

ALIMENTOS¹ Y PROVISIONES: OBSERVACIONES Y CASUÍSTICA EN TEMA DE LEGADOS (D. 34,1 Y D. 33,9)

JUAN MIGUEL ALBURQUERQUE

Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Córdoba

Resumen: Un análisis de contraste acerca del contenido del legado de alimentos (*de alimentis vel cibariis legatis* D. 34,1) y el legado de provisiones (*de penu legata* D. 33,9), estableciendo las posibles convergencias entre éstos y la conocida prestación de alimentos derivados de una relación de parentesco (*de agnoscendis et alienis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis* D. 25.3). Una revisión de la evolución que experimentan las distintas instituciones tanto en la perspectiva republicana como clásica. Observación de las oscilaciones jurisprudenciales respecto al contenido, destacando unos parámetros mínimos razonables y unos máximos en los que se da acogida a un mayor número de componentes probables en cada uno de los supuestos. El sentido evolutivo y el reconocimiento social a propósito de la prestación de alimentos en derecho romano se confirma con precisión minuciosa y absoluta determinación en nuestro Código Civil (artículos 142 y siguientes), sin distanciarse excesivamente del auténtico factor romano.

¹ Sobre la palabra *alimentis* y el término *alimenta* que aparece también en otros textos, al margen de los que transcribiremos y los propios de este Título 1, del libro 34 del Digesto, cfr., C. 2,4,8; C. 6,3,1; CTh. 5,9,1; CTh. 11,27; CTh. 11,27,1; CTh. 14,17,3; D. 2,15,8,2; D. 2,15,8,11; D. 2,15,8,12; D. 2,15,8,13; D. 2,15,8,16; D. 2,15,8,20; D. 2,15,8,22; D. 5,1,50,1; D. 10,2,38; D. 25,3,1,15; D. 25,3,5,25; D. 25,3,9; D. 25,6,1,7; D. 27,2; D. 27,2,2,2; 27,2,3,3; D. 34,1; D. 34,1,6; D. 34,1,8; D. 34,1,10,2; D. 34,1,13,1; D. 34,1,16,2; D. 34,1,22,1; D. 35,2,68 pr.; D. 36,2,20; D. 36,2,26,2; D. 37,10,5,3; D. 41,7,8; D. 42,3,6.

Palabras clave: *alimentis, alimenta, victus, penus, cibariis, legatum, alendis, parentibus* .

Abstract: A contrastive analysis regarding the contents «of the food legacy» establishing the possible convergencies between them and the known meaning of the «provisions legacy» deriving from a kinship. A review of the evolution that experiments with the different institutions as much to do with the republican perspective as the classic. Observation of jurisprudential oscillations regarding content, emphasizing reasonable minimal parameters and maximum ones that include the largest number of probable components in each one of the assumptions. The sense of evolution and social recognition in regards to the benefit of nourishment in Roman law confirms with meticulous precision and absolute determination in our Civil Code without being extremely different from the authentic Roman factor.

Summarium. I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS. OSCILACIONES Y CONTRASTES ENTRE LA JURISPRUDENCIA REPUBLICANA Y CLÁSICA. II. PREVISIONES JURISPRUDENCIALES ACERCA DEL LEGADO DE ALIMENTOS (D. 34,1). III. ELENCO DE LAS PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES A PROPÓSITO DEL LEGADO DE PROVISIONES (D. 33,9). IV. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS.

I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS. OSCILACIONES Y CONTRASTES ENTRE LA JURISPRUDENCIA REPUBLICANA Y CLÁSICA.

Es frecuente hablar de esta institución vinculada íntimamente a consideraciones de piedad e incluso a razones propias de la conveniencia civil, fin benéfico, factor de interés público,² como se desprende, entre otros, del texto de Ulpiano sobre el legado de alimentos o de vituallas (D. 34,1,14,1). No obstante, nuestra pretensión se centrará —preferentemente— en recordar, una situación peculiar: cuando el testador no hubiese determinado la cantidad de la prestación de alimentos, debería entenderse que el legado comprende todo lo que fuese inherente: alimentos, vestido, calzado y habitación; en supuestos eventuales se podría extender a la educación, en consonancia

² Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Derecho público romano. Jurisdicción, recepción y arbitraje*, 9.^a ed., Madrid 2006, págs. 217 y ss.

con las condiciones sociales y los medios disponibles³. Considerar las medicinas necesarias para defender nuestro cuerpo dentro del contenido de alimentos, constituye un tema cuyo debate doctrinal deja abierta la puerta a grandes dudas; si bien, en nuestra opinión, avalada por perspectivas jurisprudenciales, cabría la posibilidad de incluirlas ocasionalmente.

A este propósito, connotaciones interesantes respecto al legado de provisiones (D. 33,9), y al legado de alimentos o de sustento o de vituallas (D. 34,1), podrían aportarnos indicios generales históricos y algunos específicos en cuanto al concepto y contenido de alimentos.

Tampoco queremos abordar en esta sede la debatida cuestión doctrinal sobre su concepto, pues, como es bien sabido, muchos estudiosos ya han expuesto adecuadamente el resultado de sus investigaciones a este respecto: García Garrido, M. J.,⁴ señala que podría considerarse, en términos generales, el legado de cosas de despensa, y que en este legado de *penus* se comprenden las cosas de comer y de

³ Cfr., entre otros, ALBURQUERQUE, J. M., *La prestación de alimentos entre pariente. Introducción y antecedentes como deber moral*, en Personalidad y capacidad jurídicas, vol. I, Córdoba 2005, págs. 89 y ss.; Id. Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano, en *Revista General de Derecho Romano (RGDR)* 3 www.iustel.com, Madrid 2004, págs. 1 y ss.; Id. Alimentos entre parientes (II): alimenta et victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de jurisdicción voluntaria, RGDR 4, Madrid 2005; Id. Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio, RGDR 6, Madrid 2006; Id. Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: Especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)* 15, Madrid 2007. Véase asimismo la bibliografía recogida en los artículos citados.

⁴ GARCÍA GARRIDO, M. J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid 1958, págs. 114 y ss.; Id. *Miscelánea romántica* (pres. y coord. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., y REINOSO F.), vol. I y II, UNED Madrid 2006, págs. 613 y ss. Acerca de los testimonios literarios sobre el *legatum penus*, cfr., los analizados por este autor (pag. 113). De los cuales nos interesa destacar ahora, a Plauto (254-184 a.C) en *Menaechmi* 80-120, el cual hace una reiterada alusión a *penus*, entendida como provisión, o ración de boca; *Pseudolus* 178-228-608; *Trinummus* 254. Asimismo, podríamos recordar con ASTOLFI, R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* III, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'università di Padova 84, Padova, Cedam, 1979, págs. 80 y ss., parafraseando a Cic. *de nat. Deorum*, 2,27, que la *penus*, en esta época republicana, viene a constituir todo lo que alimenta a los hombres: *est enim omne quo vescuntur homines, penus*. (Cfr. las reseñas de GARCÍA GARRIDO, M. J., del vol. I, en IURA 16, 1965, págs. 300 y ss.; vol. II, en IURA 20, 1969, Págs. 668 y ss.; vol. III, IURA 30, 1979, págs. 140 y ss.). OR-MANNI, A., *Penus legata*, Studi Betti, 4, 1962, págs. 667 y ss., el cual sólo admite el sentido restringido que puede verse en la perspectiva muciana. Cfr. SÁNCHEZ COLLADO, E. *De penu legata*, Madrid 1999, pág. 172, y n. 354.

beber, junto con otros artículos y condimentos destinados también a preparar los alimentos o conservarlos, es decir, cosas consumibles en general. El legado de *penus*, como legado de alimentos, afirma nuestro romanista (pág. 116) cumple, entre otras finalidades, la de «atender a la subsistencia» de la viuda, así como la de asegurarle su puesto de administradora del hogar familiar después de la muerte del *paterfamilias*.

A nuestro juicio interesa destacar en estas observaciones preliminares, la divergencia de opiniones de los propios juristas republicanos y clásicos respecto al contenido y el sentir histórico de esta regulación que podría estar suficientemente emparentada, en cierto modo, con la pretendida función alimenticia y su trascendencia posterior —«garantizar la subsistencia»—. Con esta finalidad, resultará interesante acudir a los siguientes textos que pueden ser muy reveladores:

La doctrina más general, como advierte Astolfi⁵, menciona al jurista Sexto Elio Peto (cónsul 198 a.C. y censor en 194 a.C.) como el primero que mostró una idea más amplia del concepto *legatum penus* dando por admitido todos los elementos, es decir, tanto los comestibles, como los que se destinen al consumo doméstico de la familia (incluyendo además, el incienso y las velas); lo que puede deducirse de los siguientes textos: D. 33,9,3,9 (*Ulpianus*, libro XXII *ad Sabinum*): *...Sextus autem Caecilius etiam tus, et cereos in domesticum usum paratos contineri legato scribit*: Aulo Gelio —transmitiendo la idea de Servio Sulpicio Rufo, cónsul en 51 a.C., escritor de *Reprehensa Scaevolae capita* o *notata Mucio*, entre otras, en relación a Sexto Elio—, en sus *Noct. Att.*, *liber IV*, I, 20: *Praeterea de penu adscribendum hoc etiam putavi, Servium Sulpicium in Reprehensis Scaevolae Capitibus scripsiss Cato Aelio placuisse, non quae esui et potui forent, sed thus quoque et ceteros in penu esse, quod esset eius ferme rei causa comparatum*.

En concordancia con las apreciaciones de Sexto, se muestra claramente Servio Sulpicio Rufo, el cual extiende el ámbito de contenido a las cosas necesarias para la vida doméstica: ungüentos, perfumes, los papiros para escribir cartas y los destinados como diario de cuentas y uso doméstico.

⁵ ASTOLFI, R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano III*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'università di Padova 84, Padova, Cedam, 1979, págs. 80 y ss. (Cfr. las recensiones de GARCÍA GARRIDO, M. J., del vol. I, en *IURA* 16, 1965, págs. 300 y ss.; vol. II, en *IURA* 20, 1969, págs. 668 y ss.; vol. III, *IURA* 30, 1979, págs. 140 y ss.

D. 33, 9, 3,10 (*Ulpianus*, libro XXII *ad Sabinum*): *Servius apud Melam et unguentum et chartas epistolares penoris esse scribit, et est verius haec omnia, odores quoque contineri: sed et chartas ad ratiunculam vel ad logarium paratas contineri.*

Quinto Mucio Escévola, el jurista más representativo de la época republicana y quizás el de mayor influencia en la jurisprudencia del Principado, como escribe A. Fernández De Buján⁶ establece dentro de

⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Sistemática y ius civile en las obras de Quintus Mucius Scaevola y Accursio, RJUAM, 6, Madrid 2002, págs. 57 y ss. Bajo este perfil, nos parece que un punto de particular relieve debe atribuirse a esta investigación, en la que detalladamente se reconoce merecidamente a *Quintus Mucius Scaevola* una valoración romanística de especial interés (opiniones que refuerzan esta valoración especial de su obra son recogidas por este autor (Schulz, Kaser, Arangio Ruiz, De Francisci, A. d'Ors, Schiavone). En ella, además de destacarse la conocida trayectoria vital de este jurista FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., finaliza su investigación señalando muy atinadamente las principales características de la fundamental obra muciana, que suponen, como él mismo escribe, «un hito diferencial respecto de la literatura jurídica anterior: 1. Utilización de esquemas abstractos y conceptos lógicos, como punto de partida en el análisis de las instituciones. 2. Si bien no se produce un total abandono de lo indiciario y lo casuístico como fundamento del conocimiento de derecho, sí se realiza una ordenación de la materia, conforme a categorías homogéneas y afines por asociación, con arreglo a una nueva lógica. 3. Se distingue entre *genera* y *species*, así por ej.: en materia de tutela, hurto, acciones, legados, y sociedades. 4. Se utilizan divisiones y esquemas generales en la ordenación de determinadas materias. 5. Se formulan reglas, definiciones y principios jurídicos, conforme todo ello a las técnicas y métodos de argumentación racional propios de la dialéctica procedente de la filosofía griega». Recuérdese asimismo, su nacimiento (140 a. C.), *cursus honorum*, cuestor, 109 a.C., pretor, 98 a.C., cónsul, 95 a.C., procónsul, 94 a.C., Pontífice Máximo, 89 a.C., hasta su fallecimiento, 82 a.C.; las principales aportaciones del autor y el clima intelectual en el que se desenvuelve; los XVIII *libri iuris civilis*; el *liber singulares*. Cabría mencionar también la *cautio muciana*, la *praesumptio muciana* y la valoración de la *bona fides*, entre otras. Cfr., en general, ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *La Jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid 1966; BADIÁN, Q. *Nucius and the Province of Asia*, *Athenaeum*. 34, 1956, págs. 104 y ss.; BONA, F., *Cicerone e i <Libri Iuris Civilis> di Mucio Scaevola*, en *Questioni di Giurisprudenza tardo-repubblicana*, Firenze 1983 págs. 205-280; BRETONI, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2.^a ed., Napoli 1982; CANNATA, *Per una storia della scienziagiuridica europea. I. Dalle origini all'epoca di Labeone*, Torino 1997; CASADO CANDELAS, M. J., *Primae Lucis: una introducción al estudio del origen de la jurisprudencia romana*, Valladolid 1994; COMA FORT, J. M., *Quinto Mucio y el calendario*, *Estudios en memoria de Benito Reimundo*, I, Burgos 2000, pp. 123-137; CRIFÒ J., *Crisi della Reubblica e valori giuridici*, en *Tra Grecia e Roma*, 1980, págs. 173 y ss.; D'IPPOLITO, F. M. *Sulla giurisprudenza medio-repubblicana*, Napoli 1988; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea: proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana*. Granada 1998; REINOSO, F., *Reflexiones sobre la jurisprudencia romana y la jurisprudencia actual*, *Estudios homenaje A. d'Ors*, 1987, págs. 981 y ss.; Id., *La autonomía de la jurisprudencia romana frente al pensamiento filosófico griego*, *Estudios homenaje J. Iglesias*, págs. 1021 y ss.; SCHIAVONE, A., *Publio Nucio ela nascita della letteratura giuridica romana*, en *Roma tra oligarchia e demo-*

la idea de *penus*, las provisiones relacionadas con la comida y bebida, destinadas habitualmente para atender las comidas necesarias de la familia, tanto del padre, mujer e hijos, como de los posibles esclavos a su servicio:

D. 33,9,3 pr. (*Ulpianus*, libro XXII *ad Sabinum*): *Qui penum legat quid legato complectatur, videamus. et Quintus Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri, quae esui potuique sunt...*

Aulo Gelio, *Noct. Att., liber IV*, 1,17: *Nam Quintum Scaevolam ad demonstrandam penum his verbis usum audio: Penus est, inquit, quod esculentum aut posculentum est; quod ipsius patrisfamilias aut liberum patrisfamilias aut familia eius, quae circum eum liberos eius est et opus non facit, causa paratum est, ut Mucius ait, penus videri debet.*

Ofilio, se adhiere a la opinión de Quinto Mucio Escévola; así lo confirma el siguiente fragmento del jurista severiano, Ulpiano, donde se aprecia la exclusión de otros elementos como la leña y el carbón.

D. 33, 9, 3,9⁷ (*Ulpianus*, libro XXII *as Sabinum*): *Ligna et carbones ceteraque, per quae penus conficeretur, an penori legato contineantur, quaeritur. Et Quintus Mucius et Ofilius negaverunt: non magis quam molae, inquit, continentur. Idem et tus et ceras contineri negaverunt. Sed Rutilius et linga et carbones, quae non vendendi causa parata sunt, contineri ait. Sextus autem Caecilius etiam tus et cereos in domesticum usum paratos contineri legato scribit.*

La consumibilidad, como señala Astolfi⁸, viene a representar la cualidad constante en todas aquellas cosas que integran la *penus*. Lo que en cierta medida permite delimitar el concepto con carácter más restrictivo; sino se podría pensar con este autor, que la inclusión de las cosas no consumibles daría lugar a una extensión que puede sobrepasar el contorno esencial del concepto. No obstante, como es bien sabido, y ya ha sido objeto de referencia por nuestra parte en

cracia, 1989, págs. 879 y ss.; Id., *Linee di Storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994; TALAMANCA, M., *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio, en Società romana e produzione schiavistica*, 3, Bari 1981, págs. 15 y ss.; WIEACKER, F., *Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft*, Berlin 1970; Id., *Römische Rechtsgeschichte, Quellenkunde, rechtsbildung, jurisprudenzen und rechtsliteratur*, München 1988.

⁷ Como es sabido, la opinión más consensuada respecto al *Sextus Caecilius* mencionado en el texto, converge en identificarlo con Sexto Aelio Paeto Cato. Cfr., entre otros, LAURIA, M., *Penus, penus legata*, Studi e ricordi, Nápoles 1983, pág. 545.

⁸ ASTOLFI, R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano III*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'università di Pádova 84, Padova, Cedam, 1979, págs. 84 y ss. (Cfr. las recensiones de GARCÍA GARRIDO, M. J., del vol. I, en IURA 16, 1965, págs. 300 y ss.; vol. II, en IURA 20, 1969, págs. 668 y ss.; vol. III, IURA 30, 1979, págs. 140 y ss.)

otras ocasiones precedentes, combinando tanto el legado de provisiones (*de penu legata*, D. 33,9) como el legado de alimentos o de sustento (*de alimentis vel cibaris legatis*, D. 34.1), al margen de las diferencias esenciales⁹, la divergencia de opiniones jurisprudenciales en cuanto al contenido del término, como recordaremos *infra*, no debería ser demasiado sorprendente a nuestros fines —casi siempre se respetan unos mínimos para la subsistencia—. En cierto sentido, la jurisprudencia tanto republicana como clásica, asume con evidencias bien documentadas, todo lo referente a comida, víveres, alimentos; y la pormenorización exhaustiva empleada por algunos, aunque no consigan delimitar claramente el concepto de provisiones (respecto al legado de provisiones, D. 33,9) o de alimentos y sustento (en relación al legado de alimentos y sustento, D. 34,1), el carácter de lo comestible o lo que se necesita en cuanto a bebida, no deja de prevalecer en las diferentes matizaciones.

A propósito del legado de provisiones se observa, tanto el carácter restrictivo (por ejemplo, perspectiva muciana: provisiones alimenticias, comer, beber, D. 33,9 pr., para atender las necesidades familiares, incluyendo al padre, la mujer, los hijos y los esclavos, Aul. Gell. *Noct. Att.*, 4,1,17), como el carácter extensivo del concepto¹⁰ (cosas comestibles y cosas dedicadas al consumo doméstico: por ejemplo, leña, carbón, aceite, etc.), admitido posteriormente por la jurisprudencia del siglo I —bastante conciliadora, podría decirse, de las divergencias precedentes en este sentido —, aunque al final de la época clásica parece que se mantienen algunas tendencias excluyentes en relación a las cosas no consumibles. Recuérdense D. 33,9,6; D. 33,9,3,8 y 9, perspectiva sabiniana y seguidores.

⁹ Recordadas, entre otros, por SÁNCHEZ COLLADO, E., *De penu legata*, cit., págs. 19 y ss., 133 y ss., 146 y ss. (Véase asimismo, la bibliografía allí citada). Como afirma TORREN T, A., en el prólogo de este mismo libro citado (pág. 11), «especialmente estudia el legado con la finalidad de subvenir a las necesidades de tipo alimenticio». Entre las diferencias, cabría destacar con la autora, por ejemplo: que el legado de alimentos supone un tipo especial de legado de prestaciones periódicas, que comprende no sólo los alimentos, sino también todo aquello que fuere necesario para el sustento (comida, vestido y habitación), pudiendo quedar restringido en determinados supuestos a alguna en concreto. Acerca del legado de provisiones, hay que hablar principalmente de las cosas de despensa, generalmente, consumibles. Se admite, por tanto, lo referente a comida, víveres, alimentos, bebida (*penus esculenta* y *penus potulenta*), pero no se hace referencia ni a la habitación ni al vestido, aunque como puede observarse, puede incluir otras cosas complementarias para el consumo doméstico (leña, carbón, aceite, incienso, cera, recipientes). Para finalizar, queremos señalar el carácter obligacional del legado de *penus* que subraya la autora.

¹⁰ Véase, GARCÍA GARRIDO, M. J. *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid 1958, págs. 115 y ss.

II. PREVISIONES JURISPRUDENCIALES ACERCA DEL LEGADO DE ALIMENTOS (D. 34,1):

Conforme a las previsiones jurisprudenciales acerca de los alimentos, en el contexto *de legatis alimentis vel cibaris legatis* (D. 34,1), afirmar que el concepto de alimentos y sustento, en sentido amplio, comprende tanto los alimentos, víveres, sustento, como vestido y habitación, es algo que aparece bastante consensuado y documentado. Al margen, claro está, de los criterios restrictivos que también encontramos en las fuentes en las que se puede apreciar como puede comprimirse el contenido a una cosa concreta a los fines del legado. Se trata, en cualquier caso, de dar una fisonomía al concepto en la que encuentre fiel acogida la comida, bebida, alojamiento, vestuario, en suma, las cosas necesarias para la subsistencia y la vida que constituye, como afirma Federico Fernández de Buján¹¹, el principio rector del derecho.

El maestro de Salvio Juliano, Javoleno, miembro del *consilium* de Trajano, lo refería muy gráficamente, como recordaremos a continuación (D. 34,1,6); además de algunos textos seleccionados tanto en relación a las provisiones, extraídos de las perspectivas jurisprudenciales respecto al legado de provisiones (D. 33,9), como los procedentes del legado de alimentos y sustento (D. 34, 1), que también contribuirán a reiterar y confirmar las apreciaciones precedentes:

Se deben, como afirma Javoleno en este contexto —legado de alimentos— las vituallas, el vestido y la habitación:

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

En la obligatoriedad que se desprende del siguiente texto de Paulo (D. 34,1,23), que se podría traducir como entregar lo necesario para su manutención, se asume que el contenido contemple el vestuario y la habitación —apreciándose pues, una equiparación con el legado de alimentos—.

D. 34,1,23 (*Paulus*, libro IV *ad Neratium*): *Rotatus 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.*

¹¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *La vida, principio rector del derecho*, Madrid 1999, págs. 101 y ss. Como afirma Ulpiano, se trata de algo que impone la justicia y el afecto de la sangre (D. 25.3.5.2), y con criterio de Paulo, podría decirse que se entiende que mata el que deniega los alimentos (D. 25.3.4).

Paulo (D. 34,1,7) no duda en destacar la relevancia de la intención del testador: cumplir con lo establecido según la normativa, salvo que se pueda demostrar que el testador tenía otra intención diferente:

D. 34,1,7 (*Paulus*, libro XIV *Responsorum*): *Nisi aliud testatorem sensisse probetur.*

La respuesta de Paulo que vemos a continuación (D. 34,1,12) resulta bastante significativa. No admite el jurista la oscilación del contenido fundamental —vitualas, alimentos y vestuario íntegramente—, aunque se haya pretendido incluir determinadas condiciones que podrían provocar ciertas restricciones:

D. 34,1,12 (*Paulus*, libro XIV *Responsorum*): *Lucius Titius libertis suis cibaria et vestiaria 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 redditus 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 vestiaria 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.*

En los supuestos en los que se acentúa el carácter preferente del simple suministro diario, según Ulpiano (D. 34,1,21) no puede hablarse de un contenido superior a la denominada ración de boca, en la que no cabría incluir, por tanto, la habitación, el vestuario y el calzado: *neque habitationem neque vestiarium neque calciarium*:

D. 34,1,21 (*Ulpianus*, libro II *fideicomisorum*): *Diariis vel cibariis relictis neque habitationem neque vestiarium neque calciarium deberi palam est, quoniam de cibo tantum testator sensit.*

De la prestación de alimentos que analizaremos en D. 34,1,14, nos gustaría resaltar algunos aspectos decisivos:

El contenido de alimentos se obvia en este fragmento, posiblemente por considerar implícito el carácter general asumido por la jurisprudencia más relevante y que suele coincidir en la mayoría de los textos dedicados a este respecto (alimentos, vestido, calzado, habitación, educación —en determinadas circunstancias— y al parecer las medicinas con carácter eventual y ocasional como pusimos de relieve en páginas precedentes).

El cálculo y fijación de la edad de los niños y las niñas que debería estimarse para conceder los alimentos, cuando el testador no haya es-

tablecido la temporalidad o se sobreentienda el carácter vitalicio. En primer lugar, se debería tener en cuenta el tiempo fijado por el testador y sino se pudiera determinar por la inexistencia de esta cláusula o bien por la dificultad para identificar con exactitud el plazo establecido según su voluntad, se deberá cumplir la entrega de alimentos durante toda la vida.

Las opiniones de los juristas y los emperadores convergen con frecuencia a este propósito. Mela, afirmaba que deberían entregarse los alimentos hasta alcanzar la pubertad. Ulpiano, tomando como referencia el ejemplo de los alimentos que se daban a los niños y niñas en épocas anteriores, las opiniones de Adriano y Antonino Caracala, concreta el período de tiempo que habría que mantener la prestación de los alimentos que deben entregarse a los niños en los dieciocho años y las niñas hasta los catorce. El jurista es consciente de que no se trata de equiparar esta edad referida con la llegada a la pubertad en sentido estricto, si bien, se ampara —expresamente para los casos de alimentos— en la posible conveniencia civil, la mayor perdurabilidad de las atenciones con fundamento piadoso y los fines benéficos que se desprenden: *Sed etsi generaliter pubertas non sic definitur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum non est incivile.*

Acerca de la pormenorización y adaptación jurisprudencial a la casuística más específica, podemos extraer algunas consideraciones que nos amplían las previsiones más restrictivas que se han podido plantear sobre el contenido de alimentos, cantidad y momento efectivo a tener en cuenta para su determinación. Por ejemplo, en este párrafo de Ulpiano, veremos que se presta una atención muy especial y ajustada a una situación muy peculiar. La idea de favorecer siempre al perceptor de los mismos parece que se desprende una vez más del discurso referido. No obstante, a la hora de fijar si los alimentos que deben entregarse tendrían que ser los prestados habitualmente en vida por el testador —sometidos a variaciones—, o bien, los que otorgaba el testador poco antes de su fallecimiento, Ulpiano no duda en afirmar que se debe mantener lo correspondiente a la última prestación de alimentos efectuada por el testador. El otro aspecto que quiero destacar ahora —a propósito de la atención especial advertida precedentemente— consiste en recordar uno de los elementos principales del contenido de sustento, manutención, alimentos: beber. Precisamente la bebida, en este supuesto el agua, no debería plantear ningún problema a la hora de estimar su inclusión indispensable en la categoría de alimentos pero, como puede observarse, aquí se plantea una cuestión que escapa de lo habitual. El testador contempla la

posibilidad de integrar el agua —específicamente— y los alimentos en el fideicomiso. El agua adquiere ahora un carácter especial por tratarse de países —Africa o quizá Egipto— en los que este elemento escaseaba y había que comprarla habitualmente. La consulta formulada al jurista se centra en discernir la validez del fideicomiso. Ulpiano se muestra conforme con la idea admitir la inclusión del agua que tenía que comprarse (porque sólo supone una ventaja de ese fideicomiso):

D. 34,1,14 (*Ulpianus*, libro II *fideicomisorum*): *Mela ait, si puero vel puellae alimenta relinquuntur, usque ad pubertatem deberi. Sed hoc verum non est: tamdiu enim debetur, donec testator voluit, aut, si non paret quid sentiat, per totum tempus vitae debentur. 1. Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquuntur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi, sciat Hadrianum constituisse, ut pueri usque ad decimum octavum, puellae usque ad quartum decimum annum alantur, et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse imperator noster rescripsit. Sed etsi generaliter pubertas non sic definitur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum non est incivile. 2. Sed si alimenta, quae vivus praestabat, reliquerit, ea demum praestabuntur, quae mortis tempore praestare solitus erat: quare si forte varie praestiterit, eius tamen temporis praestatio spectabitur, quod proximum mortis eius fuit. Quid ergo, si, cum testaretur, minus praestabat, plus mortis tempore, vel contra? Adhuc erit dicendum eam praestationem sequendam, quae novissima fuit. 3. Quidam libertis suis ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso. Cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est, dicebam igitur esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus. Nec videri inutile esse fideicommissum quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta: nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam adpulsus est servitus, personae tamen ei qui vicinus non est, inutiliter relinquitur: in eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi. Haec enim aqua personae relinquitur.*

Al margen del problema planteado en el siguiente fragmento de Modestino (D. 34,1,15,2) en cuanto a los excedentes y el posible remanente de las rentas obtenidas con los predios dejados por la testadora a los libertos y libertas, y sin entrar en el tema de la adquisición de la propiedad de los mismos o simplemente el usufructo, queremos resaltar ahora la intención de la testadora de conceder sus predios a los libertos para cubrir los alimentos, sustento, vituallas y vestido, siguiendo la misma costumbre que había mantenido durante su vida y

la aparente proclividad jurisprudencial a dar una mayor extensión a esta previsión inicial. La respuesta de Modestino a las complejas cuestiones planteadas en este supuesto podría sintetizarse así: La atribución de los predios a los fideicomisarios se debe considerar a título de propiedad y no como simple usufructo y, añade el jurisconsulto, si hay algún excedente en las rentas respecto al legado de alimentos, vituallas, ha de ser para los libertos:

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, constituantur iis cibarii et vestiarii nomine; quaero, quam habeant significationem, utrum ut ex praediis alimenta ipsi capiant, an vero ut praeter praedia et cibaria et vestiaria ab herede percipiant? et utrum proprietas, an usus fructus relictus est? et si proprietas relicta sit, aliquid tamen superfluum inveniatur in re ditibus, 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 usum fructum; et ideo et si quid superfluum in re ditibus quam in cibariis erit, hoc ad libertos pertineat. Sed et si decesserit fideicommissarius ante diem fideicommissi cedentem pars eius ad ceteros fideicommissarios pertinet; post diem autem cedentem si qui mortui sint, ad suos heredes haec transmittent.*

En el próximo caso, recogido en D. 34,1,15,2, observamos que Ticia había declarado en su testamento la intención de proseguir dando y entregando a sus libertos y libertas todo lo concerniente a los alimentos, vituallas y vestuario, del mismo modo que lo había realizado durante su vida. Ticia no mencionaba en su testamento el número de libertos a los que se les debería atribuir los alimentos. Y analizando el comportamiento habitual realizado en vida por la testadora, sólo se podía probar y justificar —por las cuentas— que eran tres los libertos que disfrutaron de esta prestación. La cuestión se complica aparentemente cuando se le plantea al jurista si el heredero podría ser demandado por el resto de los libertos que no aparecen reflejados en las cuentas. La respuesta de Escévola resulta extensiva: todos los libertos podrían exigirle alimentos al heredero. Una vez más, observamos la tendencia jurisprudencial que favorece el derecho y la atribución de alimentos a todas las personas que podrían beneficiarse de este tipo de iniciativas testamentarias, con independencia de la praxis habitual más constatada que hubiera realizado en vida el propio testador con esta finalidad.

D. 34,1,15,2 (*Scaevola*, libro XVII *digestorum*): *Titia decedens testamento ita cavit: omnibus libertis libertabusque meis cibaria et vestiaria, quae viva praestabam, dari praestarique volo: quaesitum est, cum tribus solis eo tempore, quo ea vixit, sicut rationibus continebatur, cibaria et vestiaria praestiterit, an heres eius a ceteris quoque libertis conveniri possit, an vero tribus tantum sit obnoxius, qui rationibus ipsius cibaria et vestiaria accepisse reperiuntur? Respondit ab omnibus.*

El legado que veremos a continuación (D. 34,1,17) contempla la obligación por la que el heredero debe prestar alimentos a los esclavos que cede el testador para cumplir una función específica: servir en la guardia de un templo. La cuestión planteada a Escévola consiste en determinar si los alimentos hay que cubrirlos desde que muere el testador, o bien, desde que se termina la construcción del templo que van a custodiar. El juriconsulto advierte que el juez debe compeler de oficio al heredero para que cumpla todo lo establecido: entregar a los esclavos lo que se les dejó en concepto de alimentos, advirtiéndoles que deberían otorgarse también durante la realización y construcción del templo. En suma, una extensión jurisprudencial significativa:

D. 34,1,17 (*Scaevola*, libro XIX *digestorum*): *Servos ad custodiam templi reliquerat et his ab herede legaverat his verbis: peto fideique tuae committo, ut des praestes in memoriam meam pedisequis meis, quos ad curam templi reliqui, singulis menstrua cibaria et annua vestiaria certa. Quaesitum est, cum templum nondum esset exstructum, ex die mortis an vero ex eo tempore, quo templum explicitum fuerit, percipere servi debeant legatum. Respondit officio iudicis heredem compellendum servis relicta praestare, donec templum exstrueretur.*

No pone en duda el siguiente fragmento de Escévola (D. 34,1,18 pr. 1-2) la intención del testador de procurar alimentos, sustento, vituallas y vestido todos los libertos que había manumitido. De los sistemas elegidos por el testador para efectuar las manumisiones y otorgar los alimentos a los libertos, el juriconsulto otorga mayor relevancia al codicilo —posterior al testamento— que admite la misma prestación de alimentos a todos los libertos por igual —. Lo legado en concepto de alimentos, sustento y vituallas en el testamento —aparentemente más restringido— se considera, en opinión de Escévola, revocado con lo que se dispuso en el codicilo.

Los alimentos dejados por fideicomiso, mensualmente o anualmente, cuya percepción esté sometida al cumplimiento de ciertas condiciones previas, no representan ninguna merma del contenido habitual previsto para los mismos: Alimentos, sustento, vituallas, vestuario. Si bien, en el caso propuesto, afirma Escévola, para que se

pueda reclamar hay que cumplir la condición establecida: vivir con la madre del *decius*.

La condición que se desprende del último párrafo no reduce tampoco el contenido de alimentos, vituallas, sustento, vestuario, etc. Un caso análogo al anterior, vivir con una determinada persona y con un elemento nuevo: la obligación de favorecer al perceptor (Estico), también con la compra de un empleo —en la milicia—, transcurridos los veinticinco años de posible convivencia con el heredero inicial. Voluntad que respeta el juriconsulto aunque se produjera el fallecimiento de la persona obligada en principio: debe comprarse el empleo, pero no antes de que se haya cumplido el tiempo previsto por el difunto:

D. 34,1,18 pr. 1-2 (Scaevola, libro XX *digestorum*): *Libertis, quos testamento manumiserat, alimentorum nomine menstruos decem legaverat, deinde codicillis generaliter omnibus libertis menstruos septem et annuos vestiarii nomine denos legavit: quaesitum est, an et ex testamento et ex codicillis libertis fideicommissum heredes praestare debeant. respondit nihil proponi, cur non ea, quae codicillis data proponerentur, praestari deberent: nam ab his, quae testamento cibarium nomine legata essent, recessum est propter ea, quae codicillis relicta sunt. 1. Manumissis testamento cibaria annua, si cum matre morabuntur, per fideicommissum dedit: mater filio triennio supervixit neque cibaria neque vestiaria eis praestitit, cum in petitione fideicommissi liberti cessarent: sed et filia posteaquam matri heres exstitit, quoad vixit annis quattuordecim interpellata de isdem solvendis non est. Quaesitum est, an post mortem filiae a novissimo herede petere possint et tam praeteriti temporis quam futuri id, quod cibarium nomine et vestiarii relictum est. Respondit, si condicio exstitisset, nihil proponi, cur non possent. 2. Ab heredibus Stichum manumiti voluit eique, si cum Seio moraretur, cibaria et vestiaria praestari a Seio: deinde haec verba adiecit: te autem, Sei, peto, ut cum ad annum vicesimum quintum perveneris, militiam ei compares, si tamen «te ante non reliquerit». quaesitum est, Stichum statim libertatem consecuto, prius autem defuncto Seio quam ad annum vicesimum quintum perveniret, an ab his, ad quos bona Seii pervenerunt, militia Stichum comparari debet? Et si placet deberi, utrum statim militia comparanda sit an eo tempore, quo Seius annum vicesimum quintum expleturus fuisset, si supervixisset? Respondit, cum placeat comparandam, non ante deberi, quam id tempus cessisset.*

Es harto compleja la cuestión y el análisis recogido en D. 34,1,18,3. Nuestra pretensión actual consiste en destacar el contenido del legado que se deja a los libertos en concepto de alimentos, vituallas y vestuario; lo que parece plenamente justificado en este fragmento de Escévola:

D. 34,1,18,3 (Scaevola, libro XX digestorum): *Postumis heredibus institutis et patre et matre, et substitutione facta actores manumisit et peculia eis legavit et annua et certis libertis suis legata et aliis exteris plura: deinde post testamentum factum nata filia codicillis ita cavuit: «si quid testamento, quod ante hoc tempus feci, legavi cui dari volui, peto ab his, uti tertiam partem Paetinae filiae meae «reddant»: secundis autem tabulis facta pupillari substitutione impuberibus libertis, quibus a parentibus libertates dedit, eo amplius alterum tantum, quantum in nummo praeter cibaria et vestiaria dari voluit. Quaesitum est, cum supervixisset filia testamento aperto et codicillis, postea autem decesserit et fideicommissum datum ei de restituenda parte tertia ad heredes suos transmiserat, an etiam cibariorum et vestiariorum tertiae partes ei per fideicommissum datae esse videantur. respondit non videri.*

Un ejemplo en el que parece evidente que la respuesta dada por el jurisconsulto sea tan estricta lo encontramos recogido en D. 34,1,18,5 . Puede observarse que el motivo que la justifica responde al incumplimiento de la condición esencial establecida por fideicomiso respecto a los libertos del difunto. Se atribuyen los alimentos, sustento, vituallas y vestuario a los libertos del causante, siempre que cumplan sus condiciones: vivir en el entorno de su sepultura y celebrar el aniversario frente a la misma, en los supuestos de ausencia de las hijas. Uno de los libertos jamás asimiló vivir cerca del sepulcro y nunca visitó a los herederos. La respuesta jurisprudencial ante esta actitud es determinante: No se entregarán alimentos a este liberto:

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 sarcofagum 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.*

En concepto de alimentos y vestuario, según reza el texto recogido en D. 34,1,20,3, se atribuyen al liberto mediante fideicomiso unas cantidades específicas anuales, siempre que él mismo viva con el heredero de la difunta —su hijo—. El problema se plantea cuando fallece el heredero y no se sabe con exactitud que actitud se debería seguir. La respuesta jurisprudencial resulta esclarecedora: si se hubiese cumplido la condición se deberían los alimentos incluso después del fallecimiento del hijo. En suma, una prolongación jurisprudencial de la ventaja que supone esta atribución de alimentos y que va más allá de las previsiones simplemente excepcionales. La trascendencia de esta conducta habitual de los jurisprudentes requiere, en mi opinión, una reflexión de conjunto: idea de favorecer al más necesitado reite-

radamente. Incluyendo en los alimentos: alimentos, manutención, sustento, vituallas, vestuario, etc.

D. 34,1,20,3 (*Scaevola*, libro III *responsorum*): *Mater filio herede instituto per fideicommissum libertatem Pamphilo servo dedit: eidem cibariorum 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.*

III. ELENCO DE PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES A PROPÓSITO DEL LEGADO DE PROVISIONES (D. 33,9)

Acerca del legado de provisiones, pusimos de relieve en páginas precedentes la restrictiva opinión muciana que sólo admite en este tipo de legado lo que es de comer y beber —recuérdese lo previsto en D. 33,9,3 pr.—. Un elenco resumido de las perspectivas jurisprudenciales podríamos traer a colación: Sabino, integra las cosas de comer y beber previstas por el testador para su mujer, descendientes, esclavos que conviven con la familia, y lo necesario para atender las caballerías propias: D. 33,9,3 pr. 1-12¹² (*Ulpianus*, libro XXII *ad Sabinum*): *Qui penum legat quid legato complectatur, videamus. et Quintus Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri, quae esui potuique sunt. Idem Sabinus libris ad Vitellium scribit quae harum, inquit, patris familiae uxoris liberorumve eius vel familiae, quae circa eos esse solet, item iumentorum, quae dominici usus causa parata sunt.*

Aristón incluye en este legado algunas cosas que no son típicas para comer o beber. Recurre a un ejemplo extensivo: los condimentos habituales de la comida, aceite, salsa de pescado, salmuera, miel y otros condimentos semejantes: 1. *Sed Aristo notat etiam quae esui potuique non sunt contineri legato, ut puta ea, in quibus esse solemus, oleum forte, garum muriam mel ceteraque his similia.*

Labeón y Aristón coinciden en anotar que los condimentos habituales citados anteriormente no podrían entrar en un legado de comida por que no se comen independientemente, sino que comemos con ellos. Si bien, Trebacio discrepa respecto a la miel: para él solemos comer la miel: 2. *Plane inquit, si penus esculenta legetur, Labeo libro nono posteriorum scribit nihil eorum cedere, quia non haec esse,*

¹² El término *cibaria*, aparece expresamente en D. 33,9,3,6 y en D. 33,9,3,7 (*Ulpianus*, libro XXII *ad Sabinum*).

sed per ea solemus. Trebatius in melle contra scribit, merito, quia mel esse solemus.

La perspectiva de Próculo resulta acumulativa: todas estas cosas referidas entran en el legado de provisiones (comer, beber, los condimentos habituales de la comida, aceite, salsa de pescado, salmuera, miel y otros condimentos semejantes): *Sed Proculus omnia haec contineri recte scribit, nisi contraria mens testatoris appareat*, es decir, siempre que no sea contrario a la propia voluntad del testador.

Labeón, curiosamente, incluye en el legado de comestibles las anchoas con la salmuera. Y si no se prueba que la intención del testador es otra, hay que considerar la inclusión en el legado de comestibles tanto de lo que comemos, como con lo que comemos: 3. *Esculenta, utrum ea quae esse, an et ea per quae esse solemus, legaverit? et ea quoque legato contineri credendum, nisi contraria mens patris familias doceatur. Mella certe semper esculentae penui cedere, lacertas quoque cum muria sua contineri nec Labeo negavit.*

En las provisiones de beber no tienen acogida los condimentos precitados. Se usa en el texto como referencia lo que el padre de familia —el testador— tuvo en calidad de vino: 4. *Poculenta penui ea, quae vini loco pater familias habuit, continebuntur, supra scripta vero non continebuntur.*

Para Ofilio el vinagre debería entrar en el legado de provisiones, salvo en los supuestos que se utilice exclusivamente para apagar incendios: 5. *Penori acetum quoque cedere nemo dubitat, nisi extinguendi ignis causa fuit paratum: tunc enim esui potuique non fuit: et ita Ofilius libro sexto decim actionum scribit.*

De las disputas jurisprudenciales, Quinto Mucio, Servio Sulpicio Rufo, deberíamos resaltar el criterio preferido sobre la proximidad al testador, la cercanía a él y a los suyos, para determinar, con mayor acierto, las personas beneficiadas por el legado de alimentos (aparece aquí el término *cibaria*): 6. *Sed quod diximus «usus sui gratia paratum» accipiendum erit et amicorum eius et clientium et universorum, quos circa se habet, non etiam eius familiae, quam neque circa se neque circa suso habet: puta si qui sunt in villis deputati. quos Quintus Mucius sic definiebat, ut eorum cibaria contineri putet, qui opus non facerent: sed materiam praebeuit Servio notandi, ut textorum et textricum cibaria diceret contineri: sed Mucius eos voluit significare, qui circa patrem familias sunt.*

El criterio de la proximidad de las personas, en concordancia con la prestación de servicios habituales al testador, predomina en los di-

ferentes apartados jurisprudenciales. Un ejemplo que nos transmite Ulpiano aclara su trascendencia: Se considera que entran en el legado de provisiones el forraje de las caballerías que están al servicio del testador y sus amigos, pero no las que trabajen en el campo o se suelen tener en alquiler. 7. *Simili modo et iumentorum cibaria penui continentur, sed eorum iumentorum, quae usibus ipsius et amicorum deserviunt: ceterum si qua iumenta agris deserviebant vel locabantur, legato non cedere cibaria eorum.*

Según Ofilio, se deberán considerar dentro del legado de provisiones, tanto el trigo y las legumbres que el testador tenía en la despensa, como la cebada de las caballerías: 8. *Sive autem frumentum sive quid leguminis in cella penuaria habuit, penori legato continebitur, sed et hordeum sive familiae sive iumentorum gratia: et Ofilius scribit libro sexto decimo actionum.*

Recuérdese la debatida inclusión de la leña y el carbón —siempre que no se tengan como objeto de venta—, entre Quinto Mucio, seguido por Ofilio, negando la posibilidad y las contrarias apreciaciones de Rutilio —admitiendo su inclusión— y Sexto, que además de incluirlos, añadía la cera y el incienso de uso preferentemente doméstico. La perspectiva jurisprudencial referida aparece constatada en el siguiente párrafo: 9. *Ligna et carbores ceteraque, per quae penus conficeretur, an penori legato contineantur, quaeritur et Quintus Mucius et Ofilius negaverunt: non magis qua m molae, inquinunt, continentur. Idem et tus et ceras contineri negaverunt. sed Rutilius et ligna et carbones, quae non vendendi causa parata sunt, contineri ait. Sextus autem Caecilius etiam tus et cereos in domesticum usum paratos contineri legato scribit.*

Asimismo, cabría recordar la referencia de Servio, introduciendo en el legado de provisiones los perfumes, papiros para cartas, o para rellenar el diario de cuentas y las matizaciones de Aristón acerca de los envases de las provisiones —no admite las tinajas, respecto al vino, tampoco los recipientes de trigo, como cajones o espuestas u otros análogos—, pero sí contempla la posibilidad de añadir en el legado de provisiones todos aquellos envases o cosas necesarias para mantener las provisiones en el mejor estado: 10. *Servius apud Melam et unguentum et chartas epistulares penoris esse scribit, et est verius haec omnia, odores quoque contineri: sed et chartas ad ratiunculam vel ad logarium paratas contineri.* 11. *Vasa quoque penuaria quin continentur, nulla dubitatio est. Aristo autem scribit dolia non contineri, et est verum secundum illam distinctionem, quam supra in vino fecimus. Nec frumenti nec leguminum thecae (arculae forte vel sportae) vel*

si qua alia sunt, quae horrei penuarii vel cellae penuariae instruendae gratia habentur, non continebuntur, sed ea sola continentur, sine quibus penus haberi non recte potest.

Una mención que excluye expresamente los medicamentos del legado de provisiones aparece así justificada por Paulo, siguiendo el razonamiento de Casio: sólo son provisiones las que se beben como alimento. Una afirmación, a mi juicio, que suscita una reflexión dubitativa. Si bien, según Paulo se admiten dentro del legado de provisiones la pimienta, el comino, el benjuí —resina aromática, incienso de Java, bálsamo aromático— y otras especies análogas:

D. 33,9,5 pr. (Paulus, libro IV ad Sabinum): *Non omne quod bibetur in penu habetur: alioqui necesse est, tu omnia medicamenta quae biberentur contineantur. Itaque ea demum penoris esse, quae alendi causa biberentur, quo in numero antidotum non est. Et sane vere Cassius sensit. Sed quod quidam negaverunt piper et ligusticum et careum et laser et cetera. Huiusmodi in penu non esse improbatum est.*

Paulo (D. 33,9,4,2), asumiendo la explicación complementaria de Sabino —es decir, una cuestión que se plantea en pocas ocasiones—, pretende evitar que se confundan las provisiones realmente legadas por el difunto, con las que él utilizaba sólo para comerciar con ellas. Se puede incluir en las provisiones lo que el testador tenía apartado para el consumo propio, afirma el jurisconsulto. Si el testador las utilizaba indistintamente, el criterio jurisprudencial señala como preferible la realización de un cálculo que contribuya a determinar las provisiones suficientes para su consumo durante un año. Se añade a esta estimación el consumo de los esclavos y el de todas las personas que vivían junto al difunto:

D. 33,9,4,2 (Paulus, libro IV ad Sabinum): *Item si quis solitus fructus suos vendere penum legaverit, non omnia, quae et promercii causa habuit, legasse videtur, sed ea sola, quae in penum sibi separabat. Quod si promiscue uti solebat, tunc quantum ad annum usum ei sufficeret familiaeque eius ceterorumque, qui circa eum sunt, legato cedit: quod fere, inquit Sabinus, evenit in personis mercatorum aut quotiens cella est olei et vini, quae venire solebant, in hereditate relicta.*

Escévola otorga una acogida absoluta a la voluntad del testador que quiso dejar todas sus provisiones a su madre e hijos como se desprende de D. 33,9,7. Los interesados en destacar el carácter restrictivo de esta declaración —los tutores del hijo¹³—, preferían que se

¹³ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en derecho romano*, Madrid 1995, págs. 17 y ss.

concretara exclusivamente la cantidad de las mismas situada en la casa, y no las ubicadas en el exterior —almacenes, etc.—. La respuesta jurisprudencial parece concluyente: Todas las provisiones que hubiese tenido el testador para el consumo, independientemente del lugar en el que se encuentren, se integran en el contenido:

D. 33,9,7 (*Scaevola*, libro III *responsorum*): *Penum meam omnem ad matrem libeorsque meos, qui cum matre sunt, pertinere volo. quaero, si tutores pupilli eam solummodo penum deberi, quae in caenaculo esset, dicant, sint autem et in horreis amphorae, an hae quoque deberentur. respondit, quidquid penoris usus ausa ubicumque habuisset, deberi.*

Las fluctuaciones y oscilaciones que afectan al contenido de las provisiones, se suelen acondicionar a la voluntad del testador y a los criterios jurisprudenciales —entre unos mínimos y unos máximos—, como ya hemos advertido. Podríamos completar la exposición con dos referencias significativas. Labeón afirma que si se legan las provisiones urbanas, hay que considerar legadas todas, aunque estén situadas fuera, es decir, en las casas y fincas rústicas, y siempre que sean provisiones dejadas al consumo de la ciudad: *Labeo ait: etiamsi in villa sit urbico usui destinata, sicuti urbica ministeria dicimus et quae extra urbe nobis ministrare consueverunt* (D. 33.9.4.5). Paulo admite la restricción, respecto al conjunto de las provisiones habituales, cuando se lega a alguien las provisiones con alguna excepción. En este supuesto planteado se trata del vino: *Si cui penus legata sit praeter vinum, omnis penus legata videtur excepto vino* (D.39.9.4.6).

IV. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS :

No debemos olvidar que el legado de *penus* (D. 33,9), como ya se ha recordado con García Garrido M. J.,¹⁴ como legado de alimentos, cumple, entre otras finalidades, la de «atender a la subsistencia»; en este legado, se hace especial hincapié en las personas que habían vivido junto al difunto —el criterio de la cercanía al testador es el que parece que prevalece—. Hemos advertido que la oscilación jurisprudencial asume, en ocasiones, una postura muy recortada respecto al contenido del legado, y otras veces le da acogida a un conjunto de provisiones mucho más amplio —recuérdese la perspectiva muciana y la de los demás juristas mencionados precedentemente—. En cual-

¹⁴ GARCÍA GARRIDO, M. J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, cit., págs. 114 y ss.; Id. *Miscelánea romanística* (pres. y coord. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., y REINOSO F.), cit., págs. 613 y ss.

quier caso, podría pensarse que la jurisprudencia se desenvuelve habitualmente entre unos mínimos (comida, bebida) y unos máximos: comida, con referencias expresas, por ejemplo, a las legumbres, el trigo, etc., y bebida, con la inclusión del vino y cosas dedicadas al consumo doméstico. Por ejemplo, los condimentos habituales de la comida, aceite, vinagre, salsa de pescado, salmuera, miel y otros condimentos semejantes, añadiendo además la leña y el carbón; los perfumes, papiros para cartas, o para rellenar el diario de cuentas y algunos envases indispensables para el mantenimiento de las provisiones. La cebada y el forraje de las caballerías también se admite en determinados supuestos.

En el legado de alimentos o sustento, *de alimentis vel cibaris legitis* (D. 34,1) cuando el testador no había concretado la cantidad correspondiente a la prestación de alimentos, se debería estimar que el legado comprendería todo lo que fuese inherente: alimentos, vituallas, comida, bebida, vestido, habitación, calzado, educación, etc. La aparente eventualidad de algunos supuestos puede plantear ciertas dudas respecto a la educación. Con perspectivas análogas a las anteriores podríamos hablar de la elasticidad del contenido, respetando siempre unos mínimos, «favorecer la subsistencia» (alimentos, sustento, vituallas, vestuario), pero que se pueden ampliar fácilmente hasta dar acogida a cuestiones aparentemente menos constatadas —por ejemplo la educación y las medicinas—.

Como es sabido, las finalidades previstas mediante estas liberalidades¹⁵ —los legados referidos— pueden ser múltiples, si bien, hay un punto de convergencia muy relevante que constituye el eje sobre el cual gravita nuestra institución: «atender la subsistencia», «favorecer la subsistencia». Este criterio parece que se va configurando como regla general, aunque sea susceptible de numerosas divergencias puntuales y excepciones —en cuanto al contenido—, lo que podría hacer oscilar las diferentes estimaciones jurisprudenciales.

La obligación, o la prestación de alimentos y sustento se entiende como una exigencia jurídica ineludible y se produce entre las personas que están vinculadas por una relación de parentesco (*de agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus* D. 25.3). La reciprocidad constituye uno de los elementos más defendidos por la jurisprudencia. El contenido de la prestación de alimentos también ha sido objeto de una larga evolución y de numerosas discrepancias doctrinales; no obstante, en nuestra opinión, parece que jamás se ha apartado del criterio regulador más bási-

¹⁵ Cfr. D[^]ORS, A., *Derecho privado romano*, 9.^a ed. cit., pág. 371.

co, es decir, el que incluye como mínimo garantizar la comida y la bebida del perceptor. Parece lógico pensar ahora en una conexión claramente emparentada con las cuestiones previstas en los legados que hemos analizados, y recurrir de nuevo al criterio de convergencia que se ha venido barajando: <<garantizar la subsistencia>>.

Del análisis general relativo al conjunto de toda la selección legislativa concerniente a los alimentos, cabría destacar en este momento que el criterio sobre alimentos parece oscilar entre unos mínimos y unos máximos, lo que sin duda puede contribuir en mejor medida a la posible delimitación de la fisonomía del concepto. Desde los mínimos o modestos criterios decenvirales, respecto a la obligación alimenticia (alimentar-porción de trigo), pasando por un concepto restringido del término, aparentemente más ajustado a la perspectiva republicana (*alimenta-victus* = nutrición, víveres), hasta desembocar en su evolución en una postura de la jurisprudencia clásica propensa a determinar un significado más amplio, en el que sintetizadamente podría reflejar lo necesario para la vida (en definitiva, pasar del sentido de alimentar, nutrir, proporcionar la ración de boca, al de cubrir todas las cosas que el hombre necesita para vivir; combinando la analogía entre *alimenta* y *victus*, comprendería, por tanto, alimento, sustento cotidiano o subsistencia mínima, nutrición comida, bebida, alojamiento, cama, vestido, calzado, educación. En resumen, alimentos, habitación y vestuario, como se ha visto frecuentemente en el legado de alimentos revisado. Acerca de las medicinas, aparentemente no se puede predicar lo mismo al resultar más aislada y ocasional la probable inclusión, como pudimos observar en su momento, pero no faltan indicios persuasivos admitiendo la posibilidad (recuérdese el texto de Gayo que hace referencia a todo lo necesario para vivir, *Gai. D. 50,16,43*; las cosas que usamos para defender nuestro cuerpo *Gai. D. 50,16,44*). Si intentamos buscar una ampliación de los máximos respecto al contenido de alimentos, no existirían grandes dificultades para recordar afirmaciones puntuales en este sentido. Por ejemplo, a propósito de la educación, en un contexto encuadrado en *D. 27,2,4*¹⁶, Juliano, en su libro XXI *digestorum*, parece que no duda en introducir en el contenido de la obligación, —respecto a la hermana, en este supuesto—, los medios necesarios para los estudios, garantizando tanto los alimentos como la educación y la instrucción de la misma en las artes liberales:

¹⁶ Donde debe educarse y residir o morar el pupilo y sobre los alimentos que se le deben prestar: *D. 27,2: de pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei praestandis*.

D. 27,2,4 (*Julianus*, libro XXI *digestorum*): *Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat nec quicquam praeterea, et tutorem eis Sempronium dedit: is a cognatis et a propinquis pupillae perductus ad magistratum iussus est alimenta pupillae et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati causa solvit. Quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in alimenta pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit. repondi: existimo, etsi citra magistratum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit et liberalibus artibus instituerit, cum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae iudicio pupillo aut substitutis pupilli praestare debere.*

Una deducción análoga a la del fragmento precitado, podría representar lo escrito por Paulo, libro XLI *ad edictum*, contenido en D. 37,10,6,5 (enmarcado, por tanto, en el título X, libro XXXVII, *de Carboniano edicto*):

D. 37,10,6,5 (*Paulus*, libro XLI *ad edictum*): *Non solum alimenta pupillo praestari debent, sed et in studia et in ceteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum.*

Los gastos que se realicen para el pupilo, no sólo deben suponer las cargas alimenticias, sino, como afirma nuestro jurisconsulto, también deben cubrir los gastos de educación (*studia*, es el término empleado), y los demás gastos necesarios con arreglo a la cuantía de los bienes.

Como es sabido, no faltan autores que intenten diferenciar la supuesta identidad de los términos (alimentos-educación), afirmando que la educación constituye un concepto jurídico bien diverso¹⁷. Es

¹⁷ GLÜCK, F., *Commentario alle pandette*, trad., ital., Milano 1907, libro XXV, cit., 1285, 149. Una observación bastante conjeturable podríamos plantear al respecto. Acerca de la educación, cabría recordar 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 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 (virtuales, vestido, habitación) y una referencia expresa que podría ejercer cierta atracción sobre 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 avanzado 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. 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.

decir, no se debe considerar la educación en la idea de alimentos. Y los que apuntan a destacar el probable sentido unitario del tratamiento (alimentos-educación), en los textos precedentes, sin desatender la posibilidad contraria. Es decir, considerar la educación dentro del conjunto «alimentos»¹⁸.

El deber de atender las cargas educacionales, además de los alimentos, puede reconfirmarse en el siguiente fragmento del Código, donde se pone de relieve que si al juez competente tras la estimación de la pruebas, podrá mandar que se le presten alimentos con arreglo a las facultades. El mismo estimará en poder de quién deba ser educado.

C. 5,25,3: *Si competenti iudici eum, quem te ex Claudio enixam esse dicis, filium eius esse probaveris, alimenta ei pro modo facultatum praestari iubebit. Idem, an apud eum educari debeat, aestimabit.*

Cabría traer a colación una reflexión, a nuestro juicio, nada superflua de Zoz¹⁹, en relación a lo ilógico que podría ser interpretar los textos anteriores, considerando como evidente la separación jurídica de los conceptos (alimentos-educación), lo que vendría a suponer que para obtener —en este contexto—, los alimentos de manutención y la educación apropiada se tendría que recurrir a actuar con dos acciones diversas, cuando en el fondo, no parece que sea éste el espíritu de los textos.

La verdadera limitación la representará en la *praxis*, indudablemente, la consistencia patrimonial del obligado: *pro modo facultatum*. Un conjunto de aspectos que tendrán que analizarse para realizar la estimación y alcance de la prestación: calcular la cuantía de los bienes del sujeto obligado, para atender adecuadamente la finalidad jurídico-social referida, pero sin desatender los límites de la auténtica proporcionalidad²⁰. Con estos datos referidos y la influencia normativa parece lógico que el contenido de la prestación de alimentos esté sometido en ocasiones a recortes proporcionales, si bien, preservando siempre unos mínimos y procurando, en la medida de lo posible, que no se alteren ni compriman los perfiles más sobresalientes de la prestación de alimentos. En definitiva, siempre dentro del marco general que hemos reconocido entre los mínimos y los máximos²¹.

¹⁸ Cfr. ZOZ, M. G., In tema di obbligazioni alimentari, BIDR 73. Milano 1970, pág. 354.

¹⁹ ZOZ, M. G., In tema di obbligazioni alimentari, cit., pág. 355.

²⁰ Respecto al patrimonio, como decía VOET, J. *Pandette* (trad. it.), 3, Venecia 1850, 1092, ad D. 25,3.

²¹ Cfr. ZOZ, M. G., In tema di obbligazioni alimentari, cit., págs. 354 y ss.

Aún hay que añadir algo más. La lógica y el razonamiento social han provocado, justificado y reforzado, con frecuencia, la postura del legislador. El sentido evolutivo y el reconocimiento social actual puede verse confirmado en nuestro Código Civil, que además de incluir —con precisión minuciosa y absoluta determinación— en el contenido de la prestación de alimentos los ya relacionados en el repertorio jurisprudencial —sustento, vestuario, habitación, educación y lo necesario para la defensa de nuestro cuerpo, por ejemplo medicinas— amplía su esfera de acción a unos parámetros muy razonables: sustento, habitación, vestido y asistencia médica; educación, instrucción; gastos de embarazo y parto —*pro modo facultatum*—, arts. 142; 146; 147²². Parece que el análisis evolutivo de la institución, desde una generosa interpretación histórica y jurisprudencial, se desenvuelve en cierta armonía con las nuevas concepciones sociales. Evidente concatenación entre el pasado y el presente. Si bien, la actual perspectiva jurídica no duda en incluir en el contenido de la prestación de alimentos otro aspecto que sin duda representa una necesidad digna de atención especial: los gastos de embarazo y parto. Concepciones modernas que obedecen y completan la realidad social, pero que no se distancian demasiado del histórico factor romano-jurisdiccional. La estimación del conjunto de la prestación puede verse asimismo como un ejemplo: «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da», art. 146 (es decir, *pro modo facultatum*, D. 25,3,5,7; D. 25,3,5,10; D. 25,3,5,19, etc.).

²² Cfr. ALBURQUERQUE, J. M., *La prestación de alimentos entre pariente. Introducción y antecedentes como deber moral*, Personalidad y capacidad jurídicas, vol. I, cit., págs. 89 y ss.; Id. Aproximación a la perspectiva jurisprudencial sobre el contenido de la prestación de alimentos derivada de una relación de parentesco, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 9, A Coruña 2005, págs.13 y ss. Véanse además los artículos referidos en nota 2 del presente estudio.