

346



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

"LA PENSION POR ALIMENTOS EN EL DERECHO ROMANO
Y SU PROYECCION AL CODIGO CIVIL DEL
DISTRITO FEDERAL".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JULISSA HERNANDEZ COLIN



MEXICO, D. F.

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E.

Me permito comunicarle que la pasante en Derecho JULISSA HERNÁNDEZ COLÍN, ha elaborado en el Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho, bajo la dirección del LIC. MIGUEL JIMENEZ PARRA, una tesis de Licenciatura "LA PENSIÓN POR ALIMENTOS EN EL DERECHO ROMANO Y SU PROYECCIÓN AL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL"

Por lo que al contenido académico y su sistematización, dicho trabajo reúne los requisitos que señalan las normas universitarias respectivas.

En vista de lo anterior, en mi carácter de Directora del Seminario mencionado en el membrete del presente oficio, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del Jurado que se asigne para presentar el examen profesional

"El interesado deberá iniciar para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd.Universitaria, a 4 de junio de 2002

Sara Bialostosky Barshavsky
MTRA. SARA BIALOSTOSKY BARSHAVSKY
DIRECTORA DEL SEMINARIO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mis padres:

*Con todo mi cariño, ya que sin ellos, simplemente,
nada podría ser posible.*

A tí mamá:

*Con todo mi amor y eterno agradecimiento,
porque siempre me has brindado todo tu apoyo
incondicionalmente de la forma más amorosa que sólo
tú conoces.*

A mi hermano:

*Con cariño, por el aliento con que siempre me
apoya.*

A mis maestros:

*Con especial afecto y profundo agradecimiento por
todas sus enseñanzas.*

ÍNDICE

LA PENSIÓN POR ALIMENTOS EN EL DERECHO ROMANO Y SU PROYECCIÓN AL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO	
1. Derechos reales y derechos personales.	3
2. Concepto.	9
3. Elementos.	14
4. Clasificación.	18
CAPITULO II	
FUENTES DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN EL DERECHO ROMANO	
1. Familia romana.	33
1.1 Paterfamilias.	40

1.2 Potestades.	44
1.3 Patria Potestad.	49
2. Parentesco.	58
3. Sujetos a proporcionar alimentos.	62
4. Acreedores de alimentos.	65

CAPITULO III

FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN ROMA

1. Nociones de los sistemas procesales civiles existentes en Roma.	68
2. Las acciones.	76
3. Las excepciones.	83
4. El <i>summatim cognoscere</i> (la cognición sumaria).	93
5. La <i>cognitio extra ordinem</i> (la cognición extraordinaria).	98

CAPITULO IV

RECEPCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO MEXICANO

1. En la Nueva España.	108
2. En el México Independiente.	114

2.1 En los Códigos Civiles de Oaxaca, Veracruz y Zacatecas.	119
2.2 En el Código Civil Distrital de 1870.	126
2.3 En el Código Civil Distrital de 1884.	130
2.4 En la Ley de Relaciones Familiares.	134
2.5 En el Código Civil Distrital de 1928.	149
3. Jurisprudencia y ejecutorias importantes en materia de alimentos.	158

APÉNDICE

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO MEXICANO.

1. Similitudes.	171
2. Diferencias.	174

CONCLUSIONES	177
--------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	181
--------------	-----

INTRODUCCION.

Con el presente trabajo pretendo dar a conocer en un solo documento el paso en el transcurso de la historia de la pensión alimenticia desde el derecho romano hasta nuestros días en el derecho mexicano.

Como la pensión por alimentos es una obligación contraída por la existencia de una relación familiar, se comienza analizando desde el tema de las obligaciones en el derecho romano.

Siendo la base de las obligaciones la existencia de derechos reales y derechos personales, este es el tema con el cual se parte; siguiendo con el concepto, elementos y clasificación de las obligaciones.

Después siendo la familia la fuente de la pensión alimenticia se contempla desde la constitución de la familia romana, con el paterfamilias quien es la persona que lleva el control absoluto de ésta, las potestades con que cuenta como los poderes que ejerce sobre los sujetos que están sometidos a él; la patria potestad como la principal forma para la existencia de la pensión por alimentos; el parentesco y la numeración mas clara y precisa de quienes son los sujetos a proporcionar alimentos y los acreedores de alimentos en el antiguo derecho romano.

Mas adelante, abordo el tema de la fijación de la pensión alimenticia en Roma, analizando los principales sistemas procesales romanos con los cuales se

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

obtenían los alimentos; siendo el mas importante la cognición sumaria (summatim cognoscere).

Por ultimo, señalo como fue la recepción de la pensión alimenticia desde el derecho romano al actual derecho mexicano, para lo cual se contempla desde la Nueva España y el México independiente, pasando por el momento cuando se comienza a legislar en Códigos en el país desde los Civiles de Oaxaca, Veracruz y Zacatecas, ya que fue primero en lo estados donde se hicieron y después los Códigos Civiles Federales como el de 1870, 1824. la Ley de Relaciones Familiares; hasta llegar con el Código que actualmente nos rige que es promulgado en 1928, el cual por supuesto ha atravesado por diversas reformas según el transcurso del tiempo y el desarrollo de la sociedad mexicana.

También se incluyen algunas jurisprudencias que utilizan los actuales litigantes para la obtención de una mejor pensión alimenticia para los acreedores de alimentos para completar lo señalado en el Código Civil.

Además de un apéndice con las similitudes y diferencias entre el derecho romano y el derecho mexicano; en el que puede observarse la gran trascendencia del antiguo derecho romano hasta nuestros días, el cual en esencia sigue siendo el mismo pensamiento jurídico.

De esta forma, espero que se cumpla el objetivo de este trabajo y se comprenda la importancia del derecho romano, ya que con su influencia es como se construyó el sistema jurídico que nos rige en la actualidad, en nuestro derecho positivo mexicano.

CAPITULO I

OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO

1. Derechos reales y derechos personales.
2. Concepto.
3. Elementos.
4. Clasificación.

1. Derechos reales y derechos personales.

Antes de iniciar el estudio específico de lo que son las obligaciones, es necesario analizar los conceptos de derecho real y de derecho personal; para poder comprender mejor los efectos jurídicos que nacen de la obligación.

Dentro de una breve explicación de los derechos reales y derechos personales o de crédito, siempre se menciona a la propiedad, derecho real por excelencia en la terminología romana; y como ejemplo de derecho de crédito u obligación, una suma de dinero como deuda en virtud de un préstamo. Por lo que puede observarse, que al hablar de una propiedad existe una relación entre una

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

persona y el objeto del cual es propietario; y que cuando hay un préstamo existe una relación entre dos personas en donde este es otorgado.

El jurista francés Gaston May expresa: *"Le droit réel est celui qu'une personne exerce immédiatement sur une chose. II lui confère la faculté de retirer par elle-même et directement de cette chose tous les avantages que le droit comporte. Cette personne ne peut contraindre aucune autre personne à lui procurer ces avantages, mais elle peut exiger de toute personne qu'elle ne s'oppose pas à l'exercice de son droit. Ainsi, nul n'est obligé d'agir pour le titulaire du droit, tout le monde est tenu de ne pas agir contre lui.*

Le droit personnel est celui en vertu duquel une personne peut exiger d'une autre personne une prestation, c'est-à-dire la remise d'une chose ou l'accomplissement d'un fait."

(El derecho real es aquel que una persona ejerce inmediatamente sobre una cosa. Confiere la facultad de sacar por el mismo y directamente la cosa con, todas las ventajas que el derecho da. Esta persona no puede forzar a otra a procurar sus ventajas, pero puede exigir de toda persona que no se oponga al ejercicio de su derecho. De este modo, ninguno es obligado a actuar por el titular del derecho, nadie puede actuar contra él.

El derecho personal es aquel en virtud del cual una persona puede exigir de otra una prestación, es decir la remisa de una cosa o cumplimiento de un hecho).¹

Respecto a una utilidad soy propietario de una casa, la uso habitándola y para este goce, no necesito la participación de otra persona, basta mi propio derecho de propiedad para obtener sus beneficios de usar, disfrutar y abusar de la

¹ May, Gaston. *Eléments de droit romain*. Francia, Ed. Librairie du Recueil Sirey, 1932. pp. 185 y 186.
Traducción por la autora.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cosa objeto material del derecho real de propiedad. En cambio en el derecho personal o de crédito al prestar una suma de dinero, soy acreedor hasta que la suma debida no se reintegre a mi patrimonio, mi derecho de crédito no me produce ninguna utilidad, para que me beneficie es necesario que se me pague y este pago implica el cumplimiento del deber jurídico por el deudor. Como titular del derecho de crédito estoy facultado a exigir el cumplimiento de la obligación, ejercitando la acción personal, en contra del deudor.

Para el Doctor Margadant la conceptualización de derecho real y derecho personal es como sigue: En tanto al derecho real es un derecho que se puede oponer a cualquier tercero, permitiendo al titular el goce de una cosa, el cual puede ser en la forma máxima que conoce el orden jurídico, que es la propiedad; o en forma limitada, como por ejemplo, cuando se trata de derechos reales sobre cosas ajenas. Y en lo referente al derecho personal, es el que permite al titular reclamar de determinada persona la prestación de un hecho, que puede ser positivo o negativo, consistente en un dare, facere, praestare, non facere y pati (dar, hacer, prestar, no hacer y tolerar)..²

En el derecho real, al poder oponerlo ante cualquier otra persona es como se manifiesta el imperio que se tiene sobre el objeto.

En el derecho personal, dependiendo de la conducta debida por el deudor es como se va a realizar el cumplimiento.

El tratadista Ortolán opina: *"En somme, un droit personnel est celui dans lequel une personne est individuellement sujet passif du droit;"*

² Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 22ª ed., México, Ed. Esfinge, 1997. p. 304.

Un droit réel, celui dans lequel aucune personne n'est individuellement sujet passif du droit.

Ou, en termes plus simples:

Un droit personnel est celui qui donne la faculté de contraindre individuellement une personne à une prestation quelconque (c'est-à-dire à donner, à fournir, à faire ou à ne pas faire quelque chose):

Un droit réel est celui qui donne la faculté de retirer d'une chose quelconque un avantage plus ou moins étendu:

Abstraction faite, dans l'un comme dans l'autre cas, de la masse de toutes les personnes, toujours obligées chacune à s'abstenir de toute trouble, de toute obstacle à la jouissance et à l'exercice du droit."

(En suma, un derecho personal es aquel en el cual una persona es individualmente sujeto pasivo de derecho;

Un derecho real, es aquel en el cual alguna persona no es individualmente sujeto pasivo de derecho.

O, en términos más simples:

Un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera (es decir, un dar, proveer, hacer o no hacer alguna cosa);

Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera una ventaja más o menos entendida:

Abstracción hecha, tanto en uno como en otro caso, de la masa de todas las personas, siempre obligadas cada una a abstenerse de toda turbación, de todo obstáculo al goce y ejercicio del derecho).³

Al igual que el tratadista Ortolán, los juristas Petit⁴ y Juan Iglesias⁵ consideran esta misma conceptualización de derecho real y derecho personal.

Se puede confirmar claramente como en el derecho real existe una relación directa de una persona con un objeto, en donde cualquier otro sujeto no debe interponerse en su aprovechamiento. Y, en cambio, en el derecho personal, de crédito o de obligación es una relación entre personas individualmente determinadas.

Analizándolos tenemos que en el derecho real existe un poder absoluto, un señorío independiente sobre una cosa determinada, es decir hay una relación directa con la cosa por lo que se obtiene un provecho por ser el titular de este derecho y en el que cualquier otra persona es sujeto pasivo, esto es, se tiene el deber de abstenerse de impedir el goce de la cosa.

Y en el derecho personal, en contraposición con el derecho real hay una persona individualmente determinada a la cual se le reclama el cumplimiento de la prestación debida, la que puede consistir en un dar, hacer o no hacer, es decir, existe una relación de persona a persona en donde una es el sujeto activo del derecho (acreedor) y la otra el sujeto pasivo (deudor).

³ Ortolán, J. *Histoire de la législation romaine*; Francia, Ed. Librairie Plon, 1884. p. 639.

⁴ Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México, Ed. Epoca, 1977. p. 171.

⁵ Iglesias, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Romano*, 7ª ed. España, Ed. Ariel, 1982. p. 251.

De lo anterior podemos deducir las diferencias entre el derecho real y el derecho personal:

- En el derecho real no existe una persona determinada como sujeto pasivo.
- En el derecho personal existe una persona determinada como sujeto pasivo.
- En el derecho real cualquier persona puede atentar contra la cosa o el derecho.
- En el derecho personal sólo el deudor puede atentar contra la cosa o el derecho.
- En el derecho real se puede exigir el cumplimiento de la prestación a cualquier persona que lo haya violado.
- En el derecho personal sólo se puede exigir el cumplimiento de la prestación al deudor, quien desde que ésta se constituyó es el sujeto pasivo de la obligación.
- En el derecho real hay un derecho de preferencia, esto es, poder excluir a quienes pretendan la cosa basados en la constitución de un derecho, pero el cual es posterior.
- En el derecho personal no existe un derecho de preferencia ya que el deudor puede haberse obligado con otros acreedores y si es así, los derechos constituidos tienen el mismo nivel, y en el caso de que el patrimonio del deudor disminuyera, el derecho de cada acreedor también lo haría.

- En el derecho real se tiene el goce de la cosa sin la necesidad de un intermediario.
- En el derecho personal se tiene el goce de una manera remota, es decir por otra persona quien realiza la prestación.
- En el derecho real solamente se tiene por objeto una cosa presente.
- En el derecho personal se puede tener por objeto una cosa que aún no existe, es decir una cosa futura.

2. Concepto

Para poder llegar al concepto de obligación se debe conocer lo referente a la evolución histórica por la que se atravesó para así poder finalizar en dicho concepto.

Todo parece suponer que, el origen histórico de la obligación romana se encuentra en la responsabilidad penal, es decir, dentro del campo de los delitos⁶. Esto es, lo que la persona que cometía el delito y era descubierta debía pagar por esa acción, o sea lo que refería a su responsabilidad, por lo que era deducido a una condición servil, como un esclavo al servicio de quienes fueron víctimas de su delito.

⁶ Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano, 5ª ed. España, Instituto Editorial Reus, 1979. p. 376.

Haciendo referencia a esto, el Doctor Margadant expresa: "Originalmente la comisión de un delito hacia surgir, a favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza -- eventualmente limitado por el principio del talión -- , el cual, mediante una "composición", podía transformarse en el derecho de la víctima o su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia. Como garantía del cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable quedaba obligatus, o sea, "atado" en la domus de la víctima como una especie de rehén. Por tanto, la obligación antigua era una "atadura" en garantía del cumplimiento de prestaciones nacidas de delitos."⁷

Este sistema fue pasando al sistema del derecho civil en donde también la garantía del cumplimiento de la prestación era la persona misma.

Dentro de la evolución por la que atravesó la obligación, tenemos que esta constaba de dos elementos: el débito y la responsabilidad, el deber de cumplir la prestación y la sujeción que se deriva del incumplimiento. La responsabilidad se encontraba en primer lugar dentro de la obligación antigua. La obligatio es una atadura de la propia persona, un sometimiento personal al poder del acreedor propio o ajeno; la forma de realizarse el nexo personal en que se sustancia la obligatio, prueba que el obligado (obligatus) no es un deudor en el sentido que hoy damos a la palabra, sino una persona sometida al acreedor, y sobre la cual le es dable satisfacerse en el caso de que no observe el comportamiento debido. Así poco importa que quien deje de satisfacer la prestación sea el propio deudor o un tercero que se obligó a mediar por él, como obligatus.

⁷ Margadant. Op. cit. p. 308.

La más antigua relación de crédito y deuda nace del mutuo o préstamo de consumo, es decir, de la entrega de dinero o de cosas fungibles con la obligación de devolver, dentro de cierto tiempo, otro tanto del mismo género y calidad; pero ésta relación no se considera como obligatio, esta es el nexum (nexum) por el que el deudor ofrece su propia persona como garantía del crédito; de aquí proviene el estado de prisión que dura hasta que se cumpla la prestación.⁸

Junto con el nexum existía la sponsio⁹, que en su primera aplicación es una promesa solemne que hace un fiador al acreedor, y no el deudor a éste, aquí la responsabilidad sólo se hace efectiva en el caso de incumplir la prestación. Al evolucionar la figura de la sponsio, la promesa la realizan el acreedor y el deudor, quedando a salvo la posibilidad de que medie una promesa accesoria de un fiador. Así quedan fusionados el debitum (deber) y la obligatio (responsabilidad).

A la figura del nexum recurrían los de baja posición social y económica, por lo que se ha llegado a pensar que sólo se utilizaba entre acreedor patricio (clase dominante) y deudor plebeyo.¹⁰

Las relaciones entre las familias aumentaron, presentándose la necesidad de que los jefes de familia se prestaran valores entre sí. Entonces un miembro de la familia del deudor se daba al acreedor como garantía de pago; esto sucedía en un acto solemne en donde ante cinco testigos se pesaba en un portabalanza el bronce que servía de dinero y se entregaba el préstamo convenido al deudor, llevándose entonces el acreedor al rehén. Este negocio era el denominado nexum, o sea, el nudo con el que quedaba atado el deudor con el acreedor

⁸ Iglesias, Juan. Op. Cit. pp. 384 y 385.

⁹ Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Curso de Derecho Romano, 11ª ed. México, Porrúa, 1992. p. 335.

¹⁰ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 387.

Al incrementarse el comercio el nexum se simplificó, quedando el propio deudor como garantía, pero éste no permanecía con el acreedor, a menos que existiera incumplimiento; si este se daba el deudor era llevado a una cárcel privada, donde estaba por sesenta días, exhibiéndolo tres veces en el mercado, para ver si alguien quería liberarlo pagando lo que debía; después de transcurrido dicho lapso el acreedor podía venderlo como esclavo, pero fuera de Roma, y si no podría también matarlo.¹¹

Este terrible sistema fue abolido con la promulgación de una ley denominada Lex Poetelia Papiria en el año 326 a.C.¹²; desapareciendo el derecho de tener prisioneros por deudas civiles así, si existiera incumplimiento de la prestación debida, el deudor solamente respondía con sus bienes y nunca con su libertad o hasta con su vida como era antes de esta ley.

Así, en cuanto al concepto de obligación dentro del derecho romano existieron dos; uno se encuentra en las Instituciones de Justiniano: "obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringitur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura (obligación es un vínculo de derecho formado según nuestro derecho civil, y que nos obliga a pagar alguna cosa)."¹³

Este concepto de las Instituciones fue realizado en relación al sujeto pasivo del vínculo existente, es decir en cuanto al deudor.

Y el otro concepto fue el elaborado por el jurisconsulto Paulo, este se encuentra en el Digesto: "obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad

¹¹ Margadant. Op. Cit. p. 309.

¹² Bonfante. Op. Cit. p. 377.

¹³ Instituciones de Justiniano, por Ortolán. 3, 13, pr.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dandum aliquid vel faciendum vel praestandum (la esencia de las obligaciones no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro a que nos dé, haga o indemnice algo).".¹⁴

En este concepto de Paulo se observa que fue realizado en cuanto al sujeto activo del vínculo, es decir, se trata aquí del acreedor.

Hablando de la etimología del término obligación, este proviene del sustantivo latino obligatio, que a su vez deriva de la preposición ob y del verbo ligare, que significa atar. Observando esto se puede asumir que por haber contraído una obligación, el deudor queda ligado, atado al acreedor.

Para terminar de completar lo que al concepto de obligación se refiere, señalo ahora el proporcionado por el autor francés Bonfante: "La obligación es una relación jurídica, en virtud de la cual uno o más sujetos, por un lado, tienen derecho de exigir determinada prestación, o sea la sujeción de un acto o de una serie de actos a su favor, o, en su defecto, una congrua satisfacción patrimonial, y otro u otros sujetos por otro lado tienen el deber de cumplirla o de responder con el propio patrimonio para su cumplimiento."¹⁵

Es de hacer notar que al tratarse de conceptualizar la obligación, lo primero que se considera es la existencia de la relación jurídica entre una o varias personas para poder exigir el cumplimiento de la prestación debida.

En el mismo sentido que el tratadista Bonfante, otros juristas como Margadant¹⁶, Oderigo¹⁷ o Juan Iglesias¹⁸ realizan esta misma fórmula.

¹⁴ El Digesto de Justiniano, por D'Ors y otros. 44, 7, 3.

¹⁵ Op. cit., Bonfante. p. 375.

¹⁶ Margadant. Op. Cit. p. 307.

¹⁷ Oderigo, Mario N. Sinopsis de Derecho Romano, 6ª ed. Argentina, Ediciones Depalma, 1982. p. 219.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3. Elementos

Estudiando el concepto de obligación, es como vemos que de este derivan los elementos de que está compuesta.

Los elementos de la obligación son:

1. Un sujeto activo o acreedor (creditor).
2. Un sujeto pasivo o deudor (debitor).
3. Un objeto.
4. Una relación jurídica.

1. Sujeto activo o acreedor.- Este es uno de los elementos personales de la obligación; el sujeto activo o acreedor es quien tiene el derecho de poder exigirle, a quien le debe (deudor) el cumplimiento de la obligación que le otorgó, por la cual se constituyó la obligación y que además es el objeto de ésta.

Puede existir pluralidad de sujetos activos o acreedores¹⁸, es decir, puede ser un solo sujeto o persona, o pueden ser varios los acreedores.

En este aspecto el derecho civil romano le concedía al acreedor una forma específica para poder exigir el cumplimiento de la prestación; ésta era una acción

¹⁸ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 383.

¹⁹ Margadant. Op. Cit. p. 307.

personal²⁰, o sea la facultad de acudir ante la autoridad judicial, para que existiera una coacción mayor, en el caso de que el deudor incumpliera su obligación y así obligarlo a que pagara lo que debía.

2. Sujeto pasivo o deudor.- Según el tratadista Petit: "es la persona que está obligada a procurar al acreedor el objeto de la obligación."²¹

Este es el otro elemento personal de la obligación; el sujeto pasivo o deudor es quien debe la prestación otorgada por el acreedor y por lo tanto el que tiene que realizar la acción u omisión a que corresponda dicha prestación para así dar cumplimiento con la obligación que tenía contratada.

Al igual que en el caso del sujeto activo o acreedor, puede haber pluralidad de sujetos pasivos o deudores.²²

En la antigua lengua jurídica romana se utilizaba el término reus²³ para designar tanto al sujeto activo como al pasivo; pero reus en un sentido más especial se refiere al demandado dentro de un proceso ante la autoridad judicial, y en consecuencia al deudor.

Más tarde, se utilizaron los términos creditor para designar al acreedor y debitor para nombrar al deudor.

²⁰ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 252 y s.

²¹ Petit. Op. Cit. p. 314.

²² Margadant. Op. Cit. p. 314.

²³ Ventura. Op. Cit. p. 268.

3. Objeto.- "El acto que el deudor puede cumplir, o sea el que se suele llamar objeto de la obligación, puede ser tanto una acción positiva como una omisión."²⁴

El objeto de la obligación es la conducta que debe realizar el deudor en provecho del acreedor, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer. Lo más importante en considerar en este elemento de la obligación, es la conducta a realizar por el deudor, ya que precisamente esta, es la que constituye el objeto de la obligación.

Por ejemplo si consiste en un dar, como sería el caso de una entrega de dinero, al momento en que el acreedor reciba la suma convenida por la obligación contraída por el deudor; es cuando se complementa el objeto de la obligación, porque es el instante en que se procura la satisfacción debida al acreedor.

De acuerdo con el autor Petit: "El objeto de la obligación consiste siempre en un acto que el deudor debe realizar en provecho del acreedor, y los juristas romanos lo expresan perfectamente por medio de un verbo: *facere*, cuyo sentido es muy amplio, que comprende aún la abstención. Al lado de esta fórmula general están más precisos ciertos textos. Distinguen en tres categorías los diversos actos a los cuales puede ser obligado el deudor, y los resumen en estos tres verbos: *dare*, *praestare*, *facere* (Gayo, IV). *Dare* es transferir la propiedad de la cosa, o constituir un derecho real. *Praestare* es procurar el disfrute de una cosa, sin constituir derecho real. *Facere* es llevar a cabo cualquier otro acto, o aun abstenerse."²⁵

²⁴ Bonfante. Op. Cit. p. 379.

²⁵ Petit. Op. Cit. pp. 314 y 315.

4.Relación jurídica.- Según la maestra Bialostosky: "Es un vínculo reconocido y normado por el derecho objetivo, el cual faculta al acreedor a exigir una conducta del deudor y asegura su cumplimiento con la posibilidad de obtener coactivamente su cumplimiento."²⁶

Es el vínculo o lazo que liga al deudor con el acreedor para que se realice la conducta debida, es lo que permite al acreedor usar los medios coactivos²⁷ ante la autoridad judicial para que el deudor cumpla con la prestación.

La relación jurídica, como ha sido expresado, es el ligamento que se establece entre el acreedor y el deudor, el cual por ser reconocido por el derecho se otorga al acreedor la capacidad para exigir que se le cumpla la prestación debida con los procedimientos jurídicos existentes; por ejemplo mediante el sistema formulario se podría lograr el pago de una suma de dinero.

²⁶ Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano. México. UNAM, Facultad de Derecho, 1992. p. 124.

²⁷ Ventura. Op. Cit. p. 268.

4. Clasificación

De acuerdo con las Instituciones de Justiniano: "Todas las obligaciones se reducen a una división principal de dos clases, y son, o civiles o pretorias. Civiles, las que han sido o establecidas por las leyes o reconocidas por el derecho civil. Pretorianas, las que el pretor ha constituido en virtud de su jurisdicción: estas últimas se llaman también honorarias. (Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur; namque aut civiles sunt aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certo jure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua jurisdicione constituit, quae etiam honorariae vocantur)"²⁸

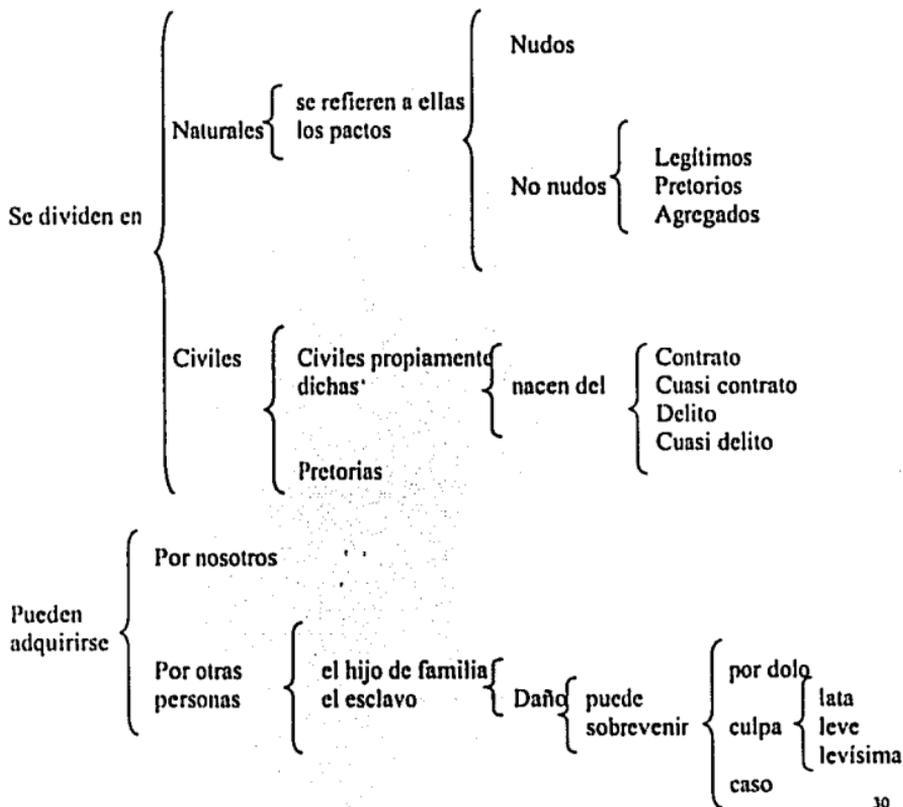
"Una división subsecuente las distingue en cuatro especies, porque nacen o de un contrato o de un cuasi contrato, o de un delito o de un cuasi delito. (Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu; aut ex maleficio aut quasi ex maleficio)."²⁹

²⁸ Instituciones de Justiniano, Ortolán. 3, 13, 1.

²⁹ Instituciones de Justiniano, Ortolán. 3, 13, 2.

Sugestivo cuadro sinóptico, presentan los Doctores De la Rada y Delgado

sobre esta división de las obligaciones:



30

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

³⁰ De la Rada D. Fabio et al. Elementos de Derecho Romano, con cuadros sinópticos y precedidos de una Introducción Histórica. México, Ed. Nacional, 1966. p. 275.

Para clasificar a las obligaciones, se toma en cuenta agruparlas en tres tipos generales: De acuerdo al objeto; a los sujetos y a la eficacia de las obligaciones.

De acuerdo al presente estudio, mencionaré primero la clasificación en cuanto a la eficacia de las obligaciones; ya que la pensión por alimentos tiene que ver específicamente con las obligaciones naturales contempladas en ésta parte.

A. Clasificación de las obligaciones según su eficacia.

a) Obligaciones naturales.- De acuerdo con el tratadista francés Ortolán: "la jurisprudence a fait reconnaitre, sur le fondement unique du droit des gens et de la raison naturelle, certaines obligations qui ne sont confirmées ni par le droit civil ni par le droit prétorien, et qu'on nomme obligations naturelles (natureles obligations).

(La jurisprudencia ha hecho reconocer, sobre el fundamento único del derecho de gentes y de la razón natural, ciertas obligaciones que no son confirmadas ni por el derecho civil ni por el derecho pretorio, y que han sido llamadas obligaciones naturales)."³¹

El jurista Arangio-Ruiz expresa: "Llámanse obligaciones naturales aquellas relaciones sociales que, no obstante revestir toda la estructura formal de una

³¹ Ortolán Op. cit. p. 644.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

obligación y fundarse en una causa por sí misma suficiente para generarla, no están provistas por el ordenamiento jurídico, de un medio judicial o extrajudicial que obligue al deudor al cumplimiento. No por ello estas relaciones quedan totalmente fuera del sistema jurídico, por el contrario, el derecho les ofrece una tutela parcial, sobre todo considerando el eventual cumplimiento como pago, y rehusando, en consecuencia, al deudor la *condictio indebiti*.³²

Una importante consideración sobre estas obligaciones naturales es la expresada por el autor francés Bonfante: "En general son de derecho natural aquellas obligaciones que no tienen carácter arbitrario, formal, pero parecen dictadas al legislador por las necesidades y por la conciencia social."³³

El derecho natural, considerado como el que emana de la naturaleza misma del hombre, tomando en cuenta todas las necesidades físicas, psicológicas, materiales, fisiológicas, entre otras del ser humano en general; es por lo que surge la necesidad de su existencia al igual que de una forma de poder exigir su cumplimiento cuando este sea necesario, surgiendo así la obligación natural, ya que realmente es para cubrir las necesidades primarias del ser humano.

Y ya que se dice, que una obligación natural no puede reclamarse realmente conforme a derecho como sería con una obligación civil, sin embargo existen algunos casos en que la obligación natural llega a tener tal importancia que hasta puede convertirse en civil y así exigir su cumplimiento plenamente, que es lo que sucede en el caso de los alimentos, siendo el supuesto que en particular se analiza en este estudio.

³² Arangio-Ruiz. Op. cit. pp. 457 y 458.

³³ Bonfante. Op. cit. p. 398.

b) Obligaciones civiles.- En pocas palabras, de acuerdo con el jurista Arias Ramos: "se entiende por obligaciones civiles aquellas en las que el acreedor dispone de una acción para exigir su cumplimiento."³⁴

Según el Doctor Margadant: "La obligación civil proporciona al acreedor posibilidad de acción, en caso de incumplimiento del deudor. La obligación natural, por el contrario, no crea un derecho procesalmente eficaz. Si el deudor no cumple, el acreedor no encontrará acción alguna a su disposición para forzarle a cumplir o a entregar el equivalente monetario del objeto de la obligación, más daños y perjuicios.

A pesar de ésta característica, la obligación natural es de índole jurídica, y no únicamente de carácter moral."³⁵

Esta sanción que tiene el acreedor para que el deudor cumpla con la obligación, caracteriza a las obligaciones civiles, o sea las que eran consideradas como verdaderamente obligaciones dentro del derecho romano y que consisten en un vínculo o lazo de derecho. Ya que existían otras obligaciones que derivaban del derecho considerado como natural, en donde sólo había un vínculo de equidad; verbigracia algún negocio que realizaran un esclavo, quienes no eran considerados como personas y por lo tanto no gozaban de capacidad alguna, como un jefe de familia, quien tenía toda la personalidad de la familia y toda capacidad para realizar cualquier tipo de negocio.

Por lo anterior, es que no existía una sanción por la ley para las obligaciones naturales, por sólo existir un vínculo de equidad, es decir, que si el

³⁴ Arias Ramos, J. Derecho Romano T. I Obligaciones, Familia, Sucesiones. 18 ed., 3ª. reimp. España, Ed. Revista de Derecho Privado, 1991. p. 563.

³⁵ Margadant. Op. Cit. p. 311.

deudor incumplía con su obligación, el acreedor no podía ejercitar una sanción o acción legal; sólo estaba la voluntad del deudor para cumplir,

b) Obligaciones honorarias.- De acuerdo con el jurista Chibly, las obligaciones honorarias son las que el pretor ha establecido por su jurisdicción las cuales se llaman también pretorias, éstas prescribían en un año, en razón del término anual que duraba el edicto. La locución honoraria o pretoriana no debe entenderse como sinónima como aparece en las Instituciones de Justiniano, pues ellas pueden emanar de otros magistrados como el Edil o del Prefecto del Pretorio.³⁶

Otros autores como Bonfante³⁷, Arias Ramos³⁸ y Bialostosky³⁹ coinciden con lo expresado por el jurista Chibly en relación a estas obligaciones honorarias.

De esta forma se puede decir, que las obligaciones civiles y las obligaciones honorarias tienen un mismo contexto; su diferencia consiste en la autoridad que las crea, ya que las honorarias sólo son aquellas que son creadas por el Pretor Romano u otros de sus magistrados; además de su tiempo para prescribir, ya que las obligaciones honorarias sólo están vigentes mientras dura el gobierno de la autoridad que les dio origen.

³⁶ Chibly Abouhamad Hobaica. *Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano II. Derecho de Obligaciones*. T. II. 2ª ed. Venezuela. Ed. Jurídica Venezolana, 1978. pp. 44 y 45.

³⁷ Bonfante. *Op. Cit.* p. 397.

³⁸ Arias. *Op. Cit.* p. 569.

³⁹ Bialostosky. *Op. Cit.* p. 129.

B. Clasificación de las obligaciones según el objeto:

a) Obligaciones genéricas y específicas.- "Son genéricas aquellas cuyo objeto no está determinado individualmente, sino tan sólo por sus rasgos generales. La obligación es específica si versa sobre un objeto cierto, individual y concreto."⁴⁰

Por lo tanto, son obligaciones genéricas aquellas cuyo objeto es determinado solamente en cuanto a su género o una categoría de objetos, vrg. 10 costales de trigo, un perro o un esclavo. Al contrario de las específicas en las que el objeto se encuentra determinado de forma inconfundible, vrg. los 10 costales de trigo empacados y sellados seleccionados por el comprador, el perro café con manchas y ojos grises.

De particular forma lo describe el jurista Chibly⁴¹, en la obligación específica es necesario fijar en el contrato o en el testamento las cualidades individuales del objeto, debiéndose ceñir estrictamente a esta cosa especificada el deudor en el cumplimiento de la obligación. Es posible, sin embargo, que la situación del deudor sea más holgada en la elección del objeto que debe entregar y a este fin contribuyen las obligaciones genéricas. Puede consistir también en la entrega de una cantidad de cosas fungibles aunque estas se pueden determinar convirtiéndolas en deudas específicas.

⁴⁰ Ventura. Op. Cit. p. 271.

⁴¹ Chibly. Op. Cit. pp. 48 y 49.

Esta clasificación resulta significativa al estudiar los riesgos, o sea, la destrucción o deterioro de las cosas por causas inimputables a la voluntad del obligado, ya que la obligación simplemente genérica no es frecuente que se pacte de esa manera y por eso se distingue de la obligación delimitada que es precisamente la de uso frecuente, ya que en esta lo que se delimita es el género. Por ejemplo me obligo a entregar un caballo de mi finca. Es decir, que dentro del género caballo se hace una delimitación a un determinado lugar, lo que incide sobre la responsabilidad del deudor, pues, si por el caso fortuito desaparecen las cosas determinadas en el género quedará liberado, lo que no es igual en las obligaciones en las obligaciones genéricas sin delimitación, por ejemplo: "me obligo a entregar un caballo", ya que es imposible que el género se extinga, y se aplicaría la regla de que el género no perece. Por consiguiente, la destrucción por caso fortuito de la cosa determinada libera al deudor soportando el riesgo el acreedor, lo que significa que el acreedor no tendrá acción para reclamar ante la imposibilidad de sustituir la cosa determinada por otra siempre y cuando la causa no sea imputable a la persona del obligado. Por el contrario en la obligación genérica la pérdida o destrucción de la cosa por caso fortuito se carga al deudor. Como el agotamiento del género es difícil no podrá invocar el deudor a su favor la imposibilidad de la prestación y la liberación en consecuencia de la deuda. En las obligaciones genéricas el derecho a elegir corresponde al deudor, pero puede pactarse por el contrario otra cosa sobre el particular. En cambio a la calidad de la cosa, las fuentes romanas la consignan sólo en relación con el legado y se extiende por analogía a las obligaciones.

b) Obligaciones divisibles e indivisibles.- Que de acuerdo con el jurista Juan Iglesias: "Se dice que la prestación es divisible cuando su cumplimiento o ejecución puede hacerse por fracciones, esto es, po partes, sin sufrir menoscabo o alteración su esencia y valor. En el caso contrario, se considera indivisible."⁴²

De una forma más amplia, de acuerdo con el tratadista Bonfante⁴³ las obligaciones cuyo objeto consiste en un dar, son en general divisibles, porque los derechos sobre las cosas, que de ordinario tienen por contenido el goce de los frutos o del valor de cambio, se reputan divisibles ya que se pueden constituir pro parte, vrg. un derecho de propiedad.

Por el contrario, las obligaciones que consisten en un hacer, son por regla general indivisibles. Una parte no es la obra, ni puede tener el mismo carácter y proporcionalmente el mismo valor del todo. Una casa, un teatro, construidos por mitad, no son todavía una casa, ni un teatro.

Sin embargo, también con respecto a las obligaciones de hacer, son divisibles las que tiene por objeto la prestación de obras fungibles, porque más bien se consideran como un conjunto de obras que como una obra única.

La distinción de las obligaciones en divisibles e indivisibles tienen esencialmente importancia cuando concurren varios acreedores o deudores de una misma obligación; porque si el acreedor es uno solo y uno solo el deudor, la prestación debe ejecutarse toda en una vez e integralmente, y el acreedor no puede ser nunca obligado a recibirla a plazos.

⁴² Iglesias, Juan. Op. Cit. pp. 392 y 393.

⁴³ Bonfante. Op. Cit. 384.

Ahora bien, el caso de que concurren varios acreedores o varios deudores de un único objeto indivisible sucede por regla general en la herencia, o sea cuando en caso de defunción de un acreedor o de un deudor originario sucedan varios herederos al uno o al otro.

c) Obligaciones alternativas y facultativas.- Según el tratadista Bonfante:

"Las **obligaciones alternativas** son aquellas en que se fija un grupo de objetos, cada uno de ellos determinado o más bien, de ordinario dos objetos, entre los cuales se puede elegir."⁴⁴

En el mismo sentido que el tratadista Bonfante, el jurista Ventura Silva considera esta misma concepción⁴⁵; así como, el jurista Juan Iglesias⁴⁶.

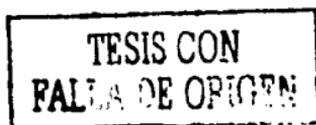
En las obligaciones alternativas se fijan dos o más objetos entre los cuales se puede escoger con cual de ellos se cumple la obligación; este es el punto de más interés en dichas obligaciones. Lo normal es que la elección la realice el deudor, pero puede existir pacto en contrario; el deudor puede cambiar de opinión hasta el momento del pago. Este derecho de elección podía ser transmitido a los herederos del deudor o del acreedor, si los tuvieran uno u otro.

Algo importante que hay que considerar es si alguno de los objetos designados se pierde, lo cual puede ser por un hecho del deudor, del acreedor o por fuerza mayor. En relación a este problema el derecho clásico adoptó

⁴⁴ Bonfante. Op. Cit., p. 381.

⁴⁵ Opus p. 271.

⁴⁶ Iglesias, Juan. Op. cit. p. 394.



soluciones acordes con la peculiar estructura de la obligación alternativa y con las normas que rigen en materia de responsabilidad civil.

En estas obligaciones entregando un objeto la obligación se extingue. Si una de las prestaciones se vuelve imposible, por razones que no son culpa del deudor, la obligación subsiste, pues aún queda algún otro de los objetos.

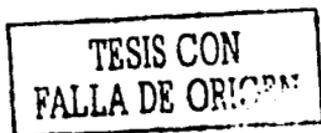
De acuerdo con el Doctor Ventura Silva: **"las obligaciones facultativas** son aquellas en que el deudor se obliga al cumplimiento de una prestación determinada aunque reservando para sí la facultad de liberarse cumpliendo con otra distinta."⁴⁷

En las obligaciones facultativas, a diferencia de las obligaciones alternativas, se tiene determinado cual es el objeto de la prestación debida; por ejemplo el deudor debe entregar una cabra que es aquella que da más leche y es de color blanco y negro, sin embargo esta muere, por lo que el deudor se libera de la obligación entregando otra cabra de su rebaño.

Según el jurista Juan Iglesias: las obligaciones facultativas, cuya característica principal reside en que, recayendo la prestación sobre un objeto determinado, el deudor tiene la facultad de liberarse entregando otro objeto que no sea el debido. Así, por ejemplo, el obligado por sentencia condenatoria a resarcir los daños causados por un animal de su propiedad, podía liberarse de la obligación entregando el animal. Cabe hacer notar que el nuevo objeto no afecta el contenido de la obligación.⁴⁸

⁴⁷ Ventura. Op. cit. p. 271.

⁴⁸ Iglesias. Op. cit. p. 396.



C. Clasificación de las obligaciones según el sujeto:

a) **Obligaciones con sujeto variable.**- El jurista Chibly expresa: "generalmente la relación jurídica obligacional desde su nacimiento aparece entre dos sujetos determinados; sin embargo, en ocasiones el sujeto activo o pasivo, de la relación obligatoria no se encuentran determinados en el momento de surgir el vínculo de la obligación, o no son los mismos desde que al obligación surge hasta el momento de su extinción, sino que será sujeto activo o pasivo de la misma aquella persona que se encuentre en una determinada situación (normalmente aquella persona que sea titular de un derecho de propiedad sobre una cosa a la que se vincula la obligación, especificada en el acto o negocio generativo de la obligación), por eso esta especie de obligación recibe la denominación de ambulatoria o de sujeto variable."⁴⁹

De una manera muy parecida a la anterior concepción, es la expresada por el jurista Juan Iglesias⁵⁰ y por el tratadista Bonfante⁵¹.

Por ejemplo si Orestes estipuló comprometiéndose a pagar 100 a Ticio, ambos sujetos son determinados individualmente por sus nombres desde el nacimiento de la obligación y siempre se vincularán por sus nombres estas dos personas. En cambio si a Ticio se le deben pagar 100 para indemnizarle de los daños que en su patrimonio ha causado un esclavo ajeno, el deudor obligado a pagar lo es el que en el momento de hacerse la declaración por el daño, tenga al

⁴⁹ Chibly. Op. Cit. p. 46.

⁵⁰ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 397.

⁵¹ Bonfante. Op. Cit. p. 387.

esclavo en su poder. Como puede verse aquí, el deudor no se encuentra individualizado al iniciarse la obligación, ya que puede variar desde que la obligación nace hasta que se extingue, tantas veces como el esclavo cambie de un dueño a otro; y es por este motivo que la obligación es de sujeto variable.

b) Obligaciones correales o solidarias.- El tratadista Bonfante expresa:

"La obligación solidaria o correal se puede definir: aquella obligación con pluralidad de sujetos (acreedores o deudores) y un objeto verdaderamente idéntico y único, en el cual cada uno de los varios deudores está obligado a la entera prestación, o cada uno de los varios acreedores tiene derecho a la entera prestación, pero por otra parte uno solo de los deudores paga o responde por todos, y viceversa, uno solo de los acreedores exige o se cobra razón por todos." Por consecuencia, y como es natural, por el hecho de un solo deudor o de un solo acreedor, la obligación solidaria puede ser extinguida para todos.⁵²

De igual forma que el tratadista Bonfante, los autores Juan Iglesias⁵³, Arangio-Ruiz⁵⁴ y Chibly, agregando este último que se trata de tres situaciones de correalidad: a) Correalidad activa, varios acreedores y un deudor; b) pasiva, un acreedor y varios deudores; y c) mixta, varios acreedores y varios deudores⁵⁵, consideran a las obligaciones correales o solidarias.

⁵² Bonfante. Op. Cit. p. 389.

⁵³ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 399.

⁵⁴ Arangio-Ruiz. Op. Cit. p. 470.

⁵⁵ Chibly. Op. Cit. p. 48.

En este tipo de obligaciones correales o solidarias, la principal característica consiste en que hay varios sujetos inmersos dentro de la obligación y solamente un objeto. Un ejemplo puede consistir en la existencia de una casa, la cual tiene tres propietarios y que será arrendada a otros dos sujetos durante un periodo de cinco meses, cumpliéndose este tiempo la casa debe ser devuelta a sus tres propietarios en las mismas condiciones en que fue entregada a los dos sujetos, ya que si sólo un sujeto la entregara y el otro no, la casa no quedaría deshabitada, por lo que no se podría cumplir con la obligación pactada; no se puede entregar una casa por mitad.

c) Obligaciones parciales o mancomunadas.- De acuerdo con el tratadista Bonfante: "Puede suceder que la obligación se divida entre los varios deudores o entre los varios acreedores, de modo que cada uno este obligado solamente a una parte del total de la prestación, o tenga derecho solamente a una parte de la misma; entonces tenemos en realidad, no sólo varios deudores o varios acreedores, sino también varios objetos representados cada uno por parte del objeto entero, y sólo en consideración a esta unificación de los varios objetos en un único objeto, la obligación, con respecto a cada uno de los sujetos se llama parcial."⁵⁶

⁵⁶ Bonfante. Op. Cit. p. 388.

Igualmente que la anterior concepción, encontramos a los juristas Juan Iglesias⁵⁷, Bialostosky⁵⁸ y Chibly, agregando este último que las obligaciones son llamadas mancomunadas, parciarias o a prorrata⁵⁹.

Un buen ejemplo de este tipo de obligaciones parciales es el relativo a la herencia; cuando un padre de familia fallece dejando varias deudas con diversos acreedores a sus hijos; así todas estas deudas pertenecen a una sola persona, el padre de familia, quien al morir las hereda a sus hijos, de tal suerte que cada hijo tendrá que cubrir una parte de todo lo debido a alguno de los acreedores, y cuando uno de los hijos pague su parte a uno de los acreedores queda fuera de la obligación parcial derivada de la herencia.

⁵⁷ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 398.

⁵⁸ Bialostosky. Op. Cit. pp. 127 y 128.

⁵⁹ Chibly, Op. Cit. p. 47.

CAPITULO II

FUENTES DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN EL DERECHO ROMANO

1. Familia romana.

1.1 Paterfamilias.

1.2 Potestades.

1.3 Patria potestad.

2. Parentesco.

3. Sujetos a proporcionar alimentos

4. Acreedores de alimentos.

1. Familia romana.

La manera como estaba configurada la familia en la antigua Roma, difiere de lo que actualmente se conoce como una familia. Como a continuación se expondrá, la familia romana era realmente una monarquía doméstica, donde el rey era el jefe de ésta denominado paterfamilias, éste era una persona sui iuris; quien

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

podía ser el padre o el abuelo paterno; era tal el poder que controlaba absolutamente toda la familia.

El tratadista Juan Iglesias expresa: "La familia romana, lo que los romanos llaman familia, es un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica, de la familia natural en el sentido moderno. Lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la familia -- familia proprio iure --, es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad -- manus, potestas -- de un jefe -- paterfamilias, señor o soberano de la familia, y no "padre de familia."⁶⁰

O, como lo considera el tratadista D'Ors: "familia" es el conjunto de personas que integran la casa (domus) y que se hallan bajo la potestad (potestas) de un "cabeza de familia" (pater familias).⁶¹

En la evolución de la familia romana, dentro del Estado romano, existían grupos, como ahora serían las clases sociales con lo que se fue conformando la sociedad. Uno de estos es la gens que era un grupo familiar muy amplio cuyos integrantes descienden de un antepasado común lejano, todos ellos llevan el mismo nomen gentilium; que vendría a ser como los apellidos y profesan un mismo culto religioso; eran un enorme conjunto de familias, que tenían el mismo nombre y religión.

El grupo dominante eran los llamados patricios, ellos eran los descendientes de los fundadores de Roma, quienes mantenían la hegemonía jurídica, política y cultural del Estado: eran la aristocracia. Esta clase fue la que dominó a Roma durante siglos; al comienzo sólo ellos podían formar parte del

⁶⁰ Iglesias. Op. Cit. pp. 547 y 548.

⁶¹ D'Ors. Derecho Privado Romano. 8ª ed. España Ediciones Universidad de Navarra, 1991. p. 267.

desarrollo del Estado Romano integrando el senado por los llamados comicios por curias, representando así a toda la ciudad.

También hubo otro grupo, quienes solicitaban el amparo de los poderosos patricios; ellos eran los clientes, de los cuales no se está seguro de su origen, pero que se piensa se formó con antiguos libertos y sus descendientes además con extranjeros que llegaban a Roma y pedían la protección de un patricio. Tal vez fueron integrantes de la gens de algún paterfamilias y hasta tomaban su nombre gentilicio. Los patricios debían dar a sus clientes ayuda y protección, y estos a su vez les debían respeto y gratitud; existiendo para un incumplimiento por estas obligaciones sanciones importantes por la costumbre. Los clientes podían participar votando en los comicios junto con los patricios.

Otra clase era la que conformaban los denominados plebeyos de los que no se sabe de donde surgieron y que al principio ni siquiera se consideraban parte de la constitución de la sociedad romana su posición estaba debajo de los clientes; pero por ser tantos llegaron hasta el nivel de los patricios con el transcurso del tiempo. Los plebeyos no contaban con derechos políticos.⁶²

Así la familia romana podía tener diferentes enfoques o diferentes ordenes en lo político, religioso y privado en los cuales había diversas funciones

El orden político se refería al derecho público, la forma en que se manejaba el Estado, como se gobernaba, se tomaban decisiones en la antigua Roma; en el orden religioso estuvo lo referente al culto que practicaban a sus dioses y en el orden privado que por tener situaciones como por ejemplo los efectos de las

⁶² Ventura. Op. Cit. pp. 3-7.

obligaciones terminó por entrar en el derecho público, se encuentra la situación particular de la familia

De una manera muy completa, lo expresa el tratadista Ortolán:

"La famille, en l'origine aristocratique et théocratique de la constitution romaine est une agrégation particulière dans l'ordre politique, dans l'ordre religieux et dans l'ordre privé.

Dans l'ordre politique, les familles patriciennes dominant. Chacune emporte avec elle, dans sa sphère, les familles plébéiennes qui lui sont attachées par le lien public et religieux de la clientèle. Si quelques-unes de ces familles plébéiennes restent libres, hors de toute relation de clientèle, elles sont dans l'isolement public, sans importance et sans appui.

Dans l'ordre religieux, la famille, est unie par les liens d'un culte qui lui est propre, par l'obligation a des sacrifices qu'elle doit faire en tels jours et tels lieux (sacra familiae, sacra gentis).

En fin, dans l'ordre privé, la famille est encore une agrégation, dans laquelle se concentrent la propriété, les effets des obligations. Le droit d'hérédité, c'est-à-dire le droit de continuer dans la cité la personne du mort: pour transférer ce droit á un autre, hors de la hiérarchie de la famille, il faudra l'intervention de l'association entière, intervention des Comices.

Ces caractères primitifs s'effacent. L'agrégation politique disparaît a mesure que la constitution se modifie. L'agrégation religieuse s'en va avec le paganisme. Le droit privé envahit le droit public.

(La familia, en el orden aristocrático y teocrático de la constitución romana, es una agregación particular en el orden político, religioso y privado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el orden político, las familias patricias dominaban. Cada una lleva en su esfera, las familias plebeyas quienes son compradas por la relación pública y religiosa de la clientela. Si alguna de estas familias plebeyas quedaban libres, fuera de toda relación con la clientela, ellas son aisladamente públicas, sin importancia y sin apoyo.

En el orden religioso, la familia estaba unida por las relaciones de un culto que le es propio, por la obligación a los sacrificios que deben tener en tales días o lugares (*sacra familiae; sacra gentis*).

En fin, en el orden privado, la familia es además una agregación en la cual se concentran la propiedad, los efectos de las obligaciones, el derecho a la herencia, es decir el derecho de continuar en la ciudad de la persona muerta: para transferir este derecho a otro, fuera de la jerarquía de la familia, hará la intervención de la asociación entera, la intervención de los Comicios.

Estos caracteres primitivos se borran. La agregación política desaparece a medida que la constitución se modifica. La agregación religiosa se va con el paganismo. El derecho privado invadió el derecho público.⁴³

Como se puede notar, por la composición de la familia romana y sus diferentes funciones; existen varias acepciones de la palabra familia según el antiguo derecho romano, unas que pueden ser más simples refiriéndose sólo a la familia nuclear; y otras que comprenden a todos los sometidos al paterfamilias sin que existiera un lazo de consanguinidad como por ejemplo los esclavos.

Proporciono las siguientes acepciones según el tratadista Ortolán, las que son claras en este aspecto.

⁴³ Ortolán. Op. Cit. pp. 564 y 565.

"De tout qui précède, nous sommes en état de déduire les principales acceptions du mot familia, dans la langue du droit romain.

Dans une première, la plus restreinte, familia désigne le chef, et la femme et les enfants soumis à sa puissance:

Dans une seconde, plus étendue, familia désigne la réunion des agnats, l'ensemble des diverses familles qui seraient toutes sous la puissance d'un chef commun s'il vivait encore. C'est la véritable famille du droit civil;

Dans une troisième, le mot familia comprend aussi les esclaves et ceux qui sont in mancipio du chef, quoiqu'ils ne soient dans la famille que comme des choses, sans aucun lien de parenté:

En fin la familia désigne quelquefois toutes les biens, tout le patrimoine du chef."

(De todo esto que precede, nosotros podemos deducir las principales acepciones de la palabra familia, en el lenguaje de derecho romano.

En una primera, la más restringida, familia designa al jefe, y a la mujer, los hijos sometidos a su poder;

En una segunda, más amplia, familia designa la reunión de agnados, el conjunto de las diversas familias que están todas bajo el poder de un jefe común si aún viviera. Es la verdadera familia del derecho civil;

En una tercera, la palabra familia comprende también a los esclavos y aquellos que están en mancipio del jefe, quienes sólo entran en la familia como cosas, sin algún lazo de parentesco;

En fin familia designa algunas veces todos los bienes, todo el patrimonio del jefe.)⁶⁴

Por lo que se puede decir que, la familia romana o también denominada domus en el antiguo lenguaje podía ser una sociedad religiosa o una sociedad civil.

Como sociedad religiosa, tenía su propio culto y festividades en las que las autoridades no podían intervenir, sólo observar. Estos ritos eran dedicados a los protectores de la familia, que eran sus antepasados.

Como sociedad civil la figura del paterfamilias es la base, es la autoridad absoluta dentro de ésta, el monarca doméstico quien controlaba a todos los miembros; podía imponer penas desde la expulsión de la casa hasta la muerte y su poder estaba respaldado por la ley. Así era el magistrado y administrador de esta forma de la familia como sociedad civil.⁶⁵

“En síntesis: la familia es un pequeño Estado, cuyo jefe absoluto es el Paterfamilias.”⁶⁶

⁶⁴ Ortolán. Op. Cit. p. 577.

⁶⁵ Oderigo. Op. Cit. p. 78.

⁶⁶ Opus. p. 77.

1.1 Paterfamilias.

Trataré ahora el tema del paterfamilias; la persona sui iuris que tenía todo el poder dentro de la familia romana, es el único que posee personalidad de acuerdo a la teoría de los tres status, quien es el dueño del patrimonio de la familia y quien tenía a su cargo a todos los miembros componentes de la familia romana; incluyendo al esclavo.

Por lo que comienzo señalando brevemente como se constituía verdaderamente una persona en el antiguo derecho romano.

Los autores Iglesias González y Morineau expresan: "En Roma no todo ser humano era considerado como persona. Para tener una personalidad completa era necesario reunir tres elementos o status; éstos eran:

- A. Status libertatis; ser libre y no esclavo
- B. Status civitatis; ser ciudadano y no peregrino
- C. Status familiae; jefe de familia y no estar bajo ninguna potestad.

Estos tres estados configuran la idea de persona reconocida como tal por el derecho. La pérdida de alguno de ellos traía como consecuencia una disminución en la personalidad, una *capitis deminutio*.⁶⁷

Por lo que si no se reunían estos tres status no se era propiamente una persona en el derecho romano esto es, una persona sui iuris y entonces sería persona alieni iuris quienes dependían de otro.

⁶⁷ Iglesias González, Roman y Morineau Iduarte, Marta. Derecho Romano. 4ª ed. México, Ed. Oxford University Press, 1999. p. 40.

Esta separación de las personas tenía que ver con sus derechos de familia; las personas *sui iuris* eran quienes tenían voluntad, condición, derecho propio, sólo dependían de sí mismas por lo que eran quienes controlaban a la familia. Las personas *alieni iuris* eran todo lo contrario a las *sui iuris*, no podían decidir ni de sí mismas.

Así cada individuo era componente de una familia, si era *sui iuris* entonces era el jefe de la casa y todos los demás eran *alieni iuris*, y por lo tanto dependientes de él. Esta persona *sui iuris* era el *paterfamilias*; aunque también existían las *materfamilias*, pero la mujer no podía tener el poder absoluto sobre la familia.

Quiénes eran consideradas *materfamilias*, si eran mujeres casadas, sólo ocupaban una posición digna dentro de la casa⁶⁸; era más bien un título honorífico dentro de la familia y de la sociedad⁶⁹. En realidad, las *materfamilias* carecían de potestad o poder.

Cuando ya no estaban bajo la potestad de su padre, ni habían entrado bajo la mano de su marido, se convertían en persona *sui iuris*⁷⁰, pero si era así, eran cabeza y fin de su familia, ya que no podían ejercer la *patria potestas*.⁷¹

El ser *paterfamilias* no tenía relación directa con la paternidad, por no ser miembro de otra familia, no estar sometido a nadie, ser una persona *sui iuris* se era *paterfamilias*; por lo que podía serlo un recién nacido.

⁶⁸ D'Ors. Op. Cit. p. 270.

⁶⁹ Iglesias González y Morineau. Op. Cit. p. 59.

⁷⁰ D'Ors. Op. Cit. p. 270.

⁷¹ Di Pietro. Op. Cit. p. 293.

Así el paterfamilias era generalmente la persona sui iuris ideal, aunque también podía ser sui iuris una mujer, y ser como ya se mencionó materfamilias pero ellas nunca podían tener el poder que un varón tuviera.

En la antigua Roma, sólo los hombres al ser paterfamilias podían tener sometidos a los integrantes de la familia, tener plena capacidad de goce y ejercicio para realizar las actividades referentes a su cargo según el derecho romano.

De forma muy clara, lo expresan los autores Iglesias y Morineau: "Por lo que respecta a las personas sui iuris, éstas no se someterán a la potestad de nadie, pero su capacidad puede estar limitada por distintas razones, por ejemplo la edad; situación que traerá como consecuencia el que permanezca bajo el régimen de tutela o de curatela.

El prototipo de la persona sui iuris es el paterfamilias, quien puede tener un patrimonio y ejercer las autoridades señaladas.

El ser paterfamilias no implica tener determinada edad ni el hecho de ser padre; un recién nacido puede ser paterfamilias y tendrá una plena capacidad de goce, no así de ejercicio, ya que deberá estar representado por un tutor."⁷²

Debido a la posición de la mujer, era paterfamilias quien no tenía ascendientes con vida por el lado paterno, o sea, masculino; por lo que podía serlo el padre, el abuelo o el bisabuelo paternos, integrantes nacidos dentro de la familia.

El poder del paterfamilias sobre los individuos a él sometidos era la patria potestad sobre los hijos, la figura cum manu sobre la mujer cuando se casa, la

⁷² Iglesias González y Morineau. Op. cit. p. 59.

dominica potestas sobre los esclavos y el mancipium en los miembros de otras familias adquiridos por el pater.

Este poder era absoluto al grado que podía hasta disponer la muerte a sus sometidos; además de su poder sobre todo el patrimonio familiar, ya que ningún alieni iuris podía ser dueño de ningún patrimonio, así lo que lleguen a adquirir pasa a ser del paterfamilias.

También hay que recordar que el paterfamilias controlaba el culto familiar, siendo una especie de ministro haciendo respetar sus costumbres religiosas.

Especial análisis realiza el Doctor Margadant, diciendo que el centro de toda domus romana era el paterfamilias, quien es dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes; tenía la patria potestad sobre los hijos y nietos, y muchas veces, poseía mediante la manus un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras casadas cum manu. Además es el juez dentro de la domus, y el sacerdote de la religión del hogar. Como una especie de monarca doméstico podía imponer, inclusive, la pena de muerte a sus súbditos; pero para estas medidas tan drásticas, estaba bajo cierta vigilancia moral, primero, de la organización gentilicia; y luego del censor.

Así, en la antigua familia romana era como una pequeña monarquía.

En el antiguo latín paterfamilias significaba el que tenía "poder" sobre los bienes domésticos.

El término paterfamilias designaba, por tanto, a un romano libre y sui iuris – en otras palabras, una "persona" –, independientemente de la cuestión de si estaba casado y tenía descendientes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El antiguo paterfamilias, en resumen, era la única persona que en la antigua Roma tenía una plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la domus dependían de él y participaban de la vida jurídica de Roma a través de él.

Los esclavos, los hijos o la esposa o nuera in manu, adquirían sólo para el patrimonio del paterfamilias, en caso de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones, etc. Como consecuencia lógica de lo anterior, los delitos cometidos por quienes se encontraban bajo la autoridad de un paterfamilias creaban, por parte de éste, el deber de indemnizar a la víctima o a su familia, deber al que podía sustraerse abandonando al alieni iuris. En otras palabras, sólo el paterfamilias era realmente una persona. Los miembros de su domus recibían de él una capacidad jurídica de segundo orden.⁷³

1.2 Potestades.

Las potestades se referían al poder específico que tenía el paterfamilias sobre los integrantes de la familia civil romana que estaban sometidos a él.

Al principio todo el poder era denominado con el término manus, esto es, estar sometido a la mano del paterfamilias; después fue evolucionando hasta considerar un término según la persona sobre la que se ejerciera el poder.

⁷³ Margadant. Op. cit. pp. 196 y 197.

Estos poderes en el antiguo derecho romano son cuatro: 1. La patria potestad que era la figura más importante y trascendental que ha llegado hasta nuestra época con mínimas diferencias, que era el poder que se ejercía sobre los hijos; 2. La manus que era el poder sobre la mujer casada bajo la figura del matrimonio cum manu con el que se sometía al paterfamilias de la familia de su esposo; 3. El mancipium como el poder ejercido sobre las personas que eran vendidas al paterfamilias de otra familia, y; 4. La dominica potestas que era el poder sobre los esclavos.

Sobre el particular, el autor italiano Di Pietro menciona: "En un comienzo, el paterfamilias ejerce un poder unitario y absoluto sobre todos los miembros de la familia, que habría recibido el nombre de manus (simbólicamente signo de poder: "estar sometido a la manus").

Con posterioridad se conforma también el vocablo mancipium (de manum capere = tomar la manus, es decir, el poder, ya sobre personas o cosas).

Luego, en la época republicana y el período clásico, se diferenciará este poder unitario, según las personas sobre las cuales el se ejercía. Así, se puede hablar de: a) la patria potestas, como el poder que se tiene sobre los liberi (filii y demás descendientes, incluidos los adoptivos); b) manus (ahora específicamente sobre la mujer casada que ingresa en la familia); c) mancipium (como poder temporario sobre los alieni iuris de otra familia entregados in causa mancipi); d) el dominium (sobre los esclavos y las cosas)."⁷⁴

Respecto a la última potestad mencionada en la anterior cita del autor Di Pietro, referente al poder del paterfamilias sobre los esclavos, algunos autores,

⁷⁴ Di Pietro Op. Cit. p. 294.

como Juan Iglesias⁷⁵, D'Ors⁷⁶ o Ventura Silva⁷⁷, lo llaman dominica potestas. Y otros, como Ortolán, quien lo considera dentro de la potestas, opina que sólo es de tres especies: potestas, manus y mancipium, como puede observarse a continuación:

"La puissance du sui iuris, du pater familias, du chef de famille, sur les personnes alieni iuris, est de trois espèces:

Potestas, la puissance proprement dite, qui désigne à la fois, dans la langue de Droit romain, la puissance du maître sur les esclaves (potestas dominorum) et la puissance paternelle du père sur les enfants (patria potestas):

Manus, la main, expression symbolique employée quelquefois, et surtout probablement dans l'origine, pour désigner toute puissance, mais qui est restée appliquée spécialement à la puissance du mari sur sa femme, dans le cas où cette dernière s'y trouve soumise, ce qui n'arrive pas toujours, et ce qui n'est pas le résultat du seul mariage:

Mancipium, le mancipium, puissance sur l'homme libre dont on a acquis la propriété romaine par aliénation solennelle, la vente civile, nommé mancipation (mancipatio).

(El poder de sui iuris, de pater familias, de jefe de familia, sobre las personas alieni iuris, es de tres especies:

Potestas, el poder propiamente dicho, que designa a la vez, en el lenguaje del derecho romano, el poder del amo sobre los esclavos (potestas dominorum) y el poder paternal del padre sobre los hijos (patria potestas);

⁷⁵ Iglesias. Op. Cit. p. 549.

⁷⁶ D'Ors. Op. Cit. p. 269.

⁷⁷ Ventura. Op. Cit. p. 79.

Manus, la mano, expresión simbólica empleada alguna vez, y sobre todo probablemente en el origen, para designar todo poder, pero que restaba aplicado especialmente al poder del marido sobre su mujer, en el caso donde ésta última se encontraba sometida, que no llegó siempre, y que no es sólo el resultado del matrimonio;

Mancipium, el mancipium, poder sobre el hombre libre del cual tiene adquirida la propiedad romana por la alineación solemne, la venta civil, llamada mancipación (mancipatio).)⁷⁸

El tratadista Bonfante también comenta que: "el conjunto de los poderes del paterfamilias, es decir, aquella especie de autoridad soberana ejercitada por él, llamábase, en general, manus en la época antigua, y más tarde, en el uso corriente, potestas, términos que designan igualmente la autoridad de los reyes y magistrados.

Sin embargo, desde tiempos muy remotos, los dos aspectos esencialmente diversos de esta potestad, se designaron de un modo específico con términos diversos; el poder sobre las personas se llamaba manus, el poder sobre las cosas mancipium. . . la potestad sobre los esclavos no se indica de otro modo, sino con la palabra potestas; los comentadores acostumbran también a cualificar la frase con la expresión dominica potestas; porque los esclavos son objeto de dominio. La potestad sobre los filiifamilias de otros, vendidos al paterfamilias, se acostumbró, en fin, a indicarla con la palabra mancipium."⁷⁹

⁷⁸ Ortolán. Op. Cit. pp. 567 y 568.

⁷⁹ Bonfante. Op. Cit. p. 148.

Así podemos concluir debido a los diversos estudios sobre la potestad del paterfamilias, que en un principio sólo se denominó manus a todo el conjunto de poder; después potestas, término que también usaban las autoridades romanas y como el paterfamilias era una autoridad absoluta dentro de su casa se llegó a equiparar. Finalmente para cada tipo de poder se usó un término específico.

Dentro de la potestad del paterfamilias también puede considerarse, lo ya mencionado en el apartado anterior, sobre su poder dentro de la religión del hogar, donde funge como ministro o sacerdote.

Por estar respaldado su poder por la autoridad, en caso de desobediencia de alguno de sus sometidos, podía acudir a ésta para que se cumpla su mandato.

Según una nota del autor Juan Iglesias, para hacer valer sus poderes el paterfamilias, frente a los hijos o extraños disponía de varios medios. De un lado podía recurrir a la autoridad pública, para que ésta conminara y atemorizara al hijo que no procedía como debía; de otro, podía dirigirse contra el tercero por medio de acciones o interdictos ante los tribunales.⁶⁰

De esta forma los caracteres de las potestades del paterfamilias eran desde ser jefe de la religión de su familia; que sólo él podía ser propietario ya que si sus sometidos llegaban a tener algún bien, este pasaba a formar parte del patrimonio de la familia; y que sobre los sometidos a su potestad esta era tan amplia que podía incluso matarlos, venderlos o sólo castigarlos.

Durante el derecho justiniano la manus y el mancipium desaparecen; y sólo subsisten la patria potestas y la dominica potestas sobre los esclavos.

⁶⁰ Iglesias. Op. cit. p. 551.

1.3 Patria Potestad.

En esta parte vamos a tratar más a fondo la patria potestad, tema que sólo se habló someramente en el apartado anterior.

Anteriormente, el antiguo derecho era duro y patriarcal en cuanto a las relaciones entre padres e hijos. Las relaciones jurídicas entre padres e hijos, salvo lo referente a la patria potestas, resultan insuficientemente desenvueltas. Cierta es que la dureza de la antigua patria potestad fue algo mitigada, pero esta suavización tropezó con serias oposiciones y fue llevada a cabo mediante artificiosos expedientes por la aversión que sintieron los juristas hacia toda reforma drástica. La patria potestad fue considerada como el paladium del romanismo, y los juristas clásicos se mostraron siempre orgullosos de esta rígida concepción romana; aunque presenta una nota de indudable arcaísmo. Solamente por influjo cristiano, este derecho fue humanizado.⁶¹

Como lo hemos mencionado anteriormente era exagerado el poder que tenía el paterfamilias con las personas que dependían de él, por ejemplo el poder de dar tanto vida como muerte a sus hijos.

Según el concepto otorgado por el Doctor Ventura Silva sobre la figura de la patria potestad: "Es la autoridad que el paterfamilias ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones,

⁶¹ Schulz. Op. Cit. p. 135.

sobre los extraños adrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados.⁸²

En una consideración general, desgloso como se entraba a la patria potestad del paterfamilias; y esto podía ser creado por nacimiento o por actos jurídicos.

Se entraba en la patria potestad por nacimiento, siendo un hijo concebido en un matrimonio justo o justas nupcias (*iustae nuptiae*) es decir, aprobado por el derecho civil (*ius civile*), por lo tanto un hijo legítimo. Si el hijo era concebido fuera del matrimonio, o sea ilegítimo, no quedaba sometido a la potestad del padre, por lo que seguía la calidad jurídica que su madre tuviera

Los hijos concebidos fuera de matrimonio se denominaban de diferentes formas, podían ser *spurii* (espurios) procreados de forma esporádica; vulgo *concepti* (procreados vulgarmente) llamándose así a los adúlteros, incestuosos y los de esclavas, además de los de un concubinato, aunque después de Constantino se les llamó *liberi naturalis* a estos últimos.⁸³

Según una nota del autor D'Ors: "Los ilegítimos suelen tomar el nombre materno, y señalan a veces su origen por la filiación convencional "*Sp(urii) f(ilius)*", de donde "hijos espurios", o lo disimulan con un *praenomen* "paterno" cualquiera; el adjetivo *spurius* es de origen etrusco y equivale a *publicus*, como también el *praenomen* "*Publius*".⁸⁴

⁸² Ventura. Op. Cit. p. 91.

⁸³ Di Pietro. Op. Cit. p. 296.

⁸⁴ D'Ors. Op. Cit. p. 281.

La legitimación era otra figura por la cual por este acto jurídico y por nacimiento se sometían a la potestad del padre, pero solo en el caso de hijos concebidos en concubinato; teniendo el mismo nivel de los hijos legítimos.

Los otros actos jurídicos por los que se entraba a la potestad del paterfamilias eran la adopción y la adrogación, y las personas que ingresaban eran totalmente ajenas a la familia puesto que no fueron concebidos dentro de ésta.

La adopción era considerada un acto solemne por el que se venía a ser un hijo del paterfamilias aunque este no fuera el padre biológico, entrando a formar parte de su familia

La adrogación se daba cuando un paterfamilias adoptaba a una persona sui iuris, lo que vendría a ser otro paterfamilias, así que si el adrogado tenía su propia familia, todos pasaban a formar parte de la familia que los acogía, o sea, del pater adrogante.⁸⁵

El objetivo de la adopción y la adrogación era crear la patria potestad sobre más individuos, para que existieran herederos los cuales siguieran con la familia y no concluir así con su religión familiar (sacra privata).⁸⁶

Deduciendo, siendo que las características de la patria potestad eran que sólo la podía tener un jefe de familia, persona sui iuris o paterfamilias sobre los miembros de su familia civil considerados como sus hijos; sólo se concebía sobre ciudadanos romanos; el alcance de la patria potestad era absoluto ya que se tenía

⁸⁵ Di Pietro. Op. Cit. p. 297.
⁸⁶ Di Pietro. Op. Cit. p. 297.

sobre los individuos además de derechos sobre los bienes que estos podían adquirir; las mujeres no la podían ejercer ya que sólo pertenecía a los varones.

Así, en cuanto a los derechos del paterfamilias dado su inmenso poder, que Cicerón decía que habían de reverenciar al padre sus hijos como si este fuera un dios, quedando los hijos casi en la posición de un esclavo.⁶⁷

El pater tenía el derecho de la patria potestad siempre mientras viva, a menos que mediante la figura de la emancipación dejara libre al hijo.

*Sólo los sui iuris pueden ser propietarios de un patrimonio y tener en nombre propio relaciones patrimoniales; los esclavos y los libres alieni iuris, en cambio, como están in potestate, carecen de "capacidad jurídica". Sin embargo, en la medida en que son capaces de hacer declaraciones válidas, es decir, que tienen lo que llamamos "capacidad de obrar", pueden actuar en los negocios, en provecho siempre de sus dueños o padres, pues todo lo adquieren para ellos, sea la propiedad sea otro derecho real o personal, incluso la posesión de las cosas."⁶⁸

Debido a que los romanos sentían un gran respeto por la autoridad y la disciplina, diciendo que su casa era el inicio para la enseñanza de estos principios, como una escuela por lo que la patria potestad era tan ilimitada y la autoridad pública no podía entorpecerla.

Teniendo el pater el cargo de la disciplina doméstica manifestaba su máximo poder matando a sus hijos, llamado potestas vitae necisque, este acto

⁶⁷ Di Pietro. Op. Cit. p. 294.

⁶⁸ D'Ors. Op. Cit. p. 290.

también es considerado en la Ley de las XII Tablas⁸⁹; se consideraba que era la columna de la patria potestas romana. Aún en los hijos recién nacidos el padre tenía el derecho a exponerlo o matarlo.

En cuanto al derecho a venderlos, si lo hacía en el extranjero, el hijo devenía en esclavo, pero si era dentro del Estado Romano se constituía la figura de la mancipatio que sólo se equiparaba a la esclavitud, pero no lo era propiamente.

Igualmente el padre tenía derecho de casar o dar en matrimonio a sus hijos sin su consentimiento o deshacer un matrimonio existente.

También tenía derecho el padre de nombrarle a sus hijos un tutor o un heredero.⁹⁰

Todos estos derechos con el paso del tiempo se fueron suavizando, llegando incluso a castigar la autoridad pública al paterfamilias.⁹¹

Transcribo la Tabla IV de la Ley de la XII Tablas proporcionada por el tratadista Ortolán:

* TABLE IV

De la puissance de père de famille (de jure patrio)

I. Disposition sur l'enfant difforme et monstrueux qui être tue immédiatement

⁸⁹ Ortolán. Op. Cit. p. 107.

⁹⁰ Schulz. Op. Cit. p. 144. / Iglesias. Op. cit. 550.

⁹¹ Bonfante. Op. Cit. 163.

II. Disposition relative a la puissance du père sur les enfants: droit, pendant toute leur vie, de les ieter en prison. de les flageller. de les retenir enchaînés aux travaux rustiques, de les vendre ou de les tuer, même lorsqu'ils gerent les hautes charges de la république

III. Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto

III. Si le père a donné trois fois son fils en vente, que le fils soit libre de la puissance paternelle

IV. Disposition relative á la durée de la gestation: fixation de son plus long terme á dix mois."

(TABLA IV

Del poder del padre de familia (De jure patrio)

I. Disposición sobre el niño deforme o monstruoso que debía ser muerto inmediatamente

II. Disposición relativa al poder del padre sobre sus hijos: derecho, durante toda su vida, de lanzarlos a prisión, flagelarlos, retenerlos encadenados a los trabajos rústicos, de venderlos. o matarlos, lo mismo cuando administraban los altos cargos de la república

III. Si el padre daba tres veces a sus hijos en venta, este se liberaba del poder paternal

IV. Disposición relativa a la duración de la gestación: fijación del más grande término en diez meses.)⁹²

⁹² Ortolán. Op. Cit. p. 107.

En esta Tabla se ve claramente el enorme poder del paterfamilias sobre sus hijos, incluso de vida y muerte como ya se mencionó antes, para reconocerlos como tales con el termino fijado para la gestación y que así pudiera ser hijo legitimo y por lo tanto sometido a su potestad.

Aunque también empezaba a verse la limitación a algo de este inmenso poder cuando se da por liberado al hijo si su padre los vende por tres ocasiones, como nos dice esta Tabla.

En cuanto a la incapacidad patrimonial del hijo sometido a potestad, ésta era semejante a la de un esclavo y no tenía propiedad alguna, pues lo adquirido por él, automáticamente revertía en el patrimonio de su padre. El hijo sometido a potestad no podía ser propietario.⁹³

Cuando un hijo adulto ya no vivía en la casa de su padre, éste no podía otorgarle la propiedad separada de determinados bienes, por ejemplo, la de los adquiridos por el hijo mismo mediante su trabajo. El hijo sólo podía administrar los bienes que le han sido entregados (*peculium*, significa literalmente "propiedad de un ganado") lo mismo que un propietario e, incluso, podía disponer de ellos y con éste pagar sus deudas; pero a pesar de todo esto, el padre continuaba siendo el único propietario legal de estos bienes y podía privar de ellos al hijo en cualquier momento, aún en el caso de que dichos bienes hubiesen sido adquiridos por el hijo con su propio trabajo (*adimere peculium*). Cuando el padre moría, el *peculium* pasaba a formar parte del patrimonio que a su muerte dejaba y cuando moría el hijo, no podía este tener herederos testamentarios ni *ab intestato*, por las obvias

⁹³ D'Ors. Op. Cit. p. 290. / Oderigo. Op. Cit. p. 84.

razones de que él no es propietario legal. Esta artificiosa e intrincada institución, existía ya en el período republicano.

Bajo el Principado, cuando ya existía un gran ejército permanente, el sistema expuesto, fue completado con el reconocimiento de un peculium especial llamado peculium castrense (en contraste con él, el peculium a que me he referido anteriormente es denominado peculium profecticium, aunque ésta denominación es post-justiniana). Un hijo sometido a potestad, al ingresar en el servicio militar y vivir durante largo tiempo lejos de Roma y de Italia, no podía atenerse a la escasa posibilidad económica que le ofrecía un peculium profecticium; por lo que las constituciones imperiales iniciaron una reforma que fue luego completada por los juristas. Los bienes que el soldado adquiría durante su servicio militar (y, después de Severo, también las donaciones que recibía por razón de éste servicio) constituían una propiedad especial, en la que el hijo tenía unas posibilidades mayores que las que le otorgaba la mera tenencia de un peculium profecticium. El propietario de un peculio castrense fue el padre, manteniéndose con ello la ortodoxia del antiguo principio. El hijo podía, sin embargo, administrar los bienes del peculio castrense y disponer libremente de ellos, no solamente inter vivos sino que también (a diferencia de lo que ocurría con el peculium profecticium) por testamento y el padre, no podía privar al hijo de estos bienes como podía privarle de los que constitulan el peculium profecticium.

En la época postclásica, el Derecho clásico fue gradualmente reformado y el arcaico principio desechado. En el Derecho justiniano fue reconocida la capacidad patrimonial del hijo sometido a potestad. El hijo era dueño de sus adquisiciones, aunque el padre tuviese el derecho de administrarlas y el de

usufructo sobre ellas. Los bienes que el hijo adquiriría del padre, constituirían, como en derecho clásico, el *peculium profecticio*. El *peculium castrense* existió también y fue completado con un *peculium quasi castrense*.⁹⁴

Es de hacer notar que con la figura de los *peculios*, era como con el paso del tiempo los hijos de familia podían de alguna forma tener bienes, aunque el padre podía administrarlos o tener el usufructo sobre estos, sin embargo fue un avance importante para el desarrollo de los hijos.

"En conclusión, en su origen, la patria potestad no se estableció con el fin de proteger al hijo; duraba toda la vida de éste y la ejercía el ascendiente de más edad."⁹⁵

Finalizando este apartado, expongo como la patria potestad termina, lo que está en forma por demás precisa en lo dicho por el jurista Morales: "Independientemente de toda voluntad, la patria potestad se disolvía de la siguientes formas:

a) Si acaecía la muerte del padre o del hijo de familia.

b) Por la pérdida de la libertad o de los derechos de ciudad, bien que los sufriera el padre o el hijo de familia.

c) Por llegar a obtener ciertas dignidades con la voluntad del padre y de él mismo.

d) Por la emancipación.

e) Por la adopción."⁹⁶

⁹⁴ Schulz. Op. Cit. pp. 146 y 147.

⁹⁵ Morales. Op. cit. p. 170.

Después de este análisis puedo decir: La patria potestad era el poder que ejercía el paterfamilias sobre los considerados como sus hijos que podían ser legítimos y entonces era automática la potestad o naturales en donde se tenían que realizar otros actos jurídicos como era la legitimación; la adopción o por la adrogación. Esta figura es tomada en la actualidad con muy pocas diferencias dado a que es considerada una enorme aportación del antiguo derecho romano.

2. Parentesco.

El parentesco en el antiguo derecho romano no era reconocido de la misma forma que nosotros actualmente lo hacemos.

Se contemplaban las figuras de la agnación y la cognación principalmente, aunque también se piensa que conocían el parentesco por afinidad.

De acuerdo con el Doctor Ventura Silva: "El parentesco es el vínculo jurídico que liga entre sí a las personas que descienden de una misma estirpe

Los romanos distinguieron el parentesco civil, agnatio, y el parentesco natural, cognatio.

La agnación -- agnatio -- es el vínculo que une a los parientes por línea masculina; comprendía a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo paterfamilias, o que se encontrarían, si este no hubiese fallecido

* Morales. Op. cit. p. 182.

La cognación – cognatio – es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes unas de otras (línea recta) o que descienden de un mismo autor común (línea colateral), sin distinción de sexo.⁹⁷

La familia agnática comprendía: a) los que se encontraban sometidos a la autoridad paterna o la manus del jefe de familia, b) los que estaban bajo la autoridad del jefe, y que lo seguirían si aún viviese, c) los que nunca estuvieron sometidos a la autoridad del padre, pero que si éste no hubiese fallecido lo estarían; y al casarse los hijos de ese pater, tuvieran hijos ellos estarían agnados entre sí.

La agnación podía desarrollarse hasta el infinito, aunque sólo se transmitía mediante los hombres.⁹⁸

Por ejemplo cuando un paterfamilias tenía un hijo y una hija, los hijos del hijo serían agnados, y los de su hija salían de su familia y quedaban bajo la autoridad del marido, que sería su padre; esto es, en la familia del padre y no en la de la madre, quedando así la agnación a un lado por vía de las mujeres.

El derecho civil otorgaba importantes derechos a los agnados que integraban solos la familia, particularmente en derechos de tutela, en derechos de curatela y en derechos de sucesión. Y la *capitis deminutio* (disminución de cabeza o caer en esclavitud) hacía perder la agnación junto con las ventajas que tenía, permaneciendo sin ningún cambio la cognación, ya que este tipo de parentesco en un principio no tenía trascendencia

⁹⁷Ventura. Op. Cit. pp. 80 y 81.

⁹⁸Oderigo. Op. Cit. pp. 79 y 80.

De acuerdo con el jurista D'Ors: "El parentesco cognaticio o natural, se funda en los vínculos de sangre y no en la patria potestad. Este parentesco de sangre es el único que puede establecerse mediando mujeres, ya que éstas, al no poder tener patria potestas, no atraen su descendencia a la potestad de sus propios padres; también es el único parentesco posible para la descendencia ilegítima. El Pretor favorece el reconocimiento del parentesco cognaticio, en tanto el *ius civile* se funda exclusivamente en la agnación. En el matrimonio con potestad marital (*cum manu*), la mujer se hace agnada de la familia de su marido; pero, en todo caso, entre los parientes del marido y los de la mujer surge un parentesco de afinidad (*adfinitas*)."⁹⁹

Según lo expresado por el jurista Morales, el parentesco por afinidad: "Era un lazo que unía a un cónyuge con los parientes del otro y en ocasiones se extendía entre los parientes de ambos cónyuges. Este parentesco impedía el matrimonio entre el marido y los ascendientes o descendientes de su mujer o entre la mujer y los ascendientes o descendientes del marido."¹⁰⁰

Según la ascendencia y descendencia era como se media el parentesco y podía ser en línea recta o directa y colateral.

El jurista D'Ors expresa: "Para determinar la proximidad del parentesco se distinguen las líneas y los grados. Línea "recta" es la que une con los descendientes (línea "descendente") o con los ascendientes (línea "ascendente"); línea "colateral" es la que une a los que tienen un ascendiente común sin estar ellos mismos en línea recta. Los "grados" se cuentan por el número de

⁹⁹ D'Ors. Op. Cit. pp. 267 y 268.

¹⁰⁰ Morales. Op. Cit. p. 177.

"generaciones" (es decir, engendramientos) que intervienen entre dos personas de la misma familia: uno entre padre e hijo, dos entre hermanos, tres entre tíos y sobrinos, cuatro entre primos-hermanos, etc.¹⁰¹

En el desarrollo histórico del parentesco consanguíneo, se fueron dando diferentes efectos, siendo el más importante cuando se reconoció la trascendencia para el derecho de familia.

1. En el derecho clásico.- la cognación no producía efectos jurídicos, ya que los cognados no formaban parte de la misma familia.

2. Derecho pretoriano.- el pretor no podía cambiar el derecho civil, privando de la herencia a los agnados, por lo que otorgó a los cognados la *bonorum possessio* o posesión de los bienes hereditarios concediéndoles la figura de la *exceptio doli* para defenderse contra el heredero.

3. En el derecho justinianeo.- fue cuando se dió la debida importancia a la cognación o parentesco consanguíneo y se tomaba como base para los derechos de familia, sobre todo para el derecho de la sucesión testamentaria.¹⁰²

El jurista Di Pietro expresa: "El desenvolvimiento de la familia romana se puede resumir muy apretadamente así: a) En un principio, el único parentesco que se toma en cuenta, sobre todo en sus efectos patrimoniales hereditarios es al agnatio. Así, cuando se habla de familia "civil" (conforme al *ius civile*) desde los inicios se hacía referencia al parentesco agnaticio. b) El pretor, atento a los cambios operados en la familia romana, es el que irá otorgando importancia al

¹⁰¹ D'Ors. Op. Cit. p. 268.

¹⁰² Oderigo. Op. Cit. pp. 81 y 82.

vínculo natural de la cognatio. c) Finalmente, en la última época, este parentesco será el único tomado en consideración.¹⁰³

Al principio el más importante era la agnación que era el parentesco creado por el derecho civil y que es el que forman la unión de parientes por línea masculina, esto es, los que dependen de un mismo paterfamilias; aquí no tenía mucha importancia la consanguinidad, así que si se llegaba a perder también se perdían los derechos inherentes a este.

La cognación es el derecho de sangre y puesto que la mujer no podía ser jefe de familia, este parentesco dependía de ellas; también es denominado como parentesco natural.

La afinidad era el parentesco que surgía cuando se casaban entre los parientes de ambos cónyuges.

3. Sujetos a proporcionar alimentos.

Como se mencionó en el primer capítulo, al hablar de los elementos de la obligación, el deudor o debitor, es la persona quien debe proporcionar los alimentos al acreedor, es decir, es aquel que tiene que dar la prestación requerida.

En el caso específico de los alimentos, esta prestación constituye una obligación natural, o como la llama el Doctor Ventura Silva¹⁰⁴ obligación natural

¹⁰³ Di Pietro. Op. Cit. p. 293.

impropia, que después puede devenir en una obligación civil. Esto mismo lo menciona el autor De Pina:¹⁰⁵ los alimentos fueron antes que una obligación civil, una obligación natural. El legislador, al realizar esta transformación, dio al deber de alimentar, fundado en los lazos de la naturaleza, la eficacia necesaria para exigirlos por la vía judicial en los casos en que la fundamentación originaria fuese desconocida o rechazadas sus consecuencias.

En efecto la obligación de proporcionar alimentos es primero un deber natural, porque es algo fundamental para vivir, lo que la naturaleza de todo ser necesita. Por lo que los alimentos no sólo se refieren a la comida, sino también a la habitación o lugar donde vivir, al vestido, y en el caso de los hijos a la educación.

Así, por la naturaleza tan importante de los alimentos, es por lo que quienes están más cercanos son los primeros que los proporcionan a sus semejantes, por un deber moral o ético hacia una necesidad vital.

De acuerdo con el jurista Galindo Garfias¹⁰⁶, en el derecho romano, la obligación de prestar alimentos deriva de la patria potestad y existe entre el paterfamilias y las personas que se encuentran sujetas a su autoridad paterna.

Por principio de cuentas quien es el primero que debe proporcionar alimentos es el paterfamilias.

¹⁰⁴ Ventura. Op. Cit. p. 270.

¹⁰⁵ De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Vol. I. 18° ed. México. Ed. Porrúa, 1993. p. 307.

¹⁰⁶ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 15° ed. México, Ed. Porrúa, 1997. p. 459.

El paterfamilias por ser la figura que hemos analizado anteriormente, es decir, el que tiene todo el poder sobre personas y cosas es quien debe proporcionar los alimentos.

Por ser el único que tiene una personalidad reconocida por el derecho y la sociedad, o sea, es una persona en el concepto romano. Es el poseedor de todos los bienes de la familia.

La mujer podría proporcionar alimentos con lo que constituye su dote, que es un conjunto de bienes que su padre le entrega cuando va a casarse; o más bien se le entrega a su marido o a quien sea el paterfamilias en esa familia a que después del matrimonio sea parte, si es que se realizó cum manu, figura romana por la que la mujer entraba a formar parte de la familia civil de su marido. Pero esta dote, según el jurista romano Paulo¹⁰⁷, durante el matrimonio podía devolverse para sostenerse a sí misma y a los suyos, para comprar un fundo idóneo, o para proporcionar alimentos a algún ascendiente relegado a una isla, o para mantener al marido, al hermano o la hermana indigentes.

Según el autor Esquivel Obregón¹⁰⁸ en hijos ilegítimos la obligación alimentaria es sólo de la madre y de parientes maternos.

Los hijos podían proporcionarse alimentos cuando existieron los peculios, mencionados anteriormente, ya que al principio no podían ser propietarios de nada y todo lo que adquirían pasaba a ser del paterfamilias.

¹⁰⁷ Paulo. Sentencias. Libro Segundo Interpretatio. Versión de Marta Patricia Irigoyen Troconis, México, Ed. UNAM. p. 43.

¹⁰⁸ Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. T. I. 2ª ed. México, Ed. Porrúa, 1984. p. 93.

Después del siglo II d. C.¹⁰⁹ se volvió recíproco el derecho de exigir alimentos; por lo que se podía ser acreedor o creditor, o deudor o debitor según fuera el caso.

4. Acreedores de alimentos

Volviendo a retomar lo dicho anteriormente, el acreedor o creditor es la persona quien tiene el derecho de exigirle al deudor o debitor que cumpla con su obligación, en este caso de proporcionar los alimentos.

Los acreedores de alimentos, en términos generales, son todas las personas sometidas al poder del paterfamilias, es decir, la esposa si estaban casados bajo el matrimonio cum manu, los hijos, los hombre libres adquiridos por el pater mediante la venta civil y los esclavos.

Por lo ya analizado, siendo el paterfamilias quien verdaderamente es considerado como persona en el derecho romano, como un soberano; en un principio nadie podía exigirle ningún tipo de prestación.

El jurista Schulz¹¹⁰ menciona que las reclamaciones por alimentos entre padres e hijos fueron permitidas a partir del siglo II d. de J.C. incluso las llamadas "fundaciones alimentarias" les conceden muy escasa consideración, en ésta

¹⁰⁹ Galindo. Op. Cit. p. 459.

¹¹⁰ Schulz. Op. Cit. p. 152.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fundación se menciona al comienzo de la tabla de Velleia, se procuran alimentos a 245 muchachos hijos legítimos, a 34 muchachas hijas legítimas, a un muchacho hijo ilegítimo y a una muchacha hija ilegítima

Dice el Doctor Margadant¹¹¹ que durante la fase imperial se convirtió en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos. Así hallamos que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia, en la relación padre-hijo, de un recíproco derecho a alimentos.

Entre los filiusfamilias, o sea, entre los hijos existe la obligación recíproca de prestarse alimentos.

También en el matrimonio, entre los cónyuges se crea la obligación recíproca de darse alimentos, aunque la mujer realmente no posee nada tiene la dote que proporciona para el sostenimiento de la familia a favor del marido con la que se puede llevar a cabo la reciprocidad.

Además, entre parientes existe la obligación, igual recíproca, de proporcionarse alimentos. El jurista Galindo Garfias¹¹² dice que en el siglo II después de Cristo, se concedía el derecho de exigir alimentos a las ascendientes y por reciprocidad a los ascendientes de aquellos.

Según Arangio-Ruiz¹¹³ la obligación recíproca de los alimentos entre ascendientes y descendientes, que no hubiera tenido sentido en la familia propio iure a causa de la incapacidad patrimonial del filiusfamilias, se afirma cabalmente con relación a la nueva familia paterna.

¹¹¹ Margadant. Op. Cit. p. 201.

¹¹² Galindo. Op. Cit. p. 459.

¹¹³ Arangio-Ruiz. Op. Cit. p. 482.

El tratadista Savigny¹¹⁴ dice que siendo efecto de la influencia del parentesco sobre los bienes la obligación mutua impuesta a ciertos parientes de proporcionarse alimentos; pero esta es una influencia secundaria, y que constituye el único caso en que entre los parientes existe una verdadera reciprocidad de derecho.

¹¹⁴ Savigny. Op. Cit. p. 271.

CAPITULO III

FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN ROMA

1. Nociones de los sistemas procesales civiles existentes en Roma.
2. Las acciones.
3. Las excepciones.
4. El summatim cognoscere. (la cognición sumaria).
5. La cognitio extra ordinem.

1. Nociones de los sistemas procesales civiles existentes en Roma.

En la antigua Roma existieron acciones y excepciones para exigir o defender el derecho particular de las personas que siempre corre el riesgo de ser violentado por otro.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Según expresa el Doctor Ventura Silva: "toda persona ejercita sus derechos subjetivos privados en la comunidad en que se desenvuelve, y recibe de los demás la colaboración indispensable, la que puede exteriorizarse, ya sea en forma activa de prestación o bien en la pasiva de respeto y abstención.

Ahora bien, como los derechos de las personas podían ser violados, se requería que quien cometiera una infracción a otra persona, la repara. Surgió así la necesidad de otorgar protección a los derechos subjetivos."¹¹⁵

Los derechos subjetivos privados de los que habla el Doctor Ventura Silva se pueden traducir, en los derechos que cada individuo tiene por el sólo hecho de ser una persona, los que además son considerados por el derecho. Estos derechos subjetivos privados pueden ser respetados o violentados por los demás individuos con los cuales se tenga cierta relación; y es por este motivo por lo que surge la necesidad de cuidar estos derechos, mediante un sistema procesal eficaz con el que se pudiera exigir un cumplimiento cuando fuera necesario.

Esta protección de los derechos se hacía a través de órganos que se establecieron para tal efecto por la organización estatal romana; aunque también se establecían ciertas excepciones en que el propio sujeto defendiera su derecho.

De acuerdo con los juristas Iglesias González y Morineau: "En determinadas situaciones necesitamos de la colaboración de otra persona para poder ejercer nuestros derechos, colaboración que a veces incluso tenemos que exigir.

¹¹⁵ Ventura. Op. cit. p. 399.

Puede darse el caso de que alguien no reconociera nuestro derecho de propiedad sobre una cosa y nos impidiera el goce del mismo, o puede suceder que quien nos debe algo no nos pague a tiempo; en ambos casos será necesario acudir a los órganos encargados de administrar justicia para pedir se reconozca nuestro derecho, o se ejecute. Desde el momento en que el Estado se organiza como tal e instituye los órganos jurisdiccionales, el particular no debe hacerse justicia por propia mano, sino que está obligado a recurrir a ellos.

El derecho romano estableció excepciones a este principio. La legítima defensa ante una agresión actual e injustificada, por ejemplo, o ante la sospecha de huida del deudor.¹¹⁶

El más claro ejemplo de excepción para no acudir a los órganos estatales, es la legítima defensa, ya que se consideró como una institución derivada del Derecho Natural, el que cualquier persona pueda repeler con la misma violencia con la que fuera atacado al sujeto que lo intenta contra este.

Así, con todas estas situaciones entre la defensa de los derechos de ciertas personas, la exigencia de cumplimiento de quien los violentó y los órganos del Estado creados para dirimir las controversias surgidas por tales sucesos, es como nace el proceso en la antigua Roma.

El tratadista Arangio-Ruiz expresa: "Por consiguiente, podemos definir el proceso privado romano como la actividad desarrollada por las partes de una relación jurídica privada, una de las cuales afirma la violación del propio derecho para conseguir, con el concurso de los órganos del Estado, una

¹¹⁶ Iglesias González y Morineau. Op. cit. p. 86.

declaración incontestable sobre la existencia o inexistencia de la violación y, en caso afirmativo, la aplicación de la sanción.¹¹⁷

Durante el desarrollo histórico de Roma se consideraron como principales tres sistemas procesales que son: las acciones de la ley, el sistema formulario y el procedimiento extraordinario.

El procedimiento de las acciones de la ley o *legis actionis* es el más antiguo y por lo mismo es que no se tiene mucha información de cómo era, lo que se conoce es gracias al jurista romano Gayo: "Las acciones que estuvieron en uso entre los antiguos se llamaban "acciones de la ley" (*legis actionis*) y esto ya porque eran creadas por las leyes (pues en ese tiempo los edictos del pretor, por los cuales se han introducido la mayoría de las acciones no estaban en uso) o ya porque estaban ajustadas las mismas palabras de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes."¹¹⁸

Según el jurista Arangio-Ruiz la mas antigua forma de proceso toma su nombre de las declaraciones solemnes del propio derecho hechas por las partes o por una de ellas, por lo común en el tribunal del magistrado, y algunas veces también en otro lugar. Tales declaraciones llevaban al principio el simple nombre de acciones (quizá en el sentido de escenas públicamente recitadas); pero la ley de las XII Tablas y las otras que la siguieron fijaron muchos detalles del desarrollo del proceso antes y después de la declaración solemne,

¹¹⁷ Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Trad. de la 10ª ed. Italiana por Caramés Ferro, José. Argentina. Ediciones Depalma, 1986. p. 122.

¹¹⁸ *Institutas de Gayo* por Di Pietro, IV, 11.

determinaron la *actio* mediante la cual relaciones jurídicas nuevamente reconocidas podían hacerse valer y crearon también alguna nueva *actio*.

Se piensa que las acciones de la ley surgieron desde el origen de Roma y permanecieron hasta que surgió la Ley *Aebutia*¹¹⁹ aproximadamente seis siglos. Las reglas para este proceso se encuentran en la Ley de las XII Tablas, como lo menciona Arangio-Ruiz. Así lo más notable de este sistema era la formalidad y solemnidad de las frases que se pronunciaban ante el magistrado y con que se seguía realizando el proceso, ya que si no se hacía así se podría incluso perderlo, por no utilizar las palabras específicas al caso concreto como se encontraba establecido en la ley.

Existieron cinco acciones de la ley, tres que eran declarativas: acción de la ley por apuesta (*sacramentum*); acción de la ley por petición de un juez o arbitro (*postulatio iudicis*); acción de la ley por requerimiento (*condictio*); y dos de carácter ejecutivo: la aprensión corporal (*manus iniectio*) y la prenda o embargo (*pignoris capio*).¹²⁰

Las acciones de la ley se llevaban a cabo en dos partes, una ante el magistrado perteneciente al Estado, llamada *in iure* en donde se daba a conocer el asunto; y otra ante un particular que podía ser juez, arbitro, o los miembros de algún colegio judicial permanente denominada *apud iudicem* en la que se admitían las pruebas y desahogaban emitiéndose después una sentencia.¹²¹

¹¹⁹ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 206.

¹²⁰ Institutas de Gayo por Di Pietro, IV, 12.

¹²¹ Arangio-Ruiz. Op. cit. p. 126.

En este proceso se podía condenar a entregar el objeto reclamado o pagar monetariamente lo debido, que era lo más general.¹²²

El sistema de las acciones de la ley sólo lo podía realizar la clase patricia romana.

El segundo proceso fue el sistema formulario o *formulae* que en un lapso de tiempo funcionó junto con el sistema de las acciones de la ley.

El sistema formulario era llamado así debido a que se elaboraba un escrito por el magistrado, denominado fórmula, en el que constaba desde la designación del juez, los datos del porque del litigio, lo que quería el actor hasta el permiso al juez para que al dictar su sentencia condenara o absolviera al culpable.

Utilizado al comienzo de su aparición sólo por los extranjeros o peregrinos, creado por el pretor peregrino ya que este funcionario es el que administraba justicia entre extranjeros y ciudadanos o sólo entre extranjeros; aunque con el transcurso del tiempo terminó por sustituir al de las acciones de la ley.

Los juristas Iglesias González y Morineau expresan: "Así, por disposición de la Ley Aebutia del año 150 a.C., se dejaba a los litigantes en libertad de elegir entre este nuevo procedimiento, y el de las acciones de la ley hasta que, finalmente, una Ley Iulia iudiciaria, de la época de Augusto, abolió el derecho de opción e impuso como único al procedimiento formulario.

El pretor peregrino ayudaba a los litigantes a redactar un pequeño texto, llamado fórmula en el cual se reunían los antecedentes y pretensiones de las

¹²² Carames Op cit. p. 350.

partes, y que serviría para que el juez tuviese una visión completa del problema existente.

El pretor poco a poco fue creando modelos de textos apropiados a los diferentes tipos de juicio, modelos que daba a conocer al iniciarse en su cargo como funcionario.

Por otro lado, cabe hacer notar que este nuevo procedimiento seguía estando dividido en dos fases: la fase *in iure*, en el cual se redactaba y aceptaba la fórmula, y la fase *apud iudicem*, que se desarrollaba ante el juez.¹²³

Según el Doctor Ventura Silva¹²⁴ estuvo vigente de la mitad del siglo II a.C. hasta el siglo III d.C.; correspondió a la máxima etapa de esplendor del derecho romano en la época clásica. Los juristas Iglesias González y Morineau¹²⁵ dicen que nace desde la época republicana, cobrando más importancia en el Principado correspondiendo así al derecho clásico.

El sistema de las acciones de la ley y el sistema formulario, como se apuntó anteriormente, tenían dividido su procedimiento en dos etapas. Además es de hacer notar que juntos estos dos procedimientos se denominaban ordenación de los juicios privados (*ordo iudiciorum privatorum*).¹²⁶

El último de los sistemas procesales era el procedimiento extraordinario o extraordinaria *cognitio*, que fue llamado extraordinario porque se realizaba como excepción cuando seguía vigente el sistema formulario y este no se

¹²³ Iglesias González y Morineau. Op. Cit. p. 94.

¹²⁴ Ventura. Op. Cit. p. 400.

¹²⁵ Iglesias González y Morineau. Op. Cit. p. 99.

¹²⁶ Bonfante. Op. Cit. p. 121.

ajustaba al caso concreto. También se le denominaba extraordinem debido a que estaba fuera del orden establecido por los dos sistemas anteriores en que el procedimiento se desarrollaba en dos partes; ya que el procedimiento extraordinario se llevaba a cabo en una sola etapa.

Al desenvolverse en una sola etapa el mismo funcionario público que conocía el caso desde el inicio, era quien dictaba la sentencia correspondiente; lo que lo diferenciaba de las acciones de la ley y el sistema formulario; según el Doctor Margadant hubo un viraje de lo privado a lo público.¹²⁷

Nació desde el Principado, donde se aplicaba como ya se dijo, como excepción, pero su principal vigencia fue durante el Imperio Absoluto perteneciendo así a la etapa del derecho postclásico. Diocleciano fue quien lo declaró el único sistema procesal desde el siglo II d.C. fue el sistema que duró más tiempo vigente en la antigua Roma.¹²⁸

El procedimiento extraordinario será examinado más a fondo en un apartado especial en este mismo capítulo.

¹²⁷ Margadant, Op. Cit. p. 175.

¹²⁸ Iglesias, Juan. Op. Cit. pp. 230 y 231.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. Las acciones.

La base de las acciones se encontraba en la protección de los derechos que las personas poseían y que se realizaba a través de los órganos jurisdiccionales establecidos para tal efecto por la organización estatal.

Principalmente la acción, aún actualmente, constituye el derecho que cada persona posee para proteger lo que le pertenece.

Los antiguos juristas romanos Justiniano y Celso fueron quienes consideraron una definición de la acción.

De acuerdo con Justiniano: "La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir ante un juez lo que se nos debe (Actio autem nihil aliud est, quam jus persecuendi in iudicio, quod sibi debetur)".¹²⁹

Y según Celso: "La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe (Nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur, iudicio persecuendi)".¹³⁰

Estos juristas romanos concebían la acción de una manera muy simple y directa, lo que se traduciría en que se reconociera el derecho que ha sido violentado mediante la intervención de los órganos estatales establecidos para tal efecto.

El Doctor Ventura Silva opina que la acción se debería considerar desde dos puntos de vista: "la actio, la podemos contemplar desde los puntos de vista

¹²⁹ Instituciones de Justiniano por Ortolán. Op. Cit. IV,VI,pr.

¹³⁰ Digesto por D'Ors. Op. Cit. 44.7.51

formal y material; en el primer caso, viene a ser, el acto primero del proceso, el que pone en marcha el procedimiento, hasta lograr el actor que la autoridad le procure satisfacción plena a su derecho. En cambio, desde el otro punto de vista, la acción se nos presenta como el medio jurídico por el cual una persona puede alcanzar el reconocimiento, satisfacción y sanción de un derecho subjetivo que le ha sido de antemano reconocido por la autoridad, o bien pedir protección al magistrado sobre determinada situación de hecho en que estima encontrarse.¹³¹

Dentro de los estudios del Doctor Ventura Silva se realiza un análisis más completo de la acción, llegando a la conclusión de que se debe considerar en dos aspectos.

De las anteriores concepciones se puede notar que la acción en el derecho romano protegía un derecho subjetivo, por lo que también podían existir tantas acciones como tipos de derechos hubiera reconocidos.

Así de acuerdo a diferentes criterios, considero los siguientes tipos de acciones como más importantes.

1. Acciones civiles y acciones honorarias¹³².- estas acciones tienen que ver directamente con la fuente de donde emanan. Las acciones civiles eran creadas por el derecho civil y sólo este derecho era aplicado para llevarlas a cabo. De acuerdo con el jurista Cuenca: "las consagradas en las

¹³¹ Ventura. Op. Cit. p. 419.

¹³² Bonfante. Op. Cit. p. 118. / Carames. Op. cit. p. 339.

leyes, plebiscitos, senado-consultos, constituciones imperiales, etc. Por ese conjunto legislativo denominado derecho civil, se llamaban acciones civiles."¹³³

Las acciones honorarias eran establecidas por el magistrado en virtud de su jurisdicción y podían ser para sancionar disposiciones especiales dictadas por el edicto o para ampliar a nuevas formas las acciones civiles que existían para un objeto que difería un poco del de nueva creación.

Los magistrados referidos eran las autoridades denominadas pretores y ediles; por lo que se puede decir, que las acciones honorarias comprenden tanto acciones pretorianas como acciones edilicias. Existe mayor cantidad de acciones pretorianas.

2. Acciones reales y acciones personales.- de acuerdo con el derecho que protegieran, las acciones podían ser reales o personales. Las acciones reales o *actio in rem* eran aquellas que protegían a los derechos reales, de los cuales se habló en el 1er. Capítulo, eran los que se ejercitaban contra cualquier persona que hubiera dañado nuestro derecho real, considerado como el poder absoluto que se tuviera sobre una cosa.

Bonfante menciona: "Acciones *in rem* son las acciones por las cuales se hacen valer los Derechos reales sobre las cosas; pero en sentido más general, *actio in rem* denota toda acción constituida para la defensa de un derecho absoluto que cualquier tercero puede estar en condiciones de violar, como son, además de los derechos reales, los derechos de estado o de capacidad y los derechos de familia."¹³⁴

¹³³ Cuenca. Op. Cit. p. 205.

¹³⁴ Bonfante. Op. Cit. p. 112.

Las acciones reales también eran llamadas vindicaciones¹³⁵ o peticiones.¹³⁶

Las acciones personales o actio in personam eran aquellas que protegen los derechos personales, que igual fueron mencionados en el 1er. Capítulo, aquí se actuaba directamente sobre una persona determinada quien era la única que podía incumplir en la relación que contrajo con otra persona, esto es, con su obligación.

Estas acciones también eran denominadas condiciones.¹³⁷

El jurista romano Gayo en sus Instituciones dice: "la actio in personam" es aquellas por la cual accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros ya en virtud de un contrato, ya en virtud de un delito, es decir cuando reclamamos "QUE SE NOS DEBA DAR, HACER O PRESTAR ALGO" (Dare facere praestare oportere).

La "actio in rem" es aquella por la cual pretendemos que una cosa es nuestra, o que nos compete un derecho cualquiera¹³⁸

Según expresa el jurista romano Justiniano: "Ciertas acciones parecen tener una naturaleza mixta, tanto real como personal; tales son la acción familiae herciscundae entre coherederos para la partición de la herencia; la acción communi dividundo entre copropietarios para la partición de una cosa

¹³⁵ Gayo por Di Pietro. Op. Cit. IV,5.

¹³⁶ Iglesias González y Morineau. Op. Cit. p. 102. / Bonfante. Opus p. 113.

¹³⁷ Gayo, Instituciones por Di Pietro. Op. Cit. IV,5.

¹³⁸ Opus. IV, 2 y 3.

común; en fin, la acción finium regundorum entre los que tienen heredades contiguas.¹³⁹

3. Acciones prejudiciales.- eran aquellas que se realizaban como acto previo con el que se llegaba después al juicio. Con éstas no se buscaba un castigo propiamente, sino un pronunciamiento del funcionario al que se acudía; por ejemplo cuando se quería saber con seguridad si cierta persona era libre o esclavo.¹⁴⁰

4. Acciones reipersecutorias, penales y mixtas.- estas eran las que se referían directamente al objeto o fin que se buscaba con el ejercicio de la acción. De acuerdo con el jurista romano Gayo; cuando accionamos solo para conseguir una cosa, se trata de una acción reipersecutoria; si se realiza para conseguir una pena, entonces es una acción penal; y si se pide una acción para conseguir igual una cosa que una pena, se refiere a una acción mixta. "Accionamos a veces para conseguir solamente una cosa, a veces para conseguir solamente una pena, y en otros casos para conseguir tanto una cosa como una pena."¹⁴¹

De acuerdo con el jurista Cuenca: "Ante todo es conveniente advertir que estas acciones penales son de derecho privado, sólo puede ejercerlas el interesado¹⁴² y no afectan la colectividad."

5. Acciones privadas y acciones populares.- estas estaban de acuerdo a la persona que podía activar la acción, esto es, las acciones

¹³⁹ Justiniano, Instituciones por Ortolán. Op. Cit. IV,6,20.

¹⁴⁰ Carames. Op. Cit. p. 337. / Cuenca. Op. Cit. p. 225.

¹⁴¹ Gayo, Instituciones por Di Pietro. Op. Cit. IV,6.

¹⁴² Cuenca. Op. Cit. p. 262.

privadas eran las que podía activar una persona para defenderse a sí mismo, a su patrimonio o a su familia. Las acciones populares eran las que cualquier persona podía accionar para defender el interés de todo el pueblo, es decir, un interés público.

Según el Digesto: "Llamamos acción popular aquella por la cual los del pueblo defienden su derecho."¹⁴³

Un claro ejemplo de acciones populares era denunciar el robo de bienes del Estado o accionar contra quien altera una disposición oficial. Se decía que quien ejercitaba esta clase de acción, en el fondo lo hacía porque también tenía un interés privado.

6. Acciones arbitrarias.- De acuerdo con el jurista Cuenca: La función de los árbitros toma especial importancia cuando el pretor, apartándose del derecho estricto, crea las llamadas acciones arbitrarias en las cuales en vez de señalársele específicamente lo que el juez debe de condenar, se le deja amplia libertad para pronunciar su fallo, según los principios de la equidad.¹⁴⁴

Acciones arbitrarias, en las cuales el juez aplaza la condena del demandado mediante fianza que este otorga, dentro de un plazo fijado prudencialmente, para restituir o exhibir una cosa.

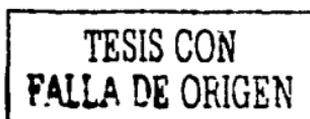
La condenación estaba pues sometida a una condición: "condena si no restituye."¹⁴⁵

Este tipo de acciones estaban sobre todo referidas a cuando en la condena se pedía una suma de dinero; sin embargo el juez invitaba al

¹⁴³ Digesto por D'Ors. 47,23,1.

¹⁴⁴ Cuenca. Op. Cit. p. 25.

¹⁴⁵ Opus p. 70.



demandado a que devolviera la cosa objeto del juicio y si lo hacía podía ser absuelto, ya que el propósito aquí era la conservación de la cosa y no el dinero, por lo que este tipo de acción se insertaba junto con las acciones reales.

7. Acciones perpetuas y acciones temporales.- El principio general que dominó esta distinción era que las acciones del antiguo derecho civil eran perpetuas y en cambio, las creadas por el pretor sólo duraban un año.

Esta distinción desaparece ya en la época de Justiniano, pues este príncipe por medio de constituciones imperiales hizo llamar perpetuas a las que sólo duraban 30 años y excepcionalmente 40 años a las relativas a los bienes del Estado y del Príncipe y a la acción hipotecaria, cuando la cosa hipotecada no había salido de las manos del deudor; y se llamaban temporales a todas aquellas que prescribían en un tiempo menor de 30 años, como eran los interdictos, las acciones pretorianas nacidas de delitos, etc.¹⁴⁶

De esta forma es tipo de acciones eran las que tenían que ver con el tiempo con que se contaba para poder ejercitarlas.

8.- Acciones de derecho estricto y acciones de buena fe.- Las acciones de buena fe se otorgaban en los juicios en que las obligaciones de las partes no estaban ciertas o definidas de antemano, ya que esto era una cuestión difícil de precisar, por ejemplo en la *actio tutelae*.¹⁴⁷

Estas acciones eran básicamente el criterio de valoración que podía tener el juez para resolver el juicio.

¹⁴⁶ Cuenca. Op. Cit. pp. 270 y 271.

¹⁴⁷ Opus p. 25.

En las acciones de derecho estricto sólo podía atenerse a las bases que se le planteaban durante el juicio, sin tomar en cuenta otras situaciones, como por ejemplo la equidad; por lo que nacían generalmente de contratos unilaterales.

En las acciones de buena fe, el juez tenía más posibilidad de considerar diversas circunstancias para poder dar su sentencia, aquí no sólo se atenía a lo dicho en el contrato, analizaba por ejemplo puntos parecidos de otros contratos, como una especie de precedentes a fin de resolver de una mejor manera; era por lo que surgían generalmente de contratos bilaterales.

En una nota del jurista Cuenca expresa que entre las acciones de derecho estricto que imponían al juez la obligación de condenar por una cantidad determinada de dinero, y las de buena fe, en las que el juez, tomando en consideración la equidad, la conveniencia y la buena fe, fijaba determinado monto, surgió un tipo especial de acción, llamadas acciones arbitrarias.¹⁴⁸

3. Las excepciones.

Estando establecido el juicio correspondiente, las excepciones eran el medio que la autoridad introdujo para que el demandado pudiera defenderse de lo que le era reclamado, llamadas en el antiguo lenguaje excepciones.

¹⁴⁸ Cuenca. Op. Cit. p. 25.

El jurista romano Gayo contemplaba las excepciones en sus Instituciones expresando: que fueron establecidas en defensa de los demandados, pues sucede con frecuencia que uno, de acuerdo con el derecho civil, este obligado y no obstante resulte injusto que sea condenado en juicio.¹⁴⁹ Por ejemplo, si he estipulado contigo que me has de pagar una cantidad de dinero que te voy a prestar, y luego no te la entrego. Es evidente que te puedo pedir ese dinero y que tú estas obligado a dármelo en virtud de la estipulación. Pero como es injusto que seas condenado por esta deuda, se admite que debas defenderte con la excepción de dolo malo.¹⁵⁰ Asimismo, si hubiera pactado contigo que no te pediré lo que me debes, por supuesto que puedo demandarte por lo que estas obligado a darme, ya que la obligación no se extingue por el pacto que hemos convenido; sin embargo, se admite que mi petición deba ser repelida mediante una excepción nacida de tal pacto.¹⁵¹

De esta forma, en un sentido material, las excepciones atacaban lo pretendido por el actor, es decir, quien nos demanda, penetraban hasta el fondo de la controversia planteada; y fue así como se denominaban como defensa interpuesta contra lo que nos reclaman en juicio.

En general, la excepción tendía siempre a rechazar la acción del demandante.

Las excepciones no existían durante la vigencia del sistema de las acciones de la ley.¹⁵²

¹⁴⁹ Gayo, Instituciones por Di Pietro. IV, 116.

¹⁵⁰ Opus. IV, 116 b.

¹⁵¹ Opus. IV, 116 c.

¹⁵² Opus. IV, 108.

Se piensa que surgieron durante el proceso formulario¹⁵³ debido a que en esta época fue cuando el pretor introduce mayor equidad¹⁵⁴ en los juicios, teniendo un poco más de libertad de decisión para que se otorgara a las partes la mejor solución; nacieron para corregir ciertas injusticias de la ley¹⁵⁵, situaciones demasiado rígidas impuestas por el derecho civil.

Eran colocadas dentro de la fórmula como una adición a esta, después de la intentio (intención del actor), como condiciones en sentido negativo para poder excluir posteriormente la condena.¹⁵⁶

Las excepciones no eran totalmente una contradicción a lo pretendido por el actor, sino una posibilidad con que contaba el demandado para dejar sin efecto esa intención hecha valer por el actor.

Según el tratadista francés Bonfante: "el demandado puede defenderse negando el Derecho alegado por el actor, con la demostración de que no ha existido nunca, o que no está válidamente constituido, o que ha cesado de existir; en otros términos, que la acción carece de fundamento jurídico.

Sin embargo, en muchos casos la acción no está de por sí misma privada – destituida – de fundamento. Unicamente el demandado tiene a su vez un derecho que, total o parcialmente, enerva el derecho del actor. Dicho derecho del demandado presenta carácter negativo, por lo menos en esta función, y cuando se hace valer contra la acción intentada (que por cierto es a

¹⁵³ Ventura. Op. Cit. p. 422.

¹⁵⁴ Cuenca. Op. Cit. p. 299.

¹⁵⁵ Bonfante. Op. Cit. p. 130.

¹⁵⁶ Cuenca. Op. Cit. p. 298.

menudo el único modo de hacerlo valer) se llama excepción, la cual constituye por tanto una forma de la coacción jurídica.¹⁵⁷

Durante el proceso formulario, ya que las excepciones eran insertadas en la fórmula, eran presentadas desde la fase denominada *in iure*¹⁵⁸ que es la que se desarrollaba delante del magistrado, autoridad pública que era quien daba entrada al juicio, recordando que este proceso formulario se llevaba a cabo en dos partes, como se mencionó en el 1er. Apartado de este capítulo; ya que si no era así en la siguiente fase ante el juez privado que era quien daba solución al juicio, este no podía analizarlo ni darle un valor jurídico.

En el procedimiento extraordinario permanecen las excepciones, pero entonces podían hacerse valer en cualquier parte del proceso, objetando lo pretendido por el actor.¹⁵⁹

La división clásica de las excepciones, que con pocas variantes y con la natural evolución del tiempo, se conservó hasta el sistema extraordinario, era la siguiente:

1. Civiles y pretorias.- atendiendo al origen que tuvieran, algo parecido a la clasificación de las acciones en civiles y pretorias, esto es, según si las consideraba el derecho civil o el derecho pretorio.

De acuerdo con el jurista Cuenca: según que tengan el propósito de hacer eficaz una ley o un senadoconsulto, que por el rigor del derecho civil

¹⁵⁷ Bonfante. Op. Cit. pp. 129 y 130.

¹⁵⁸ Cuenca. Op. Cit. p. 302 / Bonfante. Opus p. 131.

¹⁵⁹ Ventura. Op. Cit. p. 422.

carecían de efectiva aplicación, o que emanen de un edicto del pretor, es decir, de su propio poder jurisdiccional.¹⁶⁰

2. Excepciones perentorias.- las que son consideradas por el jurista romano Gayo: Son perentorias aquellas de eficacia perpetua y no cabe remedio contra las mismas, como por ejemplo, la de miedo o la de dolo malo, o la de violación de una ley o de un senadoconsulto, o la de cosa juzgada o deducida en juicio, o también la del pacto de no pedir nunca.¹⁶¹

El Doctor Ventura Silva las conceptualiza diciendo que las excepciones perentorias destruían la eficacia de la acción y se hacían valer en cualquier momento del proceso.¹⁶²

Así que, se llamaban perentorias porque siempre tenían vida, es decir, este tipo de excepciones siempre podían ser invocadas por el demandado y con las cuales se podía terminar por completo con la acción o pretensión intentada por el demandante (actor).

3. Excepciones dilatorias.- que también son consideradas por el jurista romano Gayo: son excepciones dilatorias las que tienen vigencia temporal, como es la del pacto en que se conviene no pedir, por ejemplo, durante cinco años, pues al expirar el plazo, no ha lugar a la excepción. Semejante a esta es la excepción de litigio dividido y la de litigio diferido. En efecto si alguien inicia un litigio tan solo por una parte del asunto y luego, en la misma pretura, demanda por el resto, queda enervada su acción por esta excepción llamada de litigio dividido. Igualmente cuando uno tiene varias demandas con la misma

¹⁶⁰ Cuenca. Op. Cit. p. 305. / Ventura. Op. Cit. p. 422.

¹⁶¹ Gayo, Instituciones por Di Pietro. IV,121.

¹⁶² Ventura. Op. Cit. p. 422.

persona, y algunas de ellas las retira y dispersa con objeto de que se vean ante otros jueces, si pretende litigar durante la misma pretura sobre las que ha retirado, queda paralizado por esta excepción denominada de litigio diferido.¹⁶³

Según el Doctor Ventura Silva: las excepciones dilatorias posponían la eficacia de la acción, por ejemplo cuando el actor reclama un pago aun no vencido.¹⁶⁴

El mejor ejemplo de las excepciones dilatorias es cuando una persona le hace un préstamo de dinero a otra persona, otorgándole cierto tiempo para que realizara el pago de la suma debida o de la obligación contraída; pero resulta que antes de que se termine el plazo otorgado para el pago, quien realizó el préstamo reclama su cumplimiento ante la autoridad; por lo que el demandado interpone esta excepción dilatoria, retrasando así la eficacia de la acción intentada por el demandante.

4. Excepciones personales y reales.- "Estas excepciones aceptan al modalidad de que pueden ser activas o pasivas según que se ejerzan por determinadas personas o por cualquier persona (activas), contra determinadas personas o contra cualquier persona (pasivas). A su vez estos dos aspectos funcionales llevan la distinción fundamental de que si el ejercicio se refiere a cierta persona, se las denomina personales y si se refieren a cualquier persona, reales (excepciones in personam o in rem). Las personales o reales en sentido activo se suelen denominar excepciones personarum coherentes y

¹⁶³ Gayo, Instituciones por Di Pietro. IV,122.

¹⁶⁴ Ventura. Op. Cit. p. 422.

excepciones rei coherentes; las en sentido pasivo son las propiamente llamadas reales y personales.¹⁶⁵

De acuerdo con el Doctor Ventura Silva: las excepciones in rem (excepciones reales) son aquellas que pueden ser opuestas contra cualquiera que interponga una acción derivada de una determinada relación jurídica , por ejemplo la exceptio quod metus causa (excepción por causa de miedo), que puede oponerse contra el actor, aun cuando no haya sido quien realizó la intimidación ; en cambio, las excepciones in personam sólo pueden ser opuestas frente a la acción deducida por una determinada persona, por ejemplo, la exceptio doli (excepción por dolo) que se oponía únicamente contra quien practicó el acto doloso.¹⁶⁶

Este tipo de excepciones personales y reales tienen una íntima relación con los derechos personales y reales de los cuales se habló en un apartado específico en el 1er. Capítulo de este trabajo; en el caso de las excepciones reales, estas pueden ser interpuestas contra cualquier persona (erga omnes) al igual que quien es titular de un derecho real; en cambio, tratándose de excepciones personales, estas sólo podían ser intentadas contra una persona perfectamente identificada, igual como sucede cuando se trata de un derecho personal.

5. Excepciones prejudiciales.- que de acuerdo con el jurista Cuenca son cuestiones previas que debía ser ventiladas en juicio separado y deben ser opuestas al iniciarse el juicio, precluyendo después de la etapa de la litis-

¹⁶⁵ Cuenca. Op. Cit. p. 307.

¹⁶⁶ Ventura. Op. Cit. pp. 422 y 423.

contestatio (que se podía traducir cuando se contesta la demanda o era aceptada la fórmula por las partes).¹⁶⁷

Igualmente el Doctor Ventura Silva expresa que las excepciones prejudiciales tienen que ver con el momento en que se hacen valer, siendo estas al inicio del proceso.¹⁶⁸

Por ejemplo, si alguien demanda el cobro de intereses no pagados, es lógico que se averigüe primero si el demandado es deudor del capital prestado; o si se demanda el pago de frutos aprovechados, el demandado puede interponer la excepción prejudicial sobre que se investigue si en verdad el demandante era el dueño del terreno que los produjo.

6. Excepciones con intentio in factum conceptae, que de acuerdo con el Doctor Ventura Silva eran insertas en fórmulas pretorias, en cuya intención se refleja un hecho, y no un derecho amparado por el derecho civil; no se trata de oponer a una reclamación fundada en el derecho civil un hecho para que este careciera de relevancia, sino que se trata de oponer al hecho que hubiera servido de base para conocer la fórmula pretoria in factum, otro hecho que lo neutralizara hasta el extremo de poder determinar la absolución del demandado.¹⁶⁹

Según el jurista Cuenca provienen de la potestad que el pretor tenía de dictar edictos y dependían de la propia y típica jurisdicción pretoria, concedidas para amparar determinadas situaciones de hecho.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Cuenca. Op. Cit. pp. 135 y 136.

¹⁶⁸ Ventura. Op. Cit. p. 422.

¹⁶⁹ Opus. p. 422.

¹⁷⁰ Cuenca. Op. Cit. p. 306.

Como puede observarse, este tipo de excepciones basadas en hechos, tienen que ver directamente con la equidad que el pretor otorga en los juicios ya que sólo así se puede justificar que contra un hecho que alega el demandante, ya que no existe en el derecho civil, el demandado pudiera interponer otro hecho con el cual neutralizar la pretensión realizada en su contra.

Esta es una clasificación muy general sobre las excepciones, ya que como puede observarse, que dentro de las excepciones principales había otras pequeñas excepciones que tienen que ver directamente con estas.

De esta manera como el pretor quiso otorgar más equidad, dando una forma de defensa al demandado, también tenía que otorgar otra defensa al actor por haber hecho valer la excepción el demandado. De esta forma surge la replicatio o réplica con la que el actor contesta a la excepción con otra objeción que puede ser de hecho o de derecho. Para defenderse de la replicatio, también se otorgaba ahora al demandado la denominada duplicatio o dúplica con el mismo fin que la replicatio.

También se otorgó una triplicatio, aunque se tendría una mayor tardanza en el proceso; ya que haciendo pasar el derecho de defenderse entre actor y demandado sólo se alargaba el juicio con la replicatio, duplicatio, triplicatio, etc. siendo estas una serie de objeciones en cadena, que van en forma sucesiva originadas por la pretensión del actor.

El jurista romano Gayo lo expresaba así: En ocasiones sucede que una excepción que a primera vista parecía conforme a derecho, perjudique inicualemente al demandante. En tal caso era necesario introducir en su favor un

remedio que se llama réplica, puesto que con ella se replica y enerva la excepción.¹⁷¹ Sin embargo sucede en ocasiones que una réplica a primera vista justa, a su vez, perjudique inicuaamente al demandado. Si ocurre esto es menester introducir un remedio que se llama dúplica.¹⁷² Viceversa, si ocurre que esta es aparentemente justa, pero por alguna causa perjudica inicuaamente al demandante, de nuevo es necesario añadir algo a favor, en este caso, de dicho demandante, y se denomina tríplica.¹⁷³

De acuerdo con Ortolán: "La réplica (*replicatio*) no es otra cosa, que la excepción del demandante contra la del defensor; y lo mismo respectivamente la dúplica (*duplicatio*), la tríplica (*triplicatio*), etc.

La excepción en manos del pretor ha sido un medio poderoso de corregir el rigor del Derecho civil. Este medio ha penetrado aún en la legislación escrita, y se han visto leyes, senado-consultos y constituciones imperiales introducir derechos en forma de excepción. Esta indicación basta para mostrar que la verdadera excepción del Derecho romano nada tiene de común con lo que hoy designamos con este nombre.¹⁷⁴

¹⁷¹ Gayo, Instituciones por Di Pietro. IV,126.

¹⁷² Opus. IV,127.

¹⁷³ Opus. IV,128.

¹⁷⁴ Ortolán. Compendio del Derecho Romano. Argentina, Ed. Heliasta. 1978. pp. 177 y 178.

4. El summamim cognoscere (la cognición sumaria)

En el transcurso del periodo clásico romano que corresponde a cuando estaba en vigor el sistema formulario, no había sido necesario un procedimiento más veloz junto con el que ya existía; ya que este era de alguna manera rápida debido a las facultades discrecionales con que contaba el pretor, que después se dispersaban a investigar los hechos aducidos por las partes mediante los jueces privados. Ya que como anteriormente se mencionó, el sistema formulario se llevaba a cabo en dos etapas, una ante la autoridad pública que sólo se limitaba a dar curso al juicio y la otra ante jueces privados quienes tenían un conocimiento más completo del asunto ya que les correspondía el derecho de dictar la sentencia correspondiente.

Sin embargo, en la etapa que comprende de Constantino a Justiniano,¹⁷⁵ cuando ya existe el procedimiento extraordinario que es el que se desarrollaba en una sola etapa ante la autoridad pública, por lo que todo el trabajo que antes realizaban los jueces privados ahora lo hacía el funcionario público, como magistrado y juez a la vez; la organización estatal que llegó a tenerles desconfianza, invistió el procedimiento de demasiadas disposiciones procesales.

Debido a que el proceso llegó a ser tan complicado fue por lo que se necesitó la aparición de un procedimiento más rápido para ciertas situaciones.

¹⁷⁵ Ventura. Op.cit. p. 424.

Algunas veces debido a que no tenía mucha importancia el asunto (*villitas negotii*); o por que existiera una circunstancia especial por la cual no se pudiera esperar a pasar por todo el juicio normalmente por lo largo que este era, como sería en materia de alimentos (que es el tema principal del presente trabajo) ya que como lo denominaban los romanos el estómago no puede esperar – *venter non patitur dilationes*.

De esta manera la ley permitía que el funcionario que conociera el asunto especial sólo resolviera con pruebas superficiales, que se redujeran los términos procesales, que la sentencia no fuera apelada, que esta sentencia sólo fuera provisional pudiendo volverse a analizar más profundamente después, o hasta que el asunto fuera conocido por un funcionario con un carácter inferior en el orden estatal.

Se piensa que este procedimiento sumario surgió en lugar del procedimiento de los interdictos en el cual el magistrado conocía el asunto él solo, en una sola etapa lo resolvía; esto sucedía porque la partes lo solicitaban voluntariamente al magistrado, es decir, se trata de un juicio llevado a cabo instancia de parte.

Durante la etapa de la Edad Media, en donde el procedimiento fue invadido de detallistas formalidades dilatorias; volvió a surgir la necesidad de que existiera, junto con el procedimiento ordinario prevaleciente, otro más ágil, de más pronta resolución, inspirándose los juristas de esa época en el redescubrimiento del derecho justiniano, concentrándose en determinados puntos para lograr crear un procedimiento sumario, de más rapidez lo cual se dio a conocer desde Diocleciano con asuntos especiales.

Esta situación fue después lograda compilar de una manera más transparente, fácil por una decretal del papa Clemente V en los años de 1306 o 1314 lo que viene a ser el antecedente del juicio sumario con el que contamos en la actualidad.¹⁷⁶

El procedimiento de la cognición sumaria o *summatim cognoscere* fue en sí, un sistema especial en el antiguo derecho romano, por el cual se pretendía que el funcionario público otorgara rápidamente algún pronunciamiento sobre el caso particular que se le planteara, el que debido a su naturaleza debía tener lo más pronto posible una solución. Así que no se podía esperar a pasar por todas las etapas del juicio normal.

De acuerdo con el tratadista Arangio-Ruiz "con el nombre de *summaria cognitio* (o con *summatim cognoscere*) se indica un proceso que prescinde de alguna parte de las normas sancionadas en garantía de los litigantes en el proceso ordinario; sea que se abrevien los términos legales de las distintas denunciations y de la presentación en juicio, sea que se simplifique la prueba, que se excluya la apelación, etc. Sumario es sobretodo, en esta época, el procedimiento que sustituye al antiguo procedimiento interdicial: mientras éste solía lograr rápidamente su fin por la obediencia voluntaria del destinatario a la intimación del magistrado, el derecho justiniano considera a los interdictos como una categoría de acciones, que se distingue por un especial carácter de provisionalidad y por la rapidez con que el juicio se desarrolla. En este campo y

¹⁷⁶ Margadant. Op. Cit. pp. 187 y 188.

en otros, la terminología del *summatim cognoscere* es introducida por los justinianeos en los textos clásicos recogidos en el Digesto.¹⁷⁷

En efecto, como ya fue mencionado por el tratadista Arangio-Ruiz, la principal fuente romana donde se hablaba de la existencia de un juicio sumario fue el Digesto.

El Digesto¹⁷⁸ primeramente consideró la cuestión de la prestación de alimentos con una cognición sumaria; siendo obligado a alimentar el padre a su hijo cuando al notificarle la mujer que se hallaba encinta, este no lo hubiera negado, sucediendo esto cuando los padres se encontraban separados.

Otro caso era cuando un ascendiente deseaba recibir alimentos de sus descendientes, o estos de un ascendiente en que el juez debía conocer la causa sumariamente, ya que por ejemplo el padre podría alegar que se trataba de un hijo ilegítimo; decidiendo el juez si se debían o no otorgar los alimentos y no si era hijo o no lo era.

También aquí se consideraba que los jueces conocieran si se deban alimentos entre patronos o libertos.

La cuestión de prestación de alimentos, como previene el Digesto, siempre era conocida por los jueces mediante una cognición sumaria o *summatim cognoscere*.

De acuerdo con el jurista Scialoja: "Finalmente, un caso característico, quizá el más interesante de todos, el de la acción de alimentos. La acción de alimentos se funda en una relación personal entre quien debe ser alimentado y

¹⁷⁷ Arangio-Ruiz. Op. Cit. p. 176.

¹⁷⁸ Digesto por D'Ors. Op. Cit. 25,3

el que esta obligado a la prestación; si se pone en duda esta relación de familia, naturalmente, tampoco la acción de alimentos podrá seguir adelante antes de decidirse la cuestión prejudicial. Pero, como en las cuestiones alimentarias se exige la máxima solitud (*venter non patitur dilationem*), se admite una cognición sumaria de la relación familiar, fundamental para el juicio definitivo sobre la cuestión de los alimentos. Aquí es característica la relación entre la cognición sumaria y la decisión definitiva que de ella depende; la sentencia del juez constituye cosa juzgada respecto de los alimentos; pero, aunque decida la relación de familia, sobre esto no constituye cosa juzgada de la que pueda servirse el interesado a otros efectos.¹⁷⁹

De esta forma los procedimientos especiales fueron creados para asegurar el mantenimiento del orden publico, para velar por la paz entre los ciudadanos y para evitar que se hicieran justicia por ellos mismo.

De acuerdo con el Doctor Ventura Silva: "El *summatim cognoscere*, era el procedimiento en el que el magistrado, mediante una breve indagación del asunto (v.gr., en materia de alimentos, o en la entrega de la posesión provisional que se hacia al heredero impúber, o a la madre en cinta, de los bienes hereditarios), dictaba un fallo de carácter provisional, susceptible de nuevo examen más profundo."¹⁸⁰

¹⁷⁹ Scialoja, Vittorio. Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos. Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. p.

¹⁸⁰ Ventura. Op. Cit. p. 424.

5. La cognitio extra ordinem

En este apartado se analiza más ampliamente el tema del procedimiento extraordinario, denominado en la antigua Roma *cognitio extra ordinem* o *extraordinaria cognitio*, del que se habló someramente en el primer apartado en este capítulo.

Recordando que inicio su aplicación cuando todavía estaba en vigor el sistema formulario y quedó como único a partir del siglo III d.C.

Se utilizaba en ciertos litigios por ejemplo alimentos, fideicomisos, cobro de honorarios, etc.¹⁸¹

De acuerdo con el jurista Cuenca: el nuevo proceso difería del clásico en la eliminación de la fórmula y de elección de un juez por las partes, en consecuencia, de las dos instancias. Mantiene la identidad del juez desde el comienzo hasta la sentencia; nada hay en él de contractual, todo se realizaba por imperio de la ley.

Producto de viejas y nuevas leyes, de diferentes costumbres y civilizaciones, pierde la armonía de lo clásico, para convertirse en un proceso menos formalista e impreciso, pero más práctico por lo rápido y más popular por lo sencillo.¹⁸²

Lo más importante de este proceso extraordinario, era precisamente que en este sólo el funcionario público era quien conocía y resolvía el asunto a

¹⁸¹ Ventura Op. Cit. 415. / Margadant. Op. Cit. p. 175. / Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 231.

¹⁸² Cuenca. Op. Cit. p. 130.

diferencia de las acciones de la ley y del sistema formulario en donde existían dos etapas para que se pudiera resolver el conflicto.

El procedimiento extraordinario podrían aplicarlo personas de distintas procedencias y no solo romanas; siendo trascendental el poder de investigación, de averiguación de la verdad por parte del magistrado lo que se traduce en un interés del Estado para que prive la razón sobre la habilidad de los litigantes, ya que antes el magistrado solo dirigía el proceso, siendo el juez privado quien dictaba la resolución correspondiente.

El procedimiento se vuelve mas escrito que oral como era en los anteriores sistemas, en donde la mayoría del proceso se realizaba por medio de la palabra.

Comenzando con la presentación de la demanda que realizaba el actor ante el juez quedando así registrada en su oficina lo que se denominaba *apud acta*; autorizándose que se cite al demandado, lo que constituía la *litis denuntiatio* la que al principio podía realizar personalmente el actor en presencia de testigos, y a partir del siglo IV fue siempre realizada esta situación por un funcionario público dependiente del Estado.

El encargado de notificar la citación era el *viator* o *exsecutor*, a quien las Instituciones denominaban también *ejecutor de causas*.¹⁸³

Después de haber sido notificado el demandado cuenta con un término de cuatro meses para comparecer ante el juez apercibido de que si no lo hacía el juicio continuaba en su rebeldía.

¹⁸³ Cuenca. Op. cit. p.138.

A partir del siglo V se realizaba oficialmente el procedimiento por libelo, que ya se practicaba en ciertos casos en la época clásica y en el derecho justiniano era la única forma de citación. Este comprendía el escrito del actor (libellus conventionis) con una exposición sumaria de la demanda el cual se entregaba al juez y ahí también se le pedía que se citara al demandado; al examinarlo el juez y considerarlo procedente, se lo hacía llegar al demandado mediante el auxiliar mencionado denominado executor, citándolo a su tribunal.

Después el demandado presentaba su defensa (libellus contradictionis), teniendo para ello un plazo de diez días, que posteriormente la Novela 53 aumentó a veinte¹⁸⁴, previa caución o fianza que debía prestar al recibir la demanda o libellus conventionis. Según expresa el jurista Cuenca: el exsecutor estaba encargado de comunicar el libellus conventionis al demandado y este debía garantizar su comparecencia mediante una fianza (cautio iudici sistendi), que era depositada en manos de este exsecutor y al cual debía abonársele sus gastos (sportulae). Tal vez al principio, este exsecutor era designado y pagado por el propio actor y no fue sino más tarde cuando actuaba con carácter oficial para todas las notificaciones ordenadas por el tribunal.¹⁸⁵

Aunque como se dijo, podía no contestar y aún así continuaba el juicio sin su presencia (rebeldía)¹⁸⁶, sin que esta importe necesariamente la pérdida del proceso el que podía hasta resultar vencedor si el actor no prueba los hechos en que apoyaba su demanda; lo que si perdía el rebelde era el derecho de utilizar el recurso de apelación si la sentencia le era desfavorable.

¹⁸⁴ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 231.

¹⁸⁵ Cuenca. Op. Cit. pp.138 y 139.

¹⁸⁶ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 231.

Así tenemos la constitución del proceso o *litis contestatio* en donde ya estaba fijado el magistrado que iba a sustanciar y decidir; las pretensiones del actor y las defensas del demandado. Es un momento en el proceso en que las partes tienen su primer debate exponiendo sus respectivas posiciones. En este momento era cuando empezaba a correr el plazo de tres años que se señalaba como máximo para el juicio, es decir para que no pereciera la instancia intentada.¹⁸⁷

De aquí se pasa al periodo probatorio¹⁸⁸ del que no se está seguro si empezaba en cuanto terminaba la *litis contestatio* o por un llamamiento específico del juez. Lo que no se duda es que la carga de la prueba no dependía de la posición que se tuviera en el litigio, por lo que podría tenerla el actor o demandado, sino que el principio era que quien hacía una afirmación o pretendía deducir consecuencias favorables de determinado hecho era quien debía demostrar su afirmación, se debía probar lo que se afirmaba dentro del juicio.

De acuerdo con el jurista Juan Iglesias: "En materia probatoria se produce, sobre todo en el época justiniana, un nuevo sistema regulatorio. El juez se somete, en orden a la apreciación de la prueba a normas predeterminadas, si bien se le autoriza para averiguar libremente los hechos, fuera de la petición de actor y convenido."¹⁸⁹

Las principales pruebas eran: la confesión y juramento; la documental; la testimonial; la experticia y reconocimiento judicial.

¹⁸⁷ Carames. Op. Cit. pp. 406-408. / Ventura. Op. Cit. pp. 415 y 416. / Cuenca. Op. Cit. pp. 137-144.

¹⁸⁸ Cuenca. Op. Cit. pp. 146-155.

¹⁸⁹ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 232.

Entre los diferentes tipos de pruebas llego a existir una jerarquización, siendo en ciertos casos, más importante lo escrito (prueba documental) sobre los testimonios (prueba testimonial).

La confesión y juramento eran los señalamientos dichos por las partes sobre los hechos o circunstancias controvertidas. El juramento en particular lo realizaba el actor, ya que el magistrado no daba curso a la demanda si no juraba que no procedía maliciosamente, con el propósito de dilatar el juicio, o por odio¹⁹⁰; el código justiniano marcaba que se hacía con las manos sobre las Sagradas Escrituras.

De acuerdo con el jurista Carames: en la prueba documental se encontraban todos los documentos con que contaban las partes sobre el litigio. Existían documentos expedidos por autoridades públicas provistos del derecho de levantar actas (*ius actorum conficiendorum*); los documentos públicos propiamente dichos (*instrumenta publice confecta*) que se daban en la plaza pública ante las personas que ahora consideramos como notarios (*tabelliones*); y los documentos privados otorgados directamente por los particulares los que muy frecuente eran también ante testigos y si eran estos más de tres era un documento cuasi público, con el mismo valor que los que otorgaban los *tabelliones*, si no era así entonces el documento debía ser ratificado por juramento de los otorgantes y los testigos que hubieran intervenido.¹⁹¹

¹⁹⁰ Morales. Op. Cit. p. 293.

¹⁹¹ Carames. Op. Cit. pp. 410 y 411.

Según el jurista Cuenca: "Los documentos en general se denominaban instrumenta o scriptura."¹⁹²

La prueba testimonial debía ser hecha por una persona con dignidad, distinción, honesta, con reputación intacta para poder ser considerado como testigo; además según Constantino se negaba toda fe al testigo único por el que debían ser varios los que se consideraran en el juicio. En razón del parentesco, no podían ser testigos los que los eran en línea directa, en la colateral hasta el cuarto grado y en el de afinidad hasta el segundo grado.¹⁹³

Esta prueba podía ejercer dos funciones; una declarativa en el que se encontraban los hechos que se percibían por los sentidos y otra instrumental en la que el testigo ayudaba a autenticar la prueba escrita, como era cuando se otorgaban documentos privados ante testigos.

De acuerdo con el jurista Cuenca: "El testimonio no siempre es libre y espontáneo. El derecho justiniano reproduciendo antiguas y crueles disposiciones permitía arrancar tanto la confesión como el testimonio por medio del tormento."¹⁹⁴ También esta disposición de la tortura fue expresada por el Doctor Margadant.¹⁹⁵

En cuanto a la experticia esta constituía la designación de expertos en determinadas cuestiones, como auxiliares técnicos del juez para este pudiera tener el conocimiento que le faltaba en ciertos casos como por ejemplo fijar cantidades de dinero, valores de muebles e inmuebles, efectuar liquidaciones,

¹⁹² Cuenca. Op. Cit. p. 150.

¹⁹³ Morales. Op. Cit. p. 293.

¹⁹⁴ Cuenca. Op. Cit. p. 152.

¹⁹⁵ Margadant. Op. Cit. p. 177.

etc.; esta designación era hecha directamente por el tribunal y estos expertos rendían su dictamen bajo juramento. Esta experticia o pericia no tuvo mucho desarrollo en la antigua Roma debido al poco desarrollo de este tipo de técnicas para conocer situaciones determinadas.

El reconocimiento judicial era aquel que realizaba el juez a lugares o cosas relacionadas con el juicio, por lo cual levantaba un acta con sus observaciones y en presencia de las partes; sólo si estas cosas o lugares estaban lejos de su jurisdicción, delegaba su función a un magistrado inferior. Este reconocimiento o inspección ocular era realizada de oficio o a petición de parte. Sobre esta prueba existe textos encontrados en el derecho de antiguo romano.¹⁹⁶

Según el jurista Cuenca: "No llegó a precisar la jurisprudencia romana la zona diferencial entre el reconocimiento judicial, que se limita a poner constancia de la situación de las cosas y los lugares, sin ahondar en causas ni consecuencias, y la experticia, que implica reconocimiento, operaciones técnicas y dictamen."¹⁹⁷

Después de la admisión y desahogo de pruebas el juez ya tenía los elementos necesarios para dictar su sentencia¹⁹⁸, la cual era el acto por el que se resolvía el juicio del que tuvo conocimiento; aunque antes de dictarla consultaba a sus asesores. Era hecha por escrito y debía ser leída por el juez quien la pronunciaba, a excepción que se tratara de jueces considerados ilustres podían delegar la función de leer su sentencia.

¹⁹⁶ Morales. Op. Cit. p. 294.

¹⁹⁷ Cuenca. Op. Cit. p. 155.

¹⁹⁸ Opus. pp. 158-161.

En la sentencia se condenaba o se absolvía al demandado¹⁹⁹; se podía ordenar cumplir con la prestación reclamada por el actor, por lo que no siempre se trataba de pagar con dinero, sino que también entregar cosas determinadas en la pretensión del actor; además de acuerdo al análisis del juicio también se podía condenar a algo inferior de lo que pretendía el actor. No debía olvidarse de pronunciar sobre el pago de las costas judiciales, bajo pena de satisfacerlas él mismo.

Como llegó a desarrollarse mucho la reconvencción o contrademanda, el actor podía ser condenado, si la reconvencción tenía éxito.²⁰⁰

De acuerdo con el jurista Cuenca: durante el proceso extraordinario se distinguían tres tipos de sentencias: a) las definitivas (*definitivae sententiae*), que separaban al funcionario del conocimiento de la causa, decidían la cuestión principal o de fondo, clausuraban el proceso y producían la cosa juzgada; b) las interlocutorias (*interlocutiones, articuli praeiudicia*), resoluciones de carácter incidental que no producían ninguno de los anteriores efectos: dejaban al magistrado con jurisdicción sobre el litigio, eliminaban los estorbos que podían impedir la fluidez de la relación jurídica y esta continuaba su desarrollo hasta el fin, se referían a cuestiones de carácter accesorio o secundario y no producía cosa juzgada, sino preclusión en ciertos casos; y c) los decretos (*decreta*), ordenes de carácter administrativo y provisorio dentro del proceso a veces con efectos punitivos, como multas y arrestos.²⁰¹

¹⁹⁹ Morales. Op. Cit. 294.

²⁰⁰ Margadant. Op. Cit. p. 176.

²⁰¹ Cuenca. Op. Cit. pp. 160 y 161.

En lo referente a los recursos el más utilizado era la apelación²⁰², con el que se realizaba un examen del juicio, el cual hacía un magistrado de nivel superior al del que dictó la sentencia que en ese momento era impugnada. La apelación provocaba que la ejecución de la sentencia pronunciada fuera suspendido hasta que este se resolviera, lo que podía ser dejando sin efecto esa primera sentencia o solo reformándola.

Por último se realizaba la ejecución de la sentencia para lo cual se contaba con el apoyo de la fuerza pública.

Según el jurista Cuenca: Las características generales del procedimiento extraordinario eran: a) la justicia no era gratuita pues la actuaciones procesales se pagaban; b) es escrito en su mayor parte, con una minoría de actuaciones orales, lo contrario del formulario; c) es menos público, pues sólo recibían publicidad ciertos actos como la promulgación de la sentencia; d) la acción no estaba sometida a ningún molde, fórmula, ni palabra sacramental; y e) la condena podía recaer sobre la cosa litigiosa, bien se trate de objetos personales o reales, de cosa en especie o en dinero, o de exhibición de una cosa corporal o incorporal.²⁰³

Según el jurista Morales en el sistema extraordinario, se hizo sentir la influencia de lo escrito sobre lo oral. Todos los actos, desde la demanda hasta la sentencia, debían redactarse por escrito, lo que daba seguridad y precisión, marcando la sujeción del juez en sus funciones a lo actuado por las partes, que

²⁰² Cuenca. Op. Cit. p. 162. / Margadant. Op. Cit. p. 176.

²⁰³ Opus. Cuenca. p. 130.

lo colocaban en un estrecho límite jurisdiccional que favorecía a los litigantes y lo hacía ser, a la vez, un simple espectador del litigio.²⁰⁴

²⁰⁴ Morales. Op. Cit. p. 273.

CAPITULO IV

RECEPCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO MEXICANO.

1. En la Nueva España.
2. En el México Independiente.
 - 2.1 En los Códigos Civiles de Oaxaca, Veracruz y Zacatecas.
 - 2.2 En el Código Civil Distrital de 1870.
 - 2.3 En el Código Civil Distrital de 1884.
 - 2.4. En la Ley de Relaciones Familiares.
 - 2.5 En el Código Civil Distrital de 1928.
3. Jurisprudencia y ejecutorias importantes en materia de alimentos.

1. En la Nueva España.

Con el descubrimiento de nuevas tierras llevado a cabo por Cristóbal Colón el 14 de octubre de 1492 y al ser este financiado por los Reyes Católicos de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

España, gran parte del nuevo continente, América, les correspondió en propiedad por lo que comenzaron a conquistarlo y colonizar; no olvidando que este territorio estaba ya habitado.

Las Indias fue como llamaron los españoles al enorme territorio descubierto, ya que pensaron que formaba parte de la India que era a donde realmente querían llegar; dándose cuenta con el transcurso del tiempo y con diversos estudios que se trataba de un nuevo continente.

Teniendo como base la doctrina canónica medieval, donde el imperio lo tenía la iglesia, el Papa Alejandro VI como jefe de la cristiandad fue quien hizo formalmente la donación de las nuevas tierras, con el fin de convertir infieles; mediante las denominadas Bulas Alejandrinas.

El contenido de las Bulas Alejandrinas podía ser resumido de la siguiente manera: se hace la donación a los Reyes Católicos de las islas y tierras que se descubrieran navegando hacia Occidente y que no estuvieran en poder de otro príncipe cristiano; se fija una línea de demarcación de las tierras que podían ser descubiertas por los Reyes de Castilla y de Portugal; se concede a los primeros los mismos privilegios que los segundos tenían en las suyas. Habían sido expedidas los días 3 y 4 de mayo de 1493.²⁰⁵

Así de esta manera, es como el territorio ahora ocupado por nuestro país, formó parte del Reino Español, por lo cual fue regido por sus leyes, por su forma de vida, en fin con todo lo relativo a los españoles; aunque después con el paso

²⁰⁵ González, María del Refugio. Historia del Derecho Mexicano en Teoría General del Derecho, Historia del Derecho Mexicano y Derecho Constitucional Mexicano. Coordinadores Jorge Madrazo y J. de Jesús Orozco Enriquez. México. Ed. UNAM, Dirección General de Proyectos Académicos, 1987. pp 132 y 133.

del tiempo se fue dando un concenso entre el orden existente de los indios y el orden de los españoles.

Según lo expresado por la jurista María del Refugio González en su estudio introductorio en las *Pandectas Hispano-Mexicanas*: "A raíz de la conquista y colonización de los territorios americanos y en virtud de su incorporación a la Corona de Castilla, se fue constituyendo en la Nueva España y los demás reinos americanos un subsistema del derecho castellano al que los historiadores del derecho han denominado "derecho indiano", es decir, el derecho de las Indias."²⁰⁶

El historiador del derecho peruano, Jorge Basadre, estima que en los territorios coloniales se dio un fenómeno de "concesión", ya que se impuso desde arriba sobre el orden jurídico existente, un nuevo derecho, fundamentalmente en los órdenes administrativo y penal, interfiriendo en el orden civil cuando se afectaban los intereses de la metrópoli y de la iglesia.²⁰⁷

Para que se pudiera llegar a esta concesión, se pasó por diversas dificultades.

La mayoría de los habitantes naturales de éstas tierras, no estuvieron de acuerdo en someterse pacíficamente a los españoles ni aceptar que en los sucesivos estarían sujetos a los reyes de España, quienes eran sus legítimos señores en virtud de la donación pontificia.

La solución final se dio en 1570 en el reinado de Felipe II fue cuando se dilucido este problema, lográndose de alguna manera conjugar el orden español y

²⁰⁶ Rodríguez de San Miguel, Juan N. *Pandectas Hispano-Mexicanas*. Estudio introductorio de María del Refugio González. 4ª ed. México. Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991. pp. XVI y XVII.

²⁰⁷ Basadre, Jorge. *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*. Perú: Editorial Universitaria. 1967. pp. 101 y ss.

el orden indígena; aceptándose la forma de vida indígena, sus leyes y buenas costumbres siempre y cuando no contravinieran la Sagrada Religión Católica o las leyes españolas. Y así como surgió un nuevo orden jurídico.

De acuerdo con la jurista María del Refugio González, la constitución del derecho novohispano fue así:

a) Con el conjunto de ordenamientos jurídicos que eran derecho vigente en Castilla antes de la conquista de América, los cuales fueron transplantados prácticamente en bloque a los nuevos territorios, y constituían el punto de partida de todo el subsistema. Estos ordenamientos procedían del derecho real (Partidas, Fuero Real, Fuero Juzgo, Ordenamiento de Alcalá, etc) y del derecho canónico (Decreto de Graciano, Decretales, Liber Sextus, Extravagantes, etc.

b) Las disposiciones dictadas por la propia España después de la conquista que por su sola promulgación tenía validez en las Indias.

c) Las disposiciones dictadas por las autoridades metropolitanas, en uso de su facultad delegada, con carácter general para las Indias o para la Nueva España en particular.

d) Las disposiciones dictadas por las autoridades locales – tanto de la llamada república de indios como la de españoles – en uso de sus facultades delegadas por el rey.

e) Las leyes y costumbres de los naturales que eran anteriores a la conquista y que no iban en contra de la religión católica ni del Estado.

f) La costumbre, la cual, pese a no tener formalmente gran importancia como fuente del derecho, en la práctica judicial la tuvo, y muy grande, ya que no

fue sólo el instrumento ideal para llenar las lagunas de la ley sino también el origen de muchas disposiciones que luego fueron de observancia obligatoria.²⁰⁸

Así el orden jurídico de la Nueva España realmente era parte del sistema jurídico de la monarquía española, un subsistema del español; aunque cada vez más los legisladores delegados por el rey atendían más asuntos adquiriendo así matices propios. Había un derecho común que era el español, y un derecho especial que era el que se dictaba para las Indias en general o para la Nueva España en lo particular; se le daba preferencia al derecho especial, quedando el común con una aplicación supletoria.

Según expresa el autor García-Gallo, el derecho indiano nace del castellano al irse adaptando éste a las especiales circunstancias del Nuevo Mundo, sin que haya un propósito de establecer un régimen jurídico distinto en aquel y en la península, antes bien procurando asemejarlo. El derecho indiano sólo regulaba aquellas situaciones que por darse en América en forma distinta que en España requirieron de regulación diferente, de manera que el derecho indiano es un derecho especial o municipal.

Pudiéndose afirmar que el orden jurídico indiano, y por supuesto el novohispano, formaban parte del derecho castellano, aunque para las Indias, el derecho de Castilla era el común o general, y el indiano el particular o especial. Así pues, en caso de disparidad prevalecía el indiano, ya que el castellano tenía

²⁰⁸ Rodríguez de San Miguel. Op. cit. pp. XVIII y XIX.

carácter supletorio o subsidiario, y se seguía formalmente para su aplicación el mismo orden que se había establecido para Castilla.²⁰⁹

En lo referente a los alimentos, en la época prehispánica existía un gran interés por la atención y cuidado de los infantes, lo que se reflejaba tanto cuando sólo estaban con sus padres o cuando iban a los colegios respectivos; los niños eran considerados como dones de los dioses.²¹⁰

Por lo que puede decirse que igual que con los españoles, entre los indígenas los alimentos derivan principalmente de la patria potestad; y al ser los españoles descendientes de la gran cultura romana, en materia de alimentos se conjugó el derecho romano, el derecho indígena y el derecho español; llegando así hasta nosotros el prodigioso derecho romano.

Tomando en consideración este contexto el padre es quien provee principalmente los alimentos, aunque la crianza hasta los tres años del niño corresponde a la madre por considerarse la época de la lactancia, esto es así cuando se trata de hijos legítimos. De acuerdo con la Lex Visigothorum si llegaba a morir alguno de los padres, el que sobrevivía era el encargado de los hijos; pero formando inventario de los bienes de éstos si existieren; si morían ambos padres, los hermanos mayores eran los obligados y a falta de estos los parientes más próximos. Tratándose de hijos ilegítimos la obligación sólo era de la madre y de

²⁰⁹ García-Gallo, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª ed. España. Ed. Artes Gráficas y Ediciones, 1974, vol. I. p. 414.

²¹⁰ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. *La Obligación Alimentaria, Deber Jurídico. Deber Moral*. 2ª ed México. Ed. Porrúa, 1998. pp. 81 y 82.

sus parientes. También era obligada la madre cuando ella era rica y el padre pobre.²¹¹

2. En el México Independiente.

Después de que el territorio de la Nueva España estuvo bajo el dominio español durante tres siglos aproximadamente, llegó el momento en que quisieron desligarse del Reino de España, dejando así de pertenecerles.

De acuerdo con lo escrito por la jurista María del Refugio González, esta separación comenzó a gestarse en el Ayuntamiento de México en 1808 en donde se discutía que el rey ya no cumplía debidamente con el gobierno en la Nueva España; el descontento comenzó porque el rey daba preferencias mayores a los españoles que a los criollos, o sea los españoles ya nacidos en América; pero como en este Ayuntamiento habían más españoles, mandaron apresar a los criollos dirigentes tranquilizándose la situación en ese momento.

Aunque como los criollos ya se encontraban en desacuerdo con el virreinato siguieron con levantamientos y a ellos se les unieron las clases más pobres quienes se identificaron con los ideales de librarse del yugo español, pensando que así mejoraría su situación; haciendo más fuerte este movimiento. Basándose

²¹¹ Esquivel Obregón. Op. Cit. pp. 93 y 94.

también de que en España estaba la invasión napoleónica y las subsecuentes abdicaciones de Carlos IV y Fernando VII.

De esta forma se llegó a encomendar a Agustín de Iturbide dar fin al movimiento popular elaborando un plan de independencia, el que dio como consecuencia la declaratoria formal de independencia cuya acta se firmó el 28 de agosto de 1821; confirmándose con la entrada del ejército trigarante en la Ciudad de México el 27 de septiembre de ese mismo año, observándose que una nueva nación había surgido.

La manera en que se constituiría la nación mexicana era la que se había pactado en los Tratados de Córdoba, los cuales fueron realizados por Iturbide como general en jefe del ejército trigarante y O'Donojú como jefe político nombrado por las Cortes españolas; ahí se establecía que la nueva nación sería un imperio y que su gobierno sería monárquico y constitucional. El emperador fue obviamente el propio Iturbide.

El principal motivo del levantamiento de los criollos novohispanos fue el que se allegaron de las ideas revolucionarias imperantes en Francia y Estados Unidos; las cuales en general proponían la libertad, la igualdad, la tolerancia religiosa, y el progreso, tomando lo que les pudiera beneficiar. Así, cuando comenzaban los problemas se constituyeron unas Cortes que se reunieron en Cádiz en 1811, en las que participaron tanto españoles como americanos, los que pusieron algo de sus ideas. De esta reunión surgió la Constitución de Cádiz promulgada en 1812 la cual tuvo vigencia en España y Nueva España, y luego en el México Independiente.

Desde la Constitución de Cádiz nació la idea de codificar especialmente la materia civil.

Durante 1821 a 1867 las formas de gobierno que existieron fueron la monarquía constitucional moderada, república federal, república centralista y dictadura. Y después de diversas batallas políticas y militares, intervenciones extranjeras, pérdida de territorio; la República quedó instaurada en 1867.²¹²

Mientras se fueron dando los cambios en las formas de gobierno en el territorio mexicano, se fueron conjugando paulatinamente el orden jurídico que había existido durante la colonia, o sea el español, el cual se seguía aplicando a falta de un ordenamiento propio cuando ya se trataba del México independiente, y el de la nueva nación que iba desarrollando su propio orden jurídico.

La jurista María del Refugio González expresa: "La independencia no significó en materia jurídica la creación de un nuevo orden jurídico que sustituyera al de los tiempos coloniales, no obstante que fue interés de todos los gobiernos nacionales dictar nuevos códigos que vinieran a fijar las reglas de la administración de justicia y el contenido de las diversas ramas del derecho.

Desde antes de la consumación de la independencia, el artículo 211 del Decreto Constitucional de Apatzingán, de 22 de octubre de 1814, había establecido que todas aquellas disposiciones que no chocaran con las emanadas de los gobiernos independientes continuarían vigentes, en tanto se dictaban las nuevas. El espíritu de esta disposición se mantuvo a lo largo del siglo XIX hasta

²¹² González, María del Refugio. Op. cit. pp. 141-144.

que los antiguos ordenamientos fueron paulatinamente sustituidos por los códigos patrios en el último tercio del siglo.²¹³

Así estaban las cosas en esa época, en donde existían leyes del derecho español y leyes del derecho indiano; lo cual era un grave problema para la impartición de justicia, ya que los funcionarios encargados de administrarla se encontraban ante una gran disyuntiva, dudando sobre que ley aplicarían al caso concreto que tenían delante de ellos.

Debido a esto, el jurista Rodríguez de San Miguel, editó una compilación de leyes a las que denominó *Pandectas Hispano-Mexicanas* con las que intentó ayudar a los juristas de aquella época, expresando en la publicación de la primera edición lo siguiente:

La nuestra (la legislación), después de casi treinta años de revolución, no solamente de armas, sino de costumbres, gobierno y estado, lamenta y resiente más que otra alguna la compilación, diversidad e incertidumbre de las leyes. Las monárquicas de diversos siglos y códigos mezcladas con la constituciones españolas, con las recopiladas y las no recopiladas de Indias, con las de forma federal y con las de forma central, las unas en parte vigentes, en parte alteradas, en parte acomodadas; con nomenclaturas de autoridades, corporaciones y causas que han desaparecido como virreyes, corregidores, intendentes, consulados, etc., y cuyas atribuciones se han distribuido, según su naturaleza, entre los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, forman caos tenebroso, retardan la administración de justicia, dificultan el despacho y el acierto de las autoridades, e impiden la

²¹³ Rodríguez de San Miguel. *Op. cit.* pp. XX y XXI.

instrucción, exigiéndose para poseer al menos los códigos indispensables un desembolso de consideración.²¹⁴

La jurista María del Refugio González expresa, que si se revisaran los textos de la doctrina jurídica mexicana hasta la promulgación de los códigos, se puede afirmar que, sin excepción, los autores estaban de acuerdo en que a falta de cuerpos jurídicos propios se aplicaría la legislación española; en cuanto a los otros derechos que formaban parte del ordenamiento castellano, los autores estaban de acuerdo en que el romano no se aplicaba como orden positivo vigente y solamente se enseñaba para mayor instrucción, y de él sólo se aplicaban los preceptos de derecho natural y de gentes, el derecho canónico fue calificado de distinta manera, y de aceptarse en principio como parte del ordenamiento, se llegó a considerar, en la segunda mitad del siglo, como "derecho extranjero".²¹⁵

Vale al pena señalar que en la práctica el texto más utilizado fue el de las Partidas, aunque se señala como el último en la prelación de aplicación.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, durante la evolución histórica de haber pertenecido al reino español a haber sido después independientes no existieron cambios jurídicos trascendentales. Por lo que se puede decir que se aplicaba el mismo régimen jurídico que prevaleció durante la Nueva España; el hecho de que se había logrado la independencia no se tradujo de inmediato en la creación de un nuevo orden jurídico, lo que sucedió hasta cuando surgieron los Códigos promulgados en el país.

²¹⁴ Rodríguez de San Miguel. Op. cit. p. XXI.

²¹⁵ González María del Refugio. Op. cit. p. 144.

Es por esto que en los siguientes apartados se analizan los Códigos Civiles que fueron surgiendo hasta llegar al último en 1928.

2.1 En los Códigos Civiles de Oaxaca, Veracruz y Zacatecas.

Se llegó el momento de la codificación, de unificar en un cuerpo legal las diferentes materias del derecho cuyas disposiciones se encontraban en diversos textos legales.

Según la escuela del derecho natural racionalista la delimitación de los derechos naturales de los individuos frente al poder público debía realizarse mediante Constituciones y Códigos.

De acuerdo con lo expresado por la jurista María del Refugio González al llegar a todos los órdenes de la vida social las ideas racionalistas del siglo de las luces, o sea el siglo XIX, en cuanto a la materia jurídica ya reconocidos los derechos humanos en Constituciones, hacia falta confiar la regulación pormenorizada en otros cuerpos jurídicos. Así en los diferentes Códigos se debían garantizar tales derechos y por estos establecerse las reglas jurídicas a que se someterían los habitantes del país. Con dichos postulados implicaba hacer textos jurídicos por materia con lo cual se irían desterrando las concepciones del anterior régimen; para terminar de lograrlo hubo que abolir fueros y privilegios al prescribir la igualdad ante la ley y quitar la legislación protectora de ciertas clases sociales.

Un código es una ordenación de las normas vigentes en determinada materia, precedida por los principios jurídicos y políticos imperantes en una comunidad nacional; y la ley se definió como la manifestación directa de la razón. Pretendiéndose garantizar en un cuerpo legal las conquistas individuales del hombre.

Como no habla un Estado completamente estable y sólo medianamente unificado; el proceso de codificación no lograba consolidarse aunque las comisiones para codificar el derecho se convocaban varias veces. Por este motivo fue por lo que los Códigos que pudieron promulgarse tuvieron una vida efímera.²¹⁶

Debido a que en la Constitución de 1824 no se dictó la obligación de realizar la codificación con un carácter general, fue por lo que los Estados de la federación quedaron en aptitud de elaborar sus propios códigos, pero claro primero promulgando sus constituciones locales; se les reconoció soberanía a los Estados y así pudieron controlar su administración interior.²¹⁷

Los Estados que primero se preocuparon en codificar la materia Civil fueron Oaxaca y Zacatecas.

De acuerdo con los estudios realizados por el Doctor Raúl Ortiz Urquidí el primer Código Civil tanto de Iberoamérica como de México es el del Estado de Oaxaca el cual fue expedido separadamente en tres libros sucesivos por el Segundo Congreso Constitucional de dicha entidad federativa en las siguientes fechas: el primer libro precedido por el título preliminar, el día 31 de octubre de 1827, el segundo el 2 de septiembre de 1828 y el tercero el 29 de octubre del

²¹⁶ María del Refugio González. Op. cit. pp. 149 y 150.

²¹⁷ Libro del Cincuentenario del Código Civil. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. UNAM, 1978. p 113.

mismo año 1828, en la inteligencia de que estos libros fueron respectivamente promulgados por los señores gobernadores don José Ignacio de Morales, don Joaquín Guerrero y don Miguel Ignacio de Iturrigarria, el 2 de noviembre de 1837 el inicial, el 4 de septiembre de 1828 el siguiente y el 14 de enero de 1829 el último.²¹⁸

El Código Civil de Oaxaca y hasta el que hoy sigue rigiendo en nuestro país que es el promulgado en 1928; siguen muy de cerca el Código Civil francés, conocido como Código Napoleón de 1804, que integrado por las disposiciones del derecho romano fundamentalmente el *Corpus Iuris Civilis* y sus reinterpretaciones, sirvió de modelo a los códigos civiles de las demás naciones de Europa y después en América, México no fue la excepción registrándose la recepción del derecho romano en su ordenamiento jurídico.

En lo relativo a los alimentos el Código Civil de Oaxaca de 1827-1828, los contemplaba principalmente en el Título Quinto, y en menor proporción en el Título Sexto y Décimo.

El Título Quinto era el que se refería específicamente al matrimonio, el cual es desde siempre una de las fuentes de la obligación alimentaria, siendo las disposiciones marcadas para los cónyuges respecto del matrimonio la fidelidad y ayuda mutua con la finalidad de preservarlo, sobre todo en los casos en que hubieran hijos, en virtud de la existencia de la obligación de proporcionarles alimentos además de educación, como se aprecia en los artículos 100 y 114 del citado código.

²¹⁸ Urquidí Ortiz, Raúl. Oaxaca cuna de la codificación iberoamericana. México. Ed. Porrúa, 1974. p. 9.

Los alimentos desde este Código, eran una obligación recíproca, es decir el que los da tiene el derecho de pedirlos y no se requiere de la voluntad del acreedor, proporcionándose entre padres e hijos y los cónyuges, aun cuando se divorcien, el juez impondría esta obligación a uno de los dos, de igual manera los hijos estaban obligados a proporcionarlos a los padres y demás ascendientes en línea recta también se mencionaba a yernos y nueras con relación a sus suegros y suegras en la referida reciprocidad de los alimentos según los artículos 115, 116 y 117.

También se contemplaba la exoneración o reducción de los alimentos cuando fuere necesario, incluso si el deudor alimentario alegaba que no podía pagar la pensión alimenticia el juez podía mandar al acreedor a su casa para que ahí recibiera los alimentos correspondientes de acuerdo con los artículos 118, 119 y 120.

Además se mencionaba que los alimentos debidos a los niños se continuaban ministrando, hasta que hayan aprendido un oficio con que puedan ganar su vida o llegaran a la mayor edad siempre y cuando no existiera alguna incapacidad, según el artículo 121.

Existían también contemplados los alimentos y su respectiva reciprocidad entre adoptado y adoptante, artículos 206 y 207.²¹⁹

En cuanto al Código Civil de Zacatecas, que no fue propiamente un Código, sino un Proyecto de Código Civil del Estado de Zacatecas publicado el 1º de diciembre de 1828, contemplaba los alimentos en 4 artículos que para más ilustración se transcriben a continuación:

²¹⁹ Urquidí. Op. Cit. pp. 133-135, 138-139 y 145-146.

Art. 129.- Los esposos contraen juntos por el sólo hecho del matrimonio la obligación de criar, mantener y educar a sus hijos.

Art. 130.- Los hijos deben dar alimentos a su padre, madre, y a los otros ascendientes que tengan necesidad.

Art. 131.- Las obligaciones que resultan de estas disposiciones son recíprocas.

Art. 132.- Los alimentos no se dan, sino en proporción a la necesidad del que los reclama, y fortuna del que los da.

Como puede observarse tiene mucha relación con el Código Civil de Oaxaca, se contemplaban dentro del matrimonio; se encontraban las características de reciprocidad y proporcionalidad de la obligación alimentaria; además que dicho crédito no se extiende a los hermanos y es de suponerse que tampoco a otros colaterales, aunque el artículo 130 no aclaraba si los ascendientes se entendían exclusivamente en línea recta, así como tampoco se extiende a los parientes afines como en el Código Civil Oaxaqueño.

Y el último código considerado como de los más importantes antes de que existiera el 1er Código Civil Mexicano con una vigencia continuada que es el del año de 1870; era el Código Civil para el Estado de Veracruz promulgado el 17 de diciembre de 1868, también conocido como Código Corona o como Código Civil Veracruz Llave.

Este Código Corona, de acuerdo con el Doctor Guitrón Fuentevilla²²⁰, el cual no llega a localizarlo, opina que ni siquiera existió.

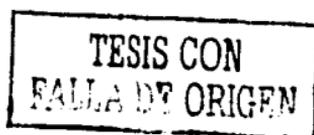
Sin embargo, se ha localizado en una fuente alterna, aunque no propiamente todo el código, sino la parte que en este estudio es de interés y que es la relativa a los alimentos:

El Código Civil del estado de Veracruz Llave de 1868 consigna en seis artículos "Los deberes de los casados (para) con sus hijos y de las obligaciones sobre alimentos". En el artículo 219 se consigna que "El padre y la madre están obligados a criar a sus hijos, educarlos y alimentarlos; más no a dotarlos, ni a formarles un establecimiento para contraer matrimonio o para cualquier otro objeto".

En forma clara se manifiesta que los alimentos son una obligación de carácter económico cuyos límites están en los requerimientos para la sobrevivencia y desarrollo del acreedor como se desprende de este numeral y del 222 en el que además se consigna la característica de proporcionalidad y divisibilidad de la obligación y el 224 en el que se habla de las causas por las que cesa y se reduce ésta:

Art. 222.- Los alimentos han de ser proporcionados al cuidado de quien debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Si fueren varios de los que deben dar alimentos, y todos tuvieren posibilidad de darlos, el juez repartirá con proporción a sus haberes, la obligación de darlos entre ellos; pero si uno o

²²⁰ Guitrón Fuentevilla, Julián. Derecho Familiar. 2ª ed. México. Ed. UNACH (Universidad Autónoma de Chiapas, 1988. p. 96.



algunos sólo fueren ricos y los demás pobres, la obligación quedara en totalidad en él o los que fueren ricos.

Art. 224.- Cesa la obligación de dar alimentos, cuando el que los da deja de ser rico o de ser indigente el que los recibe, y debe reducirse proporcionalmente, si se disminuyera el caudal del primero o la necesidad del segundo.

Se garantiza el acceso a los alimentos aún a falta de padre y madre haciendo que recaiga en los ascendientes por ambas líneas más próximas en grado: "art. 220.- A falta de padre y madre, los ascendientes de ambas líneas, más próximos en grado, tienen obligación de alimentar a sus descendientes".

Se consigna la característica de reciprocidad en el numeral 221. "La obligación de dar alimentos es recíproca; los hijos y descendientes los deben a sus padres y ascendientes".

Y, finalmente se establecen las formas en que han de cumplirse con dicha obligación. "Art. 223.- El obligado a dar educación y alimentos lleva la obligación que le impone la Ley, asignando una pensión al acreedor alimenticio, o poniéndolo en pensión, o incorporándolo en su familia".²²¹

²²¹ Pérez Duarte. Op. Cit. Pp. 96 y 97.

2.2 En el Código Civil Distrital de 1870.

Después de que algunos Estados se dieron a la tarea de codificar, se llegó al momento en el cual debería existir un Código Civil general para toda la República.

El primer Código Civil con este carácter de aplicación general fue promulgado en 1870, el cual al igual que los expedidos por los Estados siguió muy de cerca al Código Napoleón, reconociéndose también que siguió al proyecto del jurista español García Goyena y al elaborado en México por Don Justo Sierra en el año de 1861, además también podemos considerar como antecedente a las Leyes de Reforma de 1859; teniéndose así un Código con un carácter político individualista y liberar que eran las corrientes preponderantes en esa época.²²²

Influido el México independiente por el movimiento codificador, el supremo gobierno integró una comisión encargada de redactar el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que consta de cuatro libros divididos en títulos y capítulos.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California fue promulgado el 8 de diciembre de 1870, pero entró en vigor hasta el 1º de marzo de 1871.

²²² Aguilar Gutiérrez, Antonio. Síntesis de Derecho Civil en Panorama del Derecho Mexicano. T. II. México. UNAM, Publicaciones del Instituto de Derecho Comparado, 1965. p. 14.

En este Código se vieron, como ya se mencionó, ideas del liberalismo y el individualismo, reflejándose claramente en que la libre manifestación de la voluntad era fuente de obligaciones y contratos.

En cuestiones de familia el Código Civil de 1870 reglamenta principalmente el matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y la separación de cuerpos, que constituyó una especie de divorcio, es decir, no podía haber disolución del vínculo matrimonial por lo cual los cónyuges no podían contraer nuevas nupcias. El matrimonio tuvo un carácter contractual.

Respecto al matrimonio como fuente de la obligación alimentaria, en el Libro Primero se refería a sus requisitos e impedimentos.

Como antecedente del derecho romano, sostuvieron la edad de catorce y doce años como bastante para contraer matrimonio; manteniendo la prohibición del tutor y curador y sus descendientes para contraer matrimonio con la persona del pupilo, para evitar posibles abusos.²²³

Trataba el capítulo III de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, previniendo la fidelidad en los cónyuges; la autoridad del marido; la prohibición a la mujer de enajenar sus bienes y obligarse sin licencia de su marido; el modo de suplir ésta; y la declaración expresa de que el marido era el legítimo administrador de los bienes, con las debidas restricciones por el caso de que sea menor de edad, según los artículos 198, 201, 205, 206 y 207.

²²³ Exposición de motivos de los Cuatro Libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que hizo la Comisión redactora al presentar el Proyecto al Supremo Gobierno, Lic. Benito Juárez, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, dado en el salón de sesiones del Congreso de la Unión el 8 de diciembre de 1870. Tip. De J. M. Aguilar Ortiz, México de 1872.

La comisión juzgó conveniente explicar preceptos y los referentes a los alimentos: el primero que impone a la mujer rica la obligación de dar alimentos al marido pobre e impedido de trabajar. Si la reciprocidad es necesaria y útil en todos los actos de la vida social, en el matrimonio es la condición más sólida de la felicidad. En consecuencia; así como el marido está obligado a dar a la mujer alimentos, aunque este sea pobre, así también deben tener derecho a ellos cuando además de carecer de bienes, esta impedido de trabajar. Esta segunda condición evitará el abuso a que la primera pudiera dar lugar; pues el marido de una mujer rica verá que tiene obligación de trabajar, y que la sola pobreza no le autoriza para vivir a expensas de su consorte.

En el capítulo IV se han establecido las reglas convenientes en la grave materia de alimentos. Aunque la obligación de darlos está fundada en la piedad, que es el sentimiento más noble del corazón, el interés público debe reglamentar su ejercicio, para que no ceda en mal de unos el bien de otros. Los consortes, los ascendientes y los descendientes tienen la obligación de darse alimentos. Respecto a los hermanos la comisión ha creído que la obligación debe durar solo mientras el alimentista llega a los dieciocho años; porque a esa edad ya debe suponerse que el hombre tiene algún elemento propio de vida, y no es justo gravar por más tiempo a los hermanos, cuyas relaciones no son tan íntimas ni tan sagradas como las de los consortes, ascendientes y descendientes. Este Capítulo también contiene la manera de dar los alimentos; lo que bajo ese nombre debe comprenderse; la regla más prudente para calcular el importe; la distribución de este cuando son varios los obligados a dar alimentos; los casos en que cesan; las personas que pueden pedir su aseguración; el juicio que sobre este debe

seguirse; la garantía que debe darse y la declaración de que el hecho de pedir ésta no es causa de desheredación. Este último punto pareció muy importante, a fin de evitar, que se considere como agravio el ejercicio de un derecho que la ley reconoce. De acuerdo con los artículos 216, 217, 218 y 219.

Los juicios sobre aseguración de alimentos eran sumarios y la cesación era cuando se carecía de medios para cumplir o se dejaban de necesitar los alimentos, contemplado en los artículos 234 y 237.²²⁴

Es de hacer notar que el rol de la mujer en el Código de 1870 era prácticamente como un objeto, ya que lo más importante era la potestad marital, y con el simple hecho de contraer nupcias la mujer quedaba representada legítimamente por su esposo por lo cual era privada de ejercer por sí misma ciertos derechos y sólo lo podía realizar con la autorización por escrito de su esposo.

Se introdujo la diferencia entre hijos legítimos e hijos naturales, es decir, los nacidos de una pareja que en el momento de la concepción no tuviesen impedimento alguno para contraer nupcias.

En cuanto a la patria potestad se permitía su ejercicio por el padre, faltando este por la madre, el abuelo paterno, etc; dónde se ve más claramente la poca importancia que se le daba a la mujer en el Código Civil de 1870.

Algo importante que se podría mencionar como error de este Código de 1870 es que no consideró que pasaba cuando había adopción y concubinato.

²²⁴ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. México. Imprenta del Gobierno, en palacio a cargo de José María Sandoval, 1872.

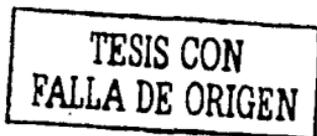
De acuerdo con el jurista Néstor de Buen, en cuanto al régimen de bienes en el matrimonio; siguiendo el modelo francés quedaba incluido en la regulación de los contratos, aceptándose las formas de sociedad conyugal, legal y convencional y la separación de bienes. Finalmente, vale la pena destacar que el Código de 1870 contempla la prodigalidad como causa de incapacidad, sujetándose a tutela a quien se encuentra en esa situación, ejemplo que no sigue el de 1884.²²⁵

En el Código Civil de 1870 el legislador mexicano desliga completamente a la obligación alimentaria de consideraciones religiosas o morales; en ese momento ya es una obligación que surge por contrato, testamento o por la existencia de un nexo de parentesco entre dos personas, donde realmente poco tiene que ver la caridad, la piedad o el amor.

2.3 En el Código Civil Distrital de 1884.

Aunque parecía que no era necesario un nuevo Código Civil después del de 1870 en tan poco tiempo (14 años), el 31 de marzo de 1884 fue promulgado este Código Civil, el cual no contenía cambios trascendentales prácticamente fue una copia del Código Civil de 1870.

²²⁵ Gáitrón. Op. Cit. pp. 97 y 98.



Según lo expresado por la jurista Pérez Duarte: En junio de 1882 el entonces Presidente de la República Manuel González, encargó a una comisión que revisara el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. En abril de 1883 esa comisión remitió al Ministro de Justicia un proyecto de reforma que fue sometido a una nueva discusión, la que concluyó con la adopción del principio de libertad para testar. Todavía fue sometido este proyecto a una nueva revisión por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados y la comisión nombrada por el Ejecutivo.²²⁶

Así, la mayor aportación que tuvo el legislador de 1884 fue la libertad para otorgar un testamento; lo cual en materia de alimentos significaba que ya no se hablaba del caso de la desheredación por la que se perdían los alimentos; y se transformó el concepto de testamento inoficioso, siéndolo cuando no se dejaba la pensión alimenticia a quienes la necesitaran.

Es decir, se establece como limitante a una persona para disponer libremente de sus bienes por medio del testamento la obligación de continuar dando los alimentos a los descendientes, al cónyuge supérstite y a los ascendientes, siendo esto un derecho irrenunciable, tachado de inoficioso el testamento en el que no se dejan alimentos, en el derecho romano el testamento inoficioso significaba anularlo y sin acción al heredero para la apertura de la sucesión. En el Código Civil de 1884, se regulaba en los artículos 3323, 3324, 3325, 3326, 3327, 3328, 3330, 3331 y 3332.

Los hijos naturales así como tienen derecho a la legitimación también lo tienen a los alimentos, por disposición testamentaria, los cuales no podrán

²²⁶ Pérez Duarte. Op.cit. p. 100.

exceder en ningún caso de la parte que le corresponda a cada hijo, los ascendientes gozarán de ese mismo derecho, de acuerdo a las características señaladas en los artículos 3602 y 3607.

Este Código es proteccionista de la mujer ya que a pesar de que la cónyuge supérstite que haya quedado encinta, aunque pierda al hijo no devolverá los alimentos percibidos por disposición testamentaria, así mismo el juez decidirá en caso de duda a favor de la viuda lo relacionado con los alimentos, como se dispone en los artículos 3647 y 3648.²²⁷

Así según expresa el jurista Güitrón Fuentevilla : se puede afirmar categóricamente que, después de la laicización del matrimonio hecha por Juárez a través de las Leyes de Reforma y considerarlo como institución de derecho civil, no se encuentra durante el pasado siglo ninguna novedad jurídica digna de mención, sobre todo en el renglón familiar.²²⁸

Para el tema de la obligación alimentaria, como ya quedó mencionado, en el derecho romano a través del Digesto en los términos referidos estableció la mutua obligación de los cónyuges de proporcionarse alimentos, y esta disposición del derecho romano, se advierte en los artículos 189, 191, 193, 205 y 206 del Código Civil de 1884, contemplados en los capítulos de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio y de los alimentos, en los que se establece que los cónyuges están obligados a contribuir a los objetos del matrimonio y a

²²⁷ Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California. Reformado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por Decreto de 14 de diciembre de 1883. México. Imprenta de Francisco Díaz de León. 1884.

²²⁸ Güitrón. Op. Cit. p. 99.-

socorrerse mutuamente y en los que transcribo se advierte la obligación alimentaria:

Art. 193.- La mujer que tiene bienes propios, debe dar alimentos al marido cuando éste carece de aquellos y está impedido de trabajar.

Los cónyuges además de la obligación general que impone el matrimonio, que es contribuir a los fines de este, así como socorrerse mutuamente, también tiene la obligación de darse alimentos, con consideraciones iguales, artículo 206.

La obligación alimentaria proviene de la patria potestad con su evolución en del derecho romano, en los términos ya asentados, que culminó con una obligación recíproca entre padres e hijos (obligación que por ausencia o imposibilidad de ellos recae en ascendientes o descendientes), como se advierte en los artículos 207, 208 y 210 del código en mención.

El Código Civil de 1884, estableció disposiciones acerca del contenido de la obligación alimentaria, quienes son acreedores y deudores, e inmersa la disposición de derecho romano del deber mutuo de proporcionarse alimentos del paterfamilias y los hijos. Atenuantes para el poder alimentario, la forma de dar cumplimiento a la obligación alimentaria, como deben ser proporcionados de acuerdo a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos, las cosas comprenden estos, quienes tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos, contemplados en el capítulo de los alimentos del citado código, en los artículos 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224 y 225.

Para garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria en los casos de divorcio y de pérdida de la patria potestad se dispusieron medidas preventivas, como es el caso del aseguramiento de la obligación, pudiendo consistir en prenda, fianza , etc., cabe señalar el juicio sumario (*summatim cognoscere*), de los alimentos contemplados en el derecho romano, como se advierte en los artículos 244, 245, 256 y 247.²²⁹

2.4 En la Ley de Relaciones Familiares.

Es importante señalar que esta Ley de Relaciones Familiares nació por la inquietud palpada por el Presidente Venustiano Carranza en el propio pueblo; ya que este Presidente tenía grandes inclinaciones hacia la igualdad y la libertad, además de la atmósfera que imperó después de la Revolución de 1910.

Según lo expresa el jurista Güitrón Fuentesvilla: la lucha de clases de la Revolución de 1910 motivó, como resultado positivo, la promulgación por parte de Carranza de la Ley sobre Relaciones Familiares, la cual se dio al margen del Código Civil de 1884, el cual estaba en vigor en esa época. Es decir, la Ley sobre Relaciones Familiares fue autónoma del Código Civil, promulgada con objeto de regular mejor la familia y sus instituciones principales.²³⁰

²²⁹ Código Civil de 1884. Op. Cit.

²³⁰ Güitrón Fuentesvilla. Op. Cit. p. 103.

La Ley de Relaciones Familiares fue promulgada el 9 de abril de 1917 y publicada en el Diario Oficial del país, el sábado 14 de abril de 1917 hasta el artículo 70 y del 71 en adelante el lunes 16 de abril del mismo año.²³¹

La Ley de Relaciones Familiares en la mayor parte de su contenido se transmitió al Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales de 1928, a efecto de mejor ilustración en lo referente a la obligación alimentaria presento la transcripción de los artículos respectivos y la comparación con los artículos del Código Civil de 1928, es de destacar que en algunos la disposición legal no vario en su contenido y en otros existe una simple relación.

Art. 51.- La obligación de dar alimentos es reciproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos. Relacionado con el artículo 301 del Código Civil de 1928.

Este artículo plasmado en la Ley de Relaciones Familiares fue transmitido con la misma redacción al Código Civil de 1928. La obligación de dar alimentos es de carácter social, moral y jurídico; primero surge por un deber moral por la solidaridad que debe existir dentro de un núcleo familiar de ayuda mutua; pero dada la importancia que conlleva el que una persona necesite de otra para poder sobrevivir, por la necesidad vital de alimentarse y no poderlo hacer por si misma; es por lo que también el legislador lo contempla y lo eleva a ser un derecho otorgado en la ley para poder tener un medio eficaz para solicitarlos en el caso que sea necesario. La reciprocidad es una de las características de la obligación de alimentos, se prevé que en determinado momento uno de los sujetos necesita

²³¹ Ley de Relaciones Familiares. Diario Oficial, Organó del Gobierno Provisional de la República Mexicana. Tomo V, 4ª época. 14 y 16 de abril de 1917. Números 87 y 88.

los alimentos y otro sujeto puede proporcionarlos; situación que al paso del tiempo puede cambiar, existiendo así un trato igualitario ante condiciones similares entre dos sujetos.

Art. 52.- Los cónyuges, además de la obligación general que impone el matrimonio, tiene la de darse alimentos en los casos de divorcio y otros que señala la ley. Relacionado con el artículo 302 del Código Civil de 1928.

Este artículo si cambio su redacción al ser transmitido al Código Civil de 1928. La obligación de prestar alimentos surgida de contraer matrimonio, es una derivación lógica que asumen después de este hecho dos personas, puesto que al convivir en el seno de la familia que se funda al casarse uno de los deberes es procurarse mutua atención, primero entre los cónyuges; y al no precisar la ley de que sea el hombre quien tenga la obligación alimenticia, se entiende que quedan obligados tanto el hombre como al mujer. Existiendo divorcio, este artículo deja abierta la posibilidad de examinar si continúan ministrándose los alimentos por el hecho del divorcio u otros casos que señala la ley; lo cual parece una buena medida porque en diversas partes de la ley pueden existir situaciones en que los cónyuges se deban prestar alimentos.

Art. 53.- Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes, por ambas líneas, que estuvieren más próximas en grado. Relacionado con el artículo 303 del Código Civil de 1928.

Este artículo paso en sus mismos términos de la Ley de Relaciones Familiares al Código Civil de 1928. En primer término se considera que la obligación de alimentar a los hijos es de sus padres lo que en una situación normal

sería en el propio hogar; pero si los padres están separados uno de ellos cumple la obligación manteniendo a los hijos en la casa y el otro proporcionando una pensión alimenticia para cumplir con la obligación. Debido al gran interés existente de que siempre se cumpla con la obligación de alimentos, el legislador previno el caso de que los primeros obligados, o sea los padres, no puedan ministrar los alimentos existen los parientes ascendientes, ya sea del marido o de la esposa, cuantificando los más cercanos en grado; quienes seguirían cumpliendo con la obligación alimenticia; ya que los alimentos no pueden dejarse de proporcionar a quienes los necesitan por ser una necesidad vital del hombre.

Art. 54.- Los hijos están obligados a dar alimentos a sus padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado. Relacionado con el artículo 304 del Código Civil de 1928.

Art. 55.- A falta o por imposibilidad de los ascendientes y descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre; en defecto de estos, en los que fueren de madre solamente, y en defecto de ellos, en los que fueron solo de padre. Relacionado con el artículo 305 del Código Civil de 1928.

Estos últimos tres artículos no cambiaron su redacción al ser transmitidos al Código Civil de 1928; en estos se contempla una jerarquización de las personas que deben proporcionar los alimentos; siendo primero los padres, después a los ascendientes en línea recta y debido a la reciprocidad de la obligación alimentaria se establece que los hijos están obligados a dar alimentos a sus padres, lo que realmente es muy justo; enseguida mencionando a los descendientes más próximos en grado los que podrían ser los nietos. Faltando los ascendientes y descendientes la obligación recae en los llamados hermanos carnales o en los

uterinos; y en defecto de estos, en los hermanos consanguíneos, precisamente en este orden.

Art. 56.- Los hermanos solo tienen obligación de dar alimentos a sus hermanos menores, mientras estos llegan a la edad de diez y ocho años. Relacionado con el artículo 306 del Código Civil de 1928.

Este artículo en esencia pasó igual al Código Civil de 1928. Está muy relacionado con los tres anteriores, ya que también se refiere a la jerarquía de los que prestan alimentos, refiriéndose a los hermanos con los que marca un límite para la prestación basado en la mayoría de edad; en tanto que para los ascendientes y descendientes existe mientras los alimentos se acrediten como necesarios.

Art. 57.- Los alimentos comprenden, la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Relacionado con el artículo 308 del Código Civil de 1928.

Este artículo se transmitió igual al Código Civil de 1928. Se impone un respeto al derecho a la vida y dignidad humanas, de ahí que los alimentos sea uno de los medios para garantizar la obtención de elementos para satisfacer necesidades físicas y morales. Siendo muy atinado especificar que son los alimentos, ya que si sólo se tratara de comida no sería suficiente para auxiliar a una persona que necesite alimentos.

Art. 58.- Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. Relacionado con el artículo 308, fracción II del Código Civil de 1928.

Este artículo al pasar al Código Civil de 1928 fue incorporado al artículo 308, por lo que formó parte del artículo anterior. Es el complemento respecto de los alimentos, los que en el caso de los niños se aumentan para su educación y para que tengan un medio para valerse por sí mismos. Tal vez considerar el sexo para alguna actividad era justificado en 1917 cuando aparece esta ley, lo que hoy en día resulta obsoleto, y que ha sido superado por la realidad social.

Art. 59.- El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario, o incorporándolo a su familia, excepto en el caso de que se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro. Relacionado con el artículo 309 y 310 del Código Civil de 1928.

Este artículo al pasar al Código Civil de 1928 se dividió para formar dos artículos. Aquí se contemplan dos posibilidades para cumplir con la obligación alimentaria; siendo la mejor opción la de otorgarle una pensión a quien necesitara los alimentos, la que consiste en una cantidad de dinero suficiente para que se garantice a quien la reciba pueda subsistir con esa pensión. La otra opción es la de incorporar a su familia a quien necesitara los alimentos, o que por una parte puede ser bueno, ya que es más fácil compartir dentro de una familia lo que se tenga a desprenderse de una parte ó otorgar la pensión ; pero debido a que las relaciones familiares se tornaron difíciles hasta para demandar alimentos, tal vez estas dos personas no pueden volver a convivir; lo que tratándose del cónyuge divorciado obviamente implica separación, por lo que sólo se puede cumplir la obligación alimentaria con el pago de la pensión.

Art. 60.- Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que deba darlos y la necesidad del que deba recibirlos. Relacionado con el artículo 311 del Código Civil de 1928.

La esencia de este artículo pasó igual al Código Civil de 1928. SE contempla la proporcionalidad que forma parte de una de las características de la obligación alimentaria ya que es elemental la existencia de un equilibrio entre los recursos del deudor y las necesidades de quien reciba los alimentos; lo que siempre debe ser analizado para determinar el monto de las pensiones alimenticias.

Art. 61.- Si fueran varios los que deban dar alimentos, y todos tuvieren posibilidad para hacerlo, el juez repartirá el importe entre ellos, con proporción a sus haberes. Relacionado con el artículo 312 del Código Civil de 1928.

Art. 62.- Si solo algunos tuvieron posibilidad, entre ellos se repartirá el importe de los alimentos; y si uno solo la tuviere, él únicamente cumplirá la obligación. Relacionado con el artículo 313 del Código Civil de 1928.

Estos dos artículos pasaron con una redacción idéntica al Código Civil de 1928. En estos se contemplaba la divisibilidad de la obligación alimenticia la que comprendía una de las características para esta; ya que debido a su naturaleza sería posible que se repartiera para su cumplimiento desde el monto de la pensión hasta en el número de sujetos que pudieran sufragar el gasto de pagar con una pensión alimenticia; no se debe olvidar la otra característica de proporcionalidad ya que con esta la divisibilidad no sería en partes iguales sino en proporción a los recursos con que contara cada sujeto obligado.

Art. 63.- La obligación de dar alimentos no comprende la de dotar a los hijos, ni la de proveerlos de capital para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado. Relacionado con el artículo 314 del Código Civil de 1928.

La redacción de este artículo fue la que cambio un poco haciéndola más clara al transmitirse al Código Civil de 1928. Los alimentos siendo el apoyo que necesita una persona mientras no este en posibilidades de satisfacerlo por sí mismo, cuando ya se encuentre en esa situación quien le otorgaba la pensión alimenticia no tendría porque seguirsela dando; lo que el legislador previno plasmándolo en este artículo; ya que recordando que la obligación de proporcionar alimentos comprende los mínimos que una persona requiere para sobrevivir y no para obtener posteriormente un lucro o para financiar negocios o empresas.

Art. 64.- Tienen acción para pedir la aseguración de los alimentos:

- I. El acreedor alimentario;
- II. El ascendiente que le tenga bajo su patria potestad;
- III. El tutor;
- IV. Los hermanos;
- V. El Ministerio Público.

Relacionado con el artículo 315 del Código Civil de 1928.

Este artículo prácticamente fue transmitido idéntico al Código Civil de 1928, sólo perfeccionando más su redacción. Es aquí donde el legislador aplicó que casi cualquier persona pudiera pedir el aseguramiento de los alimentos teniendo interés en que esta obligación fuera cumplida; ya que no se debe olvidar que los alimentos son de interés público.

Art. 65.- Si la persona que a nombre del menor pide la aseguración de alimentos, no puede o no quiere representarte en juicio, se nombrará por el juez un tutor interino. Relacionado con el artículo 316 del Código Civil de 1928.

Este artículo fue transmitido en igual forma al Código Civil de 1928. Si se diera el caso de nombrarse un tutor interino, ya que los mencionados en el artículo anterior para pedir el aseguramiento de los alimentos no pudieran hacerlo, este tendría las funciones sólo de la representación jurídica para la acción de demandar alimentos; surgiendo esta figura debido a que generalmente las relaciones que tuvieran el acreedor y el deudor alimentario no serían muy agradables fue por lo que el legislador previno que otra persona velara porque se asegurara el cumplimiento de la pensión alimenticia.

Art. 65.- La aseguración podrá consistir en hipoteca, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos. Relacionado con el artículo 317 del Código Civil de 1928.

Este artículo al transmitirse al Código Civil de 1928 quedó en los mismos términos que en la Ley de Relaciones Familiares. Aquí se planteó la garantía que podría pedir el acreedor alimentario para asegurarse del cumplimiento de la pensión alimenticia; así si se diera el caso de que el deudor dejara de cumplir con su obligación de pago por pensión alimenticia, al existir constituida la garantía, esta se solicitaba para sufragar los gastos necesarios mientras el deudor se volvía a normalizar en su cumplimiento; por lo que constituía una importante medida considerada por el legislador, ya que en ningún momento podría no existir con que sufragar los gastos de los alimentos necesarios.

Art. 66.- El tutor interino dará garantía por el importe anual de los alimentos. Si administrare algún fondo destinado a ese objeto, por él dará la garantía legal. Relacionado con el artículo 318 del Código Civil de 1928.

Este artículo al pasar al Código Civil de 1928 quedó igual en su redacción. Tratándose del tutor interino fue una buena medida prevista por el legislador el especificar que se garantizara la pensión alimenticia, ya que siempre podría darse el caso de que el tutor robara a su pupilo y como los alimentos constituían una cuestión de interés público, social y humano, tendrían que estar plenamente garantizados de alguna forma para que quien los necesita no quedara desprotegido. No se especifica aquí lo que se debería considerar para nombrar al tutor interino, ni como debería constituir la garantía por lo que sería lógico suponer que se aplicaban las reglas generales para estos casos establecidas en la ley.

Art. 67.- En los casos en que los que ejercen la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si esta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan dicha patria potestad. Relacionado con el artículo 319 del Código Civil de 1928.

Este artículo no fue cambiado en su redacción al ser transmitido al Código Civil de 1928. En cuanto a los que ejercieran la patria potestad la ley prevalece que si el hijo obtenía bienes por cualquier título que no fuera su propio trabajo, quien ejerciera la patria potestad tendría la mitad de esos bienes; por lo que en el caso de pagar los alimentos, el legislador se refería aquí a esa mitad del usufructo con la que se podría disponer para el cumplimiento de la pensión alimenticia, no dejando de considerar que si esta no fuera suficiente quien ejerciera la patria

potestad debería cubrir lo que hiciera falta para completar el pago de la obligación alimentaria.

Art. 68.- Si la necesidad del alimentista proviene de mala conducta, el juez, con conocimiento de causa, puede disminuir la cantidad destinada a los alimentos, poniendo al culpable, en caso necesario, a disposición de la autoridad competente. Relacionado con el artículo 320, fracción IV del Código Civil de 1928.

La esencia de este artículo no varío al pasar al Código Civil de 1928, sólo cambiando en su ubicación. Aquí el legislador realmente consideró razonamientos muy justos, ya que el acreedor alimentario no debería vivir a expensas de su deudor alimentario por su mala conducta, pudiendo ser esta por vagancia o vicios por ejemplo, ya que no se especifica en que consiste esa mala conducta; sin embargo sólo se menciona una disminución y no la terminación de seguir prestando los alimentos como considero debería ser, ya que no parece justo que alguien viva a expensas de otra persona sin importarle nada porque le proporcionan lo necesario para vivir.

Art. 69.- Cesa la obligación de dar alimentos:

- I. Cuando el que la tiene carece de medios de cumplirla.
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos.

Relacionado con el artículo 320, fracciones I y II del Código Civil de 1928.

Este artículo no cambió su redacción al pasar al Código Civil de 1928. Se contemplaba aquí, las formas en que se extingula la obligación alimentaria, atendiendo a la naturaleza misma de ésta, ya que según lo previsto por este artículo en su primera fracción resulta ser algo muy lógico ya que si quien tiene la obligación alimentaria carece de medios para cumplirla entonces como se le

podría obligar; sin embargo cuando se diera esta situación el deudor alimentario debía probar su insolvencia, ya que podría tratarse de una simulación con tal de no cumplir con la obligación. En el caso de la segunda fracción se refería a que quien necesitaba los alimentos ya se encontrara con capacidad económica para sufragarlos por sí mismo o simplemente que este acreedor alimentario ya no los necesitara; señalando que tanto los hijos como la esposa gozan de la presunción de necesitar alimentos, independientemente de si los hijos llegan a la mayoría de edad, por lo que sería el deudor alimentario quien probará que si tuvieran recursos propios para poder así desligarse de la obligación.

Art. 70.- El derecho de recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción.

Relacionado con el artículo 321 del Código Civil de 1928.

Este artículo fue transmitido idéntico al pasar al Código Civil de 1928. Debido a que como se ha mencionado, los alimentos han sido considerados de orden público, por ende no podrían ser renunciables, de acuerdo con el interés y respeto de la sociedad al derecho a la vida de cada ser humano. Respecto a que tampoco podrían ser objeto de transacción, era debido a que no se podría sujetar el derecho a recibir alimentos a limitaciones de ninguna especie y el hecho de una transacción implicaría que existieran concesiones aceptándose tal vez condiciones mínimas a las previstas por la ley por la necesidad del acreedor alimentista.

Art. 71.- Cuando el marido no estuviere presente, o estándolo se rehusare a entregarle a la mujer lo necesario para los alimentos de ella y de los hijos y para la educación de estos y las demás atenciones de la familia, será responsable de los efectos o valores que la esposa obtuviere para dichos objetos; pero solamente en

la cuantía estrictamente necesaria al efecto, y siempre que no se tratare de objetos de lujo.

Relacionado con el artículo 322 del Código Civil de 1928.

La esencia de este artículo fue transmitida de la misma manera al Código Civil de 1928, sólo cambió en cuanto su redacción. Aquí se contemplaba el caso en el cual si el deudor alimentario por no encontrarse o estando presente no otorgara la pensión alimenticia respectiva objeto de su obligación, sería completamente responsable de los gastos que sus acreedores alimenticios hubieren realizado con tal de conseguir los alimentos que les fueran necesarios par su subsistencia; además del atinado señalamiento, en el que el deudor sólo quedaría obligado a cumplir con esa obligación alimentaria que dejó de proporcionar en la estricta forma de que lo que debiera era justamente lo necesario, limitándose entonces el cumplimiento si los acreedores alimenticios gastaban más de lo normal para sufragar sus necesidades, lo que haría suponer que lo gastaron muy probablemente en artículos de lujo; por lo que el deudor alimenticio no tendría porque pagarlo, realizando esta aclaración el legislador, lo que parece una buena opción.

Art. 72.- Toda esposa, que sin culpa suya, se vea obligada a vivir separada de su marido, podrá ocurrir al juez de primera instancia del lugar de su residencia y pedirle que obligue al esposo a que la mantenga durante la separación y le suministre todo lo que haya dejado de darle desde que la abandonó; y el juez, según las circunstancias del caso, fijará la suma que deba darle mensualmente, dictando las medidas necesarias para que dicha cantidad le sea debidamente asegurada, así como también para que el marido pague los gastos que la mujer

haya tenido que erogar con tal motivo. Relacionado con el artículo 323 del Código Civil de 1928.

Este artículo de la Ley de Relaciones Familiares si cambió al ser transmitido al Código Civil de 1928, pero su esencia siguió siendo la misma. Estaba íntimamente relacionado con el artículo anterior, de acuerdo con que el deudor alimentario tenga la obligación de pagar los gastos que se haya realizado, porque él no estuviera dando lo que le corresponda de su obligación alimenticia, pero eximiéndolo de los gastos considerados como de lujo. Aquí el legislador considera a la esposa que fuera abandonada por su cónyuge, dándole el derecho de pedir ante la autoridad judicial que se le otorguen los alimentos en la forma en que se hacía cuando vivían juntos; ya que la obligación alimentaria no se extingue por el hecho de la separación sino que continúa vigente, el derecho de reclamar alimentos nace entonces desde el momento en que el deudor alimentario deje de proporcionarlos. Debido a esto puede ser independiente el reclamar una pensión alimenticia a reclamar un divorcio.

Art. 73.- Todo esposo que abandone a su esposa y a sus hijos sin motivo justificado, dejando a aquella o a estos o ambos en circunstancias aflictivas, cometerá un delito que se castigará con pena que no bajará de dos meses ni excederá de dos años de prisión; pero dicha pena no se hará efectiva si el esposo paga todas las cantidades que dejó de ministrar para la manutención de la esposa y de los hijos, y da fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagará las mensualidades que correspondan, pues en estos casos se suspenderá la

ejecución de la pena, la que solo se hará efectiva en el caso de que el esposo no cumpliera.²³²

Este artículo ya no existe en el Código Civil de 1928; actualmente, no existe pena de prisión cuando se trata de deudas civiles. La Ley de Relaciones Familiares convertía en delito el abandono del esposo de su esposa e hijos; habiendo aquí una diferencia importante de la Ley de Relaciones Familiares con el Código Civil de 1928.

Es de hacer notar, que en esta publicación del Diario Oficial de 1917 donde aparece la Ley de Relaciones Familiares , existen dos artículos con un mismo numeral, es decir, aparecen dos artículos 65 .

Actualmente en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el juez de lo familiar en los casos correspondientes, aplica la Ley de Relaciones Familiares, en los juicios sucesorios y en los de liquidación de bienes de matrimonios celebrados en sociedad conyugal, conforme a lo establecido en el artículo 4º transitorio del Código Civil del Distrito Federal vigente, teniendo en cuenta la fecha en que se contrajo el matrimonio y bajo el régimen de la Ley de Relaciones Familiares.

²³² Ley de Relaciones Familiares. Diario Oficial de 1917. Op. Cit.

2.5 En el Código Civil Distrital de 1928.

En este apartado en particular, se da por terminado con el estudio que se ha hecho en relación a la pensión alimenticia a lo largo de la historia, desde el derecho romano el cual pasó al derecho español, por el que se introdujo en el derecho mexicano, lo que se analizó a través del presente trabajo, hasta la promulgación del Código Civil de 1928 que es el que aún está rigiendo en el país, sin dejar de considerar que ha sido objeto de diversas reformas desde su entrada en vigor.

De acuerdo con el autor Antonio Aguilar Gutiérrez: "El Código de 1928, además de recoger las leyes revolucionarias como en su tiempo lo hicieron los Códigos del 70 y del 84 respecto de la Leyes de Reforma, se inspiró en la doctrina llamada "de la socialización del derecho civil" que trata de hacer del derecho privado un derecho menos individualista, ajustándolo a los principios de solidaridad social."²³³

Los anteriores códigos eran sobre todo de una ideología individualista, que era el pensamiento que dominaba en esas épocas; a diferencia del Código de 1928, el que estuvo inmerso en las nuevas orientaciones sociales emanadas de la Constitución de 1917.

El entonces Presidente Plutarco Elias Calles fue quien expidió el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de

²³³ Aguilar Gutiérrez. Op. cit. p. 14.

1928, en vigor a partir del 1º de octubre de 1932, según decreto publicado en el mismo Diario el 1º de septiembre de 1932.²³⁴

De acuerdo con la jurista Pérez Duarte y Noroña en este ordenamiento al momento de su publicación la obligación alimentaria formó parte, como ahora, del Título Sexto del Libro Primero dentro de los artículos 301 a 323 los cuales no fueron reformados sino hasta hace un par de años (1986) para introducir la obligación entre concubinos y lo relativo a los ajustes anuales de las pensiones alimenticias.²³⁵

Por lo que puede observarse, que en materia de alimentos, llegó hasta estos tiempos lo esencialmente plasmado por el antiguo derecho romano.

En el Código Civil de 1928, en el tema de la obligación alimentaria se subraya que entre hombre y mujer, se establecen los mismos derechos y obligaciones para ambos en todos los aspectos, desprendiéndose la recepción del derecho romano en las disposiciones del Código Civil de 1870 y 1884, ya mencionados en los apartadas anteriores y de lo que aparece que la obligación de proporcionarse alimentos entre los cónyuges es recíproca, con la anotación indicada de que la mujer rica está obligada a proporcionarle alimentos al marido pobre e impedido de trabajar.

Mismo Código Civil que se encuentra vigente en el Distrito Federal, que ha sufrido diferentes reformas hasta el año 2000. Actualmente denominado Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, preservando los antecedentes del derecho romano respecto a la

²³⁴ Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal. México. Ed. Porrúa, 1993.

²³⁵ Pérez Duarte. Op. Cit. p. 105.

obligación alimentaria, quedado expresamente establecida la obligación de los cónyuges de proporcionarse alimentos extendiéndose ese deber a los concubinos con los requisitos legales como lo menciona el artículo 2º reformado el 25 de mayo del 2000, publicado en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, que a continuación se transcribe:

Art. 2º.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por cuestión de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen oposición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos. G.O.D.F. 25/mayo/2000.

Sigue siendo el matrimonio, como la célula de la sociedad que tiene como fin la constitución de la familia, perpetuando su especie, por lo mismo los cónyuges están obligados a contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a la alimentación de sus hijos, así como a la educación, teniendo ambos autoridad y consideraciones iguales dentro del matrimonio; a continuación transcribo los artículos respectivos, cabe aclarar que fueron derogados los artículos 165, 166, 167, 170 y 171 por las reformas del 25 de mayo del año 2000.

Art. 162.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y esparcimiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr

su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Art. 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así a la educación de estos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

Los artículos 162 y 164 del Código Civil corresponden a las obligaciones que nacen por el hecho de contraer matrimonio, estos artículos van totalmente relacionados con los ubicados especialmente en el apartado de alimentos del Código Civil que constituyen del artículo 301 a 323 ya que el matrimonio es una fuente importante de la obligación alimentaria.

Sin olvidar, que el matrimonio es un contrato que de acuerdo a los Códigos Civiles de 1870 y 1928, se puede celebrar ya sea en sociedad conyugal o en separación de bienes, situación que no se señala expresamente en el Código de 1884.

Con antelación mencioné que en este Código se establece la igualdad entre hombre y mujer en el matrimonio, por lo que también existe el deber respecto a los alimentos para proporcionárselos entre sí, y la obligación de darlos a los hijos aunque es una obligación que por diversos motivos puede recaer en los demás

ascendientes por ambas líneas. Partiendo de la base que el objetivo fundamental de la figura jurídica de los alimentos, consiste en proporcionar al acreedor lo necesario para su subsistencia cotidiana en forma integral, entendiéndose, de acuerdo con el artículo 308 del Código Civil de 1928, la comida, el vestido, la habitación, la educación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto a los menores comprenden, además, los gastos necesarios para la educación y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos, adecuados a su sexo y circunstancias personales.

En este artículo el legislador se preocupa por especificar lo que comprenden los alimentos, ya que no sólo pueden ser comida, sino lo más básico para el desarrollo normal de una persona.

Actualmente el artículo 308 del Código Civil vigente, con las reformas del 25 de mayo del 2000 queda como sigue:

Art. 308.- Los alimentos comprenden:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Debido a la importancia de los alimentos, en las últimas reformas se consideran para ampliar el ámbito de lo que debe considerarse como alimentos. Aumentándose en lo referente a lo dicho por el Código Civil en 1928 en la asistencia en caso de enfermedad, hablando ahora hasta de los gastos de embarazo y parto; además introduciendo a las personas con alguna discapacidad y a los ancianos, los cuales ahora se denominan adultos mayores, en los que se hace hincapié en que se procure que se integren a la familia, ya que muchas veces son alejados de ésta y reclusos en acilos o instituciones de asistencia medida que puede considerarse poco solidaria en la integración que debe existir en una familia. Considerar a los discapacitados y a los ancianos es una buena medida, ya que antes no se hablaba específicamente de ellos, existiendo así una laguna en la ley en este aspecto.

También con las reformas del 25 de mayo del 2000, la obligación alimentaria se extendió hasta los parientes colaterales que estén dentro del cuarto grado, según lo establece el artículo 305: A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Como se menciona en el apartado anterior al referirse a la Ley de Relaciones Familiares; en este artículo se contempla una jerarquización de

quienes tienen la obligación alimentaria, considerando que puede recaer en los llamados hermanos carnales, en los uterinos o en los consanguíneos, exactamente en ese orden. Estudiándose el caso de que estos falten, motivo por el cual se amplía la esfera de aplicación hasta los parientes colaterales en el cuarto grado, que son los primos hermanos, basado en la idea de solidaridad familiar.

Consecuentemente con el derecho positivo está el sustento jurídico para demandar ante los tribunales respectivos de nuestro país el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Es importante señalar que el Código Civil del Distrito Federal, desde sus antecedentes en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, contemplaron en sus disposiciones, con enorme contenido de derecho romano, las fuentes y los acreedores de la obligación alimentaria.

Actualmente, según el artículo 311-Bis, adicionado con las reformas del 25 de mayo del 2000: Los menores, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar, gozan de la presunción de necesitar alimentos.

Como puede observarse, ya se realiza una delimitación exacta de quienes son los que necesitan alimentos, es decir los acreedores alimentarios, al mencionar que tienen la presunción, es por lo que se debe acreditar fehacientemente su necesidad alimentaria; lo que no existió en ningún otro Código anterior.

Es de mencionar que este Código Civil sirvió de modelo para los Códigos Civiles de las demás entidades federativas de la República Mexicana.

Desde los Códigos Civiles de 1870 y 1884, se conservaron las disposiciones del derecho a los alimentos, la cual es reciproca entre cónyuges, así como de padres a hijos y a falta o por imposibilidad recaerá en los ascendientes o descendientes de los padres, contemplado en los artículos 301 al 304; ésta relación también se da entre el adoptante y el adoptado, mencionado en el artículo 307; por lo que son irrenunciables y no pueden ser objeto de transacción, artículo 321; por lo tanto aunque exista divorcio, uno de los cónyuges sigue obligado a proporcionar alimentos al otro, pensión que será fijada por un Juez de lo Familiar, considerado en los artículos 302, 309 y 310.

Es importante señalar que conforme a las reformas del 25 de mayo del 2000, se establece una disposición en la que el Juez de lo Familiar sanciona a la persona que por su cargo, corresponda proporcionar informes sobre la capacidad económica de los deudores alimentarios, ya que no hay que olvidar el interés público de los alimentos, y si no se proporcionan los informes necesarios para que se cumpla con la obligación alimentaria, es una omisión grave, porque una persona puede salir afectada en relación al monto que se le proporcione por los alimentos que necesite, de acuerdo al siguiente precepto:

Art. 322-Bis.- Toda persona a quien, por su cargo, corresponda proporcionar informes sobre la capacidad económica de los deudores alimentarios, está obligada a suministrar los datos exactos que le solicite el Juez de lo Familiar; de no hacerlo será sancionada en los términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles y responderá solidariamente con los obligados

directos, de los daños y perjuicios que cause al acreedor alimentista por sus omisiones o informes falsos.

Las personas que se resistan a acatar las órdenes judiciales de descuento, o auxilien al obligado a ocultar o disimular sus bienes, o a eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, son responsables en los términos del párrafo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos legales.

Por último considero, en materia de la pensión alimenticia, tema esencial de este trabajo, sobre los testamentos inoficiosos, los que desde el Código Civil de 1884 se consideran inoficiosos si se omite dejar la pensión alimenticia a quien legalmente tuviera derecho a esta, disposición que se transmite al Código Civil vigente, en el que se dispone en los artículos respectivos el orden de prioridad en que se debe dejar la pensión alimenticia, preferentemente a los descendientes, acorde al artículo 1368, reafirmandose que el derecho de percibir alimentos es irrenunciable y causal de testamento inoficioso, y el efecto de que subsiste el testamento salvaguardando el derecho del preferido para obtener la pensión. Es de señalar que en derecho romano, a través del pretor, el testamento inoficioso significaba su nulidad. Con la apertura de la sucesión legítima, transcribo los artículos correspondientes.

Art. 1027.- El que por sucesión adquiere el usufructo universal está obligado a pagar por entero el legado de renta vitalicia o pensión de alimentos.

Art. 1374.- Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este capítulo.

Art. 1375.- El preferido tendrá solamente derecho a que se le de la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

3. Jurisprudencia y ejecutorias importantes en materia de alimentos.

Cuando hace falta complementar lo expresado en la ley, cuando se está inmerso dentro de un juicio ante el Tribunal respectivo, es decir, para dar más elementos de valoración al Juez de lo Familiar que este conociendo de determinado asunto, es cuando los litigantes se auxilian de la interpretación de los máximos órganos de justicia nacionales sobre determinados preceptos legales.

La jurisprudencia se considera como la adecuación del derecho escrito a la realidad práctica mediante la interpretación y en su caso integración o complementación de la ley. La emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituida en Pleno o en Salas, o los Tribunales Colegiados de Circuito.

Cada uno de los órganos que emiten la jurisprudencia, dictan unas tesis o ejecutorias y si existen cinco tesis dictadas en el mismo sentido es cuando tienen fuerza obligatoria, surgiendo así la jurisprudencia.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 107, fracción XIII es la que da el valor obligatorio a la jurisprudencia;

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

convirtiéndose así en un artículo más, en un elemento más de la ley vigente en el país.

De esta forma, transcribo a continuación algunas jurisprudencias y ejecutorias como ejemplo de las cuales se valen los litigantes para probar el derecho que alegan ante el Juez de lo Familiar respectivo.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 59, Noviembre de 1992

Tesis: VI.2° J/228

Página: 70

ALIMENTOS ENTRE LOS CÓNYUGES.

Siendo la regla general, en cuanto a los alimentos de los cónyuges se refiere, la de que el marido debe darle alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, es concluyente que cuando en un caso la mujer demanda el pago de alimentos, al marido incumbe la obligación de probar que aquella no los necesita, bien porque tenga bienes propios o bien porque desempeñe algún trabajo o alguna profesión, oficio o comercio, ya que dejar la carga de esta prueba a la actora sería tanto como obligarla a probar hechos negativos, o sea que carece de empleo, de bienes y en general de toda fuente de ingreso, lo cual es sencillamente ilógico y antijurídico.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 235/88. José Fermín Cabrera Sánchez. 24 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Núñez Rivera.

Amparo Directo 40/90. Enrique Solís Turbín. 31 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Clavillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo Directo 175/90. Miguel Hernández Ortega. 11 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Clavillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo Directo 571/91. Herminia Ida Cuellar García. 22 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Clavillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Amparo Directo 360/92. Wenceslao Miguel Juárez Flores. 29 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Clavillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Esta jurisprudencia va encaminada para decirle al juez de lo familiar, el porque la mujer al interponer su demanda de alimentos no aporta los elementos de prueba necesarios donde acredite su necesidad alimenticia; ya que como menciona esta jurisprudencia se le estaría obligando a probar hechos negativos y en nuestro sistema jurídico el que tiene la obligación de probar un hecho, es decir jurídicamente hablando la carga de la prueba, es quien está afirmando el hecho a que haga alusión; así si el deudor alimentario logra probar que la mujer no

necesita los alimentos, ya que cuenta con medios para hacerlo por sí misma, tal vez el juez de lo familiar decida que no se otorguen los alimentos solicitados.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Diciembre de 1997

Tesis: XXI.1º J/9

Página: 558

ALIMENTOS. SU PROPORCIONALIDAD CUANDO AMBOS DEUDORES TRABAJAN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO).

De conformidad con el artículo 397 del Código Civil del Estado de Guerrero, la proporcionalidad de los alimentos es la que debe existir entre las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor; en tal circunstancia, si en el juicio natural queda demostrado que ambos padres perciben un salario, luego entonces, conforme a tal disposición, debe repartirse equitativamente la carga alimentaria de acuerdo a los ingresos obtenidos, pues en términos del precepto 392 del invocado ordenamiento, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, ya que si bien la posibilidad del deudor alimentista depende del monto de su salario o ingresos, o el valor de sus bienes, los que han de ser bastantes para cubrir la pensión alimenticia que le corresponde, también debe atenderse a sus propias necesidades, sobre todo cuando aquel se encuentra separado de sus acreedores

alimentarios, lo que obviamente ocasiona que los mismos sean mayores, pues las necesidades de los alimentistas han de establecerse atendiendo de manera preferente a los conceptos que se comprenden bajo la palabra alimentos, en los artículos 387 y 388 del referido Código Civil.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo Directo 328/95. Carlos Bello Suástegui, 10 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Salvador Vázquez Vargas.

Amparo Directo. 712/96. Oscar Javier Victoria Galeana. 23 de enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín Dzib Núñez. Secretario: Salvador Vázquez Vargas.

Amparo Directo 54/97. Sofia Campos Diaz y otros. 20 de febrero de 1997. Ponente: Joaquín Dzib Núñez. Secretario: Ernesto Jaime Ruiz Pérez.

Amparo Directo 270/97. Nelly Rosa Pineda Giles. 30 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín Dzib Núñez. Secretario: Salvador Vázquez Vargas.

Amparo Directo 483/97. Armando Bravo Alarcón. 28 de agosto de 1997. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Ignacio Cuenca Zamora.

Con esta jurisprudencia se puede acreditar que debe dividirse la obligación alimentaria entre los padres para dar alimentos a sus hijos, si se prueba fehacientemente que ambos tienen posibilidades económicas para proporcionarlos; pero que el juez de lo familiar debe valorar la situación de que alguno de ellos este separado de sus acreedores alimentarios o tal vez que ya

cuenta con otra familia y por lo tanto con otros acreedores alimentarios, motivo por el cual los gastos que tuviere serían mayores. Así que el juez de lo familiar no debe olvidar la característica de los alimentos referida a la proporcionalidad que se refiere a las necesidades del acreedor alimentista y a las posibilidades del deudor alimentista para cumplirla.

Sexta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Volumen: Tomo IV, Parte SCJN

Tesis: 40

Página: 26

ALIMENTOS. INCORPORACIÓN DEL ACREEDOR AL SENO DE LA FAMILIA DEL DEUDOR.

El derecho de incorporar al acreedor alimentario al domicilio del deudor, se encuentra subordinado a la doble condición de que el deudor tenga casa o domicilio propio y de que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor sea trasladado a ella y pueda obtener así el conjunto de ventajas naturales y civiles que se comprenden en la acepción jurídica de la palabra alimentos, pues fallando cualquiera de estas condiciones, la opción del deudor se hace imposible y el pago de alimentos tiene que cumplirse, necesariamente, en forma distinta de la incorporación.

Amparo directo 2017/55. Salvador Pedraza Gonzaga. 4 de julio de 1956.

Cinco votos.

Amparo Directo 5825/55. Lucas Cordero Rivera. 5 de julio de 1956. Cinco

votos.

Amparo Directo 627/56. Ellas Vázquez Angeles. 24 de septiembre de 1956.

Unanimidad de cuatro votos.

Amparo Directo 2396/56. Mario Hernández Serrano. 25 de octubre de 1956.

Cinco votos.

Amparo Directo 668/60. Guillermo Romero Ramírez. 8 de diciembre de

1960. Cinco votos.

Esta jurisprudencia es un complemento para los artículos 309 y 310 del Código Civil vigente, respecto a las dos opciones con que cuenta el deudor alimentario para cumplir con su obligación de prestar alimentos, es decir, incorporando al acreedor alimentario en su casa o proporcionándole una pensión. Por ejemplo, si el deudor alimentario llega a probar que no tiene un sitio fijo establecido como domicilio, ya que por su trabajo sólo estuviere viajando muy frecuentemente; aunque el acreedor alimentario solicite que se el incorpore a dicho domicilio, esto no podría ser posible. Entonces en su escrito respectivo el deudor alimentario manifiesta las imposibilidades con que se encuentre para no poder incorporar a su deudor alimentario en su casa, pudiendo incluir esta jurisprudencia, la cual tiene fuerza de ley, y el juez de los familiar decidirá muy probablemente que se cumpla con la obligación alimentaria mediante el pago de una pensión.

Séptima Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Volumen: Tomo IV, Parte SCJN

Tesis: 38

Página 25

ALIMENTOS. HIJOS MAYORES DE EDAD. OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS.

La obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayores de edad no desaparece por el sólo hecho de que éstos lleguen a esa edad, en virtud de que su necesidad no se satisface automáticamente por la sola realización de esa circunstancia.

Amparo Directo 3248/76. Miguel Estrada Romero. 11 de marzo de 1977. Mayoría de cuatro votos.

Amparo Directo 3746/76. Delfina Méndez de Sánchez. 28 de marzo de 1977. Mayoría de cuatro votos.

Amparo Directo 5487/76. Alfredo Guzmán Velasco. 27 de julio de 1977. Cinco votos.

Amparo Directo 845/77 Rosa Martínez de De la Cruz y otras. 27 de octubre de 1977. Cinco votos.

Amparo Directo 4797/74. Maria Francisca Hernández Uresti y otra. 17 de noviembre de 1977. Cinco votos.

Con esta jurisprudencia el acreedor alimentario que ya tuviere la mayoría de edad, es decir, 18 años cumplidos, en estricto sentido ya no tendría la posibilidad de reclamar alimentos, sin embargo puede acreditar que se encuentra estudiando por lo cual no puede mantenerse por sí mismo; así que en su demanda respectiva señala como uno de sus motivos para solicitar los alimentos sus estudios e incluye ésta jurisprudencia y otras relacionadas con dicho supuesto; es muy probable casi seguro, que el juez de lo familiar resuelva que si se deben otorgar alimentos a quien acredite estas circunstancias. Ya que el hecho de llegar a cumplir la mayoría de edad no implica necesariamente que ya se este en aptitud para satisfacerse por sí mismo la necesidad alimenticia.

Novena Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Agosto de 2001

Tesis: 1ª /44/2001

Página: 11

ALIMENTOS. REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA FIJAR EL MONTO DE LA PENSION POR ESE CONCEPTO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE CHIAPAS).

De lo dispuesto en los artículos 308, 309, 311 y 314 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos 304, 305, 307 y 310 del Estado de Chiapas, se

advierte que los legisladores establecieron las bases para determinar el monto de la pensión alimenticia, las cuales obedecen fundamentalmente a los principios de proporcionalidad y equidad que debe revestir toda resolución judicial, sea esta provisional o definitiva, lo que significa que para fijar el monto de esta obligación alimentaria debe atenderse al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades reales del deudor para cumplirla, pero, además debe tomarse en consideración el entorno social en que estos se desenvuelven, sus costumbres y demás particularidades que representa la familia a la que pertenecen, pues los alimentos no sólo abarcan el poder cubrir las necesidades vitales o precarias del acreedor, sino el solventarle una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el status aludido; de ahí que no sea dable atender para tales efectos a un criterio estrictamente matemático, bajo pena de violentar la garantía de debida fundamentación y motivación consagrada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, eventualmente, hacer negatorio este derecho de orden público e interés social.

Contradicción de tesis 26/2000-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 4 de abril de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Tesis de Jurisprudencia 44/2001. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión de 23 de mayo de 2001, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo; Humberto

Romás Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Ausente: Juventino V. Castro y Castro.

Esta es una de las jurisprudencias que puede utilizar el acreedor alimentario, al presentar su demanda de alimentos ante el juez de lo familiar para cuando existe la situación de que el deudor alimentario sea un trabajador independiente y por lo tanto no exista una manera 100% segura de comprobar sus ingresos; es entonces cuando se solicita que se atienda al nivel de vida que exista hasta el momento de que surja la necesidad de reclamar alimentos; ya que atendiendo a la característica de la proporcionalidad se deben analizar las posibilidades con que cuente el deudor alimentario para proporcionar los alimentos y si se puede comprobar que estas posibilidades son las mismas, entonces el juez de lo familiar debe fijar una pensión alimenticia tomando en consideración estas características. De esta forma quien necesita los alimentos puede seguir gozando del mismo nivel de vida a que este acostumbrado.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Julio de 2001

Tesis: VI.2º.C.J/205

Página: 943

ALIMENTOS. MONTO DE LA PENSION PROVISIONAL Y DEFINITIVA.

El juzgador no está obligado a fijar como pensión alimenticia definitiva la misma que con anterioridad había señalado con el carácter de provisional, pues si bien es cierto que algunas ocasiones la pensión provisional y definitiva coinciden, ello no quiere decir que el aumento o disminución que el juez hubiera efectuado de la pensión provisional, antes de dictar sentencia definitiva, necesariamente debe trasladarse a esta, pues de hacerlo así se dejaría prácticamente sin materia la decisión de la sentencia. Es preciso examinar en cada caso concreto para determinar si debe o no fijarse como pensión alimenticia la misma que se fijó como provisional.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 78/92. Allagracia Gutiérrez Aparicio. 7 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo directo 499/93. María del Socorro López Bello. 28 de octubre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Amparo directo 554/98. Catalina Aguilar Navarrete. 11 de septiembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Amparo directo 643/99. María Antonieta Griselda Herrera Ortega. 15 de octubre de 1999 Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Zapata Huesca.

Amparo directo 245/2001. María Laura Rodríguez Molina. 31 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: María Elisa Tejeda Hernández. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Esta jurisprudencia puede servir perfectamente para cuando quien necesite alimentos, quiere hacerle hincapié al juez de lo familiar para que analice más minuciosamente todas las pruebas y demás circunstancias que se desarrollen a través del juicio de alimentos, con las cuales se llegue a demostrar que puede fijarse una pensión alimenticia definitiva mayor a la que se determinó como provisional al momento de presentarse y aceptarse la demanda; por ejemplo puede darse el caso de que los ingresos de quien debe otorgar los alimentos se incrementen, y así atendiendo a la característica de proporcionalidad por la que la pensión debe ser según las posibilidades del deudor alimentario; dándose esta circunstancia el juez de lo familiar debe condenar a éste a una pensión alimenticia definitiva mayor a la que determinó como pensión provisional. Ya que en la mayoría de los juicios sobre alimentos la pensión alimenticia que se fija como provisional es la misma que queda como definitiva.

APÉNDICE

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO MEXICANO

1. SIMILITUDES

- ✍ En cuanto al derecho real y derecho personal se sigue considerando la idea del antiguo derecho romano sobre los ámbitos del derecho real y el derecho personal. Esto es, el derecho real como el poder absoluto que se tiene sobre una cosa determinada de la que una persona sea propietario por el que todas las demás personas son sujetos pasivos, por lo que existe una relación directa entre el sujeto y el objeto. Y el derecho personal como una relación entre personas individualmente determinadas donde uno es acreedor y otro es deudor.
- ✍ La obligación sigue siendo el vínculo creado por el derecho por el que una o varias personas quedan sujetas a otras a cumplir cierta prestación.

- ✍ Las fuentes de la obligación siguen siendo como en el antiguo derecho romano los contratos y los delitos.
- ✍ En una obligación considerada natural, en la antigua Roma, como actualmente, como cuando se otorgan alimentos a un hijo no reconocido no existe forma de accionar para recuperar el pago; por existir el cumplimiento voluntario se producen efectos jurídicos desapareciendo entonces la obligación.
- ✍ Tanto en Roma como actualmente en el derecho mexicano, la familia es la principal fuente para la existencia de la pensión alimenticia.
- ✍ Los alimentos siguen siendo los bienes necesarios para la subsistencia de una persona que es incapaz para proporcionárselos por sí misma.
- ✍ Los esposos se deben alimentos mutuamente tanto en el antiguo derecho romano como ahora en el derecho mexicano.
- ✍ Los principales responsables para dar alimentos a los hijos son los padres, debido a la patria potestad que ejercen sobre ellos, tanto en el derecho romano como en el actual derecho mexicano.
- ✍ La figura de la patria potestad ha sufrido mínimas modificaciones desde el derecho romano, ya que actualmente sigue teniendo la esencia considerada anteriormente.
- ✍ Para la distribución de la carga de pagar la pensión alimenticia se consideran los parientes más próximos en grado.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- ✍ Después del siglo II d.C. se consideró en Roma la reciprocidad para otorgar alimentos, esto es, que el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos; igual que ahora en el derecho mexicano.
- ✍ En el antiguo derecho romano la cuestión de la determinación de una pensión alimenticia se resolvía en un juicio sumario (*summatim cognoscere*), sucediendo lo mismo actualmente en el derecho mexicano se resuelve esta cuestión con un juicio sumario sobre alimentos.
- ✍ Desde el año 326 a.C. no se podía tener prisioneros por deudas civiles, lo que sigue sucediendo ahora en el derecho mexicano.

2. DIFERENCIAS

- ✍ La constitución de la antigua familia romana no era igual como ahora la consideramos en el derecho mexicano.
- ✍ La figura del paterfamilias en la forma concebida en el derecho romano como el señor absoluto de la familia, es algo que ya no existe en el actual derecho mexicano.
- ✍ La idea romana de quien podía ser considerado como persona según la teoría de los tres estatus, siéndolo solamente el paterfamilias es algo que no existe en el derecho mexicano, ya que se es persona desde que se está en el vientre materno.
- ✍ El poder del paterfamilias era tan grande que hasta podía disponer si un hijo vivía o moría según la Ley de las XII Tablas, lo que por supuesto ahora en el derecho mexicano ya no existe.
- ✍ La disposición de la Ley de las XII Tablas en la cual si nacía un niño déforme o monstruoso debía ser muerto inmediatamente.
- ✍ La antigua familia romana era como una pequeña monarquía, donde el rey era el paterfamilias.
- ✍ Por ser el paterfamilias una persona y por lo tanto quien podía tener realmente un patrimonio, ya que sólo él podía ser

propietario, era el primer obligado para otorgar alimentos en el antiguo derecho romano.

- ✍ La patria potestad sólo podía ser ejercida por el paterfamilias.
- ✍ La mujer excepcionalmente contribuía con los alimentos a los hijos considerados como ilegítimos, con lo que era su dote.
- ✍ La dote de la mujer como el conjunto de bienes que le otorgaba su padre al casarse, ya no existe en el derecho mexicano.
- ✍ La mujer en el antiguo derecho romano no podía valerse por sí misma, ya que siempre dependía de su padre o de su marido; existió la figura de materfamilias pero sólo era un título honorífico, algo que ahora en el derecho mexicano ya no existe.
- ✍ Mientras cualquier individuo estuviera considerado dentro de la familia de un paterfamilias, como por ejemplo los adoptados, este paterfamilias era el responsable por los integrantes de su familia. Ahora en el derecho mexicano también puede ser responsable la mujer.
- ✍ El paterfamilias tenía todo el derecho de casar o dar en matrimonio a sus hijos sin su consentimiento o deshacer un matrimonio existente.
- ✍ En cuanto al parentesco en el antiguo derecho romano no se consideraba igual que actualmente en el derecho mexicano. Al principio el más importante fue el parentesco agnaticio, que

era el que unía a los parientes por línea masculina comprendiendo a todas las personas que se encontraban bajo la autoridad de un mismo paterfamilias.

- ✍ Ahora en el derecho mexicano los alimentos son tan importantes que son considerados de orden público e interés social; lo que en la antigua Roma no sucedía.
- ✍ Lo que comprenden los alimentos actualmente en el derecho mexicano es mucho más completo que en el derecho romano; ahora son la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, hospitalaria, gastos de embarazo y parto; respecto de los menores además los gastos para su educación y para proporcionarles algún oficio, arte o profesión; se consideran expresamente las personas con alguna discapacidad a los que se debe dar lo necesario para su desarrollo; y a los ancianos que carezcan de capacidad económica.
- ✍ Ahora en el derecho mexicano se hace un análisis sobre las posibilidades de quien debe dar los alimentos o recibirlos, lo que no sucedía en el antiguo derecho romano.
- ✍ En una obligación natural, como es el caso de la pensión alimenticia, en el antiguo derecho romano sólo se contaba con la voluntad del deudor para cumplirla.

CONCLUSIONES

Primera.- Después de haber realizado el presente estudio, es bastante sorprendente descubrir, a pesar de saber que nuestro sistema jurídico pertenece a la ideología del antiguo derecho romano; que las diferencias entre el pasado y ahora son realmente mínimas, lo esencial del pensamiento jurídico son ideas que no pueden cambiar a través del tiempo; ya que el derecho siempre va a procurar la armonía y el bienestar de la sociedad en que se encuentre vigente.

Segunda.- La esencia de la teoría de las obligaciones como se consideraba en el derecho romano, es la base con la cual se estructura ahora la obligación en el derecho positivo mexicano.

Tercera.- Es muy importante entender los conceptos de derechos reales y personales, ya que conociéndolos es como se puede entender a la obligación.

Cuarta.- El derecho romano si consideraba tanto en las Instituciones de Justiniano como en el Digesto, dos de las más importantes legislaciones de esa época, una definición de lo que es la obligación; y ahora del cuerpo del Código Civil Vigente no se desprende definición alguna de obligación. Sólo se contempla que nace la obligación tanto de un contrato como de un acto ilícito, lo cual también sucedía en el derecho romano.

Quinta.- Algo muy característico de la antigua Roma era la constitución de la familia o domus, la cual era como una forma de gobierno monárquico, existiendo únicamente un rey, que era el paterfamilias (padre de familia), quien tenía todo el poder tanto de personas como de cosas; se le debía un profundo respeto casi como si fuera un dios. La familia romana era típicamente patriarcal.

Sexta.- La máxima manifestación del poder del paterfamilias era cuando disponía la vida o la muerte a uno de sus hijos; pero esta cruel disposición evolucionó teniendo después el paterfamilias y sus hijos derechos y deberes mutuos, al grado de que llegó un momento en el que los hijos, aún de que le debieran un respeto a su padre podían ejercitar alguna acción en su contra.

Séptima.- El papel de las mujeres, al igual que en la mayoría de la historia del mundo, estaba relegado, era de segundo orden.

Octava.- Los alimentos son parte de una obligación natural desde el derecho romano, lo que fue transmitido al derecho mexicano actual; quien voluntariamente realiza un pago por un deber moral no tiene ninguna acción a su favor por si quiere recuperar ese pago.

Novena.- En la antigua Roma existía la obligación de proporcionar alimentos a los sujetos con los que se tenía relación por el parentesco; esta obligación alimentaria se transmitió al Código Civil Vigente, acrecentando el deber

de proporcionar alimentos a las personas incapaces; por lo que una regla moral se convierte en un precepto jurídico.

Décima.- Al principio en la antigua Roma el parentesco más importante fue el agnaticio en el cual nada tenían que ver los lazos de sangre; aunque después el emperador Justiniano dio la debida importancia al parentesco cognaticio o de sangre; por lo que se dio el reconocimiento debido, llegando así hasta la actualidad en el derecho mexicano. Según mi parecer siempre debe considerarse primero a los parientes ligados por vínculos de sangre ya que por este motivo son más cercanos entre sí, por lo que sienten más la necesidad de ayudarse mutuamente en caso de ser necesario.

Décima primera.- Al ir evolucionando la figura de la patria potestad en Roma llegó hasta el punto en el cual se dio la posibilidad a los hijos para reclamar alimentos al paterfamilias, pero por esto también los hijos a su vez debían proporcionarlos en caso de ser necesario; actualmente esta reciprocidad de proporcionarse alimentos entre si está contemplado en el Código Civil Vigente.

Décima segunda.- Para el caso de los alimentos, por ser una necesidad vital debe existir una resolución rápida; para lo cual el antiguo derecho romano tomando en cuenta esta importancia creó un juicio sumario denominado *summatim cognoscere*, ya que como ellos lo decían "el estómago no puede esperar" (*venter non patitur dilaciones*) y esto transmitido a la actualidad desde el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

escrito inicial de demanda de divorcio, se le solicita al juez de lo familiar que fije la pensión alimenticia provisional de inmediato.

Décima tercera.- Es trascendental como el derecho romano llegó hasta España y siendo este país el que nos invadió, es así como México lo recibió. Al principio sólo se utilizaba el sistema jurídico español; pero como existían situaciones en las cuales había que tomar medidas especiales surgieron disposiciones para adecuar lo necesario.

Décima cuarta.- Llegó el momento en el cual la nueva nación, México, necesitaba tener sus propias disposiciones jurídicas; pero claro tomando como base lo que ya conocía con toda la influencia del derecho romano. Así durante la etapa del México independiente se empiezan a crear los Códigos para conjuntar la reglamentación existente e ir creando el derecho mexicano con el cual contamos actualmente.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar Gutiérrez, Antonio. Síntesis de Derecho Civil en Panorama del Derecho Mexicano. T. II. México. UNAM, Publicaciones del Instituto de Derecho Comparado, 1965.
2. Arangio-Ruiz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Trad. de la 10ª ed. Italiana por Caramés Ferro, José. Argentina. Ediciones Depalma, 1986.
3. Arias Ramos, J. Derecho Romano. T. I Obligaciones, Familia, Sucesiones. 18 ed., 3ª. reimp. España, Ed. Revista de Derecho Privado, 1991.
4. Basadre, Jorge. Los Fundamentos de la Historia del Derecho. Perú. Editorial Universitaria. 1967.
5. Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano. México. UNAM, Facultad de Derecho, 1992.
6. Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano, 5ª ed. España, Instituto Editorial Reus, 1979.
7. Carames Ferro, José M. Instituciones de Derecho Privado Romano. Argentina. Ed. Perrot, 1963.
8. Cuenca, Humberto. Proceso Civil Romano. Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

9. Chibly Abouhamad Hobaica. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano II. Derecho de Obligaciones. T. II. 2ª ed. Venezuela. Ed. Jurídica Venezolana, 1978.
10. D'Ors. Derecho Privado Romano. 8ª ed. España. Ediciones Universidad de Navarra, 1991.
11. De la Rada D. Fabio et al. Elementos de Derecho Romano, con cuadros sinópticos y precedidos de una Introducción Histórica. México, Ed. Nacional, 1966.
12. De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Vol. I. 18ª ed. México. Ed. Porrúa, 1993.
13. Di Pietro, Alfredo. Manual de Derecho Romano, 4ª ed. Argentina. Ediciones Depalma, 1992.
14. El Digesto de Justiniano, por D'Ors y otros. Tomo III. España. Ed. Aranzadi, 1975.
15. Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. T. I. 2ª ed. México, Ed. Porrúa, 1984.
16. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 15ª ed. México, Ed. Porrúa, 1997.
17. García-Gallo, Alfonso. Manual de Historia del Derecho Español, 4ª ed., vol. I. España. Ed. Artes Gráficas y Ediciones, 1974.
18. González, María del Refugio. Historia del Derecho Mexicano en Teoría General del Derecho, Historia del Derecho Mexicano y Derecho Constitucional Mexicano. Coordinadores Jorge Madrazo y J. de Jesús Orozco Enriquez. México. Ed. UNAM, Dirección General de Proyectos Académicos, 1987.

19. Güitrón Fuentevilla, Julián. Derecho Familiar. 2ª ed. México. Ed. UNACH (Universidad Autónoma de Chiapas), 1988.
20. Iglesias González, Roman y Morineau Iduarte, Marta. Derecho Romano. 4ª ed. México, Ed. Oxford University Press, 1999.
21. Iglesias, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Romano, 7ª ed. España, Ed. Ariel, 1982.
22. Instituciones de Justiniano, por Ortolán. Argentina. Ed. Heliasta, 1976.
23. Institutas de Gayo por Di Pietro. Argentina. Ediciones Librería Jurídica, 1967.
24. Libro del Cincuentenario del Código Civil. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. UNAM, 1978.
25. Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 22ª ed., México, Ed. Esfinge, 1997.
26. May, Gaston. Eléments de droit romain. Francia, Ed. Librairie du Recueil Sirey, 1932. Traducción por la autora.
27. Morales, José Ignacio. Derecho Romano, 3ª ed. México, Ed. Trillas, 1992.
28. Oderigo, Mario N. Sinopsis de Derecho Romano, 6ª ed. Argentina, Ediciones Depalma, 1982.
29. Ortolán, J. Histoire de la législation romaine; Francia, Ed. Librairie Plon, 1884.
30. Ortolán. Compendio del Derecho Romano. Argentina, Ed. Heliasta, 1978.

31. Paulo. Sentencias. Libro Segundo Interpretatio. Versión de Marta Patricia Irigoyen Troconis, México, Ed. UNAM.
32. Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. La Obligación Alimentaria, Deber Jurídico. Deber Moral. 2ª ed México. Ed. Porrúa, 1998.
33. Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México, Ed. Epoca, 1977.
34. Rodríguez de San Miguel, Juan N. Pandectas Hispano-Mexicanas. Estudio Introductorio de María del Refugio González. 4ª ed. México. Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
35. Savigny Friedrich, Karl Von. Sistema del Derecho Romano Actual. Traducción por Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2ª ed. España. Ed. Góngora, 1779-1861.
36. Schulz, Fritz. Derecho Romano Clásico. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. España. Bosch Casa Editorial, 1960.
37. Scialoja, Vittorio. Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos. Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
38. Urquidi Ortiz, Raúl. Oaxaca cuna de la codificación iberoamericana. México. Ed. Porrúa, 1974.
39. Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Curso de Derecho Romano, 11ª ed. México, Porrúa, 1992.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

I. Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California. Reformado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por Decreto de 14 de diciembre de 1883. México. Imprenta de Francisco Díaz de León. 1884.

II. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. México. Imprenta del Gobierno, en palacio a cargo de José María Sandoval, 1872.

III. Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal. México. Ed. Porrúa, 1993.

IV. Exposición de motivos de los Cuatro Libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que hizo la Comisión redactora al presentar el Proyecto al Supremo Gobierno, Lic. Benito Juárez, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, dado en el salón de sesiones del Congreso de la Unión el 8 de diciembre de 1870. Tip. De J. M. Aguilar Ortiz, México de 1872.

V. Ley de Relaciones Familiares. Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana. Tomo V, 4ª época. 14 y 16 de abril de 1917. Números 87 y 88.