

## ENJUICIAMIENTO Y CRITICA DEL ORDENAMIENTO VIGENTE EN MATERIA DE ALIMENTOS\*

En la primera parte de este Capítulo, hemos sistematizado de un modo diferente las normas relativas al derecho alimentario, que en el ordenamiento nacional se hallan diseminadas en diversos cuerpos de leyes, en el intento de lograr mayor coherencia en el conjunto.

En este segundo sub-capítulo, haremos un enjuiciamiento de aquellas normas, con el objeto de poner en relieve algunas de sus características y eventualmente de sus vacíos y deficiencias. Antes de iniciar esta labor, dos advertencias nos parecen oportunas: a) La de que, dada la amplitud de la materia, habremos de limitarnos a tres áreas de crítica, a saber, la de la implementación de las disposiciones constitucionales, la de las contradicciones reales o aparentes que presenta el ordenamiento vigente, y la de las deficiencias que nos parece advertir en un número de las disposiciones legales más importantes; y b) La de que, de momento, no cuestionamos el sistema dentro del cual se institucionaliza actualmente en el Perú la relación alimentaria, cuestión ésta de mucha trascendencia, acerca de la cual diremos algo más adelante.

### A. Implementación de las Normas de carácter Declarativo contenidas en la Constitución.

En términos generales, las normas de carácter declarativo contenidas en la Constitución (artículos 51-52-72-79) encuentran su implementación en todas y cada una de las normas que —protegiendo a la familia y haciendo efectivo su derecho alimentario entre otros— se hallan distribuidas en los cuerpos legales que conforman el ordenamiento positivo peruano.

\* El presente documento constituye parte de la tesis de Bachiller de la autora, denominada “El Derecho Alimentario en la Teoría jurídica, en la Ley y en la Vida Real”, que fuera aprobada con mención de publicación.

No obstante, de modo particular, dicha implementación la realizan las normas del Código de Menores, del Código Civil, del Código Penal y de la Ley de Abandono de Familia N° 13906, de la Ley General de Educación y del Código de Procedimientos Civiles, que señalamos más adelante.

### 1. Artículo 51. Constitución

“El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”.

La declaración referente a la protección legal de la maternidad, la familia y el matrimonio, contenida en este dispositivo, se implementa en la totalidad de las normas incluidas en el Libro Segundo del Código Civil y en alguna del Libro Primero, así como en diversas disposiciones del Código de Menores, en la Ley de Abandono de Familia y en la legislación laboral; pero de modo más concreto, en el artículo 4º del texto legal sustantivo, que otorga a la mujer en estado grávido el derecho de pedir el reconocimiento de su estado; en las dos primeras Secciones del Libro Segundo, consagradas íntegramente a legislar sobre el casamiento, y, de modo particular, en los artículos 164 que garantiza la subsistencia de la esposa y madre y 369-370 que conceden a la madre ilegítima determinados derechos alimentarios, de resarcimiento de gastos y de indemnización de daño; en el artículo 789 que asegura alimentos a la madre embarazada cuando ha de diferirse la partición; en el artículo III del Código de Menores que reconoce que la asistencia al menor comprende a la madre y a la familia; y en el artículo 2º de la Ley de Abandono de Familia, que sanciona a quien abandonare en situación crítica a una mujer que ha embarazado fuera de matrimonio.

Debe mencionarse, igualmente, en este sentido, las normas del Derecho Laboral que conceden a la ma-

dre trabajadora un derecho a descanso pre y post-natal remunerado.

## 2. Artículo 52, Constitución

“Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a los organismos técnicos adecuados”.

## 3. Artículo 72, Constitución

“La enseñanza primaria es obligatoria y gratuita”.

## 4. Artículo 79, Constitución

“La educación moral y cívica del niño es obligatoria y se inspirará necesariamente en el engrandecimiento nacional y la solidaridad humana”.

Como en el caso del artículo 51, la implementación de los anteriormente transcritos se encuentra, in genere, en la globalidad de las leyes contenidas en los códigos civil, de menores, penal, de procedimiento, así como en disposiciones especializadas. De entre ellas, sin embargo, se puede mencionar de modo particular las siguientes:

a.— Artículos 158, 164, 195 incisos 1º y 2º, 377, 390, 398 incisos 1º, 2º y 3º, 399, 441, 367, 702, 454, 456, 466, 469 y 470 del Código Civil, que consagran y regulan el ejercicio del derecho alimentario de los hijos legítimos, legítimados, adoptivos, ilegítimos reconocidos y declarados e ilegítimos simplemente alimentistas. Artículos 299, 300, y 308, 353, 366 y 374, que emplazan en su status al hijo legítimo y al ilegítimo, respectivamente,

b.— Artículos 23, 24 y 76 del Código de Menores, que tienden a asegurar la instrucción elemental a los menores y sancionan a quienes la desatienden. Artículos 105, 107 y 108, que se refieren a los menores abandonados.

c.— Artículos 1, 3 y 7 de la Ley de Abandono de Familia, que sancionan el incumplimiento de la obligación alimentaria en favor de menores, el abandono de los mismos, y elevan al 50% la proporción de las rentas del trabajo embargable por razón de deudas alimentarias.

d.— Artículo 33 del Código Penal que priva de la patria potestad a quienes delinquen en agravio de sus hijos; 79, que persigue asegurar la alimentación de los hijos del condenado a pena privativa; 137, 138 y 139, que dictan medidas especiales en favor de los menores que cometen actos calificados como delitos o faltas; 179 y 181, que sancionan el abandono de menores en peligro; 184, que configura con el maltrato de los hijos delitos de diversa gravedad; y 159 a 164 que penan el delito de aborto.

e.— Artículos 5, 6, 7, 8 a 11, 14, 16, 17 y 26 de la Ley General de Educación que buscan asegurar la instrucción y educación de los menores.

f) Leyes Nos. 2760, 8139, 8563 y 13724, que persiguen asegurar la subsistencia y la salud física mental y moral de los menores a través de la embargabilidad de rentas del trabajo.

g.— Ley Nº 7904, Decreto Supremo Nº 287-68-HC y Código Tributario, que, al permitir deducciones y establecer preferencias en favor del crédito alimentario, buscan, también, asegurar la vida, salud y educación de la infancia.

h.— Leyes de procedimiento, tendientes a normar las acciones pertinentes.

No obstante la recta intención del legislador, su preocupación por implementar la norma contenida en el artículo 51 de la Constitución y la proliferación de leyes dictadas con tal propósito, difícilmente se podría sostener que dicha implementación haya quedado finalmente terminada.

Sin descender al detalle minucioso —campo en el cual ninguna ley será jamás perfecta—, cabe, sin embargo, señalar las siguientes deficiencias fundamentales:

a) En primer lugar, es un hecho real que, gústenos o no (a nosotros, por ejemplo, no nos gusta), la familia en el Perú se constituye, en proporciones casi iguales, sobre dos bases: la matrimonial y la extra-matrimonial. No obstante, la mayoría de las normas dictadas en favor de la madre se refiere sólo a la casada.

b) En segundo término, aun la familia matrimonial resulta marginada por la ley, pese a la genérica disposición constitucional, en lo que concierne al matrimonio religioso que, pese a responder a muy hondas convicciones del país, carece de efectos civiles.

c) De otro lado, la misma familia de base matrimonial civil suele aparecer amenazada por la propia ley, cuando, por ejemplo, abre ancho camino a la disolución del vínculo.

d) Finalmente, la ley no siempre ha cumplido su papel, aunque en algunos casos no fuera decisivo, en la tarea de conjurar la gravitación de factores extra-jurídicos que inciden negativamente en la estabilidad de las instituciones que enumera el artículo 51 constitucional; factores éstos a los que haremos referencia más explícita en otro Capítulo de la presente tesis.

En lo que concierne a los artículos 52, 72 y 79 de la Carta Fundamental, hay que señalar que la implementación abarca un vastísimo campo; y que si alguna crítica merece la obra legislativa al respecto, sería la de cierta inconexión derivada de las distintas épocas y criterios en que se inspiraron sus distintas normas y en la tardanza con que algunas, como la sanción del delito de abandono de familia, fueron dictadas.

En el terreno de los hechos, el inmenso número de niños, jóvenes y adultos analfabetos, desnutridos y frustrados que registra la población del país debe tomarse como demostración, al mismo tiempo, de que no todas las causas del grave fenómeno pueden ser erradicadas a base de leyes, pero también de que éstas no han implementado a plenitud todavía las pautas de la Constitución.

#### **B. Solución de la contradicción aparente o real de las normas sobre Alimentos contenidas en distintos cuerpos legales**

El problema que se plantea, respecto de la contradicción aparente o real entre las normas de alimentos, ubicadas en los distintos cuerpos legales, lo tenemos en la cuestión referente a la **posibilidad de embargo de los sueldos, salarios, rentas, pensiones, indemnizaciones, por concepto de deudas alimenticias y al monto en que es factible hacer efectiva dicha medida.**

a.— Tenemos en primer lugar, tres tipos de normas que se ocupan del problema:

1. Código de Procedimientos Civiles
2. Leyes Laborales
3. Ley de Abandono de Familia

#### **1. Artículo 617, inciso 4º, Código de Procedimientos Civiles.**

“No son embargables:

4º Las dos terceras partes de los emolumentos, sueldos y rentas de los **funcionarios y empleados de toda clase** y de los **beneficiados**, aunque haya pacto en contrario, pero puede embargarse **una de esas dos terceras partes**, por deudas provenientes de pensiones alimenticias, cuando la **tercia de libre ejecución** esté ya embargada por acreedor de distinto orden”.

2.

#### **a) Artículo 1º, Ley Nº 2760, 26-6-1918.**

“No pueden embargarse las pensiones de *montepío*, sino por deudas alimenticias y sólo hasta la *cuarta parte*; y las de *jubilación, cesantía o retiro*, sólo hasta la *tercera parte* y por deudas de la misma naturaleza. Tampoco podrán embargarse los *sueldos de los empleados públicos*, ni los *salarios de los obreros, artesanos y jornaleros*, sino por deudas de la misma naturaleza y sólo hasta la *tercera parte*”.

#### **b) Artículo 1º, Ley Nº 8139, 6-12-1935.**

“Las *indemnizaciones* a que se refiere la Ley Nº 4916 y sus complementarias son *embargables* sólo por alimentos, *hasta una tercera parte*, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles”.

#### **c) Artículo Unico, Ley Nº 8562, 19-8-1937.**

“Considerando:

Que el artículo primero de la Ley Nº 2760 de 26 de julio de 1918, preceptúa que no podrán ser embargados los sueldos de los empleados públicos ni los salarios de los obreros, artesanos y jornaleros, sino por deudas alimenticias y sólo hasta la tercera parte.

Que la razón que informa el espíritu de aquella ley de garantizarle al empleado público y al trabajador el percibo regular de una renta que le permita atender a sus necesidades y a las de su familia, funciona también respecto de los empleados de comercio y de la industria, a los cuales, conforme a lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 617 del Código de Procedimientos Civiles, se les puede llegar a descontar hasta las dos terceras partes de sus sueldos.

Que es de innegable justicia hacer extensivos a dichos empleados de comercio y de la industria, la disposición protectora mencionada en la ley N 2760:

**Artículo Unico.** Declárase comprendidos a partir de la fecha de esta ley, en el artículo 1º de la Ley Nº 2760, a los **empleados de comercio e industria.**

**3. Artículo 7º, Ley de Abandono de Familia Nº 13906, 18-1-62.**

“Los *emolumentos, sueldos, salarios, pensiones, rentas, de los funcionarios y empleados de toda clase* pueden ser *embargados* hasta el 50% de su monto total, *inclusive* asignaciones, bonificaciones, gratificaciones, viáticos, etc., por deudas provenientes de pensiones alimenticias”.

b.— A efectos de solucionar la aparente contradicción resultante del texto de las disposiciones citadas, debemos efectuar distinciones importantes, de conformidad con dos criterios de calificación:

1º tipo de “renta” de que se trata, entendiendo “renta” como todo ingreso derivado del trabajo.

2º categoría o clase del “empleado” a que se hace referencia, también en su más amplia acepción, como todo aquel que realiza una labor remunerada.

En consecuencia, podemos **ubicar ya las diferentes normas anotadas, de acuerdo a estos dos criterios generales, dentro del sub-tipo que les corresponda:**

**1. Tipo de renta:**

a) **Normas que hablan de “renta” en su sentido más amplio** (emolumentos, sueldos, rentas, pensiones).

1. Artículo 617 inciso 4º, Código de Procedimientos Civiles: 1/3 parte.

1/3 parte adicional en caso de embargo de aquélla por acreedor de distinto orden.

2. Artículo 7º, Ley de Abandono de Familia Nº 13906. 50% de su monto total.

**NOTA:** Cabe aclarar que **el enunciado contenido en esta ley es aun más —por más específico— amplio** que la disposición encerrada en el Código de Procedimientos Civiles, **si bien los conceptos coinciden plenamente.**

b) **Normas que hablan únicamente de cierto tipo de “rentas”** (pensiones de montepío, jubilación, cesantía, retiro, otras indemnizaciones).

1. Artículo 1º, Ley Nº 2760:

Montepío: sólo hasta la cuarta parte

2. Artículo 1º, Ley Nº 2760:

Jubilación, Cesantía, Retiro: sólo hasta la tercera parte.

3. Artículo Unico, Ley Nº 8139:

Indemnizaciones Ley Nº 4916 (compensación de sueldos por retiro o cese en el empleo): hasta tercera parte de conformidad con el artículo 617, inciso 4º, del Código de Procedimientos Civiles.

c) **Normas que hablan únicamente de cierto tipo de “remuneraciones básicas”** (sueldos, salarios):

Artículo 1º, Ley Nº 2760.

**2. Categoría o Clase del “empleado”:**

a) **Normas que hablan de “funcionarios” y de “empleados” de toda clase:**

1. artículo 617, inciso 4º, Código de Procedimientos Civiles.

2. Artículo 7º, Ley de Abandono de Familia Nº 13906.

b) **Normas que se refieren únicamente a los empleados públicos.**

1. Artículo 1º, Ley Nº 2760.

c) **Normas que se refieren a obreros, artesanos, jornaleros.**

1. artículo 1º, Ley Nº 2760.

d) **Normas que se refieren a Empleados del Comercio y de la Industria.**

1. Ley Nº 8562, Artículo Unico

2. Ley Nº 2760 (en virtud de aquélla).

**c.— Observaciones.**

Realizada la clasificación de las normas pertinentes, de acuerdo a los criterios mencionados, cabe efectuar las siguientes observaciones, surgidas como consecuencia de este análisis:

1. Podemos preguntarnos **sobre el significado exacto de la expresión “empleados de toda clase”**, utilizada en los artículos 617 del Código de Procedimientos Civiles y 7º de la Ley de Abandono de Familia Nº 13906, **en el sentido de** si puede entenderse como tales, sólo a los **empleados strictu sensu** (públicos, de comercio y de la industria) o hacer extensiva dicha expresión también a los obreros, artesanos y jornaleros.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que en la doctrina general del derecho de trabajo y en el derecho

positivo laboral peruano, existe **diferencia entre el empleado y el obrero**; así, en un principio, se consideraba como empleado a todo aquel que realizaba labor predominantemente intelectual; y como obrero, a quien efectuaba un esfuerzo predominantemente físico.

Este criterio ha sido superado hoy en día, tomándose como empleado a todo aquel que lleva a cabo una labor de responsabilidad, aun cuando lo haga a través de un esfuerzo físico.

Consecuencia importante se deriva de la conclusión a que se llegue en este punto, por cuanto que —de aceptarse una interpretación amplia del término “empleados de toda clase”— la Ley de Abandono de Familia estaría derogando implícitamente (como lo hace con el artículo 617, inciso 4º del Código de Procedimientos Civiles) el artículo 1º de la Ley Nº 2760, con independencia de la posibilidad de que se dé tal derogatoria por efecto de la dación de ley posterior, situación que —evidentemente— no se produciría de acogerse una interpretación restringida de la citada expresión, pues —entonces— la Ley Nº 2760 seguiría vigente en lo que al artículo 1º se refiere, en la parte que trata de los obreros, artesanos y jornaleros.

2. Observación derivada de la anterior surge cuando se plantea la posibilidad de una derogación tácita de normas por otras posteriores, observación que encierra dos cuestiones fundamentales:

- a) ¿es posible —dentro del sistema legal peruano— la derogatoria tácita de una ley por otra posterior?;
- b) en caso de ser negativa la respuesta, ¿cómo se salvaría la contradicción que pudiera darse en el contenido de una y otra norma?

**El artículo I del Título Preliminar del Código Civil** dice expresamente: “**Ninguna ley se deroga sino por otra ley**”. Esta redacción amplia del artículo admite las dos formas posibles de derogación, expresa y tácita, siempre y cuando se trate de una ley que derogue a otra.

La derogación tácita se da cuando —tratándose de leyes que legislan sobre el mismo tema— la ley posterior entra en colisión y contradicción con la ley anterior, por hacerlo de modo diferente.

Siendo así, carece de objeto analizar la cuestión b) antes planteada.

#### d.— Conclusión

1 Teniendo presente la **similitud en la redacción**, existente entre el artículo 617, inciso 4 del Código de Procedimientos Civiles y el artículo 7º de la Ley de Abandono de Familia Nº 13906, en lo que respecta a “los funcionarios y empleados de toda clase” y al tipo de rentas a que se refiere (si bien, la primera es menos amplia, en términos de comparación con la segunda, por ser ésta más específica, como ya dijimos) **y que —no obstante— esta similitud no se extiende al monto embargable de las mismas**, cabe considerar que se trata de un caso de derogación tácita de una ley anterior por otra posterior. Y ello por las razones siguientes:

a) Ambos textos legales hacen referencia al mismo tipo de “empleados” y —en términos generales— al mismo tipo de rentas afectadas; en suma, legislan sobre el mismo tema.

b) Ambos establecen porcentaje diferente en lo referente al monto embargable por concepto de deudas provenientes de pensiones alimenticias, pues mientras la primera hace referencia a la tercera parte y, en circunstancias especiales, a una tercera parte adicional, la segunda permite la embargabilidad de hasta el 50% del monto total de las rentas enumeradas; en conclusión, lo hacen de modo diferente y aun contradictorio.

c) La Ley de Abandono de Familia es posterior al Código de Procedimientos Civiles.

2. No puede afirmarse lo mismo —sin embargo— de la “contradicción” existente entre la Ley Nº 2760 y la Ley de Abandono de Familia Nº 13906: si bien es cierto que la primera establece como monto embargable la tercera parte y la segunda, el cincuenta por ciento, **no puede afirmarse que exista contradicción entre ambos textos legales y que opere —en consecuencia— la derogación tácita de la ley anterior**, en la segunda parte del artículo 1º, por cuanto que:

a—Si bien la Ley de Abandono de Familia se refiere a “funcionarios y empleados de toda clase”, no puede considerarse también como tales a los obreros, artesanos y jornaleros, a que hace alusión el citado dispositivo de la Ley Nº 2760, pues la legislación laboral peruana distingue claramente entre las condiciones de empleado y obrero, no pudiendo confundirse ambas calidades;

b—La derogación tácita opera sólo respecto de la primera parte del artículo primero que se refiere a los empleados públicos, comprendidos en la amplia expresión que emplea la Ley N° 13906.

Consecuentemente, los sueldos de los empleados públicos (Ley N° 2760) son embargables hasta el 50% de su monto total incluidas todas aquellas sumas que reciban por concepto de indemnizaciones y pensiones enumeradas en el artículo 7° de la Ley N° 13906 plenamente vigente, en tanto que los salarios de obreros, jornaleros y artesanos siguen siendo embargables tan sólo hasta la tercera parte por continuar en vigencia, en esta parte, la Ley N° 2760. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que, de ser correcta nuestra interpretación, las leyes 2760 y 13906 estarían tratando diversamente dos casos similares.

3. Con referencia a las **pensiones de montepío** (embargables hasta la tercera parte de su monto) y a las **pensiones de jubilación, cesantía y retiro** (embargables hasta la cuarta parte de su monto), considero que —tratándose de los empleados en general, y estando a la redacción específica y amplia del artículo 7 de la Ley N° 13306— esta primera parte del artículo 1° de la Ley N° 2760, en lo que a aquéllos respecta, ha quedado derogada, siendo, actualmente, embargables hasta el 50% de su monto total (artículo 7, Ley N° 13906).

### C. Comentario-Crítica de otras normas que regulan el derecho alimentario

#### CODIGO CIVIL

##### 1. Artículo 100

Cabe preguntarse cuál es el contenido de la pensión alimenticia en el caso del menor que contraiga matrimonio sin consentimiento, pues el dispositivo sólo habla de “la pensión alimenticia que le corresponda en vista de su nuevo estado”.

El tenor del artículo 439 hace referencia al sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación e instrucción profesional del menor de edad.

Surgen varios interrogantes:

1. Dicha pensión ¿incluye también lo necesario para la cónyuge del menor o —mejor aún— para el sostenimiento de la familia así formada?:

Evidentemente es así, pues la expresión “en vista de su nuevo estado” significa darle lo necesario en vista de su estado de jefe de familia que le impone el deber de mantener a ésta; de otro lado, lo único que se busca conseguir con este dispositivo es sancionar al menor no entregándole sus bienes, cuyo usufructo continuará en favor de sus padres.

2. Cuando ambos contrayentes son menores de edad que celebran su matrimonio sin el consentimiento requerido por ley, ¿significa ello que recibirán ambos pensión alimenticia conforme a su nuevo estado?

3. Este artículo ¿se refiere a todo hijo menor que contrae matrimonio sin consentimiento?

Evidentemente, no; tan sólo a aquellos que poseen bienes cuya administración y posesión no les es entregada por haber contraído matrimonio durante su minoría sin dicho consentimiento teniendo, en cambio, derecho a pensión alimenticia, pese a que aquéllas deberían serles confiadas por haber alcanzado la capacidad civil (artículo 11).

Esto no significa que si el menor carece de bienes y no puede atender a sus necesidades, carezca del derecho de alimentos; pero entonces su derecho no se funda en el artículo 100 sino en los artículos 441 y siguientes.

##### 2. Artículo 156

Este numeral nos remite a las normas pertinentes del título sobre Divorcio, artículos 260 a 264 Código Civil.

¿En qué sentido debe entenderse esta remisión, sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría de estas normas hacen referencia al divorcio obtenido por culpa de uno de los cónyuges, lo que no sucede normalmente en la nulidad de matrimonio? ¿o debe estimarse que, en los casos enumerados en el citado artículo, la nulidad se produce por culpa o vicio atribuible a alguno de los cónyuges y —por lo tanto— es admisible y, más aún, lógica la remisión?

De la redacción del dispositivo 156 que habla de indemnizaciones y de reparación del daño moral, parece deducirse que, efectivamente, es exacta la segunda interrogante: se trata —pues— de nulidad deducida y declarada por causal atribuible a uno de los contrayentes, debiendo —en consecuencia— ser viable una indemnización por ambos conceptos (pensión alimenticia y reparación del daño moral) y factible la remisión a las normas citadas sobre divorcio.

### 3. Artículo 158

Este dispositivo tiene vigencia en caso de desarrollo normal del matrimonio, si bien entonces la obligación pecuniaria recae en el marido (art. 164); y acaso, más visiblemente aún, en circunstancias excepcionales, como ser la separación de bienes durante el matrimonio, en que ambos cónyuges contribuirán proporcionalmente al sostenimiento del hogar (artículo 244).

Concordancia: artículo 398, inciso 1º, Código Civil.  
artículos 439-449.

### 4. Artículo 164

Este artículo se halla en concordancia con los artículos 158 y 398, inciso 1º; y funciona en los casos de matrimonio en desarrollo normal; su fundamento se halla en el hecho de que el marido es el jefe de la familia y debe mantenerla, proporcionándole todo lo necesario para la vida.

Fundándose, además, esta norma en el hecho de que el marido es quien se dedica a un trabajo lucrativo, es forzoso señalar que cada día es menos cierto que es sólo el marido quien trabaja y menos sólido el fundamento de este artículo.

### 5. Artículo 165

La obligación de alimentar a que se refiere el artículo 164 cesa —con referencia a la mujer— cuando ella abandona la casa conyugal y rehusa volver a ella.

Ello supone una doble condición:

- a) Abandono de la casa conyugal
- b) Requerimiento del marido a volver a ella y rehusamiento de ella a hacerlo.

Este dispositivo concuerda con el artículo 247, inciso 5º que se refiere al divorcio por el abandono malicioso del hogar conyugal por más de dos años continuos.

La razón legal de ser del numeral 165 radica en el artículo 160 y concuerda con el ya citado 247, pues si el hecho del abandono malicioso es motivo suficiente para solicitar el divorcio, también puede serlo para privar de alimentos a la mujer que lleva a cabo tal abandono, con las taxativas señaladas en él.

Es más, el segundo párrafo de este numeral establece la alternativa opuesta de aquélla contenida en

su primera parte: mientras aquélla se coloca en el supuesto de que la mujer necesita una pensión alimenticia y la priva de ella, en su segunda parte se pone en la hipótesis de que sea la mujer quien tiene capacidad económica y —como sanción— se posibilita el embargo parcial de las rentas de la mujer en favor del marido y de los hijos: esta disposición concuerda con el artículo 261 que estatuye dicha obligación al declararse el divorcio por culpa del marido, siendo éste pobre e imposibilitado para el trabajo.

Ahora bien, si el artículo 260 —cuando se trata, en la misma hipótesis, de la pensión alimenticia que el marido debe proporcionar a la mujer en el divorcio obtenido por culpa de aquél— establece que la pensión señalada en su favor no puede exceder de la tercera parte de la renta de su marido, esta limitación ¿debe regir también tratándose de la hipótesis contenida en los artículos 261 y 165 teniendo en cuenta que la Ley Nº 13906 establece como máximo embargable un porcentaje más elevado del 50%? La respuesta, sin duda afirmativa en el caso del artículo 261, no lo es en el del artículo 165.

### 6. Artículos 244-258

a) **Artículo 244.** Al comentar el artículo 158 dijimos que este dispositivo encuentra una de sus excepciones en el caso de separación de bienes en que ambos deben contribuir —proporcionalmente a sus facultades— al sostenimiento del hogar.

Ahora bien, esta contribución debe establecerse por **acuerdo** de ambos cónyuges, teniendo presente sus posibilidades económicas. Así lo establece el mencionado dispositivo cuando dice, textualmente: “El Juez, en caso necesario, reglará la contribución”.

Debe entenderse —pues— por “caso necesario” aquel en que las partes interesadas, esto es, los cónyuges, no se hallan de acuerdo en cuanto al modo de contribuir al sostenimiento del hogar.

b) **Artículo 258.** Este numeral establece también el mismo principio del artículo 244, respecto del divorcio, quedando el padre y la madre obligados a cuidar del alimento y educación de los hijos contribuyendo a estos gastos proporcionalmente a sus facultades.

Así pues, se da una coincidencia de criterio con el artículo 244; y una concordancia con los artículos 398 (por cuanto los padres siguen siendo titulares de la patria potestad, con la salvedad de los artículos 255

y 256), y los artículos 439 y 449 (en cuanto al contenido, extensión y fijación del monto, respectivamente).

### 7. Artículo 260

Este artículo establece —para el caso del divorcio declarado por culpa del marido— una pensión alimenticia en favor de la mujer que:

- a) no tiene bienes propios ni gananciales suficientes;
- b) ni está acostumbrada a subvenir a sus necesidades con el producto de su trabajo lucrativo;

pensión que no excederá de la tercera parte de la renta del marido.

Pueden hacerse varias **observaciones** a este dispositivo:

1. ¿Por qué este criterio más amplio que favorece a la mujer?

Porque el artículo 261 aparece que, tratándose del divorcio obtenido por culpa atribuible a la cónyuge, se dará una pensión al marido, cuando la mujer sea “rica” y el marido “pobre e imposibilitado para el trabajo”, mientras que —en el divorcio obtenido por culpa del cónyuge— **basta** que la esposa no tenga bienes propios ni gananciales suficientes ni esté acostumbrada al trabajo, según lo establece el artículo bajo comentario.

En suma, si bien se trata de la misma hipótesis general, se dan **diferencias de grado** en las exigencias de uno y otro artículo:

a) en la primera hipótesis, es suficiente que la mujer no tenga bienes propios ni gananciales suficientes y que no esté acostumbrada a trabajar, mientras que en la segunda hipótesis es indispensable que el marido sea pobre (evidente diferencia de posición) y esté imposibilitado de trabajar.

b) en la primera hipótesis no se hace referencia a la capacidad económica del marido, entendiéndose en consecuencia que está obligado siempre a prestar alimentos, cualquiera que fuere aquélla, mientras que en la segunda sólo tendrá esta obligación la mujer que fuere “rica”, siendo así que, en ambos casos, se da culpabilidad de una u otra parte en la declaración del divorcio.

Tal vez, la diferencia de criterio obedezca a la concepción tradicional de ser el marido el jefe de la familia y estar —por lo tanto— más obligado que la cónyuge al sostenimiento del hogar, y, sobre todo, en

la presunción fáctica de que es el varón quien ordinariamente está en mejores condiciones de luchar por la vida, (artículo 164).

No obstante —en mi opinión y estando al criterio desarrollado en torno al abandono de hogar por la cónyuge, a la separación y al divorcio, (artículos 165-244-258), y tratándose específicamente del caso de divorcio obtenido por culpa de uno de los cónyuges— el tratamiento debió haber sido el mismo en ambas hipótesis y con iguales taxativas en los artículos 260 y 261.

2. La referencia contenida en la última parte de este artículo, respecto del monto de la renta (tercera parte) que puede asignarse a la mujer por concepto de pensión alimenticia, nos recuerda las normas pertinentes de los artículos 617 y 7º del Código de Procedimientos Civiles y de la Ley Nº 13906 respectivamente.

Aparentemente, el criterio de este artículo 260 coincide con el texto del artículo 617 del Código de Procedimientos Civiles, mas no con el de la Ley Nº 13906 que se refiere al 50% de las rentas del marido.

Debemos hacer **dos observaciones** sobre el punto:

a) Tanto el artículo 617 C. de P.C. como el artículo 7º de la Ley Nº 13906 hacen referencia a estos porcentajes de la renta del marido, tratándose del **embargo** por deudas provenientes de pensiones alimenticias, mas no de la fijación original de la pensión.

b) No obstante, estimo que —aún tratándose de circunstancias diferentes— debe uniformarse el criterio, si bien teniendo presentes las circunstancias particulares en cada caso, derivadas de la renta que percibe y de las obligaciones que tenga el marido.

### 8. Artículo 261

Remitiendo el presente numeral al ya comentado artículo 260, es preciso tener presente la crítica efectuada respecto de aquél.

Ahora, concretamente respecto de este artículo, podemos analizar dos aspectos fundamentales:

1. ¿Qué debe entenderse por mujer “rica”?:

En principio, parece ser que la obligación de sostener a su cónyuge en el divorcio obtenido por ella (por la esposa) sólo surge cuando puede calificarse su posición económica de desahogada y a ella mis-

ma como “rica”: se trata no sólo de que posea rentas suficientes para mantenerse y proporcionar alimentos a su ex-cónyuge, sino de que se le considere y efectivamente sea tal: se trata de un criterio altamente subjetivo y abstracto. Por el contrario, cuando se trata de la pensión a su favor a establecerse en la hipótesis del artículo 260, se requiere únicamente que no posea bienes y no esté acostumbrada a trabajar para subvenir a sus necesidades.

2. Y, no obstante ser así, este trato favorable a la mujer se ve confirmado con la doble exigencia establecida respecto del segundo tratándose de la condición del marido. Es una doble exigencia que opera acumulativamente y no de modo alternativo: el marido debe ser pobre e imposibilitado para el trabajo. De fallar una de ambas condiciones no surge para la mujer la obligación alimentaria, lo cual es más grave cuando el marido es pobre y —aún cuando no se encuentre imposibilitado para el trabajo— se encuentra en la realidad privado de él, por diversas circunstancias.

Además, cabe preguntarse cuál es el sentido y la extensión del término “imposibilitado”:

—físicamente?

—mentalmente?

—ambas?

—sin capacidad o preparación para realizar adecuadamente una labor?

—o, simplemente, la desocupación por inexistencia o escasez de demanda de mano de obra o de trabajo intelectual?

Nos inclinamos por una interpretación comprensiva y amplia.

## 9. Artículo 272

### Observaciones:

1. Tratándose de Separación por Mutuo Disenso, el Juez —al fijar en la sentencia el régimen de la patria potestad, del sostenimiento y educación de los hijos, y de la pensión alimenticia correspondiente al marido o a la mujer— debe **respetar el acuerdo** de los cónyuges al respecto, con una sola taxativa: “en cuanto sea conveniente”.

2. Como evidentemente el vínculo matrimonial subsiste mientras no se declare el divorcio —aún cuando se haya dado ya la separación por mutuo disen-

so— la pensión alimenticia debe también subsistir en tanto continúa vigente aquél. A ello hace referencia esta primera parte del artículo en comentario.

3. No obstante, en la separación por mutuo disenso no se invocan causales o motivos, por lo que no es posible considerar que la separación y el divorcio posterior se hayan obtenido por culpa de uno u otro de los cónyuges.

A primera vista —pues— no se ve por qué el artículo citado dice “la pensión alimenticia que corresponda a la mujer o al marido” cuando la posibilidad o la alternativa de prestar la pensión alimenticia a la mujer sólo se presenta cuando se trata del divorcio declarado por culpa atribuible a uno de ambos, lo que no sucede en el caso presente, y a tenor de los artículos 260 y 261.

A no ser que los arts. 260 y siguientes sólo sean aplicables al caso de divorcio absoluto o que la norma contenida en el artículo que trata de la Separación por Mutuo Disenso haga referencia no a la hipótesis antes señalada sino al régimen general de los alimentos en que los cónyuges (puesto que continúan siéndolo) están obligados recíprocamente a dárselos, artículo 441, pudiendo el beneficiado con ellos ser cualquiera de ambos, teniendo en cuenta su situación económica, máxime cuando ellos se dan también a favor del cónyuge culpable del divorcio que se encuentra en la indigencia (artículo 263). A ello hace referencia también el artículo 288: Luego de transcurrido el plazo de un año y obtenido el divorcio, ¿la pensión asignada continuará en vigencia mientras no se le modifique en el juicio que corresponda o cesará automáticamente? La jurisprudencia no es uniforme. Pensamos que la pensión debería cesar a menos que se hubiera convenido cosa diferente, pero el artículo 288 establece lo contrario.

## 10. Artículo 288

Este dispositivo hace referencia a las sentencias de divorcio y de separación en las que el Juez debe señalar las pensiones alimenticias del cónyuge y de los hijos, cuidando que queden aseguradas y subsistiendo mientras no se modifique en el juicio correspondiente.

1. Cabe preguntarse —pues— cuál es la hipótesis en que el juez fija pensión de alimentos para el cónyuge en caso de divorcio: evidentemente,

en los casos de los artículos 260-261 y 263 de este Código; por ello es que el texto habla de la pensión alimenticia “del cónyuge” en términos generales.

2. Tratándose de la separación ¿debe darse la pensión alimenticia a favor de la cónyuge, a tenor de los artículos 164 y 441 del Código Civil, que fija el régimen de alimentos entre cónyuges o aplicarse lo dispuesto en los artículos 260 y 261? La respuesta es dudosa.

3. Ahora bien, se establece en cierto modo un régimen especial por cuanto que —producido el divorcio en caso de la separación por mutuo disenso o desaparecidas las circunstancias de los dispositivos mencionados en caso de divorcio— la pensión no cesa automáticamente sino que debe subsistir hasta que se le modifique en el juicio correspondiente, a tenor de los artículos 1030 al 1038 del Código de Procedimientos Civiles. Esto puede dar lugar a verdaderos fraudes e inmoralidades y estimular el empleo en juicio de recursos dilatorios.

4. La forma de asegurar las pensiones alimenticias a que se refiere el artículo en cuestión es la constitución de hipoteca en bienes del responsable o de otra garantía real suficiente (artículo 1033, C. de P. C.).

#### **11. Artículo 362**

Este artículo tiene por objeto evidente evitar el beneficio de quien efectúa el reconocimiento de un hijo ilegítimo mayor de edad, estatuyendo que con él no adquiere derechos sucesorios ni alimentarios, a no ser que el hijo tenga la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento, hipótesis en que desaparece la posibilidad de obtener beneficio o de lucrar con el reconocimiento tardío, pues en la primera hipótesis ha tenido siempre al hijo consigo y en la segunda, existe voluntad de aceptación en el hijo, debiendo obligarse éste a alimentar a su padre, y teniendo éste derecho a heredarlo.

#### **12. Artículo 366-367-368-369**

La paternidad ilegítima judicialmente declarada trae consigo el derecho alimentario (artículo 366).

No siendo así y estableciendo criterio fundamentado en el derecho primario a la vida, existe también derecho a alimentos del hijo ilegítimo no reconocido ni susceptible de ser judicialmente declarado hasta la edad de 18 años, respecto de quien tu-

vo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción (artículo 367).

Ahora, en el mismo supuesto, el derecho subsiste si el hijo llegado a los 18 años sufre de incapacidad física o mental y mientras dure tal estado, lo cual es natural.

Con parecida razón, y obedeciendo a los principios naturales y de la moral, la madre tiene derecho a alimentos durante el período anterior y posterior al parto, en las hipótesis de paternidad ilegítima judicialmente declarada y de convivencia sexual con la madre en la época de la concepción (artículo 369).

#### **13. Artículo 382**

El plazo de prescripción señalado en este numeral respecto de la acción de que tratan los artículos de este título coincide plenamente con el plazo de prescripción estatuido en el título referente a la “Prescripción Extintiva” del Libro de Derecho de Obligaciones, Sección Primera” “Del Acto Jurídico”, Título X, artículo 1168, inciso 5º, del Código Civil, pero pudiera considerarse implicante con el artículo 454 que también aludiría a la renuncia tácita consistente en la no interposición de la acción.

#### **14. Artículo 383-385**

Tratándose de las acciones de la madre referentes al derecho de alimentos antes y después del parto, se establece régimen especial en tres aspectos fundamentales:

a) sujeto que puede ejercer la acción:

Al respecto, y a diferencia de las demás acciones (artículo 381), y con fundamento lógico, se estatuye que la acción es personal de la madre;

b) plazo de prescripción:

Por la misma naturaleza de la acción, ella debe poderse hacer efectiva en plazo breve que nuestro Código señala en un año siguiente al parto.

c) contra quiénes puede interponerse:

Contra los herederos del padre, si bien el monto de lo pagado no podrá exceder de lo que el hijo hubiera recibido como heredero si hubiera sido reconocido (artículo 386).

#### **15. Artículo 398-399**

1. El deber derivado de la patria potestad (398) tiene las siguientes limitaciones:

- a) sólo rige durante la minoría de los hijos;
- b) con arreglo a la "situación de los padres".

Ahora bien, respecto de la primera se producen excepciones con los hijos que siguen exitosamente carrera u oficio y con las hijas solteras que no pueden ganarse la vida.

Concordando las disposiciones citadas con los artículos 100 y 400 del Código Civil, surge la siguiente interrogante: tratándose de una hija menor, que no se encuentra en estado de ganarse la vida y que contrae matrimonio sin consentimiento de sus padres, ¿tiene derecho a una pensión alimenticia, pese a haber devenido en persona capaz (artículo 11) y no estar, por tanto, incurso ya en el dispositivo 393, si posee bienes y se halla-consecuentemente-bajo el amparo del artículo 100?

Probadas las circunstancias que anotan estos dispositivos, los artículos 100 y 400 parecerían modificar los artículos 398 y 399, incluyendo un caso excepcional más en que el deber de alimentos derivado de la patria potestad continuará dándose: el de la hija menor que —pese a haber contraído matrimonio (artículo 11), por haberlo hecho sin consentimiento de los padres, y continuando el usufructo legal de sus bienes en manos de sus padres (artículo 400)— tiene derecho a alimentos, a tenor del artículo 100.

## 2. Artículo 398

a) Concordancia: artículo 158: en cuanto a la obligación; artículo 439-449: en cuanto al contenido y extensión de los alimentos.

b) "con arreglo a su situación": si bien es cierto que podría haberse establecido un criterio menos vago, también lo es el que el legislador ha querido dejar en libertad al juzgador para examinar el caso concreto, aunque dando una pauta para el establecimiento de dicha pensión.

## 3. Artículo 399

La redacción del artículo en referencia a los "hijos que están siguiendo con éxito una carrera u oficio" se aplica tanto a los hijos varones como a las mujeres, pero el legislador ha querido ponerse también en el caso de las hijas mujeres solteras que no siguen una carrera u oficio y que no están en aptitud de ganarse la vida.

## 16. Artículo 435

El fundamento de este artículo radica en que la sanción que en él se establece no puede —en modo alguno— beneficiar a los padres, liberándoles de cumplir también con los deberes que tienen para con sus hijos. Así pues, se estatuye que la pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no altera los deberes que eran inherentes a aquélla, aun cuando no pueden ejercerla en el actual momento.

## 17. Artículo 439

—Comentarios:

a) Posición Social de la Familia.

El artículo en cuestión, al señalar el contenido de los alimentos, hace referencia a un criterio para su determinación: la posición social de la familia.

Este criterio abarca diversos conceptos fijados esencialmente por la capacidad y condiciones de trabajo del marido quien es el jefe de la familia, de conformidad con el artículo 161.

Al establecerlo el legislador ha querido dejar en manos del juzgador el apreciar —en cada caso concreto— las condiciones y el contenido de la pensión alimenticia, de acuerdo a aquélla.

b) Educación e Instrucción profesional del alimentista menor de edad.

La disposición de este párrafo se aplica tanto a la filiación legítima como a la ilegítima, pues no se distingue entre una y otra calidad; además, las normas pertinentes de la Filiación ilegítima no establecen que la pensión alimenticia se refiere solamente a los conceptos enumerados en el primer párrafo del artículo 439, por lo que debe estimarse que abarca ambos párrafos del mismo, si bien con las limitaciones y taxativas que imponen, en el caso particular, los artículos 367 y 368.

## 18. Artículo 440

Este artículo plantea una cuestión importante, que aún no puede estimarse resuelta pese al tiempo de vigencia del Código, y es la de saber si se refiere a todo alimentista o excluye a los hijos y a la cónyuge.

A tenor de lo dispuesto en los artículos 390 y 398 incisos 1 y 2, nos parece que la obligación de alimentar a los hijos que están bajo la patria potes-

tad, dura hasta que éstos cumplan 21 años de edad; y como no sería admisible que los padres que carecen del ejercicio de la patria potestad (por haberseles destituido de ella) tengan una posición privilegiada respecto de los que ejercen la potestad, dicha regla se extendería a todos los hijos, con la única excepción del puramente alimentista a que se contrae el artículo 367.

En cuanto a la cónyuge nos parece obvio la no aplicación del art. 440, primer párrafo.

En cambio, el artículo en estudio tiene plena aplicación cuando se trata de otros alimentistas.

La tiene también en su 2º párrafo.

Ello se debe a un principio más o menos generalizado, que también se establece en el caso de la separación y el divorcio, tratándose del cónyuge pobre (artículos 282 y 283), principio que consiste en sancionar a quien lleva una vida desarreglada o inmoral, privándole de los alimentos o reduciéndolos al mínimo indispensable.

Respecto del tercer párrafo, que elimina la sanción cuando se trata de alimentistas que tengan la condición de ascendientes del obligado, tiene un fundamento muy simple: recogiendo los principios naturales, el legislador ha querido evitar que la conducta del alimentista sea objeto de apreciación y juicio por su hijo o descendiente que debe prestarle los alimentos.

Consecuentemente, pues, el segundo párrafo de este numeral no es de aplicación para los ascendientes del o de los obligados.

#### 19. Artículo 445

Este dispositivo que exonera al cónyuge de prestar alimentos cuando no se halle en condición de hacerlo sin poner en peligro su propia subsistencia, obligando en consecuencia a los parientes, establece un criterio de determinación que puede ser objeto de diversas y aun contradictorias apreciaciones, dado que es una concepción altamente subjetiva: la expresión empleada por el legislador para definirlo, “conforme a su rango” encierra todo un conjunto de circunstancias que se resumen en la posición familiar y social del cónyuge y aun en su capacidad y condiciones de trabajo.

Por lo demás, ella puede dar lugar a una interpretación que va contra el mismo fundamento de existencia del derecho de alimentos de que se trata, pues po-

dría conceptuarse, como bien se ha dicho ya, que mientras no hubiera satisfecho todas las necesidades, lujos y comodidades “inherentes a su rango” aún cuando fueran superfluos en cierto modo, la obligación que le confiere el artículo 442 no surgiría para él.

No obstante, debemos tener presente que esta interpretación —aun cuando, en principio, resulta exacta— se ve constantemente limitada por la expresión “poner en peligro su propia subsistencia”, pudiendo estimarse que la privación de los lujos y comodidades de su rango no ponen necesariamente al cónyuge en tal situación de peligro.

Por ello, es necesario concluir que la redacción de este artículo es equívoca pues la frase “sin poner en peligro su propia subsistencia” no puede separarse de aquella otra de “conforme a su rango” sin alterar el sentido e intención del legislador, por más que quiera acogerse al sentido de interpretación desarrollados en el párrafo anterior, en base al sentir natural y al fundamento y naturaleza de la institución.

#### 20. Artículos 446-447-448

Mediante este dispositivo se señala todo un régimen de operación acerca de la sustitución de obligados por causa de pobreza en la obligación alimentaria, tratándose de ascendientes y descendientes.

En términos generales, se coloca en tres supuestos que resumen y recogen todo el sistema que —acerca de la filiación y sus relaciones— establece nuestro ordenamiento civil:

a) tratándose de ascendientes y descendientes LEGÍTIMOS, sin limitación alguna y teniendo en cuenta las normas legales sobre parentesco, esta obligación de darse alimentos pasa de quien debe prestarlos al obligado que le sigue, a tenor del artículo 442, por causa de pobreza (artículo 446).

b) tratándose del hijo ilegítimo a que se refiere el artículo 447 la norma contenida en éste nos parece defectuosa porque olvida mencionar al judicialmente declarado que debe merecer el mismo trato.

c) finalmente, en lo que se refiere al hijo ilegítimo NO RECONOCIDO, tenemos dos normas importantes:

1. que, siendo ésta su condición, la obligación de alimentarse existente entre él y su padre, no pasa

a los ascendientes y descendientes de la línea paterna, no siendo —evidentemente— aplicable el dispositivo 446 (artículo 448).

2. que, cuando se trate del hijo no reconocido voluntariamente, ni judicialmente declarado respecto de la madre, la disposición del artículo 447, 2ª parte, es de imposible cumplimiento.

#### **21. Artículo 449**

El tenor del numeral bajo comentario recoge una vez más lo que resulta ser —en nuestro código— criterio general del legislador en lo que a la determinación del monto y contenido de la pensión alimenticia se refiere: la necesidad de examinar —dada la naturaleza y fundamento del derecho— el caso concreto y las circunstancias particulares de obligado y beneficiado.

Así lo hemos visto a través de los artículos ya comentados, 164-258-398-439 y 445, entre otros.

En el caso presente, son tres los criterios a examinar por el juzgador, al establecer la extensión y contenido de la pensión alimenticia:

- a) la necesidad de quien los pide;
- b) la posibilidad de quien debe prestarlos;
- c) las circunstancias personales de ambos, y —muy especialmente— las obligaciones del deudor.

Así, el legislador ha querido dejar al juzgador cierta libertad en el establecimiento de dicha pensión, en el sentido de posibilitarle un análisis detallado del caso particular, si bien dándole pautas para encauzarlo, las que, en esta hipótesis, resultan ser algo más objetivas que aquellos criterios empleados en los numerales ya citados y cuya crítica se ha efectuado oportunamente.

No obstante, si bien el tenor del artículo en cuestión parece facilitar, mediante el establecimiento de dichos criterios, un examen detallado de las circunstancias en cada caso, ha querido dejar también cierta flexibilidad en la apreciación de la posición e ingresos del obligado; de allí el texto del segundo párrafo.

#### **22. Artículo 450**

La presente norma —en referencia a las posibilidades de aumentar o reducir la pensión alimenticia así fijada— consagra un principio muy importante: no hay cosa juzgada en materia de monto de pensión alimentaria; renovar el debate judicial al

respecto no significa revivir procesos fenecidos (artículo 228 de la Constitución).

#### **23. Artículo 452**

Se recoge en este numeral el mismo principio que inspira los artículos 283 y 440: todo aquél que lleva una vida desarreglada, que observe una conducta deshonesta o aun delictuosa o que se vea reducido a la miseria por su propia inmoralidad, perderá la pensión alimenticia o la verá reducida a lo estrictamente necesario para subsistir.

En el presente caso, se recoge el segundo supuesto enumerado, de la conducta deshonesto y/o delictuosa que sirve de fundamento y base a la indignidad y a la desheredación: artículos 665 y 713, respectivamente, reduciendo los alimentos a lo estrictamente necesario para su subsistencia.

Al respecto, deben reproducirse las críticas que se hacen a los mencionados dispositivos, especialmente tratándose de la indignidad para suceder (artículos 665, incisos 1-2-3).

Finalmente, acerca de la redacción del artículo 452, cabe decir que la expresión empleada “incapaz para suceder” es equívoca, pues —aun cuando evidentemente se refiere a la indignidad, por el mismo texto del dispositivo— podría interpretarse como que se refiere a las hipótesis de las normas 668 y 669 que son, asimismo, causas de incapacidad para suceder y que no pueden estimarse incuras en la disposición comentada, pues no son manifestación de conducta deshonesto o delictuosa, no pudiendo, en consecuencia, hacerse acreedoras a tal sanción, pues actúan en cumplimiento de su deber.

La citada norma ha debido reproducir la expresión del artículo 665 que habla de la incapacidad para suceder “por causa de indignidad”.

#### **24. Artículo 454**

Siendo el derecho de alimentos esencial para el sostenimiento de la familia y de los menores, y traduciéndose de modo directo en el otorgamiento de una pensión, no puede —en principio— ser objeto de transacción o compensación.

Asimismo, por tratarse de un derecho surgido de una relación personal entre obligado y alimentista es intransmisible, lo cual es perfectamente lógico.

Ahora bien, respecto de la prohibición consagrada por este dispositivo acerca de la transacción y

de la compensación, podemos hacer las siguientes observaciones y comentarios:

A.— ¿Puede estimarse factible el efectuar transacción o compensación sobre el monto de la pensión, no sobre el derecho de alimentos en sí?

B.— ¿O, por el contrario, debe concluirse que el derecho se manifiesta en la pensión y que —por lo tanto— no es posible efectuar transacción o compensación alguna?

Numerosas Ejecutorias se pronuncian en el sentido de permitir la transacción y la compensación en la pensión alimenticia, teniendo en cuenta que, en determinadas circunstancias, mediante ellas, se salvaguarda en cierto modo el derecho alimentario que, de otra manera, se vería discutido y aun incumplido por la imposibilidad de atender a su satisfacción, que sólo sería factible mediante aquellas formas establecidas en el Derecho de Obligaciones.

No obstante, debemos tener presentes dos puntos importantes:

1. **Respecto de la compensación**, si alguna duda surgía por el tenor del artículo 454 (que se refiere sólo al derecho), ella se ve eliminada por la redacción del artículo 1295 que expresamente prohíbe la compensación “en las pensiones alimenticias”.

2. **Respecto de la transacción**, tenemos que el artículo 1315 estatuye que “sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción”, surgiendo nuevamente la discusión sobre si el derecho alimentario es derecho patrimonial o derecho personal o si puede considerársele como derecho de naturaleza mixta, personal en su origen y patrimonial en su manifestación práctica: en mi opinión, se trata de un derecho sui-generis que participa de ambas calidades, al defender a la persona misma y manifestarse en una pensión de carácter pecuniario.

Consecuentemente, y considerando que el derecho se traduce en la pensión, no cabe transacción ni aun en la pensión, máxime si se considera que no se trata de un derecho estrictamente patrimonial, no pudiendo, pues, incluirse en el artículo 1315.

No obstante, debe permitirse la transacción en casos muy especiales en los que la única forma de salvaguardar el derecho consiste en la fijación de una pensión que se posibilitaría, dadas las circunstancias del obligado, mediante una transacción, dentro de ciertas limitaciones, sobre su monto y conteni-

do así como sobre su forma. El artículo 272 parecería encerrar un caso permitido de convenio transaccional.

## 25. Artículo 470

Tratando del hogar de familia y habiéndose establecido, en virtud del artículo 469, que el predio constituido en tal y sus frutos son inembargables, se establece —sin embargo— en este numeral la posibilidad de tomar tal medida en casos excepcionales, como ser, entre otros, el pago de las deudas resultantes de las pensiones alimenticias.

Ahora bien, la norma citada establece la posibilidad de **embargar tan sólo hasta la tercera parte de los frutos** del predio constituido en hogar de familia. Acerca del punto es preciso tener en cuenta que esta norma en esta parte parecería haber sido tácitamente derogada por la ley N° 13906, de Abandono de Familia que en su artículo 7° establece la posibilidad de embargo hasta por un 50%, por dicho concepto.

Sin embargo, existe diferencia esencial entre uno y otro dispositivo, pues el mencionado numeral de la Ley N° 13906 se refiere a la posibilidad de embargar el 50% de las rentas del trabajo del marido; en tanto que el artículo 470 se coloca en el supuesto de existir dos derechos o dos deberes igualmente dignos de tutela jurídica:

a) el hogar de familia, constituido precisamente para proteger y sostener a la familia, valga la redundancia;

b) el derecho alimentario a favor de quienes no se benefician con aquél.

Por ello es que el Código —sin desconocer el derecho de éstos últimos— protege también el derecho de aquéllos, estableciendo la posibilidad de embargar los frutos del hogar en este caso excepcional y tan sólo hasta la tercera parte.

En base a estas razones y por tratarse de supuestos diferentes, es que no puede estimarse así derogado este numeral por el artículo 7° de la Ley N° 13906.

## 26. Artículo 509

Encontramos aquí nuevamente el mismo designio del legislador de favorecer el análisis de la situación concreta y de evitar el establecimiento de una carga demasiado onerosa que no puede el tutor satisfacer.

Conviene, sin embargo, hacer una aclaración: pese a que el texto del artículo parecería decir lo contrario, hemos de entender que la obligación del tutor regirá en tanto en cuanto existan bienes de propiedad del menor o, en su defecto, esté disfrutando de pensión alimenticia a cargo de familiar obligado.

El tutor no tiene, por el simple hecho de serlo, obligación personal de alimentar al pupilo.

#### **27. Artículo 644, inciso 5º**

Con el mismo criterio y tratándose del Consejo de Familia, se da esta norma que, en el fondo, concuerda con los artículos ya mencionados (164-258-398-439-445-509), si bien varía en la forma para adecuarse a las necesidades y circunstancias peculiares del menor y del Consejo.

#### **28. Artículo 702**

Este dispositivo contiene una norma de garantía del derecho alimentario, limitando el derecho de libre disposición de quien testa, cuando tiene hijos alimentistas.

La mención al tercio o a la mitad de libre disposición ha sido hecha recogiendo el texto de los artículos anteriores, números 700 y 701, respectivamente.

Una deficiencia acusa, en nuestro concepto, este artículo: referirse únicamente al tercio o la mitad de libre disposición, siendo evidente que también se aplicará cuando el testador tuviera la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

#### **29. Artículo 789**

La segunda parte de este numeral recoge —aun cuando aplicándolo en hipótesis diferente— el principio ya reconocido en el artículo 369, de proporcionar alimentos a la madre en estado grávido.

Aunque se trata de una posibilidad remota, vale la pena señalar el riesgo de que, a título de alimentos, la madre resulte recibiendo de la herencia una porción superior a la cuota que a la postre haya de corresponder al hijo. La ley no ha previsto la hipótesis, como, en cambio, sí la previó para caso similar el artículo 386.

#### **30. Artículo 1138**

Reconociendo y consagrando una vez más la primacía del deber de solidaridad familiar sobre todo

otro deber surgido en favor de terceros, esta norma estatuye la cesación de la obligación de reparar el daño causado por el acto ilícito cuando ello priva al deudor de recursos necesarios para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos.

#### **31. Artículo 1168, inciso 5º**

El plazo por él establecido concuerda con aquél que estatuye el artículo 382 respecto de las acciones contenidas en los artículos 367 y 368, no así con aquél que rige tratándose de las acciones consagradas en los dispositivos 369 y 370, en que el plazo es tan sólo del año siguiente al parto; pero ha de entenderse referido a las pensiones devengadas, pues, si se refiriera al derecho alimentario mismo, contradiría la disposición del artículo 454, desde que la no acción equivaldría a una renuncia tácita y se estaría logrando por vía indirecta lo que la ley prohíbe hacer directamente.

### **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES**

Este Código legisla sobre el Juicio de Alimentos en el Título XVI de la Sección Segunda en los artículos que van del 1030 al 1038.

Ahora, sobre el texto y contenido de dichas normas cabe hacer las siguientes observaciones:

1. El artículo 1031 de este cuerpo de leyes estableció originalmente que la pensión alimenticia rige desde la fecha de la primera notificación hecha al demandado.

En principio, parecería ser que esta norma se refiere únicamente al caso de señalamiento de una pensión, mas no a las otras hipótesis que pueden presentarse en un juicio de esta naturaleza, como ser el aumento, la reducción, el prorrateo, el cambio, etc. Así, en efecto lo entendió la Corte Suprema en varios casos (Véase Capítulo 3º).

Sin embargo, la existencia del dispositivo último de este artículo, número 1038, que hace extensivo el procedimiento establecido en él a todos los casos anteriormente mencionados, incluyéndose también —evidentemente— el artículo 1031, podría llevarnos a adoptar distinta interpretación de la ya mencionada en el párrafo precedente.

Circunstancia particular nos permite apreciar la cuestión de diferente punto de vista; y es la da-

ción del Decreto Ley N° 17248, de 29 de noviembre de 1968, que expresamente establece que —en los juicios de aumento de pensión alimenticia— ésta regirá, al igual que en el supuesto del artículo 1031, desde la fecha de la primera notificación al demandado y ello por las siguientes razones:

a) que los dispositivos procesales deben obedecer a la necesidad de cautelar la percepción de los alimentos desde el momento en que, por ser necesarios, se solicitan;

b) que el vacío legal existente es causa determinante de que el obligado al pago dilate la acción judicial, infiriendo grave perjuicio económico al alimentista;

c) que, asimismo, ha determinado el que los jueces, en la práctica, fijen el aumento desde que la sentencia ha quedado ejecutoriada o consentida.

En conclusión, pues, la existencia de este Decreto-Ley demuestra la no aplicabilidad del artículo 1031 ya mencionado, en virtud del dispositivo número 1038 a dichas hipótesis y la consecuente necesidad de dictar normas que expresamente así lo establezcan.

**De este análisis surge una crítica fundamental:** si la vigencia respecto del señalamiento de la pensión y de su aumento se ha establecido a partir de la fecha de aquella primera notificación, cabe preguntarse el por qué de no haberse establecido norma similar para los demás supuestos enumerados en el numeral 1038, máxime si se tiene en cuenta —y especialmente respecto de la reducción y la exoneración— que igualmente se causa un perjuicio económico, esta vez al obligado, dado que la pensión alimenticia o cualquiera de sus “variaciones” en sentido amplio debe fijarse —a tenor del artículo 449 del Código Civil así como del 450 mencionados respectivamente en el Código de Procedimientos Civiles y en el Decreto Ley N° 17248— en atención tanto a las **necesidades** del alimentista como a las **posibilidades** del obligado, igualmente consideradas.

Y ello es indispensable, no pudiendo estimarse que, en estos casos, opera la concordancia 1031-1038, pues, de ser así, no tendría razón de ser ni sentido la existencia de un Decreto Ley especial, el Decreto Ley N° 17248, que estableciera dicha concordancia respecto del aumento de pensión alimenticia.

Este vacío de la ley respecto de las otras figuras que pueden darse en el juicio de alimentos, determina, por ejemplo en el caso de la exoneración, la existencia de ejecutorias contradictorias, que señalan hasta dos criterios opuestos en cuanto a la vigencia de la resolución de que se trata:

1) sólo desde la fecha en que la sentencia quede consentida o ejecutoriada.

2) desde el momento en que desaparece la necesidad de la pensión alimenticia y se inicia la acción pertinente.

2. El numeral 1033 del Código de Procedimientos Civiles, recogiendo en cierto modo el texto del artículo 1419 del Código Civil de 1852 (que dice que el juez debe designar los bienes afectos a la prestación alimentaria) establece que “el Juez mandará se constituya hipoteca en bienes del responsable”.

Evidentemente, se trata de la hipoteca judicial consagrada por el ya derogado Código Civil en sus artículos 2030 al 2041; así el numeral 2036 establece la constitución de hipoteca judicial, cuando, declarándose en la sentencia una obligación, se manda que para la seguridad de su cumplimiento, se constituya “una hipoteca en bienes del responsable” (inciso 3º), disposición que concuerda, en su contenido, con el citado 1419 del mismo cuerpo de leyes, y tan es así que el tenor del artículo 1033 reproduce las expresiones de aquél de manera casi exacta.

Ahora bien, el actual Código Civil ha suprimido, al tratar de la figura de la hipoteca, aquella forma conocida en el Código anterior con el nombre de “judicial”. ¿Se trata de una hipoteca legal? Consecuentemente, cabe preguntarse sobre cuál es la forma actual en que se hace efectiva dicha garantía; las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad Inmueble de la demanda de alimentos y del embargo que oportunamente se trabe han venido a sustituir —hasta cierto punto— aquella medida ya superada del Código Civil de 1852.

Por lo demás, el artículo 1033 estatuye la posibilidad de sustituir aquella hipoteca judicial por otra garantía real bastante, a juicio del juez, o —una vez constituida aquella hipoteca— su traslación a otro bien suficiente para responder de la obligación.

## Reforma del Régimen Alimentario

Un juicio crítico acerca del régimen alimentario peruano puede efectuarse desde dos perspectivas de distinto alcance: una más bien inmediatista, orientada a corregir y suplir a corto plazo las deficiencias e insuficiencias de la ley sustantiva o procesal, manteniendo —no obstante— el “sistema” de la institución en nuestro medio; y otra, de más larga proyección, dirigida a introducir en el “sistema” innovaciones básicas o, acaso, a sustituirlo con otro inspirado en diferente concepción.

La primera de estas perspectivas va encaminada a neutralizar los efectos del incumplimiento de la obligación alimentaria; en tanto que la segunda busca detectar y corregir las causas de dicho incumplimiento.

La distinta proyección a futuro de una y otra perspectivas viene a ser el resultado de la distinta profundidad a que “descienden” para analizar el hecho del incumplimiento.

Ambas formas de analizar el problema pueden producir frutos, conduciendo al mejoramiento de la institución.

La primera de ellas es más accesible y fácil que la segunda, pero no podemos dejar de reconocer que ésta última, si el análisis es realista y riguroso, puede producir soluciones más auténticas y, por tanto, de más larga duración y más garantizada eficacia.

I. Desde la primera perspectiva, el régimen legal peruano sobre alimentos adolece de tres tipos principales de deficiencias:

a) una implementación insuficiente de diversas declaraciones constitucionales, que determina la inoperancia práctica de éstas. Tal es el caso de los artículos 51-52-72 y 79 de la Constitución de 1933 (\*).

b) Deficiencias derivadas de la oscuridad de la ley, de la imprevisión de ella, de la falta de concordancia entre algunas normas, en la normatividad sustantiva. Ello se da, a título de ejemplo, en la contradicción aparente o real entre las normas

del Código de Procedimientos Civiles y las leyes laborales (\*\*).

c) anacronismos, laxitud o desacierto en la normatividad procesal:

Podemos señalar las siguientes deficiencias:

1. El trámite supuestamente “sumario” del juicio de alimentos, cuando se podría tal vez introducir trámite similar al que se da actualmente a las demandas agrarias: audiencia de pruebas, actuación inmediata de ellas, impulso procesal judicial.

2. El sistema de hasta dos asignaciones provisionales lo que es inconveniente para el alimentista si el juicio se prolonga, y para el obligado pues las cantidades que se señalan suelen ser crecidas, en lugar de un sistema de pensiones mensuales provisionales que hagan desaparecer aquellos inconvenientes y —en principio— con los mismos caracteres del actual sistema de asignaciones provisionales.

3. La inaplicabilidad práctica de garantías que, por ello, quedan en el nivel de la teoría, como son la constitución de hipoteca mientras esté en vigencia la obligación o la capitalización de la pensión y entrega del principal correspondiente.

4. La competencia exclusiva de los Jueces de Primera Instancia en materia de alimentos, marginándose a los Jueces de Menores y de Paz Letrados.

II. La segunda perspectiva obliga previamente a una comprobación de hechos y a un planteamiento de enfoque radical:

Es un hecho que, luego de sesenta años de vigencia del texto procesal, de treintiséis años de vigencia del Código Civil y de diez de la Ley de Abandono de Familia, —que propiamente debía denominarse Ley de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria— (plazos que, al menos en los dos primeros casos, podrían ampliarse hasta abarcar el

(\* ) Véase detalle del juicio crítico en el Capítulo II de esta tesis.

(\*\* ) Véase detalle en el Capítulo II.

tiempo de vigencia de los textos procesal y civil anteriores, que —sobre el particular— establecían ya mucho de lo que los actuales preceptúan), el incumplimiento de la obligación alimentaria se produce en volúmenes masivos.

Además de la experiencia empírica que proporciona diariamente el ejercicio de la profesión por quienes atienden asuntos referentes a la familia, los resultados estadísticos obtenidos al nivel de Juzgados y el número de ejecutorias supremas producidas sobre el tema revelan inequívocamente que, pese a todas las previsiones y precauciones de la ley, la obligación alimentaria es una de las que más frecuentemente se incumple.

De hecho, los juicios de alimentos son los más numerosos entre los juicios que ventilan en el Distrito Judicial de Lima y presumiblemente en todo el país los jueces civiles.

Esta comprobación factual no deberá conducirnos, como hasta hoy ha conducido generalmente, a imaginar sólo los medios legales más eficaces para paliar o reducir semejantes efectos, sino además a preguntarnos cuáles son las causas profundas del incumplimiento, a fin de que, una vez precisadas, el remedio ataque la raíz y no sólo el fruto del problema.

El solo planteamiento de la pregunta pone en relieve que, como sucede en tantos otros fenómenos que preocupan al jurista, éste no es exclusivamente un fenómeno jurídico-legal, sino de contenido económico, cultural y moral.

¿Por qué, en efecto, el obligado a prestar alimentos no cumple con prestarlos suficientemente?

De los juicios de alimentos, los más abundantes son los que persiguen la fijación original de una pensión (siguen los de aumento, exoneración, reducción, en ese orden); y, de entre ellos, los más son aquéllos en que piden alimentos los hijos, sobre todo los ilegítimos, y la cónyuge.

Plantéase, entonces, nuevamente la pregunta: ¿por qué los padres, principalmente los ilegítimos, incumplen con tanta frecuencia la obligación de alimentos? ¿por qué la incumple con frecuencia el marido respecto de su mujer?

Quizá convenga examinar ambos casos separadamente, pues la respuesta podría no ser exactamente la misma.

Tratándose de los hijos, el hecho de que los reclamantes sean predominantemente los hijos ilegítimos sugiere de inmediato la posibilidad de que las causas del incumplimiento se vinculan con:

a) la mayor cohesión íntima de la familia de base matrimonial;

b) la desconfianza que suscita en el varón su alegada paternidad extra-matrimonial, sobre todo cuando la madre tiene hijos de varios varones, reclama alimentos de cada uno para cada hijo, y halla en ese procedimiento un modus vivendi para sí misma;

c) el deterioro en la relación paterno-filial ilegítima, sobre todo cuando no hay convivencia de hecho entre los progenitores, cuando el padre tiene hogar matrimonial formado con otra mujer, y/o cuando tiene hijos legítimos; y,

d) la falta de entereza y de sentido de responsabilidad en el padre, sobre todo cuando el cumplimiento de su obligación alimentaria no sólo le exige un desembolso económico sino enfrentar incomodidades, situaciones ingratas y hasta problemas morales y familiares de cierta magnitud;

e) la estrechez económica del obligado, sobre todo cuando tiene otros deberes que cumplir; y,

f) la insuficiencia, generalmente total, de la madre para alimentar o contribuir a la alimentación del hijo, lo cual recarga, en la misma medida, el fardo que el padre debe soportar.

Varios de estos factores obran también, en distinto grado, en el caso, menos frecuente, en que el alimentista es un hijo legítimo. Los factores operantes pueden ser entonces los indicados en los apartados d), e) y f), a los cuales habría que sumar el del deterioro en las relaciones conyugales que a veces llega a extremos de inquina y que redonda frecuentemente en la resistencia o franca repugnancia del alimentante a dar alimentos a sus hijos, sea porque éstos están con la madre y no con él (y eso no sólo física, sino, a veces, aun espiritualmente), sea porque recela que la mujer emplea en su propia ventaja una parte de las cantidades que él pasa oficialmente para los hijos así como a la desadecuación en la relación paterno-filial (por incompreensión, falta de comunicación, diálogo y clima de confianza, diferencia de mentalidad u otros semejantes), desadecuación que puede llegar a extremos de enfriamiento y hasta de ruptura.

El caso de la cónyuge que demanda alimentos encuentra sus causas reales, a mi entender, en el desquiciamiento del hogar familiar que borra el vínculo moral que unió a los cónyuges y hasta puede llegar a reemplazarlo por un disociante de indiferencia, repulsa, hostilidad y aún odio; desquiciamiento que es todavía más grave si el marido llega a formar otro hogar extramatrimonial y encuentra en él mayor felicidad y/o llega a tener en él nuevas obligaciones familiares pecuniarias. Incluyen también, a mi juicio, factores como los señalados en los acápite d), e) y f).

Pues bien, si hubiéramos de hallar a su vez, las causas de las que nacen los factores mencionados, parece que podríamos ver en ellas:

1. Una de orden económico, que se traduce en la incapacidad real del obligado a cumplir la prestación en términos suficientes;

2. Otra de índole moral que asume múltiples expresiones: ausencia de sentido de responsabilidad; insensibilidad; falta o insuficiencia de tolerancia, de espíritu de fraternidad humana y de solidaridad social, degradación y hasta, en casos, depravación.

3. Una tercera, de falta o insuficiencia de conocimiento en lo que respecta a los alcances, exigencias, atribuciones, derechos y obligaciones que derivan del matrimonio y de la procreación.

Importa desarrollar estos conceptos.

En tesis general, y por simple razonamiento lógico, se puede postular que el alimentista pobre (y siempre lo será en el sentido de que no puede alimentarse a sí mismo, pues de lo contrario no pediría alimentos a otro) sólo podrá ser bien atendido si su alimentante tiene una situación desahogada. En otros términos: el alimentista pobre nunca será bien atendido si, a su vez, es también pobre su alimentante, máxime si se establece (como lo establece entre nosotros el artículo 449 del Código Civil) que el juez señalará el monto de la pensión atendiendo, no sólo a las necesidades del alimentista sino a las posibilidades del alimentante y cuando preceptúa (como lo hace entre nosotros el artículo 445 del Código Civil) que el obligado deja de serlo cuando el cumplimiento de la obligación pone en peligro su propia subsistencia.

Pues bien, siendo esto así, la índole, alcances y ámbito exclusivamente familiares que tiene entre

nosotros la relación alimentaria resultan ser determinantes o decisivos en el fenómeno del incumplimiento de la obligación, porque como no abundan los casos de hijo pobre de padre rico o de mujer necesitada de marido próspero (los hay, pero no son regla general), ocurre, casi inevitablemente, que el alimentista necesitado exige alimentos de alimentista pobre. Y es casi de Perogrullo que, en tanto sea el hambre quien pida auxilio a la necesidad, el alimentista —por mucho que reciba— jamás recibirá cuanto necesita, y el alimentante, por poco que se le obligue a dar, no dejará nunca de rebajar todavía más su ya insuficiente nivel de vida.

Esta reflexión halla confirmación plena a la vista de los expedientes que se organizan diariamente ante los jueces: el monto de las rentas que aparece de informes y exhibiciones de planillas y el monto de las pensiones que señalan las sentencias son, apreciadas, por sí mismas, enteramente insuficientes para asegurar a alimentista y también a alimentante, lo verdaderamente necesario para subsistir, desarrollarse y realizarse.

De este hecho se puede extraer desde luego una primera conclusión: el problema del incumplimiento de la obligación alimentaria no es exclusivamente, ni principalmente, un problema jurídico, sino de orden socio-económico, y, por tanto, su solución no estriba únicamente en modificar las leyes que regulan la relación alimentaria.

Frente a él, por otra parte, caben diversas soluciones: una, extraer la relación alimentaria del ámbito rigurosamente familiar, para ubicarla en el social, de modo que la carga del sostenimiento del necesitado en general repose sobre la comunidad entera, sea a través del Estado, que es su expresión jurídico-política, sea por conducto de entidades especialmente constituidas con tal objeto; otra, poner a la familia en condiciones de atender a la alimentación (en su sentido amplio, que no incluye sólo la comida, como se sabe) de todos y cada uno de sus integrantes.

No hay incompatibilidad necesaria entre las medidas que pudieran adoptarse dentro de uno y otro criterios. Por nuestra parte, preferiríamos una solución mixta que, como regla general y prioritaria, marque el acento en la necesidad y conveniencia de fortificar a la familia y ponerla en aptitud de atenderse a sí misma, y que, sólo como excepción, trans-

fiera a entidades sociales, estatales o para-estatales, la solución supletoria del problema.

Postulamos esta tesis por varias razones: estamos convencidos de que es a los padres (y parientes en general, por extensión) a quienes, primaria y naturalmente, incumbe la obligación de alimentar a sus hijos (y otros parientes, por extensión); de que, por tanto, la transferencia de dicho deber a la comunidad tiene, al mismo tiempo, la desventaja de debilitar y hasta desvanecer los lazos familiares, la de hipertrofiar el poder del Estado hasta límites que pueden ser peligrosos, aun más allá del ámbito puramente alimentario, de estimular la paternidad (o el casamiento) irresponsables y de imponer injustamente a los demás miembros de la comunidad una carga que no les corresponde: ella no debe sustituirse a la familia o a sus miembros, sino ponerlos en aptitud de atenderse a sí mismos.

Pero aquellos casos en que, pese a todo, el obligado familiar no puede, en definitiva o momentáneamente, cumplir su obligación, no podrían derivar en el sacrificio o frustración del ser humano en estado de necesidad, sino que en tales casos la comunidad y el Estado deberían asumir la carga y la función respectiva.

Ahora bien, poner al obligado familiar en condiciones de cumplir por sí sus deberes, supone la adopción por el Estado de una política jurídico-legal apropiada naturalmente, pero antes que eso o como un presupuesto de eso, una política diversificada de desarrollo en su sentido más integral que, a través de un aumento de la producción y la productividad y de una distribución más justa de la renta, robustezca cuantitativa y cualitativamente el mercado del empleo, multiplique así las oportunidades de trabajo, eleve sustancialmente los niveles de remuneración, reduzca el desempleo y el sub-empleo y acabe por extirparlos.

Decir esto y afirmar que el problema específico de esta tesis se inserta en el esquema más amplio y más profundo del "subdesarrollo" y de la "revolución" es la misma cosa. Lo cual, por una parte, desnuda la real magnitud del problema, y, de otro lado, descubre una vez más la estrecha

vinculación de lo jurídico con otros fenómenos sociales (que se interinfluyen incesantemente) y del menester del jurista con el de otros estudiosos de la problemática social.

Dígame de paso que, al afirmar lo que precede, no se quiere diferir sine die la solución del problema de los alimentos insatisfechos, unciéndolo al carro del sub-desarrollo en general, sino que hay un nuevo factor, esta vez de orden jurídico, que incita a acelerar la marcha de este carro; y que, en tanto, se puede y se debe adoptar las medidas aludidas en la primera parte de este Capítulo, que no dejan de ser saludables por el hecho de hurgar sólo en la epidermis del problema.

Al analizar las causas de que dependen los factores anteriormente enunciados, hemos desarrollado aquélla referente a la incapacidad económica del obligado para cumplir con su deber alimentario.

No obstante, es preciso reiterar que, aun cuando se diera una situación material que permitiera a aquéllos el cumplimiento de dicha obligación, ello no significaría en modo alguno la desaparición absoluta y para siempre del incumplimiento alimentario, pues concurren a él causas de orden moral y humano, como la ausencia del sentido de responsabilidad, de tolerancia, de fraternidad humana y solidaridad social, la insensibilidad, la insuficiencia de conocimiento en lo que respecta a los alcances, exigencias, derechos y obligaciones del vínculo matrimonial y filial.

Elas determinarían qué la obligación alimentaria continuara siendo insatisfecha pues siempre el obligado encontraría motivos que —sólo aparentemente— "justificarían" tal incumplimiento.

Se hace necesario, pues, no sólo emprender una política orientada a un mejoramiento de la situación económica de la familia, sino una política integral destinada también a crear en todos y cada uno de los miembros de la comunidad el sentido de responsabilidad, de fraternidad y de solidaridad y a despertar la conciencia de los deberes y obligaciones matrimoniales y familiares, en suma la conciencia de su dignidad de ser humano y de su condición de ser social.