

ASPECTOS DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS EN DERECHO ROMANO: ESPECIAL REFERENCIA A LA RECIPROCIDAD ENTRE PADRE E HIJO, ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

JUAN MIGUEL ALBURQUERQUE*

La obligación del padre para con los hijos, deriva, en principio, como pusimos de relieve en otra de nuestras publicaciones precedentes, exclusivamente de la patria potestad, y dentro del marco de los deberes éticos¹. No tenía por tanto un sustento legal expreso, sobre todo si se toma en consideración el concepto de la familia tradicional romana originaria². Podría parecer infructuoso intentar establecer algunas relaciones de reciprocidad acerca de las necesidades patrimoniales y alimenticias entre los parientes, completamente desconocidas, como es sabido, para *ius civile antiquum*. En este sentido, resulta incuestionable que en una primera etapa, mientras subsiste la concepción de la familia basada primordialmente en el ámbito de la organización propia de la agnación, la función paterna despliegue, y sobrepase en ocasiones, la máxima discrecionalidad respecto a la estructura patrimonial y al ejercicio de la *patria potestas*, absoluta y perpetua, en relación a todos los sometidos a él. La potestad paterna, aparece

* Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Córdoba.

¹ Alburquerque, J.M., «Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano (I)», *RGDR* [http// www.iustel.com](http://www.iustel.com) n° 3, Madrid 2004.

² Cfr., entre otros, FERNÁNDEZ DE BUIJÁN A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Madrid 1984, pp. 21 y ss.; Id. *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 9ª ed., Madrid 2006, pp. 387 y ss.; Id. «Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano (I)», en *RGDR* [http// www.iustel.com](http://www.iustel.com) n° 6, Madrid, 2006.

mitigada, como acertadamente nos recuerda A. D'ORS³, «por la ética tradicional de los *mores maiorum*», que sin grandes esfuerzos, podríamos pensar que otorgaban gran importancia a la subsistencia y a la vida⁴ del conjunto de los componentes del organismo familiar. El proceso evolutivo de las diferentes concepciones sociales y familiares, fue sustituyendo progresivamente la importancia de las relaciones agnaticias, y dando paso a una organización familiar en la que los vínculos de sangre constituyen el eje sobre el cual se asienta principalmente una nueva estructura en todas las relaciones entre parientes⁵. Las orientaciones tuitivas de la patria potestad, entendidas como un derecho y un deber de protección y asistencia⁶, fueron atemperando y delimitando la disciplina potestativa paterna y favoreciendo una protección más amplia a los hijos, y en general, a todo el grupo familiar. Como es bien sabido, el sentimiento de intolerancia de los abusos más graves cometidos en nombre de la *patria potestas* tuvo fiel acogida en muchos de los escritos de los juristas que tuvieron conocimiento de su trazado evolutivo, tratando de atemperar la regla rígida que provenía del concepto de *patria potestas*, especialmente, en aquellos supuestos que repugnaban en mayor medida al sentido común.

El instituto como tal –según parte de la doctrina– comienza a esbozarse con Antonino Pio (138-161)⁷, el cual le presta cierta atención en algunos rescriptos, y no parece tomar la forma adecuada hasta la serie de normas concernientes a esta materia bajo el principado de Marco Aurelio (161-180)⁸; momento que, como hemos podido observar, también se reconoce por otros estudiosos como demasiado tardío⁹; sobre todo al tener en cuenta algunos datos que parecen previos a este respecto, y que también se recogen en las fuentes. No obstante, tampoco puede ser muy anterior a este momento, si tenemos en cuenta el fuerte condicionamiento de la *patria potestas* que desplegaba las máximas facultades paternas en la estructura familiar. Podría decirse que tanto el espíritu conservador de Antonino Pio, acerca del derecho y las costumbres de los *maiores*, transmitidas de generación en gene-

³ D'ORS, A. *Elementos de derecho privado romano*, 3ª edición Pamplona 1992, pp. 50; FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 9ª ed., cit., pp. 341 ss.

⁴ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida, principio rector del derecho*, Madrid 1999, pp. 101 y ss., y 151 y ss.

⁵ Cfr. A. Arthur SCHILLER, «Alimenta in the sententiae Hadriani», en *St. Grosso*, vol. IV, 1971, pp. 404 y ss.

⁶ Sobre la patria potestad como *officium* –deber de protección y asistencia– cfr. KASER M., «Der Inhalt der patria potestas», *ZSS* 58, 1938, pp. 62 y ss.

⁷ Cfr. C. 5, 25, 1 (*Imp. Pius A. Basso*): *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est*.

⁸ Cfr., entre otros, ORESTANO R., «Alimenti (*Diritto romano*)», *NNDI*, p. 483; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, vol. I, Milano 1963, pp. 379 y ss; LAVAGGI G., «Alimenti», *ED*, p. 18. Véase C. 5, 25, 2 (*Divi fratres Celeri*): *Competens iudex a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit. D. Id. April. Ipsis III et II AA. Conss.*

⁹ ALBERTARIO E., *Studi di diritto romano*, vol. I, *Persone e famiglia* –especialmente el capítulo XIII, *Sul diritto agli alimenti* –, Milano 1933, p. 251 y ss. (= Artículo incluido en Pubblicazioni dell'Università Cattolica del S. Cuore de 1925). Cfr., D. 25, 3, 5, 5-7; C. 5, 25, 1; C. 5, 25, 2; C. 5, 25, 3). D. 25, 3, 5, 5-7; ALBURQUERQUE, J.M.. «Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio», *RGDR* 6, Madrid 2006.

ración, como la capacidad para ir superando abiertamente las exigencias formales de las costumbres jurídicas, aportando novedades significativas, y la tendencia de Antonino Pio a superar las opiniones contradictorias, permiten suponer —especialmente en los últimos años de su reinado, cuando al parecer podía sentir su *auctoritas* más legitimada por la propia experiencia—, la probable existencia de mayores atisbos clarificadores y definitorios en su actividad normativa acerca de las exigencias y obligaciones alimenticias en las relaciones paternofiliales, de las cuáles no tenemos noticias suficientes. Incluso no deberíamos olvidar los sugerentes indicios¹⁰ de la doctrina, que nos remiten a la época de Adriano.

El análisis de la evolución del concepto y contenido de la prestación de alimentos, nos induce a pensar con WYCISK¹¹ que desde los primeros momentos en los que al parecer los juristas reflejaban la idea de nutrir, sustentar y suministrar víveres, se va asumiendo en general una extensión de su contenido: alojamiento, cama, vestido, calzado. El tratamiento médico, y los medicamentos a los que alude Gayo en D.7.1.45 y D.50.16.44, aunque pueda parecer para algunos una perspectiva personal y no suficientemente avalada, no deja de representar en mi opinión, un vestigio para su reflexión oportuna¹².

En derecho romano, hasta el momento, continúa abierto el debate doctrinal acerca de las personas que realmente estaban sometidas a este régimen de prestación de alimentos en un primer momento, y entre quiénes era procedente la reciprocidad de la obligación¹³.

¹⁰ Cfr. A. Arthur SCHILLER, *Alimenta in the sententiae Hadriani*, cit., pp. 399 y ss.

¹¹ WYCISK F., «Alimenta et victus dans le droit romain classique», en *RH* 50, 1972, 205 y ss.

¹² Cfr. ALBURQUERQUE, J.M. «Alimentos entre parientes (II): *Alimenta et victus*». *RGDR* 4, Madrid 2005, pp. 1 y ss.

¹³ Sobre la importancia de realizar una profunda investigación acerca del derecho de alimentos en Derecho Romano, se han pronunciado numerosos autores —directa e indirectamente— entre los que podríamos destacar, en principio: ALBERTARIO E., *Studi di diritto romano*, vol. I, *Persone e famiglia*, (especialmente el capítulo XIII, *Sul diritto agli alimenti*) Milano 1933, pp. 251 y ss.; ALBURQUERQUE, J.M., «Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano (I)», *RGDR* 3, Madrid 2004; Id. «Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio», *RGDR* 6, Madrid 2006; Id. «Alimentos entre parientes (II): *Alimenta et victus*». *RGDR* 4, Madrid 2005; ASTOLFI R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* III, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'università di Padova 84, Padova-Cedam, 1979, pp. 91 y ss.; BIONDI B., *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954 —*Alimenti*—, pp. 290 y ss.; Id. *BIDR* 30 1921 p. 244; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, vol. I, Milano 1963 —*alimenti e successione*—, pp. 379 y ss.; BONINI R., «Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano», *AG* 181, Modena 1971, pp. 24 y ss. (= Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa, Bologna 1973, pp. 7 y ss.; Id. «La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni, *Nov. Ius* 56,6 y 117,5». *St. Sassaesi* 3, año académico 1970-71, 1973, pp. 805 y ss.; BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973 —*Obblighi alimentari*— pp. 596; FALASCHI P.L., «Osservazioni sul carattere incidentale o autonomo dei praeiudicia», *Ann. Univ. Camerino*, 1963, pp. 145 y ss.; GARCÍA GARRIDO M.J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid 1958, pp. 93 y ss.; GARCÍA SÁNCHEZ J., *Cognitio extraordinaria*, Iustel, Madrid, 2002; HEIMBACH G.E., «Alimente», *Rechtslexikon von Weiske J. für Juristen alter deutschen Staaten*, I, Leipzig, 1839, pp. 185 y ss.; KOSCHAKER P., «Der Unterhalt der Ehefrau und die Früchte der Dos», *Studi Bonfante* IV, 1930, pp. 1 y ss.; LANFRANCHI F., «<<Ius exponendi>> e obbligo alimentari nel diritto romano-classico», *SDHI* vol. 6, 1940, pp. 5 y ss.; Id. «Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico», en *St. Volterra* vol. 4, 1971, pp. 105 y ss.; Id. *L'agere ex Senatusconsulti de partu*

Uno de los grandes impulsores para su estudio fue ALBERTARIO¹⁴, el cual intentó realizar una depuración de los textos jurídicos más sobresalientes con la finalidad de componer un resultado en el que la prestación de alimentos, concebida como una obligación legal entre parientes, mostrara los cauces judiciales –vía *cognitio extra ordinem*– oportunos para hacerla valer, y por otro lado que la determinación cronológica no supusiera un choque con las concepciones históricas de cada época. En este sentido, determinar la existencia de este tipo de obligación de alimentos, tanto si se trata de una concepción clásica como justiniana, como es bien sabido, mantiene dividido a los estudiosos de todos los tiempos.

A nuestro juicio, tras el resultado de muchas explicaciones particulares analizadas acerca de la prestación de alimentos, se hace necesaria una revisión de las fuentes para contribuir al esclarecimiento y mejor comprensión de este tema que también se muestra de gran interés.

Ulpiano, en su libro II sobre el cargo de cónsul (D. 25, 3, 5 pr.-1) nos dice que si alguno pretendiese ser alimentado por sus hijos, o que los hijos sean alimentados por los padres, el (juez) cónsul conocerá de esta cuestión. No obstante, prosigue Ulpiano, 1.–se ha de ver si uno está obligado a alimentar solamente a los hijos, que están bajo su potestad, o también a los emancipados, o los que son ya independientes por otra causa. Y, acerca de este cuestionamiento, Ulpiano se pronuncia en los siguientes términos, es decir, afirmando

agnoscendo, Bologna 1953, p. 54, n. 170; LAVAGGI G., «Alimenti (diritto romano)», *ED*, pp. 18 y ss.; LENEL O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª edición, Leipzig 1927, p. 488 (reimpresión Aalen 1985); Id. *Palingenesia Iuris Civilis*, reimp. de 1960, 2, 953 (Scientia Verlag Aalen 2000); LONGO G., «Sul diritto agli alimenti», *Annali Univ. Macerata*, 1948, vol. XVII, pp. 215 y ss. (= Ricerche Romanistiche, Milano 1966 pp. 339 y ss.); Id. «Note esegetiche. Donatio simples», en *AG* vol. 113, fasc. 1 (= Ricerche Romanistiche, Milano 1966, pp. 347 y ss.); Id. *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano 1946, pp. 187 y ss.; MARRONE M.T., «L'efficacia pregiudiziale della sentenza», *Ann. Univ. Palermo*, vol. 24, 1955, pp. 405 y ss.; MASSAROTTO M., «In merito ai decreti di Antonino Pio sull'affidamento della prole alla madre», *BIDR* 80, 1977, pp. 354 y ss.; ORESTANO R., «Alimenti (Diritto romano)», *NNDI* vol. I, Torino 1957, pp. 482 y ss.; PUGLIESE G., *La cognitio e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, vol. II, 1965, pp. 141-168; ROBERTI, M., «Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche», *Miscellanea Vermeersch*, 1935, vol. II, pp. 25 y ss.; SACHERS E., «Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit», (*Festschrift Fritz Schulz* F. Weimar, 1951, vol. I, pp. 310 y ss.; cfr. *IURA*, 1952, vol. III, pp. 427 y ss.) Id., s.v. «Potestas Patriæ», *RE*, 22, 1953, pp. 1113-25; SEIDL, «Die Unterhaltspflicht der Töchter und die Kaufehe in den Papyrusurkunden», *Atti Congresso Internazionale di Papirologia*, 1966, pp. 149 y ss.; SCHILLER A., *Alimenta in the sententiae Hadriani*, cit., pp. 399 y ss.; SOLAZZI S., «La prestazione degli alimenti» en *Scritti di diritto romano III*, (1925-1937), Napoli 1960, pp. 127 y ss.; TAUBENSCHLAG R., «Die patria potestas im Recht der Papyri», *ZSS* 37, 1916, pp. 185 y ss.; Id. «Die materna potestas im gräko-ägyptischen Rechts», *ZSS* 49, 1929, pp. 115 y ss.; «Die Alimentationspflicht im Rechte der Papyri», *Studi Riccobono*, I, pp. 508 y ss. (1936 rist. 1974); VÉGH Z., «Bemerkungen zum alimentenvergleich», en *Festgabe für Arnold Herlitzka*, 1972, pp. 223 y ss.; VOET J., *Pandette* (trad. it.), 3, Venecia 1850, 1092, ad D. 25, 3; WALTHER G., «Bedeutung und Umfang des Wortes alimenta nach heutigem römischem Rechte», en *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, XX, 1844, pp. 353 y ss.; WYCISK F., «Alimenta et victus dans le droit romain classique», en *RH* 50, 1972, 205 y ss.; ZOZ, M.G., «In tema di obbligazioni alimentari», *SDHI* 73, Milano 1970, pp. 324 y ss. Id. «Sulla capacità a ricevere fedecommissi alimentari», *SDHI* 40, 1974, Roma 1974, pp. 303 y ss.; Filippo GALLO, «Il diritto agli alimenti tra genitori e figli», *LABEO*, abril 2001, pp. 28 y ss.

¹⁴ ALBERTARIO E., *Studi di diritto romano*, vol. I, *Persone e famiglia*, (especialmente el capítulo XIII, *Sul diritto agli alimenti*), cit., p. 251 y ss.

su convicción sobre la obligación recíproca de alimentos: aunque los hijos no estén bajo su potestad deben ser alimentados por los padres, y ellos deben corresponder recíprocamente con objeto de alimentar a sus padres.

D. 25, 3, 5 pr.– 1 y 2 (*Ulpianus*, libro II de *officio consulis*): *Si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a parente exhibeantur, <<(iudex)>>¹⁵ de ea re cognoscat. 1. Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutus, videndum est. Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere. 2. Utrum autem tantum patrem avumve paternum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet.*

Podemos hablar, por tanto, sin grandes dudas, de la existencia de una obligación de alimentos –recíproca– en derecho clásico; en principio, entre ascendientes y descendientes en línea recta, pues como aparece mencionado en el texto si el ascendiente tiene interés en recibir alimentos de su (o sus) descendientes, o al contrario, el juez podrá conocer la causa. Cuando hablamos del juez (*iudex*), como ya pusimos de relieve en otros párrafos de nuestro trabajo, sabemos que nos estamos refiriendo al cónsul; es decir, se trata de una palabra que los propios compiladores emplearon para sustituir el antiguo término cónsul. Cabría recordar que es uno de los planteamientos que parece más pacífico en la doctrina¹⁶; aunque no ha faltado quien ponga de relieve que podría ser un simple reflejo de la delegación a un juez, que tendría lugar dentro de la misma *cognitio extra ordinem*, por lo que quizá no habría que excluirlo a ciencia cierta al advertir la posibilidad de considerarlo como una referencia propia de nuestro jurista¹⁷.

Retomando el hilo argumentativo que nos proporciona el fragmento de Ulpiano, debemos observar que la prestación de alimentos se funda, en este contexto, principalmente entre los parientes, en línea recta –ascendientes y descendientes– y tenemos que incluir aquí que se trata de una obligación recíproca.

La interpretación del texto, aunque parece simple, no ha dejado de producir dudas razonables en la mayoría de los investigadores; si bien, nosotros intentaremos que las cuestiones planteadas al conjunto no empañen la esencia de un reconocimiento legal de semejante enjundia, sobre todo si tenemos en cuenta las barreras que se han tenido que allanar para

¹⁵ Cónsul, como veremos *infra*.

¹⁶ Cfr., entre otros, KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 357 n. 39 (ist iudex für consul itp.).

¹⁷ Cfr. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. Orestano), cit., p. 262.

afirmar este principio sobre obligaciones recíprocas –entre padre e hijo–, en un entramado familiar en el que persiste el marco de la potestad paterna. Si canalizamos las cuestiones que se nos plantean desde el principio, podremos llegar a vislumbrar con relativa claridad el alcance de estas afirmaciones.

Para iniciar nuestra exégesis, deberíamos retomar la considerada obligación, en tema de alimentos recíprocos, que se atribuye a los ascendientes y descendientes, y comprobar si existen otros textos que confirmen esta previsión *ulpiana*.

En efecto, no resulta demasiado complicado extraer afirmaciones analógicas de otros fragmentos que contribuyen a disipar nuestras dudas. La obligación de dar alimentos a los hijos y a los padres aparece también expresamente confirmada en C. 5, 25, donde se recoge el convencimiento de Antonino Pio, cuando nos confirma lo justo que es que los hijos presen socorro a los padres necesitados: C. 5, 25, 1: *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est*. Asimismo, esta obligación centrada en el ámbito del parentesco, con la única limitación, advertida legalmente, que pueden suponer las auténticas disponibilidades patrimoniales del obligado, encuentra el cauce normativo para su posible reclamación ante el juez (cónsul), mediante la disposición contenida en el C. 2, 25, 2, donde se dice claramente: *Competens (iudex) a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit*. Por tanto, el juez competente, mandará que se le presten alimentos al sujeto necesitado (en este supuesto, se trata del padre que necesita ser alimentado por el hijo).

También encuentra fiel acogida el alcance de la línea recta –a propósito de los alimentos– en la expresión que el mismo Ulpiano nos transmite, admitiendo la extensión de la obligación de alimentos al abuelo materno: D. 25, 3, 5, 5 (*Ulpianus*, libro II *de officio consulis*): *Item Divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur*.

Una vez aclarado el vínculo real existente en relación a la filiación o la paternidad de los sujetos, aspecto que no puede ser afrontado adecuadamente en esta sede, el juez o jueces que hayan conocido del asunto mandarán oportunamente que se cumpla la obligación de alimentos. En términos analógicos se muestran las siguientes afirmaciones de nuestro jurista:

D. 25, 3, 5, 8 (*Ulpianus*, libro II *de officio consulis*): *Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem summatim iudices oportet super ea re cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decerment alimenta*.

De la interpretación de un texto en el que los herederos de la abuela eran demandados por los herederos del nieto por la acción de gestión de negocios, y en el que los herederos de la abuela intentaban calcular los alimentos dados al nieto, y sin entrar ahora en el origen de la partida de gastos, es decir, si los alimentos aportados provienen del patrimonio del nieto,

o bien del que pertenecía a la abuela, podemos advertir las previsiones analógicas –aunque algo más confusas– respecto a la prestación de alimentos entre ascendientes y descendientes. Nos referimos al siguiente fragmento de Paulo, en el que se recoge también la especial atención prestada en estos casos desde la perspectiva de Antonino Pio:

D. 3, 5, 33 (*Paulus*, libro I *quaestionum*): *Nesennius Apollinaris Iulio Paule salutem. A via nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur aviam iure pietatis de suo praestitisse: nec enim ant desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut, decreta essent. Praeterea constitutum, esse dicebatur, ut, si ater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contrario dicebatur tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, veritum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur quaero quid tibi iustius videatur respondi: haec disceptatio in factum constitit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum, quid enim si etiam proetestata est se filium idio alere, ut aut ipsum aut totores eius conveniret pone peregre patrem eius obisse et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium quam familiam eius exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impensarum ea rettulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.*

No obstante, reconocida la existencia de la obligación acerca de los alimentos que se deben prestar los componentes de la familia, ascendientes y descendientes, lo que no se puede predicar con claridad es la existencia de un rango tipificado que permita establecer el orden jerárquico preceptivo para hacer efectivas las diferentes reclamaciones de alimentos.

En este sentido, podemos traer a colación un fragmento que puede resultar muy revelador, en el que se observa que el abuelo materno no se verá obligado a proveer alimentos –que tendrá que procurarlos el *pater*–, salvo que el padre se encuentre en situación de máxima indigencia. Así, pues, el abuelo materno quedará subsidiariamente obligado ante un estado de necesidad del padre:

D. 25, 3, 8 (*Marcellus*, libro I *ad legem Iuliam et Papiam*): *Non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita et in feminis est: nam manifestum est id quod filia parit non avo, sed patri suo esse oneri, nisi pater aut non sit superstes aut egens est.*

Otra de las cuestiones que deberíamos abordar, una vez prefijado el margen de personas que pueden quedar sujetas a este tipo de obligación, por conformar el grupo de los ascendientes y descendientes –no se establece ningún grado concreto para delimitar la obligación, ni se desvelan con seguridad si los ascendientes paternos preceden a la madre y a los ascendientes de ésta en la prestación– consistiría en precisar si con ello debemos entender que se refiere siempre en línea masculina, o se podría admitir esta proyección también en línea femenina.

En el supuesto de no admitir esta última posibilidad, nos encontraríamos con un cercenamiento sustancial de las personas obligadas, lo que en cierta medida parecería estar en contra del fin que se pretende conseguir. En cualquier caso un reconocimiento de este tipo nos parecería lo más probable. Para ello acudiremos a los elocuentes datos que nos transmite Ulpiano, en los que presuponer la extensión a la línea femenina no resulta demasiado arriesgado o desafortunado: La relevancia que atribuye Ulpiano al efecto de la consanguinidad, justifica por sí misma la extensión de la prestación de alimentos tanto a los ascendientes de sexo viril, como a los ascendientes maternos; y todo ello en virtud del vínculo que impone la sangre. Con estas premisas, el juez simplemente tendrá que sopesar los deseos de las partes para hacer valer la prestación.

Indicios claros de estas afirmaciones se desprenden de frases ulpianeas tales como: *an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes; et magis est, ut utrobique se iudex interponat quorundam necessitatibus facilius succursurus*. En D. 25, 3, 5–2, pueden observarse las referencias completas que nos llevan a estas consideraciones: *Utrum autem tantum patrem avumve paternum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet*.

El simple cuestionamiento que se formula en el exordio de este fragmento, es decir, si se debe alimentar sólo al padre, el abuelo paterno o bisabuelo, etc., nos hace pensar que si ésta hubiera sido la regla habitual en la práctica romana de la época, resultaría completamente superflua la expresión transcrita; incluso, podría pensarse que la consolidación de este principio obligatorio podría incluirse dentro de la gama de reconocimientos jurídicos ocasionales, y no nos parece que éste fuera el espíritu del legislador.

Probablemente, a nuestro juicio, el trazado evolutivo de esta prestación, que no podía desprenderse con facilidad de las premisas tradicionales más rigurosas, propició el cuestionamiento advertido al principio de este párrafo, y no tanto para buscar una respuesta judicial a la pregunta, sino más bien para consolidar y justificar la nueva tendencia que propiciaba el derecho extraordinario.

La interpretación del texto en su conjunto (D. 25, 3, 5 pr.1-5), no escapa de valoraciones jurídicas divergentes que tendremos en cuenta con oportuna reserva. En este sentido, se ha dicho que la voz *pater*, aparece siempre sustituida por la palabra *parens*, o bien, por el plural *parentes*¹⁸, lo que haría presuponer que se trata de una variante introducida en las fuentes clásicas por la mano justiniana. El uso del término *parens*, *parentes*, o padre para ejemplarizar simplemente la concurrencia necesaria para verse inmerso en el cumplimiento de una obligación recíproca de alimentos, o que la línea obligatoria entre los progenitores y los descendientes o viceversa, no implica a nuestro modo de ver una alteración esencial a la hora de establecer los fines pretendidos, de los cuales no deberíamos desligarnos: reciprocidad de la obligación entre ascendientes y descendientes. Entre el *paterfamilias* y sus descendientes –sometidos a su potestad, *liberi alieni iuris*–. Todo ello, según destaca ALBERTARIO¹⁹, en plena época clásica. Incluso como advierte nuestro autor, de forma progresiva, pero siempre dentro de la etapa clásica imperial, en la que el vínculo de la cognación es todavía más fuerte, se llega a prescindir del vínculo potestativo admitiéndose la obligación recíproca también entre el *pater* y los hijos emancipados. Un planteamiento que puede parecer lógico en principio, pero que en nuestra opinión no desvela ningún cambio brusco. Si tenemos en cuenta, que el mismo autor no se sale del marco clásico imperial para hablar de este tipo de reciprocidad extendida a los hijos emancipados –no se aportan datos cronológicos determinados, de los cuales nosotros tampoco hemos encontrado noticias en la revisión de las fuentes– no se justifica la necesidad de esta presunción. Situar este tipo de obligación recíproca, en la época clásica, entre padres e hijos, emancipados o no, en la que

¹⁸ ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, cit., p. 257; ROBERTI, «*Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*», Miscellanea Vermeersch, 1935, vol. II, pp. 34 y ss. No existen dudas fundadas respecto a la comprensión de *parens*, escribe LONGO, «*Sul diritto agli alimenti*», Annali Univ. Macerata, 1948, vol. XVII, pp.215 y ss.; (= Ricerche Romanistiche, Milano 1966 pp.340 y ss), Ulpiano coligaba *pater* a *parens*. «Che del solo *pater* Ulpiano non parlasse nel principio del suo dire, è ulteriore indizio il contesto dell'attuale &1; il quale in ottima connessione, logica e sintattica, si ricollega ai liberi, di cui è precedentemente discorso (pr.: *vel si liberi, ut parente exhibeatur...& 1; sed utrum eos tantum liberos...*)». Tampoco el uso genérico de *quis*, supone para este autor ningún elemento discordante ni sorprendente. «di parentes, si parla nel testo dopo che il dubbio interpretativo circa la necessità del requisito della potestà è stato già enunciato e serve ad sprimere parere negativo sul punto». En resumen, como advierte este romanista, entre otros, Ulpiano, prescindiendo del requisito de la sumisión a la potestas, sostiene que los derechos y obligaciones recíprocas sobre los alimentos, puede predicarse en relación a ambos progenitores. Ulpiano, prosigue el A., usó promiscuamente los dos términos, *parens* y *pater* (en consonancia con el reconocido derecho de alimentos de la época imperial, por lo que no parece dudar en hacer un discurso fluido a este respecto, y usar los términos *pater*, *parens*, *parentes*, con una analogía muy significativa). Entre las opiniones divergentes, cfr., las numerosas conjeturas interpolacionistas aportadas por ALBERTARIO, en las pp. 252, 258-260, que no disipan nuestras dudas, especialmente, conforme a la teoría que venimos razonando, la reconstrucción de ALBERTARIO sobre D. 25, 3, 5,1: *Sed utrum eos tantum –(quis exhibere)– 1), an vero etiam emancipatos... videndum est. Et magis puto etiam –(si non sunt liberi potestate)– 2) alendos a –(parentibus)– 3) et vice mutua alere –(parentes)– 4) debere*. Véanse también, entre otras, las reflexiones de SACHERS, «*Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit*», (Festschrift Fritz Schulz, Weimar, 1951, vol. I, pp. 310 y ss.; LANFRANCHI, «*Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico*», en St. Volterra vol. 4, 1971, pp. 105 y ss.; LAVAGGI, «*Alimenti (diritto romano)*», ED, pp. 20 y ss.; BIONDI, *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, (*Alimenti*), pp. 291 y ss.

¹⁹ *Sul diritto agli alimenti*, cit., p. 252.

el eje fundamental gravita en torno a la cognación, converge a favor de nuestra hipótesis. El pensamiento del jurista resulta lineal y no hay motivos para dudar de la clasicidad imperial de la reciprocidad de la prestación. Sin necesidad, por tanto, de introducir ineludiblemente una pauta imprecisa, aunque lógicamente progresiva, para englobar esta prestación recíproca que también alcance a los hijos emancipados en la etapa clásica imperial.

Una intervención resolutoria de las posibles reclamaciones recíprocas de alimentos puede quedar suficientemente garantizada por la vía *extra ordinem*, ya desde la época imperial clásica, en la que la adherencia a la práctica cotidiana se mostraba muy sensible a estas nuevas direcciones que allí se iban manifestando —en relación a las necesidades en tema de prestación de alimentos—, y no nos parece que forzosamente tenga que admitirse que se trataba de resoluciones siempre con carácter de excepción, pensando en la estructura misma de la familia romana; en la que parecería lógico admitir que la reciprocidad de la prestación tuviera un carácter, quizá, excesivamente restringido.

Hasta el momento, hemos señalado la existencia de la prestación recíproca reconocida por el derecho extraordinario, entre el padre y los hijos, emancipados o no; ascendientes y descendientes, línea masculina y línea femenina, con las matizaciones que hemos advertido. Si bien, desafortunadamente, la información que nos proporciona Ulpiano acerca de los hijos emancipados o que son ya independientes por otra causa, es demasiado escasa para entrar en una conclusión rápida e inmediata. Sobre el uso de la expresión *ulpiana vel ex alia causa constitutus* (a los «hijos» constituidos por derecho propio por otra causa, los que son ya independientes por otros motivos), quizá hubiera sido conveniente esbozar un elenco ejemplificador, como suelen hacer frecuentemente los jurisconsultos, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una proyección obligatoria bastante novedosa, y que no implica desde el principio un reconocimiento de todos los involucrados en la prestación por los diferentes vínculos que pudiera establecer el derecho. A este propósito, las sugerencias doctrinales también han sido numerosas²⁰, si bien, preferimos pensar con SACHERS²¹ y ZOZ²², entre otros, que nuestro jurista probablemente se refería a los hijos entregados en adopción, y que posteriormente habían salido de la potestad del padre adoptivo, bien por causa de muerte de éste, o bien por emancipación, teniendo en cuenta que esta configuración jurídica aparece avalada en la propia regulación sucesoria. En efecto, acerca de estas valoraciones de nuestros autores resultan muy reveladores los siguientes fragmentos del Digesto relacionados con la *bonorum possessio*:

D. 37, 4, 1, 6 (*Ulpianus*, libro XXXIX *ad edictum*): *Et sui iuris factos liberos inducit in bonorum possessionem praetor (sive igitur emancipati sunt sive alias*

²⁰ Cfr. ALBERTARIO, entre otros, *Sul diritto agli alimenti*, cit., p. 253 y ss., cuando hace referencia a que se trata de los hijos que pertenecen a una familia ilegítima, en la que no puede hablarse de patria potestas.

²¹ SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit*, cit., pp. 326 y ss.

²² ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., pp. 326 y ss.

exierunt de patris potestate, admittuntur ad bonorum possessionem): sed adoptivi patris non potest: ut enim admitti possit, ex liberis esse eum oportet.

Con estas palabras de nuestro jurista severiano, se advierte que el pretor llama a la posesión de los bienes también a los hijos que se han hecho independientes; tanto si fue por emancipación como por otro modo de salir de la patria potestad, son admitidos para la posesión de los bienes; pero no el que fue adoptivo, afirma Ulpiano, pues, para ser admitido, debe ser «verdaderamente» uno de los hijos.

D. 37, 4, 3, 6 (*Ulpianus*, libro XXXIX *ad edictum*): *Si emancipatus filius prae-teritus ante petitam bonorum possessionem adrogandum se dederit, amittit contra tabulas bonorum possessionem.*

Las reflexiones de Ulpiano a este propósito son muy esclarecedoras: Si un hijo emancipado preterido en el testamento de su padre se hubiera dado en arrogación antes de pedir la posesión de los bienes contra el testamento, pierde con ello la posesión de los bienes contra el testamento.

Por otra parte, como acertadamente advierten SACHER²³ y ZOZ, entre otros²⁴, al tratarse de una expresión tan genérica –*vel ex alia causa constitutus*– no podrían ni siquiera excluirse, entre otros, el hijo *flamen diales*, la hija vestal, el hijo que se hubiera transformado en *sui iuris* como consecuencia de la *capitis deminutio* media del padre, que pierde la *potestas* en relación al *ius proprium civium Romanorum*.

Recuérdese que para ALBERTARIO²⁵, el inciso *vel ex alia causa sui iuris constitutos* (D. 25, 3, 5, 1), como el uso mismo del *constitutus*, hace sospechar de una posible alteración justiniana. Por tanto, para nuestro autor determinar quiénes son los hijos libres no emancipados, no tiene otra explicación fácil, si no se piensa en los hijos nacidos en la familia ilegítima, donde no existe vínculo potestativo entre ascendientes y descendientes.

A este respecto, podríamos plantearnos algunas observaciones, en consonancia con las alegaciones antecedentes de ZOZ²⁶ y de SACHERS²⁷, a las que añadiremos las formuladas por LANFRANCHI²⁸. Ulpiano puede haber tenido presente los supuestos en los que los

²³ SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit*, cit., p. 326 y n.4.

²⁴ ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., pp. 327 y ss.

²⁵ ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, cit., p. 263 y ss.

²⁶ ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., pp. 327 y ss. Cfr., asimismo, Gayo, 1, 128; D. 48, 22, 6; D. 43, 8, 3 pr.; D. 48, 22, 16; D. 48, 22, 4; D. 48, 22, 7.

²⁷ Sachers, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit*, cit., p. 326 n. 4.

²⁸ LANFRANCHI, <<*Ius exponendi*>> e *obbligo alimentari nel diritto romano-classico*, cit., p. 30 n. 93.

hijos varones adquirirían la dignidad de sacerdotes –*flamen diales*–, y las hijas la de vestales –*uirgines vestales*–. En coherencia con lo dispuesto por Gayo 1,130, donde se establece que los hijos de sexo masculino salen de la potestad paterna si son investidos como sacerdotes de Júpiter, y los de sexo femenino si son escogidos para vírgenes vestales –lo que solía hacerse entre los seis y los dieciseis años de las hijas–.

Gayo, 1, 130: *Praeterea exeunt liberi virilis sexus de parentis potestate, si flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus, si virgines Vestales capiantur*²⁹.

En términos análogos se muestra Gayo, 3, 114, cuando en la parte final del siguiente fragmento que transcribiremos, nos habla del hijo que ya ha salido de la potestad paterna sin pérdida de estado, por ejemplo, por la muerte de su padre o por haber sido instituido o consagrado sacerdote de Júpiter. Y lo mismo, prosigue nuestro jurisconsulto, debe entenderse de la hija de familia.

Gayo, 3, 114: *...quam si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. eadem de filia familias et quae in manu est, dicta intellegemus.*

En cualquier caso, si también tenemos en cuenta los nuevos principios reguladores de la adopción, y algunos textos especialmente reveladores de esta tendencia, no deberíamos encontrar grandes obstáculos para sugerir con ZOZ³⁰, que en derecho justiniano la perspectiva planteada sobre los hijos dados en adopción, encuentra una respuesta afirmativa. Así como en las previsiones más clásicas tampoco tendría que descartarse esta posibilidad, si reflexionamos con ZOZ sobre el siguiente planteamiento: «Ulpiano, per quanto insigne trattatista, ben difficilmente poteva tenere presenti tutti i singoli casi in era dovuta la prestazione alimentare; pertanto, dal suo silenzio a riguardo, non è possibile trarre argomento *a contrario* tendente a negare l'obbligo. In più c'è da dire che la madre e gli ascendenti

²⁹ Cfr. N.A. 1, 12, 9 y 1, 12, 13. Algunos autores hablan de la concesión de una especie de «suspensión» de la patria potestas, derivada de la necesidad del culto. Con estas premisas se puede llegar a la conclusión de un futuro regreso de la mujer a la misma posición jurídica del resto de los miembros de la familia, por ejemplo, transcurridos treinta años en el supuesto de las vestales (SCHEURL, CUQ, GIRARD-SENN) referidos por LANFRANCHI en la página citada precedentemente. Siempre dentro de este contexto analizado por LANFRANCHI, cabría recordar que las anteriores reflexiones han sido muy discutidas por PERNICE, COSTA, MOMMSEN, entre otros, y se llega a considerar al Pontífice Máximo casi como el tutor de las vestales, y extienden la observación a los sacerdotes de Júpiter. No obstante, no dudan en excluir la subsistencia del poder paternal. Se podría configurar una especie de *potestas* del Pontífice análoga a la del *pater* (Jullian). Incluso algunos llegan, suponemos que metafóricamente hablando, a decir que el Pontífice Máximo puede considerarse como un marido que ha integrado a la mujer bajo su *manus* (Aron).

³⁰ Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., pp. 328.

materni, sono tenuti nei confronti del figlio, in ragione della cognazione in linea recta, per quanto questi possa essere in potestà di altra persona, e cioè del padre (legittimo o adottivo); altrettanto dovrebbe valere per il padre naturale e legittimo e suoi ascendenti, il cui rapporto di cognazione non è interrotto con la venuta meno della agnazione. Ed è proprio al rapporto di cognazione che il diritto straordinario, in tema di alimenti, sembra dare rilievo».

C. 8, 47, 10: *Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas olim erat permessa, eripere libertatem non liceret.*

Llegados a este punto extremo, la formulación del texto nos desvela la desautorización del *pater* –poderoso en épocas pasadas– incluso para privar de libertad a sus hijos: *eripere libertatem non liceret*.

La conflictiva frase *vel ex alia causa sui iuris constitutos* (D. 25, 3, 5, 1), quizá no debería haberse considerado tan insistentemente compilatoria –como ha mantenido ALBERTARIO³¹, entre otros–, para determinar que se refiere probablemente a los hijos nacidos en familia ilegítima; sobre todo si consideramos con KASER³², que el texto, desde el principio, se refiere continuamente a la paternidad legítima, y a esta paternidad parece referirse el fragmento que incluye el confuso inciso en el que Ulpiano se cuestiona si se debe mantener la obligación de alimentos respecto a los hijos que están bajo la propia potestad, o también a los emancipados o que por otra causa son ya independientes –constituidos por derecho propio por otra causa–. Como acertadamente nos recuerda ZOZ³³, las consecuencias de orden patrimonial respecto a la filiación natural al parecer han sido introducidas solamente con la regulación de las Novelas; de lo que se podría deducir que, al menos en principio, faltaba algún tipo de reconocimiento acerca de la obligación de alimentos. Se trata de una hipótesis que a nuestro modo de ver confirma nuestras previsiones iniciales. Entre los textos que pueden inducir a observaciones análogas cabría recordar los siguientes: Nov. 89, 12, 1-6; Nov. 89, 15, 1.

Volviendo al inciso que ha utilizado ALBERTARIO³⁴, para decir que Ulpiano con la expresión *vel ex alia causa sui iuris constitutos* (D. 25, 3, 5, 1), se refiere a los hijos *vulgo quaesiti*, podríamos añadir con LONGO³⁵, que esta deducción de ALBERTARIO es algo más que dudosa. Tras una revisión de las conjeturas posibles destacadas por LONGO, observamos dos aspectos que cabría mencionar: Ulpiano parece que se refiere a cualquier otra

³¹ ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, cit., pp. 251 y ss.; 263 y ss.

³² KASER, *Das römische Privatrecht*, München, II, 1971, p. 145 n. 38.

³³ ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 329.

³⁴ ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, cit., pp. 263 y ss.

³⁵ LONGO, *Sul diritto agli alimenti*, cit., pp. 215 y ss.; (= Ricerche Romanistiche, Milano 1966 pp. 345 y ss).

forma de liberarse de la *patria potestas*, no ignorada por el derecho romano de la época, y, claro está, si se considera la frase dentro del contexto originario. Por otra parte, LONGO no ve claro la necesidad de considerar dicha expresión como alusiva a los *filius vulgo quaesiti*, aunque se llegue a apreciar que se trata de una frase producto de una alteración. Las argumentaciones de nuestro autor no dejan de estar impregnadas de las razonables dudas interpretativas a las que nos enfrentamos; si bien, nos gustaría añadir, que, indirectamente o con elocuencia predeterminada, nuestro romanista parece que se ha inclinado con cierta prioridad por destacar el sentido de la frase como una forma de liberarse de la *patria potestas* reconocida por el derecho; es decir, además, de los hijos emancipados cualquier otra forma que justifique la salida de la patria potestad. Por tanto, en este contexto introducir aquí las intuiciones de SACHER³⁶ o de ZOZ³⁷, a las cuales nos hemos adherido, relativas a la adopción no parecen desafortunadas. Libre respecto a la *potestas* paterna, y titular de un derecho de alimentos y de una obligación correspondiente³⁸.

Se puede presuponer que la obligación correspondiente existía en los supuestos de filiación adoptiva, al menos, como precisa ZOZ³⁹, mientras el adoptado esté en potestad. No existen razones para pensar que el derecho extraordinario no acogiera esta funcionalidad; como señala nuestra autora, la adopción, a través de la agnación, da lugar a la cognación:

D. 38, 8, 1, 4 (*Ulpianus* Libro XLVI *ad edictum*) *Cognitionem facit etiam adoptio: etenim quibus fiet adgnatus hic qui adoptatus est, esdem etiam cognatus fiet: nam ubicumque de cognatis agitur, ibi sic accipiemus, ut etiam adoptione cognati facti contineantur. Evenit igitur, ut is qui in adoptionem datus est tam in familianaturali autem omnium retiquibus fit adgnatus, in naturali autem omnium retinebit.*

D. 38, 10, 10, 4 (*Paulus* libro *singulari de gradibus et ad finibus et nominibus eorum*) *Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus est, et adgnatus est, non utique autem quid cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est.*

Resulta menos admisible para nuestra romanista, considerar que la prestación persista en los casos en los que se produce la emancipación del adoptado. Evidentemente, se puede deducir de los conocidos textos relacionados con el derecho sucesorio, en los que se afirma la pérdida del vínculo con el padre adoptivo, cuando el hijo adoptado se emancipa (D. 38, 6, 1; D. 38, 6, 4; D. 38, 6, 6; D. 38, 6, 9).

³⁶ SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit*, cit., p. 326.

³⁷ ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 328.

³⁸ LANFRANCHI, <<*Ius exponendi*>> e obbligo alimentari nel diritto romano-classico, cit., p. 27 n. 89.

³⁹ ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 328.

Los hijos incestuosos o nacidos de relaciones nefandas y delictivas –condenadas– ni son llamados naturales, ni han de ser alimentados por sus padres. Por tanto, como venimos observando, la extensión de la obligación de alimentos va constituyendo la iniciativa principal de esta regulación justiniana, donde se aprecia que las restricciones a esta tendencia normativa la representan principalmente los supuestos especiales –por ejemplo, hijos nacidos de relaciones incestuosas, o delictivas–, en los que se excluye de forma determinante la obligatoriedad de prestación de alimentos. En estos términos se expresa la Nov. Ius. 89, 15: *Ultima si quidem nos pars legis exspectat, ut ipsa competentem suscipiat ordinem, et enumeremus, qui neque ipso naturalium nomine digni sunt. Primum quidem omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium. Unde etsi a Constantino pia memoriae in constitutione ad Gregorium scripta quaedam de taliniam et non utendo peremta est. Phoenicarchorum enim, et Syriarchorum, et magistratum, et insignium meminit, et clarissimorum, et neque naturales esse vult ex his precedentes, amovens eis etiam imperialis munificentiae mansuetudinem. Quam videlicet constitutionem omnino perimimus.*

1. Haec a nobis sancita sint, et nulla penitus ignorantia nostrarum erit legum, nec qui sunt legitimi, qui vero naturales, nec quomodo eis legitima iura dantur, aut quomodo etiam naturales permanentes promerentur humanitatem, et quomodo etiam ipsi competenter honorati sunt, ab eorum, qui neque naturales dici digni sunt, communione segregati.

Sin embargo, a los hijos nacidos después del divorcio de los padres, cumpliendo una serie de formalidades ajustadas al tiempo limitado establecido en la regulación (30 días a contar desde el divorcio, notificación al marido o al ascendiente, etc.), sí se podía extender la obligación paterna sobre la alimentación del hijo –vía *extra ordinem*–, en la que de forma incidental se reconocía indirectamente la paternidad. En otras palabras, se presupone obviamente la afirmación de una obligación del padre respecto al hijo, en relación a su reconocimiento, como puede observarse al analizar en parte el Senadoconsulto Planciano:

D. 25, 3, 1 pr.-1 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Senatus consultum <(Planciano)>, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt. Permittit igitur mulieri parentive in cuius potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si se putet praegnatem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat.*

D. 25, 3, 3, 1 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Quia Plancianum senatus consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.*

En el Senadoconsulto Planciano, la introducción de una acción *extra ordinem* para el reconocimiento de los hijos que todavía no han nacido cuando se produce el divorcio⁴⁰, resulta evidente.

Si el juez sentenciara afirmativamente acerca de la cuestión y reclamación planteada, tanto si era hijo suyo, como si no lo fuera, debe reconocerlo como hijo de propio derecho, lo que implicaría también el deber de prestar alimentos –aunque el marido hubiera negado el hecho, o no hubiera mandado los guardianes correspondientes, no podrá evitar que se averigüe si ella estaba encinta de él–. Si el juez –en estos supuestos– hubiera sentenciado lo contrario, aunque sea su hijo realmente, no podrá considerarse como hijo de propio derecho, pues, como afirma Ulpiano, apoyándose en Marcelo, el juez, de esta causa, hace derecho. En los fragmentos que transcribimos a continuación encontramos los datos más relevantes, respectivamente, que contribuyen a reforzar nuestras afirmaciones:

D. 25, 3, 1, 16 (*Ulpianus* libro XXXIV *ad edictum*) *Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnatem, tametsi custodes non miserit, non evitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnas sit. Quae causa si fuerit acta apud iudicem et pronuntiaverit, cum de hoc agetur quod ex eo praegnas fuerit nec ne, in ea causa esse ut agnosci debeat: sive filius non fuit sive fuit, esse suum.*

D. 25, 3 pr (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt.*

Como es sabido, la regla general cuando se produce el divorcio de los cónyuges, atribuye la custodia de los hijos al *pater*, no obstante, existen datos elocuentes que justifican un resultado diferente, bien por la maldad del padre, o por causas justísimas –*ob nequitiam patris, ex iustissima causa*–, sin disminuir la reconocida patria potestad del padre. En este sentido, como indicios sustanciales de estas afirmaciones podemos recordar algunos procedimientos de la época de Antonino Pio, referidos a los interdictos *de liberis exhibendis* y *de liberis ducendis*⁴¹ (D. 43, 30, 1, 3 y D. 43, 30, 3, 5). El hecho de considerar que los hijos

⁴⁰ Véase el comentario a este respecto de LANFRANCHI, <<*Ius exponendi*>> *e obbligo alimentari nel diritto romano-classico*, cit., pp. 6 y ss.

⁴¹ Cfr. BERGER, «*Interdictum*», PW, IX, 2, 1916, 1641 y ss.; LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª edición, Leipzig 1927, p. 488 (reimpresión Aalen 1985); LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, reimp. de 1960, 2, 953 (Scientia Verlag Aalen 2000); LANFRANCHI, <<*Ius exponendi*>> *e obbligo alimentari*

puedan o deban quedar bajo la custodia de la madre –*potior in retinendo*– sólo en circunstancias especiales, aparece superado en la normativa recogida en C. 5, 24, 1, en la que se reconoce una mayor discrecionalidad al juez –*competens iudex*– para justificar la atribución de la custodia de los hijos con una mayor garantía para los mismos –*morari ac nutrir*–⁴², y sin tener que limitarse a causas especiales, que simplemente contribuirían lógicamente a reforzar, en principio, las afirmaciones judiciales:

D. 43, 30, 1 (*Ulpianus* libro LXXI *ad edictum*) *Qui quaeve in potestate Lucii Titti est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.*

D. 43, 30, 3, 5: *Etiamsi maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur.*

C. 5, 24, 1: *Licet neque nostra neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutrir debeant.*

Morari ac nutrir, como signo evidente de la obligación de alimentos –sin entrar ahora en las evidencias clásicas o justinianas de este deber respecto a la madre–, es lo que en estos momentos nos interesa destacar: el juez competente estimará, una vez disuelto el matrimonio, si los hijos deberán quedarse –y ser alimentados– en poder del padre, o en poder de la madre. Asimismo, parece importante resaltar, la preocupación que se aprecia en la normativa a la hora de incluir –insistentemente en sus decisiones– un interés expreso que permita favorecer y facilitar a los hijos las condiciones más idóneas para su comodidad y bienestar económico. Ante situaciones como ésta, la política legislativa muestra un interés especial con una finalidad clara: que de ningún modo puedan ser perjudicados los hijos nacidos de tales nupcias. La disponibilidad de los recursos económicos de cada uno de los divorciados, constituye uno de los elementos más importantes para determinar la atribución de la custodia⁴³ de los hijos, y la obligación de alimentos.

nel diritto romano-classico, cit., pp. 6 y ss.; BONINI, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, cit., pp. 25 n. 2 (= Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa, Bologna 1973, pp. 7 y ss.; BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni*, *Nov. Ius.* 56,6 y 117,5. cit., pp. 805 y ss.; ALBURQUERQUE, «A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en Derecho Romano», en *Iuris Tantum*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, México, vol., 7, 1996, pp. 65 y ss. (= Derecho y Opinión, Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico Sociales, Universidad de Córdoba 1995-96, pp. 219 y ss.).

⁴² Evidentemente, partiendo de la inexistencia de un acuerdo previo de los progenitores.

⁴³ Cfr. BONINI, «Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano», *AG* 181, Modena 1971, pp. 33 y ss. (= Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa, Bologna 1973, pp. 7 y ss.);

Sobre este punto, nos parece oportuno recordar, que aunque algunos estudiosos hayan intentado delimitar y separar ambos contenidos –custodia y alimentos–, tras una razonable lógica exegética del texto en examen, también hemos advertido que, salvo excepciones, la cancillería conjugó sutilmente ambos aspectos con objeto de dar respuesta a sus maduras reflexiones sociales y éticas. A nuestros fines, por tanto, no resulta demasiado relevante el intento de separar la configuración jurídica de ambos conceptos; si tenemos en cuenta que la posible convergencia, exclusivamente, parece que depende del principio de la disponibilidad económica del progenitor, y no de la configuración jurídica de las instituciones: custodia y obligación de alimentos. Con estas premisas, abordaremos esquemáticamente la regulación de la Nov. 117, 7: *Illud quoque disponendum esse perspecimus, ut, si quando inter maritum et uxorem nuptias solvi contigerit, ex huiusmodi nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum, sed ad parentum hereditatem vocentur, ex patris substantia indubitanter alendi. Et si quidem pater occasionem separationis praebeat, et mater ad secundas non venerit nuptias, apud matrem nutriantur, expensas patre praebeante. Si vero per causam matris ostendatur solutum matrimonium, tunc apud patrem maneant filii et alantur. Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse, matrem vero locupletem, apud eam pauperes filios manere et ab ea nutrir iubemus. Quemadmodum enim filii locupletes coguntur matrem egentem alere, ita iustum decernimus, et a matre locuplete filios pasci. Quod autem de alenda matre et filiis indigentibus definivimus, hoc quoque in omnibus ascendentibus descendentibusque personis utriusque naturae valere praecipimus.*

Uno de los estudiosos que con mayor profundidad ha tratado la trascendencia de esta novela, para establecer los principios motivadores de la atribución de la custodia a la madre o al padre, ha sido BONINI⁴⁴, el cual, con agudas matizaciones, ha abierto nuevamente la investigación sobre los *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, llegando a conclusiones bastante atendibles al respecto. No obstante, en esta sede, nos interesa insistir ahora simplemente en la inexistencia de un vacío relativo, a la hora de considerar la prestación de alimentos tras una disolución del matrimonio, y la proclividad normativa a considerar a los hijos nacidos de estas nupcias, como los verdaderos protagonistas de la protección necesaria que merecen y la mejora de su situación en el terreno económico; garantizándose así su sustento en las mejores condiciones.

Factores que se tienen en cuenta independientemente de la culpabilidad de cualquiera de los progenitores que haya provocado la disolución del matrimonio; aspecto que se confirmará, con las excepciones advertidas en el texto, y con las matizaciones que contribuyen a despejar cualquier duda a este respecto: por ejemplo, incluso cuando la causante del divorcio ha sido la madre, y conforme a los criterios generales aquí establecidos, el hijo tendría

BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni*, Nov. Ius. 56,6 y 117,5, cit., 73, pp. 805 y ss.

⁴⁴ BONINI, «Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano», AG 181, Modena 1971, pp. 24 y ss. (= Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa, Bologna 1973, pp. 7 y ss.

BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni*, Nov. Ius. 56,6 y 117,5 cit., pp. 805 y ss.

que quedar bajo la custodia del padre, que obviamente sería el obligado a proporcionarle el sustento y los alimentos oportunos; si el padre no tiene una disponibilidad económica suficiente, los hijos podrán quedar bajo la custodia de la madre, a pesar de su culpabilidad, con la obligación indiscutible de aportar los alimentos necesarios a los hijos y garantizarles así un mayor bienestar económico. Este criterio, como puede verse, supone una excepción, pero a su vez representa un indicador suficiente para garantizar la calidad de vida de los hijos. El orden lógico, y menos excepcional, a la hora de establecer la custodia y la carga de la prestación de alimentos, se confirma en los siguientes términos: cuando el culpable de la disolución nupcial es el padre, los hijos serán confiados a la madre, si bien el padre estará obligado a corresponder con todas las cargas que suponga el mantenimiento de los mismos; siempre, claro está, que la mujer no haya contraído segundas nupcias. Si la culpable del divorcio es la madre, tanto la custodia como las cargas de alimentos, corresponderán al padre.

Indudablemente, el criterio de la mayor riqueza económica se desprende de las atribuciones sobre la custodia y las cargas de mantenimiento, como hemos visto en las excepciones (p.e., madre culpable del divorcio, custodia y cargas de sustento corresponden al padre; no obstante, si la madre es rica y el padre pobre, la custodia y la obligación de alimentos recae sobre la madre). Una apreciación de carácter general en materia de obligaciones de alimentos que compartimos con BONINI⁴⁵, podría contribuir a nuestra comprensión sobre estas excepciones: si efectivamente, sobre los hijos ricos subsiste la obligación de alimentos respecto a la madre pobre, en el mismo sentido habría que interpretar el supuesto contrario; es decir, la madre rica tendrá que corresponder análogamente a esta obligación en la confrontaciones con los hijos indigentes. Como puede observarse, simplemente estamos aludiendo a una reciprocidad, criterio imperante en este tipo de obligaciones, como ya dijimos en otros párrafos de este estudio.

El divorcio consensual no debe representar grandes dudas a este propósito, si concedemos protagonismo sustancial al acuerdo prefijado por los padres respecto a la custodia y los alimentos de los hijos. En este sentido, como el mismo BONINI⁴⁶ reconoce, parecería lícito suponer la permanencia del régimen que se desprende del C. 5, 24, 1: *Licet neque nostra neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrm, an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutriri debeant.*

Por otra parte, en el ámbito de las cuestiones que nos podemos plantear en su conjunto, aflora la que podríamos llamar en términos más recientes, custodia compartida, y el de las cargas sobre el sustento y mantenimiento de los hijos en esta misma opción compartida; aunque probablemente podría considerarse, quizá, por vía consensual –en el divorcio consensual– si se diera el caso. No podríamos predicar lo mismo para el régimen regulado

⁴⁵ BONINI, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, cit., p.35.

⁴⁶ *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, cit., p.37.

en los casos de culpabilidad reconocida a uno de los progenitores, en los cuales –aunque la ausencia de datos no nos permite una conclusión fácil–, nos preguntamos, si hubiera sido conveniente introducir una referencia, al menos soslayada, para los supuestos en los que ambos progenitores se encuentren en una situación económica débil o insuficiente, y el cumplimiento de las cargas de forma compartida, pudiera dar una mejor respuesta a la calidad de vida perseguida en la normativa respecto a los hijos. Estaríamos hablando de la suma de disponibilidades económicas, que no se aparta demasiado del criterio de la mayor riqueza, que es el adoptado en la mayoría de las ocasiones aquí reguladas⁴⁷. Especialmente si tomamos en consideración el principio inspirador de esta normativa –que los hijos no sufran daño alguno, o bien que la disponibilidad económica de los involucrados garantice su mantenimiento más óptimo, con independencia de la culpabilidad–.

ALBERTARIO⁴⁸, en la época imperial clásica, reconoce que el padre está obligado solamente respecto a los hijos *iusti procreati*, es decir, los que han nacido en el seno de un matrimonio legítimo –*iustae nuptiae*–, excluyendo, por tanto, los que han nacido de una relación de concubinato, como han sostenido otros autores. El derecho de alimentos se modifica y se dilata en la etapa justiniana, prosigue este autor, efectuándose unas modificaciones profundas, entre las cuales, hace referencia a la equiparación que se produce entre la familia legítima y la familia ilegítima, de lo que se desprende, entre otros aspectos, la obligación recíproca de alimentos también en estos supuestos entre padre e hijo. Para llegar a estas afirmaciones, nuestro romanista, realiza una revisión exegética profundísima, intentando depurar, quizá en exceso, la esencia clásica de los textos que han provocado los errores más sobresalientes en los investigadores⁴⁹. A nuestro juicio, no supone un gran esfuerzo pensar en la lógica que se desprende de la familia legítima, dentro del marco contenido en D. 25, 3, 5 pr, y ss., donde las cuestiones que se plantean destacan implícita o explícitamente, que surgen en el seno de unas justas nupcias, y las cuestiones de potestad, se plantean principalmente a la hora de calcular el alcance de la obligación de alimentos a los emancipados. El reconocimiento de la obligación recíproca de alimentos en esta época imperial clásica entre padre e hijo resulta indudable. Alcanza a los emancipados y a los que puedan ser independientes por otras causas reconocidas en derecho romano –adoptados–. En los presupuestos de la familia legítima no aparecen suficientemente justificadas las sugerencias que incluyen a los hijos ilegítimos como objeto de la prestación recíproca, no obstante, en este marco, en el que prima el efecto de la cognación, nos preguntamos hasta qué punto, al menos en el caso de los hijos nacidos de una relación de concubinato, el derecho extraordinario no se sintiera legitimado para abordar y afrontar reclamaciones de alimentos en circunstancias determinadas. Por otra parte, con la idea de llegar a conclusiones definitivas en derecho justiniano acerca del reconocimiento de este tipo de obligación entre padre e hijo nacido

⁴⁷ Nos referimos a algo parecido a lo que encontramos en el actual Código Civil, que en su artículo 149 dice: «Cuando recaiga sobre dos o más personas la relación de alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo».

⁴⁸ ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, cit., pp. 256 y ss.

⁴⁹ ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, cit., pp. 257 y ss.

de una relación extramatrimonial, no hubiera sido necesario realizar una depuración tan profunda de los textos precedentes. En esta nueva regulación justiniana, la obligación recíproca de alimentos entre padre e hijo también en la familia ilegítima, se desprende asimismo de las Nov. 12 cap. 2; Nov. 89, cap. 12-6; y cap. 13, en la que los efectos sucesorios se destacan incluso cuando el padre que haya tenido hijos o nietos de uniones ilegítimas anteriores, no reprobadas. El pensamiento del legislador resulta lineal cuando se pretende justificar con estas palabras la vinculación precedente «aunque haya sido infractor de las leyes (la sucesión paterna debe prevalecer), porque aunque sea infractor es, sin embargo, padre». Estos planteamientos y estas premisas se extienden a la hora de establecer la posible exigencia de los hijos en todo lo concerniente a la prestación de alimentos y todas las cosas necesarias para la vida. Connotaciones análogas, respecto a los efectos sucesorios –limitado a un sexto⁵⁰–, y especial consideración a propósito de los alimentos en relación a los hijos naturales, pueden verse en las Novelas citadas precedentemente.

A modo de apunte final, como ha señalado ROBERTI⁵¹, el derecho romano se había mostrado generalmente hostil respecto a los hijos ilegítimos, al contrario que los Padres de la Iglesia, al menos respecto a los hijos naturales. Como ya hemos señalado, estamos hablando de un estudioso que ha corroborado casi todas las afirmaciones de ALBERTARIO –con escasas matizaciones–. Sin embargo, a nuestro modo de ver, sobre este planteamiento general en relación a la familia ilegítima parece que podría mantener cierta reserva en relación a las argumentaciones de ALBERTARIO. Utilizamos el término parece, porque en realidad el hilo argumentativo principal de su exposición pretende especialmente avalar las intuiciones de ALBERTARIO, en la que pone de relieve que la relación entre padre e hijo en la familia ilegítima se puede considerar puramente justiniana. Para llegar a esta afirmación ALBERTARIO intentó demostrar las alteraciones que hicieron los compiladores en el tantas veces mencionado texto de Ulpiano; destacando claramente nuestro autor, que en la época imperial clásica existía una diferencia profunda entre hijos legítimos e ilegítimos. Conforme a estas reflexiones, hasta el mismo ROBERTI señala la conveniencia de hacer, en principio, una separación para su mejor comprensión. Sin entrar nosotros ahora en amplio elenco exegético tan demostrativo de las perspectivas de los Padres de la Iglesia, en el que puede verse la consideración general bastante humanitaria acerca de la familia ilegítima, y, especialmente, a nuestro interés, en relación a los hijos naturales, observamos, que, para nuestro autor, no pasa desapercibida la cuestión dubitativa principal, cuando se expresa diciendo que quizá deba admitirse esta previsión exclusivamente en la época justiniana, si se tiene cuenta la alteración del texto efectuada por la Compilación. En mi opinión, el mismo autor puede justificar sus dudas sin tener que acudir al vasto elenco ejemplificador de la patrística. Es decir, unas páginas anteriores a la revisión de los fragmentos de los Padres de la Iglesia, y poco antes de cuestionarse la veracidad de las previsiones de ALBERTARIO a este respecto, ROBERTI nos viene a decir que el probable campo de aplicación recíproca

⁵⁰ Cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. I, Milano 1963 (*alimenti e successione*) p. 381.

⁵¹ ROBERTI, *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, cit, pp. 36 y ss.

en cuanto a la prestación de alimentos en la nueva época, no se deba a influencias exclusivamente cristianas; al parecer de nuestro autor, incluso algunas afirmaciones imperiales sólo representan una singularidad jurídica, sino más bien, «quizá», la corroboración de las necesidades que el cristianismo ya había introducido, y que en el fondo, contribuyeron a preparar el ambiente para su afirmación jurídica: «prima, forse ancora delle stesse leggi imperiali». Independientemente de la extensión de la patrística a la familia ilegítima en general, nuestras observaciones hipotéticas se refieren ahora, únicamente, a la consideración de los hijos naturales, partiendo de los incentivos obligacionales que podía provocar la mayor consideración de los vínculos de sangre.