerque, La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución a la evolución y vigencia del principio general romano <<pacta sunt servanda>> en el derecho europeo actual, (Córdoba 1995) pp. 39 y ss.; Id. Los Pactos, en Portal Derecho (www.iustel.com), Madrid 2002, pp. 1 y ss.; Magdelain, "Sutdi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano" (rec. a Schiavone), en IURA 22 (1971) 270-277; Riccobono, "Interpretatio duplex del fr. 2 D. De Transactionibus II", 15, en BIDR. 49-50 (1947) 6-29; Schiavone, s.v. "transazione" in diritto romano, en NNDI. 19 (1973) 477-481; Id. "Sutdi sulle logiche dei giuristi romani". Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano (Napoli 1971); Sturm, "Quittance transactionnelle et réduction de sa portée en droit romain", en RIDA. 18 (1971) 659-671; Id. "La conductio ob transactionem", en Studi Sanfilippo 3 (1983) 627-660; Talamanca, "Istituzioni di diritto romano" (Milano 1990) p. 641, 643; Visky, "Les règles du droit romain relatives aux transactions judiciaires et extrajudiciaires à la fin de l'époque classique", en INDEX 12 (1983-1984) 87-105; Rodríguez Montero, "La carta de Seya: problemática jurídica de una epístola peculiar", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 3 (1999) 493 ss. Perrián B., Pomponio y la clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones (un primer avance), RGDR. 2 (Madrid 2004) pp. 1 y ss.

44 Cfr. D. 2,15,8,23 in fine (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): ...Ceterum si ususfructus modicus alimentorum vice sit relictus, dico transactionem citra praetorem factam nullius esse momenti.

45 El arbitrio del pretor también debe intervenir respecto a la transacción del calzado (lo que parece lógico por formar parte de los complementos necesarios del vestuario): D. 2,15,8,14 (Ulpianus, libro V de omnibus tribunalibus): De calciario quoque arbitrio praetoris transigendum est. Lo que nos hace suponer la aparente innecesariedad de esta puntualización reiterativa para su correcta comprensión; o bien, la idea pretoria proclive a la realización de una exhaustiva subdivisión de todas las partes del conjunto de contenidos de la expresión alimentos, con objeto de someter a su arbitrio cualquier intento de retoque que pueda ser perjudicial para el alimentista. Nosotros seríamos partidarios de esta segunda hipótesis, por estar absolutamente en consonancia con el criterio protector que se desprende de los diferentes contextos. O, por ejemplo,

hora de materializar la posible transacción, pueden perfectamente adoptar la nomenclatura individualizada; por ejemplo, se puede transigir sobre alimentos, pero no debe implicar que se transige sobre la vivienda y el vestido, pues, como nos transmite Ulpiano, el emperador Marco (Aurelio) quiso que la transacción sobre la vivienda o sobre el vestido, se hiciera de manera especial:

D. 2,15,8,12 (*Ulpianus*, libro V de *omnibus tribunalibus*): *Qui transigit de alimentis, non videbitur neque de habitatione, neque de vestiario transegiſſe, cum Divus Marcus ſpecialiter etiam de iſtis tranſigi voluerit.*

La coherencia del pensamiento de este jurista, se deduce claramente de los testimonios siguientes:

En efecto, si alguno hubiese transigido respecto a los alimentos, no tendrá necesidad de transigir también sobre la habitación o sobre lo demás contra su voluntad; podrá, pues, hacer transacción sobre todas las cosas a la vez o sobre algunas de ellas, nos dice Ulpiano:

D. 2,15,8,13 (*Ulpianus*, libro V de *omnibus tribunalibus*): *Sed et ſi quis de alimentis tranſegerit non habebit neceſſe etiam de habitatione vel ceteris invitus tranſigere, poterit igitur vel de omnibus ſimul vel de quibusdam facere tranſactionem.*

En los supuestos en los que se ha solicitado que el pretor intervenga en la transacción, si éste hubiere permitido que se transigiese sin entrar en cognición de la causa, la transacción, como escribe Ulpiano, no tendrá valor; pues el pretor tiene encomendado el examinar este asunto y no descuidarlo o cederlo, y si no hubiese examinado todo lo que el discurso imperial exige, es decir, la causa, valor y personas que transigen, ha de decirse que la transacción es nula, -y esto se da, incluso-, cuando hubiese investigado algo de ello:

D.2.15.8.17: (*Ulpianus*, libro V de *omnibus tribunalibus*): *Si Praetor aditus citra cauſae cognitionem tranſigi permiserit, tranſactio nullius erit momenti; Praetori enim ea res quaerenda comiſſa eſt, non neglegenda nec donanda. Sed et ſi non de omnibus inquisierit quae oratio mandat hoc eſt de cauſa, de modo, de personis tranſigentium dicendum eſt quamvis de quibusdam quaesierit tranſactionem eſſe irritam.*

El carácter preceptivo de la intervención pretoria, acerca de algunas transacciones, también se desprende de otros textos que comentaremos a continuación:

En estos términos se explica Ulpiano, si se hubiese dejado un módico usufructo haciendo las veces de alimentos, afirmando que la transacción hecha al margen del pretor no tiene valor:

D. 2,15,8,23 *in fine* (*Ulpianus*, libro V de *omnibus Tribunalibus*): *...Ceterum ſi usufructus modicus alimentorum vice ſit relictus, dico tranſactionem citra praetorem factam nullius eſſe momenti.*

también podríamos encontrar en Ulpiano una manifestación contraria, en relación a la posible suma de significados concernientes al término alimento, destacándose -al estar sujeto a la interpretación de un legado de suministro diario-, que el testador no pensó más que en la ración de boca: D. 34,1,21 (*Ulpianus*, libro II *fideicommissorum*): *Diaris vel cibariis relictis neque habitationem neque vestiarium neque calciarium deberi palam eſt, quoniam de cibo tantum testator ſenſit.* Esta exposición no refuerza el sentido generalizante que venimos otorgándole al término alimento, sustento; si bien, en principio, nos sirve para extraer una de las facetas que lo componen, resaltando de nuevo implícitamente, la posibilidad de ampliar, recortar o simplificar el amplio campo que puede abarcar su significado; sino, probablemente, hubiera sido innecesario destacar, específicamente, la simple idea que pretende el testador.

Asimismo, ante el supuesto de que unos legatarios de alimentos transigieran fácilmente contentándose con una módica compensación inmediata, el emperador Marco <Aurelio> en un discurso leído ante el Senado determinó que no fuese válida la transacción de alimentos que no se hubiese hecho con la autoridad del pretor. Suele intervenir el pretor, por lo tanto, para arbitrar entre las partes si debería, o no, admitirse la transacción:

D. 2,15,8 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti modico praesenti, Divus Marcus Oratione in Senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta. Solet igitur Praetor intervenire (5) et inter consentientes arbitrati, an transactio, (6) vel quae admitti debeat.*

El mismo pretor, afirma Ulpiano, deberá conocer la transacción sobre un legado de vivienda, de vestido o de alimentos a extraer de unos predios:

D. 2,15,8,1 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Eiusdem Praetoris notio ob transactionem erit, sive habitatio, sive vestiarium, sive de praediis alimentum legabitur.*

En efecto, advierte Ulpiano, el discurso imperial dispone que se trate de todo esto ante el pretor: en primer lugar, de la causa de la transacción, luego, de la cantidad, y en tercer lugar, de las personas que transigen. Respecto a la causa, ha de investigarse cuál sea la causa de la transacción, pues el pretor no atenderá a nadie que quiera transigir sin causa:

D. 2,15,8,8-9 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Vult igitur Oratio apud Praetorem de istis quaeri: in primis de causa transactionis, dein de modo, tertio de persona transigentium. In causa hoc erit requirendum, quae causa sit transigendi; sine causa enim neminem transigentem audiet Praetor.*

Es necesario que el pretor intervenga en la venta o transacción, si se hubiese dejado un fundo a una o varias personas para alimentos y quisieran venderlo. Asimismo, si el fundo hubiese sido dejado para alimento de varias personas y éstas transigen entre sí, no debe ser válida la transacción hecha sin la autoridad del pretor:

D. 2,15,8,15 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Si uni pluribusve fundus ad alimenta fuerit relictus, velintque eum distrahere, necesse est Praetorem de distractione eius et transactione arbitrari. Sed si pluribus fundus ad alimenta fuerit relictus, et hi inter se transigant, sine Praetoris auctoritate facta transactio rata esse non debet...-.*

Una cierta tendencia, con carácter recurrente, en principio, puede observarse en este párrafo de Ulpiano, cuando dice que es más que manifiesto que debe hacerse con el arbitrio del pretor la transacción, tanto si es de la totalidad de los alimentos como de una parte de ellos:

D. 2,15,8,16 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Arbitratu Praetoris vel de universis alimentis, vel de parte eorum transigi oportere plus quam manifestum est.*

Incluso, como nos recuerda Ulpiano, también pueden hacerse las transacciones sobre alimentos ante un procurador del César; por ejemplo, si se reclaman alimentos al Fisco; consecuentemente, también podrá transigirse ante el prefecto del erario. Si se hubiese transigido sobre un litigio de alimentos, no puede valer esta transacción sin consultar al pretor:

D. 2,15,8,19-20 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Transactiones alimentorum etiam apud Procuratorem Caesaris fieri possunt,*

scilicet si a fisco petantur alimenta; secundum quae et apud Praefectos aerarii transigi poterit. Si, cum lis quidem esset de alimentis, transactum autem de lite fuisset, transactio valere inconsulto Praetore non potest...

En los supuestos en que alguna persona hubiese transigido sobre alimentos sin la autoridad del pretor, se imputará lo que se dio a los alimentos ya devengados:

D. 2,15,8,22 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Si quis de alimentis transegerit sine Praetoris auctoritate, id, quod datum est, in praeterita alimenta cedit;...*

En los casos en los que lo que se hubiese dejado para alimentos trigo, aceite, cosas necesarias para el sustento, es decir, no cantidades pecuniarias, no son, en principio, susceptibles de transacción. Todas estas cosas, incluso cuando concurren circunstancias modificativas –las cantidades pueden ser pecuniarias, cambio de genero, lugar del pago, cambio de persona, etc.,- requieren el juicio del pretor y han de ser admitidas en razón de la utilidad o no del alimentario:

D. 2,15,8,24 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Si cui non nummus ad alimenta, sed frumentum atque oleum et cetera, quae ad victum necessaria sunt, fuerint relicta, non poterit de his transigere, sive annua, sive menstrua ei relinquuntur...haec omnia habent disceptationem Praetoris et pro utilitate alimentarii recipienda sunt.*

Cuando una determinada cantidad anual ha sido dejada para habitación, y siempre que se hubiese hecho la transacción ante el pretor para que se dé una vivienda, como afirma Ulpiano, vale la transacción:

D. 2,15,8,25 (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Si ad habitationem certa quantitas sit annua relicta, et ita sit transactum sine Praetore, ut habitatio praestetur, valet transactio...*

De los diferentes supuestos en los que no parece preceptiva la intervención pretoria podríamos señalar, a título de ejemplo, algunos concretos:

Comenzaremos con lo expresado por Ulpiano acerca de los alimentos que no se han donado *mortis causa*, cuando destaca con claridad que será lícito transigir incluso sin la autoridad del pretor:

D. 2,15,8,2 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *...Plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine Praetore auctore transigi.*

Recordando lo expresado por Ulpiano en los supuestos en los que una persona deja una cierta cantidad (o una cosa), a otra –Ticio-, para que de ella preste alimentos a un tercero –Seyo-, nuestro jurista no duda en corroborar que Ticio puede transigir; pues por la transacción de Ticio no se disminuyen los alimentos de Seyo; y lo mismo ocurre cuando se han dejado los alimentos <gravando> a un legatario con un fideicomiso para este fin.

D. 2,15,8,5 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus): *Sed et si sit certa quantitas relicta Titio, vel res, ita ut inde alimenta Seio praestentur, magis est, ut transigere Titius (2) possit; nec enim transactione Titti minuuntur alimenta Seii. Idemque est, et si per fideicommissum alimenta ad hoc (3) legatario fuerint relicta.*

No debemos olvidar con Ulpiano que cualquier transacción que se haga se considera interpuesta solamente respecto a lo que se convino entre las partes:

D. 2,15,9,1 (Ulpianus, libro I, *Opinionum*). *Transactio quaecunque fit (2), de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur.*

Un ejemplo que puede resultar significativo a este propósito, lo encontramos también en la siguiente afirmación de nuestro jurisconsulto, cuando nos dice que si por una vivienda que había sido dejada se convino que se entregase una determinada cantidad, la transacción es válida, incluso sin la intervención del pretor:

D. 2,15,8,25 *in fine* (Ulpianus, libro V de omnibus Tribunalibus):...*per contrarium quoque si pro habitatione quae erat relicta, placuerit certam quantitatem praestari, transactio rata est et citra praetorem.*

La prohibición de transigir sólo afecta a los alimentos futuros, según se desprende de nuestro Código Civil. Para comprender mejor esta aplicación limitada convendría recordar lo que tiene escrito Gullón Ballesteros A.⁴⁶: esta prohibición contempla tanto el derecho otorgado por la ley a pedir alimentos, cuando se den las circunstancias de necesidad en ella previstas, como el derecho de las pensiones todavía no vencidas. En cambio se puede transigir sobre alimentos atrasados, que dejan ya de ser necesarios para la vida y en los cuales no concurren las razones de orden público que los hacen indisponibles, sino que, por el contrario, se convierten en un crédito disponible en el patrimonio del alimentista que puede libremente transigirlo. En este sentido, el artículo 1814 del CC. establece: No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros. La jurisprudencia, como es sabido, a pesar de no estar incluida esta prohibición en el apartado específico de los alimentos entre parientes (Tit. VI), lo que implica una extensión más generalizada, ha mostrado su proclividad aplicativa especialmente en el ámbito de los alimentos legales entre parientes. Como nos recuerda Martínez Rodríguez N.⁴⁷ entre otros, el artículo 1814 no impide

46 Gullón Ballesteros A., *Comentario al artículo 1814 del CC*, en *Comentario del Código Civil*. Tom. 2, 2ª ed. Madrid 1993, pp. 1773.

47 Martínez Rodríguez N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid 2002, pp. 176; Cfr., entre otros, Medicus D., *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I. (ed. esp. Martínez Sarrión A.), Barcelona 1995; Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 7ª ed. Madrid 1997; Bercovitz Rodríguez-Cano R., *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993; Bonet Correa José., *Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el convenio regulador de separación matrimonial y divorcio*, ADC, 1983, pp. 1181 y ss.; Martínez Rodríguez N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid 2002, pp. 31 y ss.; Pérez Martín, J.A., *La pensión alimenticia de los hijos y su cuantificación*, en *Revista Facultad de Derecho Univ. Gr.*, 4, 2001, pp. 143-172; Padial Albás, A., *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona 1997, pp.125 y ss.; *El estado de necesidad como presupuesto de la génesis y concreción de la obligación de alimentos*, en *Carta Civil*, 10, (Septiembre 2000); García Rubio M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid 1995; Gonzáles Carrasco M.C., *Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias*, en *ArC* 8/1998, pp. 11 y ss.; Batllo Ortiz A., *La Ley 10/1996, de 29 de Julio, de Alimentos entre parientes*, *Der. Civ. España*, vol. III, Navarra 2000, pp. 1373-1389; Gullón Ballesteros A., *Sobre la Ley 1/1996, de Protección jurídica al menor*, en *la Ley*, n.º 3970, 8 de Febrero de 1996; Hidalgo García S., *Las pensiones de alimentos y compensatorias en los casos de separación y divorcio*, *Colecc. Jurisp. Práct.* Madrid 1995; Martínez Calcerrada L., *El derecho a la vida y a la integridad física*, AC 1987, pp. 1241 y ss.; Glück F., *Comentario a las pandectas*. Libro XXV, Milán 1907 (Glück F., *Commentario alle pandette*, trad., ital., Milano 1907, libro XXV, pp. 25 y ss., 144 y ss., 259, n. 36 y 37., 144 y 321.; Glück F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ain Commentar von*, Erlangen, 1869, XXVIII, pp. 52 y ss.); Scaevola, Quintus Mucius: *Código Civil*, comentado y concordado, rev. y puesto al día, Ortega Lorca F., T. III, 5ª ed. Madrid 1942; T. XI, vol. 2.º, Madrid 1943 (cfr. Fernández De Buján A., *Quinto Mucio Escévola el Pontífice (Quintus Mucius Scevola Pontifex) (140-82 a.C.)*, *Juristas Universales*, vol. I, op. cit. pp. 117); Villarino L.M., *El fundamento del derecho de alimentos y la competencia objetiva y funcional*, *Est. Honor Castán Tobeñas VI*, Univ. Navarra, 1969, pp. 655 y ss.; Igualada Ribot J., *El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes*, ADC, 1998, pp. 1105 y ss.; *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Valencia 1999; Alvarez González S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid. 1996; Dogliotti M., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, Milano 1994; Marín García de Leonardo T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad: (estudio del art. 93.2 del C.c.)*, Valencia 1999; Escudero Lucas J.L., *La tuición del menor abandonado: (art. 172 del C.c.)*, Murcia. 1995; González León C., *El abandono de menores en el Código Civil*, Barcelona. 1995; Fernández del Torco Alonso J.M., *Análisis*

la validez de las convenciones en las que se fija el importe de la prestación, ni tampoco de aquellas en las que se decide o varía la forma de cumplimiento de la misma. Tales acuerdos no son incluidos dentro del concepto de la transacción vetada por la ley, siendo únicamente admitida su eficacia. A este propósito resultan muy reveladoras las palabras de García Rubio⁴⁸, a las que ella se remite: Las partes de la relación –como señala García Rubio refiriéndose a los cónyuges separados de hecho- pueden celebrar entre sí acuerdos destinados a precisar y modificar, dentro de los límites legales, su recíproca obligación de alimentos. Y no cabe argumentar en contrario la prohibición de transigir sobre alimentos futuros del artículo 1814 puesto que <<no hay transacción al no haber mutuas concesiones cuando se estipula que un cónyuge pagará a otro una determinada cantidad en concepto de alimentos, ni tampoco puede decirse que el objeto de esta hipotética transacción sean los alimentos futuros, pues lo que se pacta es la manera de hacer efectivo un derecho de alimentos que ya es actual, no expectante>>.

Los pactos que se concierten entre las personas obligadas (art. 143)⁴⁹ y que afecten a la esencia de la obligación⁵⁰ (los demás son perfectamente asumibles), carecen de eficacia, dado que dichos pactos serían contrarios a la ley y estarían prohibidos en función de lo que establece el artículo 1.255 -Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente “siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni el orden público”-: (según el art. 6.3. los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención). Por tanto, se tendría por no puesto⁵¹.

La posible consonancia con la perspectiva romana a este respecto se explica fácilmente con lo preceptuado en el C.2.4.8, cuando se advierte que si se suscita la cuestión sobre los alimentos ya vencidos puede realizarse la transacción sin mayores complicaciones –es como ceder un derecho de crédito sin que la causa ni la naturaleza tenga mayor relevancia-, en cambio, si la transacción versa sobre alimentos futuros no será válida si no se ha contado con la intervención del pretor o el presidente de la provincia:

penal de los delitos de abandono de familia: el caso español, Madrid 1994.; Ceres Montes J.F., “*La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*”, Madrid. 1996; Ruíz Sánchez Capelastegui, *Las Tablas de Düsseldorf. El sistema judicial alemán de fijación de pensiones alimenticias*, La Ley n.º 5132 (2000) pp. 1 y ss; Luna Serrano A., *El nuevo régimen de la familia*, I. Matrimonio y divorcio (La Cruz Berdejo; Sancho Rebullida, Delgado Echevarría; Rivero Hernández). Madrid 1982. “Comentario a los artículos 1089 a 1093”, en *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991; Castro Argüelles M.T., *Prestaciones a favor de familiares: Requisitos y alcance del deber de alimentos*. ArS, 1998, pp. 2581-2585; Serrano García I., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Portal Derecho, www.iustel.com, Madrid 2001; Alburquerque J.M., *Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano*, en RGDR 3. Madrid 2004 (www.iustel.com) pp. 1 y ss.

48 García Rubio, M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid 1995, pp. 76.

49 Art.143 del C.C.: Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente (es decir, sustento, habitación, vestido, asistencia médica...; educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad...; los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo): 1º los cónyuges; 2º los ascendientes y descendientes. Los hermanos sólo deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se entenderán en su caso a los que precisen para su educación.

50 Sobre el concepto de este tipo de obligación en sentido amplio, cfr., Castán Tobeñas J., *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo 5, *Derecho de familia*, vol. II, 10ª ed. (Rev. García Cantero G., y Castán Vázquez, J.M.), Madrid 1995 pp. 447 y ss. “...relación jurídica que une a dos partes en virtud de la cual una de ellas debe prestarle a la otra lo necesario para su subsistencia”. En este sentido, Martínez Rodríguez N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid 2002, pp. 33 y ss. Cfr. Pérez Martín, J.A., *La pensión alimenticia de los hijos y su cuantificación*, en *Revista Facultad de Derecho Univ. Gr.*, 4, 2001, pp. 143-172.

51 Cfr. (S. 14-2-76).

C.2.4.8 (*Imp. Gordianus Iunio militi*): *De alimentis praeteritis, si quaestio defertur, transigi potest, de futuris autem sine praetore seu praeside interposita transactio nulla auctoritate iuris censetur.*

Recuérdese ahora la perspectiva romana acerca de los pactos. En el contexto de la rúbrica *de pactis*, en el título IV del edicto y con anterioridad a la rúbrica de *in ius vocando* (título V), como puede observarse en la formulación de Lenel, el Pretor en el edicto promete que garantizará los pactos convenidos. Asimismo, el principio romano *pacta sunt servanda*⁵², como es bien sabido, se ha convertido en un Principio General del Derecho⁵³, y cabría recordar ahora la aparente consonancia inicial generalizada, con la conocida formulación edictal referida⁵⁴: “*Pacta conventa*”, *quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, “servabo”*.

En esta enunciación el pretor dice que mantendrá los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores y que no sean en fraude de cualquiera de los mismos (en suma, que no sean contrarios al ordenamiento jurídico establecido)⁵⁵.

Como muy acertadamente señala Reinoso F.,⁵⁶ la intersección del Derecho Romano con el Derecho vigente no se produce en una esfera ideal, sino en el mismo campo de la praxis jurídica diaria. Más de mil sentencias analizadas por él avalan estas convicciones.

Retomando la expresión interdicial mencionada precedentemente, y si intentamos extraer alguna conclusión, la primera que habremos de reconocer es que el texto citado no tiene en esta época una equiparación absoluta con las legislaciones modernas.

52 Alburquerque J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución a la evolución y vigencia del principio general romano <<pacta sunt servanda>> en el derecho europeo actual*, (Córdoba 1995) pp. 39 y ss.; Id. *Los Pactos*, en Portal Derecho (www.iustel.com), Madrid 2002, pp. 1 y ss.

53 Reinoso, F., *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (Madrid 1987) reimpr. 1988, pp. 59 y ss.

54 Bajo la rúbrica de *pactis* (o de *pactis conventis* o de *pactis et conventionibus*, reconstrucción propuesta por Crusius y seguida por Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª ed. (Leipzig 1927, reimpr. Aalen 1985) pp. 64 n. 3; Behrends O., *Otto Lenel (1849- 1935)*, *Juristas Universales cit.* vol. III, pp. 574 y ss.; Domingo R., *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio I*, (Santiago de Compostela, 1992) pp. 21 y ss.; Manenti, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta secundo il diritto romano privato*, en St. Senesi VII, 1890, pp. 196 y ss., hace referencia también a la expuesta por Donellus y Cuiacius, de *pactis et conventis* en el Codex Theodosianus (v. C. Th. 1.1.5) y los Códices Gregorianus et Hermogenianus, los Digesta y el Codex Iust., probablemente también en la primera edición. Cfr. Alburquerque J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución a la evolución y vigencia del principio general romano <<pacta sunt servanda>> en el derecho europeo actual*, (Córdoba 1995) pp. 38 y ss.; Id. *Hugo Donellus*, *Juristas Universales*, (R.Domingo, ed.) vol. II, *Juristas Modernos*, siglos XVI al XVIII: de Zasio a Savigny, Madrid-Barcelona 2004, pp. 232 y ss.; Varela E., *Jacques Cujas (Jacobus Cuiacius; Cuyacio) (1522-1590)*, *Juristas Universales cit.* vol II, pp. 221 y ss. Alburquerque, J.M., *Los Pactos*, en Portal Derecho (www.iustel.com), Madrid 2002, pp. 1 y ss.; Id. *De perspectivas exegéticas a perspectivas sistemáticas y dogmáticas: Breves puntualizaciones en torno al siglo caracterizado por el esplendor de la jurisprudencia de la Escuela culta*, en RGDR 3, Madrid 2004 (www.iustel.com) pp. 1 y ss.; Id. *Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano*, en RGDR 3. Madrid 2004 (www.iustel.com) pp. 1 y ss.

55 Véase, entre otros, sobre el derecho vigente y el derecho comparado, Alburquerque J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano cit.* pp. 159 y ss. Podría decirse, por ejemplo, que tanto en la jurisprudencia española, como los Códigos Civiles (español, francés, BGB alemán y el italiano), el principio de protección de lo convenido o pactado aflora con facilidad. Es decir, que el mantenimiento del principio *pacta sunt servanda* en los ordenamientos aludidos resulta evidente.

56 Reinoso F., *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (Madrid 1987) reimpr. 1988, pp. 59 y ss.

Es decir, contra una acción adversa a lo formulado, en la que se pone de relieve el trato irrespetuoso del acuerdo entre el acreedor y el deudor, el pretor otorgaba para la defensa de ese *pactum conventum* una *exceptio*, concretamente la conocida *exceptio pacti conventi* la cual aparece propuesta en el edicto en un lugar diferente (título XLIV, de *exceptionibus*, bajo la rúbrica *si quis vadimonium non obtemperavit*⁵⁷). La *exceptio pacti*, tendería a neutralizar toda acción que no reconociera el *pactum* que las partes habían realizado⁵⁸. En el fondo, según Fuenteseca⁵⁹, se trata de hacer valer el acuerdo que modifica el vínculo (*obligatio*) creado mediante un acto formal del *ius civile*. El efecto común de este instrumento jurídico, *pactum*, afirma A. d'Ors⁶⁰, puede verse como el negativo de una *exceptio* y no del positivo de una acción, porque el fin del pacto es precisamente el de evitar la agresión procesal, y es precisamente, a este efecto defensivo al que se refería el edicto al decir (*pacta conventa....servabo*). Moviéndonos en este marco de matizaciones y conjeturas, parece oportuno recordar otras apreciaciones de este autor⁶¹ sobre el principio *pacta sunt servanda*, en las que nos pone de relieve que cuando los filósofos dicen que se deben cumplir los pactos, aluden evidentemente a ese efecto positivo de los pactos contractuales, pero la formulación latina *pacta sunt servanda* (hay que cumplir los pactos) está impropriadamente tomada de lo que decía el pretor en su edicto: *pacta conventa servabo*, para anunciar, no la exigibilidad de su cumplimiento, pues hubiera dicho <<daré juicio>>, sino para anunciar que daría la excepción de pacto.

Para finalizar nuestro comentario, quisiera recordar de nuevo un punto que, en mi opinión, puede presentar un interés particular. En la perspectiva romana precedentemente referida, observamos, respecto a las medicinas, que no existía un encuadramiento claro, o suficientemente claro en la jurisprudencia (salvo el criterio de Gayo D.7.1.45; D.50.16.44); si bien, el establecimiento de los límites probables que podía suponer la generalizada expresión cosas necesarias para la vida, da cabida a una probable extensión de las mismas. Nuestro Código Civil⁶², como hemos visto, también en este

57 Cfr. Lenel O., *Das edictum perpetuum*, cit. pp. 501 y ss.

58 Gayo IV. 119, da la fórmula de la *exceptio pacti*.

59 Fuenteseca P., *Derecho privado romano*, Madrid 1978, pp. 310.

60 A. d'Ors, *Derecho privado romano*, 4ª ed. Navarra 1981, pp. 140-141; Id. *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1997, pp. 62 y ss.; pp.170 y ss.

61 A. d'Ors, *Elementos de Derecho privado romano*, 1992, pp. 140

62 Cfr., entre otros, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 7ª ed. Madrid 1997; Bercovitz Rodríguez-Cano R., *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993; Bonet Correa José., *Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el convenio regulador de separación matrimonial y divorcio*, ADC, 1983, pp. 1181 y ss.; Martínez Rodríguez N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid 2002, pp. 31 y ss.; Pérez Martín, J.A., *La pensión alimenticia de los hijos y su cuantificación*, en Revista Facultad de Derecho Univ. Gr., 4, 2001, pp. 143-172; Padial Albás, A., *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona 1997, pp.125 y ss.; ; *El estado de necesidad como presupuesto de la génesis y concreción de la obligación de alimentos*, en Carta Civil, 10, (Septiembre 2000); García Rubio M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid 1995; González Carrasco M.C., *Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias*, en ArC 8/1998, pp. 11 y ss.; Batillo Ortiz A., *La Ley 10/1996, de 29 de Julio, de Alimentos entre parientes*, Der. Civ. España, vol. III, Navarra 2000, pp. 1373-1389; Gullón Ballesteros A., *Sobre la Ley 1/1996, de Protección jurídica al menor*, en la Ley, n.º 3970, 8 de Febrero de 1996; Hidalgo García S., *Las pensiones de alimentos y compensatorias en los casos de separación y divorcio*, Colecc. Jurisp. Práct. Madrid 1995; Martínez Calcerrada L., *El derecho a la vida y a la integridad física*, AC 1987, pp. 1241 y ss.; Glück F., *Comentario a las pandectas*. Libro XXV, Milán 1907 (Glück F., *Commentario alle pandette*, trad., ital., Milano 1907, libro XXV, pp. 25 y ss., 144 y ss., 259, n. 36 y 37., 144 y 321.; Glück F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ain Commentar von*, Erlangen, 1869, XXVIII, pp. 52 y ss.); Scaevola, Quintus Mucius: *Código Civil*, comentado y concordado, rev. y puesto al día, Ortega Lorca F., T. III, 5ª ed. Madrid 1942; T. XI, vol. 2.º, Madrid 1943 (cfr. Fernández De Buján A., *Quinto Mucio Escévola el Pontífice (Quintus*

tema, expresa concisamente las previsiones jurisprudenciales romanas con gran acierto, y establece definitivamente, asimismo, una adecuada y avanzada determinación muy concreta acerca de la asistencia médica –quizá, en vía de hipótesis, por las presunciones y señales elocuentes adheridas a la práctica cotidiana romana, más sensible a las nuevas direcciones extensivas en cuanto al contenido y sin carácter de excepción-, la educación y el embarazo –considerando, probablemente, la estructura de la institución y sin pensar en un cerco restringido desde el periodo clásico-: Título VI. De los alimentos entre parientes: Art. 142. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación⁶³ e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y el parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

En Derecho romano, la verdadera limitación la representará en la *praxis*, indudablemente, la consistencia patrimonial del obligado: *pro modo facultatum*. Probablemente, ajustándose a la cuantía de los bienes del sujeto obligado (que se muestren más operativas en el plano social-jurídico, la capacidad económico -social del sometido, la proporcionalidad, por tanto, respecto al patrimonio); la mediación normativa implica, asimismo, comprimir o ampliar; pero siempre dentro del marco general que hemos reconocido entre los mínimos y los máximos que pueden representar los perfiles más sobresalientes de la idea de alimentos.

En este sentido, nos parece acertado recordar las convergencias de apreciación que pueden extraerse del siguiente artículo de nuestro Código Civil: Art. 146. La cuantía de los alimentos será proporcionada (*pro modo facultatum*) al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe.

Un punto de particular relieve hay que atribuirle, asimismo, al siguiente artículo 147: Los alimentos, en los casos que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

Mucius Scevola Pontifex (140-82 a.C.), *Juristas Universales*, vol. I, op. cit. pp. 117); *Medicus D.*, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I. (ed. esp. Martínez Sarrión A.), Barcelona 1995; Villarino L.M., *El fundamento del derecho de alimentos y la competencia objetiva y funcional*, Est. Honor Castán Tobeñas VI, Univ. Navarra, 1969, pp. 655 y ss.; Igualada Ribot J., *El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes*, ADC, 1998, pp. 1105 y ss.; *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Valencia 1999; Álvarez González S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, 1996; Dogliotti M., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, Milano 1994; Marín García de Leonardo T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad: (estudio del art. 93.2 del C.c.)*, Valencia 1999; Escudero Lucas J.L., *La tuición del menor abandonado: (art. 172 del C.c.)*, Murcia, 1995; González León C., *El abandono de menores en el Código Civil*, Barcelona, 1995; Fernández del Torco Alonso J.M., *Análisis penal de los delitos de abandono de familia: el caso español*, Madrid 1994.; Ceres Montes J.F., *“La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal”*, Madrid, 1996; Ruiz Sánchez Capelastegui, *Las Tablas de Düsseldorf. El sistema judicial alemán de fijación de pensiones alimenticias*, La Ley n.º 5132 (2000) pp. 1 y ss.

63 Recuérdese que Javoleno (D. 34,1,6), en el contexto referido al legado de alimentos, excluye expresamente la educación: *Ligatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debetitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur*. Sin bien, no deja de precisar un breve elenco del contenido de alimentos (vituallas, vestido, habitación) y una referencia expresa que puede absorber todo lo necesario para la vida: porque sin estas cosas “no puede mantenerse el cuerpo”. Parece lógico admitir que el mantenimiento del cuerpo implica una extensión progresiva del elenco para atender las necesidades de vida.