

¿Cómo se garantizan los derechos fundamentales de los miembros de una familia a través de los alimentos?

Marisol Fernandez Revoredo

Profesora del Departamento Académico de Derecho de la PUCP.
Docente del curso de Derecho de Familia y de los Seminarios de Teoría General del Derecho y de Género y Derecho.

Beatriz Ramirez Huaroto

Bachillera en Derecho por la PUCP. Adjunta de docencia del curso de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la PUCP.

I. Los alimentos en el marco de los Derechos Humanos

Tradicionalmente la doctrina civilista ha enfocado el derecho alimentario como una cuestión obligacional y patrimonial. No obstante la importancia de lo dicho por esta dogmática sobre el concepto y la naturaleza jurídica de los alimentos, creemos que es importante hacer un esfuerzo por abordarlos en el marco del Derecho Constitucional y los derechos fundamentales. Creemos que ello debe ser así por varias consideraciones.

En primer lugar, porque suscribimos la afirmación de la profesora española Encarna Roca, quien sostiene que: «*El Derecho de Familia no es nada en sí mismo si no tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales [...]*»¹.

En segundo lugar, porque si bien, en teoría es al Estado al que le corresponde garantizar derechos fundamentales como la salud, la educación, alimentación, la vivienda, etc., en países pobres, como el nuestro, esta obligación se traslada en gran parte al ámbito de la familia.

Hay una razón más: el concepto familia y su concepción como instituto natural esconden relaciones familiares verticales y de dependencia que sólo pueden tener un contrapeso si el Derecho de Familia incorpora el discurso y la práctica de los derechos fundamentales.

Así pues, bajo estas premisas, definimos los alimentos como el conjunto de derechos fundamentales de ejercicio individual que deben ser garantizados en el marco de las relaciones familiares, como expresión del fundamento de solidaridad en el que se funda

la familia. En consecuencia, su regulación no debe conllevar a una limitación irrazonable al ejercicio de tales derechos fundamentales.

Lamentablemente, la regulación de los alimentos ha sido utilizada como un instrumento, entre otros, para imponer el modelo de familia basado en el matrimonio, habiendo contribuido, además, a reforzar marginalidades: hijos extramatrimoniales, madres solteras, concubinas, gestantes sin pareja, etc. Ello, como es evidente, resulta incompatible con una perspectiva constitucional y de derechos fundamentales, tal como nos lo muestra la Corte Constitucional de Colombia, a través de su Sentencia C-016/04 mediante la cual corrige la instrumentalización del derecho alimentario en favor de la imposición de un modelo de familia basado en matrimonio: «*[...] si la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes que conforman dicha unión frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar*».

De otro lado, la perspectiva constitucional y de derechos fundamentales de los alimentos nos debe llevar también a repensar la igualdad

1 ROCA, Encarna. «*El Derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho*». En: Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional. Madrid: Dykinson, 1999. p. 150.

en las relaciones familiares. Nos referimos a que las construcciones culturales hechas sobre la base de las diferencias sexuales, han sido tradicionalmente reforzadas por el Derecho. Esto era particularmente claro y evidente cuando nuestra legislación convertía a los varones casados en los únicos obligados a garantizar alimentos a los miembros de su familia, pues las esposas debían atender personalmente el hogar. Hoy contamos con una legislación igualitaria, pero queda pendiente la tarea y el reto de descubrir si esta legislación formalmente neutra no es más que un maquillaje que esconde un sesgo discriminatorio².

Sobre esto último, una de las cuestiones a tener presente es que la división sexual del trabajo³ no puede ser atacada sólo con la igualdad de trato en la regulación relativa a la familia y al trabajo, sino con un cambio de concepciones sobre la forma de organizar estas dos esferas. Así, una concepción de responsabilidades familiares compartidas podría ser una de las estrategias sobre las que debería articularse un Derecho de Familia respetuoso de los derechos y libertades fundamentales de las personas⁴.

II. ¿Qué nos dicen las estadísticas sobre los alimentos?

El estudio *Justicia en el Perú* realizado por la

empresa APOYO Opinión y Mercado S.A. por encargo del Instituto de Defensa Legal revela que más de la cuarta parte de las personas entrevistadas ha tenido experiencia propia o de un familiar cercano en un proceso judicial de alimentos⁵. En Lima Metropolitana 28% de las personas encuestadas se vio involucrada en un proceso de alimentos; en Huamanga el porcentaje asciende a 34%; en Trujillo es de 29%, y en Tarapoto 23%.

No existen estadísticas oficiales ni alternativas sobre el sexo de la parte demandante o de la parte demandada en los procesos de alimentos, pero no es apresurado afirmar que se trata de mujeres actuando como representantes legales de sus hijas e hijos para quienes solicitan el establecimiento de la pensión alimenticia⁶. Esto se da porque los roles de género están configurados de tal modo que son mayoritariamente las mujeres las que se hacen cargo de los hijos, ya sea que vivan con los padres de éstos o que estén separadas de ellos. En este sentido, conviene analizar la regulación del derecho alimentario y evaluar su impacto en la satisfacción de los derechos fundamentales subyacentes a su ejercicio; asimismo, evaluar el impacto diferenciado de las normas de derecho alimentario en mujeres y hombres es un instrumento necesario para emprender las reformas necesarias que garanticen la igualdad real en las responsabilidades familiares.

- 2 FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. «Usando el Género para criticar el Derecho». En: *Derecho-PUC*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006. p. 365.
- 3 Por división sexual del trabajo entendemos la adjudicación del trabajo reproductivo a las mujeres y del trabajo productivo a los varones.
- 4 El modelo de responsabilidades familiares compartidas resulta además un imperativo para el Estado peruano por el artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; artículo 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Recomendación del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (31 de mayo de 1995).
- 5 El estudio *Justicia en el Perú* consistió en 1397 entrevistas personales a hombres y mujeres mayores de 18 años de todos los niveles socioeconómicos. El ámbito de la investigación comprendió Lima Metropolitana, Trujillo, Huamanga y Tarapoto, y tiene una confiabilidad del 95%. Las conclusiones fueron presentadas en noviembre de 2005.
- 6 Algunas ONG's limeñas dedicadas a la defensa de los derechos de la mujer tienen servicios de orientación legal gratuita en materia de Derecho de Familia, pero no cuentan con datos sistematizados de sus atenciones: es el caso del Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, DEMUS - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer y el Movimiento Manuela Ramos. El CMP Flora Tristán atendió en el año 2006 1,218 consultas legales de las cuales 1,075 fueron hechas por mujeres, no se consignaron datos sobre las materias específicas de las consultas. En el año 2005 los Consultorios Jurídicos del Ministerio de Justicia atendieron 42,969 consultas a nivel nacional en materia de Derecho de Familia, lo que representó el 66.04% del total de sus atenciones. Asimismo, los Consultorios MINJUS iniciaron 7,211 acciones judiciales en materia de familia lo que representó el 71.16% de total de acciones judiciales iniciadas y terminaron 2,607 acciones judiciales en materia de familia lo que representó un 72,32% del total. Por otro lado, las cifras de las orientadoras legales de Villa el Salvador muestran cómo durante el periodo comprendido entre 1987 a 1998, de un total de 1,994 casos atendidos, el primer lugar lo ocupan los casos de alimentos con un total de 887 casos. Si bien estos datos no reflejan con exactitud el panorama respecto al derecho a alimentos, sí muestran que las materias relacionadas al Derecho de Familia (entre ellas, los alimentos) alcanzan altos niveles de conflictividad social y que la parte afectada tiene un rostro femenino.

III. Los sujetos del Derecho Alimentario en el ordenamiento jurídico peruano: las diferencias de tratamiento por razón de edad

Nuestro ordenamiento regula el derecho alimentario de manera distinta si el sujeto del derecho es una persona menor de edad o si es una persona mayor de edad. La regulación específica para niñas, niños y adolescentes está contenida en el Código de los Niños y Adolescentes; las normas generales y las reglas aplicables a alimentistas mayores de edad tienen su fuente en el Libro de Familia del Código Civil.

En ambos grupos etarios existen criterios legales a seguir para fijar la pensión de alimentos. El artículo 481º del Código Civil señala expresamente dos criterios para la fijación de la pensión: a) necesidades de quien solicita los alimentos y b) posibilidades económicas de quien debe prestarlos. Un sector doctrinal incluye un criterio adicional: c) existencia de una norma legal que señale la obligación alimentaria⁷. La fijación de la pensión alimentaria es un aspecto crucial para efectivizar la igualdad en las responsabilidades familiares entre ambos progenitores y su aplicación plantea en la actualidad una serie de desafíos que serán abordados en las líneas siguientes.

3.1 Régimen de alimentos de personas menores de edad

Alimentistas con filiación establecida legalmente⁸

¿Qué abarca el concepto de alimentos?

Los alimentos respecto de sujetos de derecho tales como niñas, niños y adolescentes comprenden los rubros de alimentación, vivienda, vestido, educación, asistencia médica y recreación; así lo señala la primera parte del artículo 92º del Código de los Niños y Adolescentes (en adelante, CNA). También incluyen los gastos del embarazo de la madre

desde la concepción hasta la etapa del post-parto.

Condiciones para la fijación de la pensión alimentaria

En cuanto a los criterios para fijar la pensión de alimentos, el régimen para alimentistas menores de edad tiene algunas particularidades:

El estado de necesidad se presume *iure et de iure* respecto de niñas, niños y adolescentes en su condición de sujetos de derecho. Conforme lo señala la Declaración de los derechos del niño «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento». Lo que debe acreditarse es la cuantificación de las necesidades de los/las alimentistas pues queda claro que niñas, niños y adolescentes viven en estado de necesidad por las particularidades de su desarrollo.

El criterio que remite a las posibilidades de quien debe prestar los alimentos debe ser apreciado con minuciosidad. El artículo 481º del Código Civil (en adelante C.C.) señala expresamente que debe prestarse atención especial a las obligaciones a las que se halle sujeto el que presta los alimentos y, con ello, recalca el énfasis que tienen las posibilidades del demandado como criterio para determinar la pensión. Es importante anotar que solo puede embargarse el 60% de remuneraciones y pensiones para garantizar obligaciones alimentarias⁹.

Entre ambos criterios (el estado de necesidad de las/los sujetos de derecho alimentario y las posibilidades de quien debe darlos) surge comúnmente un conflicto. ¿Qué pasa si las posibilidades del demandado «no son suficientes» para atender a las necesidades del alimentista? Esta situación nos remite a las responsabilidades familiares compartidas entre padres y madres respecto de sus hijas e hijos.

Ambos padres se encuentran obligados a prestar alimentos a sus hijas e hijos; esto está

7 AGUILAR LLANOS, Benjamín. «El instituto jurídico de los alimentos». En: AA.VV. *Derecho de Familia. Selección de Textos* (Materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho de la PUCP). Lima: Oficina de publicaciones para la docencia PUCP, 2006. pp. 61-62. Este mismo criterio ha sido acogido por la Corte Suprema de Justicia de la República; esto se expresa en la Casación N° 1371-96-Huanuco publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de abril de 1998 y en la Casación N° 2833-99-Arequipa publicada en Diario Oficial El Peruano el día 30 de noviembre de 2000.

8 Se incluyen bajo esta denominación a los alimentistas nacidos dentro de una relación matrimonial y a los nacidos fuera de una relación de una matrimonial pero cuya filiación ha sido emplazada por medio del reconocimiento o de la declaración judicial de paternidad.

9 Así lo establece el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

señalado expresamente en el artículo 93º del CNA y es la regla reconocida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lo que sucede en la práctica judicial cotidiana es que por prestar demasiada atención a las posibilidades del demandado se relegan las necesidades de los alimentistas y se fija una pensión que no respeta la igualdad de aportes respecto del otro progenitor, generalmente, la madre.

Un ejemplo puede ser útil para aclarar el panorama. María y José tienen una hija y un hijo en común. José trabaja en una fábrica y su sueldo mensual es de S/. 550.00. María desempeña un trabajo familiar no remunerado como «ama de casa» y vende anticuchos en la puerta de su casa todos los días por las noches por lo que percibe un ingreso mensual de S/. 300.00. Las necesidades mensuales de ambos hijos suman S/. 500.00 aproximadamente. Desde que la pareja se separó José no cumple regularmente sus obligaciones alimentarias, por ello María ha iniciado un proceso judicial. Los gastos de José suman S/. 300.00 ¿Cuál es el monto de la pensión alimenticia que debe «pasar» José a favor de sus dos hijos?

Si la jueza o juez se concentra únicamente en los gastos de José la pensión para los niños sería de 250 soles y eso es la mitad de las necesidades de los hijos. ¿Si a José se le fija esta pensión ambos padres cumplirán en equidad con sus obligaciones? La respuesta es no. S/. 250.00 soles es menos de la mitad de los ingresos de José, mientras que es casi la totalidad de los ingresos netos de María. Además, respecto de los aportes de María no se ha considerado el monto del ahorro que se genera por el trabajo familiar que ella realiza como «ama de casa», o dicho de otro modo, el valor económico que conlleva su trabajo en la casa; María aportaría los S/. 250.00 restantes para cubrir los gastos de sus hijos y el valor de su trabajo como ama de casa, aporte que José no hace. Si los gastos de José fueran de S/. 350.00 y este monto fuera tomado como un referente absoluto para la determinación de la pensión entonces la pensión alimenticia sería de S/. 200.00 con lo que quedarían a cargo de María los S/. 300.00 restantes que son necesarios para cubrir las necesidades de los hijos.

El ejemplo planteado -bastante común en nuestro país- pone de relieve que para la fijación

de la pensión alimenticia debe prestarse atención tanto a las necesidades de los/las alimentistas como a las posibilidades no sólo del demandado, sino de ambos padres. Con estos tres parámetros debe establecerse una pensión que satisfaga las necesidades vitales de quien solicita los alimentos y también el deber de responsabilidades familiares compartidas que ambos padres tienen respecto de sus hijas e hijos.

Respecto de la norma legal que establece la obligación alimentaria el artículo 93º del CNA señala expresamente quiénes son las personas obligadas a prestar alimentos respecto de sujetos alimentarios niñas, niños o adolescentes.

Prelación de deudores alimentarios

Respecto de las personas menores de edad son los padres los primeros obligados a prestar los alimentos. El artículo 93º del CNA señala que por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero prestan alimentos las siguientes personas en el orden en el que se enumeran: a) los hermanos mayores de edad, b) los abuelos y abuelas, c) los parientes colaterales hasta el tercer grado (p. e. tías y tíos) y d) otras personas responsables de la niña, niño o adolescente.

Conforme al artículo 95º del CNA la obligación alimentaria puede ser prorrateada¹⁰ entre todos los obligados si es que, a criterio del órgano jurisdiccional, hay imposibilidad de cumplir la obligación de forma individual. El mismo artículo prescribe que si el pago de la pensión resulta inejecutable la parte demandante puede accionar el prorrateo; el régimen general señala que la obligación pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que sigue (artículo 479º del C.C.). Consideramos que lo señalado en el Código Civil es más apropiado pues en caso de incumplimiento del pago de la obligación alimentaria por falta de recursos del obligado es mejor asignar la totalidad de la pensión a otro obligado antes que proceder al prorrateo; esto garantiza mejor el derecho del alimentista.

Acerca del traslado de la obligación alimentaria, la Casación N° 37-2002-Arequipa señala que si el padre no cumplió con pagar la pensión alimentaria y se inició un proceso de aumento de pensión respecto del abuelo, como

10 Prorratear significa repartir la obligación alimentaria entre varias personas de forma proporcional.

al abuelo nunca se le emplazó en el proceso de alimentos del cual deviene el reajuste, es inapropiado compelerle porque no fue parte material del primer proceso; esto al amparo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso. Este criterio parece indicar que en los casos de incumplimiento del pago de la pensión por parte de uno de los padres se necesita iniciar un nuevo proceso judicial respecto de los abuelos; esto implica dilación para que se haga efectiva la pensión y una consecuente afectación a los derechos fundamentales del sujeto.

Alimentistas sin filiación establecida legalmente: los llamados hijas e hijos alimentistas. «Concebido alimentista» y gastos del embarazo.

En los casos en que la filiación no está establecida legalmente procede la figura de los llamados hijas e hijos alimentistas, cuya normatividad se concentra en el artículo 415º del Código Civil. Se puede obtener una pensión de alimentos de quien ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción si es posible acreditar este hecho. La pensión de alimentos continúa vigente solo hasta los 18 años y se extiende únicamente cuando el acreedor(a) alimentario no está en posibilidades de proveer a su propia subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado puede solicitar la aplicación de una prueba de validez científica para destruir la presunción de paternidad originada por las relaciones sexuales mantenidas con la madre del acreedor(a) alimentario.¹¹

La regla formulada en el artículo 415º de C.C. debe ser revisada teniendo en cuenta los avances en materia genética: la prueba de ADN determina con un 99.9% de confiabilidad la filiación de una persona, lo que la convierte en un medio idóneo para eliminar la incertidumbre subyacente a la figura de los llamados hijos alimentistas. Ante la duda sobre las relaciones sexuales entre el demandado y

la madre durante la época de la concepción, el órgano jurisdiccional debería ordenar de oficio la prueba de ADN que permita establecer con certeza la realidad jurídica materia del litigio y hacer efectivos los derechos fundamentales que están en juego. En este nuevo escenario, la fórmula del 415º del C.C. estaría destinada a desaparecer.

¿Qué abarca el concepto de alimentos?

La pensión de alimentos en este caso abarca los mismos aspectos que en los hijos e hijas menores de edad con filiación establecida.

Conforme a la segunda parte del artículo 92º del Código de los Niños y Adolescentes también incluyen los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post-parto. Cuando la filiación no está legalmente establecida surgen problemas para hacer efectiva esta disposición; la problemática se planteará al abordar la norma legal que origina la obligación alimentaria en este supuesto.

Condiciones para la fijación de la pensión alimentaria

Las condiciones para la fijación de la pensión son similares a las de las hijas e hijos con filiación establecida:

El estado de necesidad se presume respecto de todas las niñas, niños y adolescentes, pese a que no tengan determinada legalmente su filiación.

Las posibilidades de quien debe prestar los alimentos deben ser analizadas considerando los elementos señalados anteriormente.

La norma legal que establece la obligación alimentaria es el artículo 415º del C.C. que alude expresamente a las niñas, niños y adolescentes no reconocidos ni con paternidad declarada judicialmente.

Para el caso de los gastos del embarazo de la madre no existe norma específica que permita pedir pensión de alimentos al hombre que ha tenido relaciones sexuales con la mujer gestante, es lo que se podría denominar un

11 En este sentido la Casación N° 1056-2004-Chincha señala que el artículo 415 de CC faculta al hijo extramatrimonial a reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta los 18 años de edad, dispositivo que descansa sobre la presunción *iuris tantum* de paternidad de la persona que ha mantenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción; de tal modo que en ese tipo de pretensión alimenticia no se requiere la acreditación inequívoca de la relación paterno filial, pero si la prueba de que existió la relación sexual del demandado con la madre durante la época de la concepción. La Casación 522-2005-Lambayeque señala: «al haberse acreditado mediante prueba de ADN que el obligado a prestar alimentos no es el padre biológico del hijo alimentista resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 415 del Código Civil en lo concerniente a que aquel podrá solicitar el cese de dicha obligación».

«concebido alimentista»¹². El artículo 414º del Código Civil establecía que sólo en los casos que habilitaban la declaración judicial de paternidad (artículo 402º del C.C.), y en los casos en que hubiera reconocimiento, la madre podía pedir alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como el pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo. Entendemos que este artículo ha sido derogado tácitamente con lo dispuesto en el artículo 92º de CNA pues esta última norma reconoce el derecho de alimentos durante todo el embarazo y hasta la etapa del post-parto, y lo hace no sólo en los supuestos del artículo 402º del CC; la norma del Código de los Niños y Adolescentes prima por razón de temporalidad.¹³

La norma que habilita a reclamar gastos del embarazo al que ha mantenido relaciones sexuales con la madre debe ser reconocida y efectivizada¹⁴. Entendidos los alimentos como parte del elenco de derechos fundamentales de las personas es indispensable dar protección a los intereses jurídicamente relevantes que están en juego.

Prelación de deudores alimentarios

El único obligado respecto a los llamados hijos e hijas alimentistas es el que tuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. La obligación no se extiende a sus descendientes ni a sus ascendientes conforme lo indica el artículo 480º del C.C. En caso de muerte del deudor alimentario los herederos de éste asumen el pago de la pensión hasta el monto que el alimentista hubiese recibido como heredero(a) si hubiese sido reconocido(a) o declarado(a)

judicialmente como hijo o hija. Esta es una regla más que coloca en desigual condición a los hijos e hijas alimentistas y que debe replantear la existencia de esta figura legal que no protege adecuadamente a los sujetos de derecho alimentario.

3.2 Régimen de alimentos de personas mayores de edad

3.2.1 ¿Qué abarca el concepto de alimentos?

Los alimentos respecto de acreedores mayores de edad comprenden los rubros de alimentación, vivienda, vestido, educación y asistencia médica conforme al artículo 472º del Código Civil.

Existen varios regímenes que regulan los alimentos de personas mayores de edad. En el caso de personas mayores de dieciocho años que no tienen como fuente de su derecho alimentario un estado de familia conyugal o convivencial, existe derecho a alimentos sólo cuando no se encuentran en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas (artículo 473º del Código Civil). La obligación alimentaria se extiende hasta los veintiocho años cuando el (la) alimentista sigue estudios superiores con éxito y es soltero(a), sin que esté incapacitado(a) de alguna manera. El derecho alimentario de los cónyuges y de los concubinos se detallará más adelante.

3.2.2 Condiciones para la fijación de la pensión alimentaria

– El estado de necesidad de sujetos de derecho alimentario mayor de edad no se presume; debe ser acreditado en proceso judicial.¹⁵

12 Pese a esta denominación debe entenderse que se trata de dos sujetos alimentarios: la madre y su derecho a la salud y a llevar en óptimas condiciones su embarazo, y el concebido al que nuestro ordenamiento legal le reconoce condición de sujeto de derechos para todo cuanto le favorece (artículo 1 del Código Civil).

13 Acerca de la derogación tácita véase RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. pp. 26-29. Asimismo, ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. pp. 52-60.

14 Puede decirse que la norma debe ser creada por *analogía a pari*: se consigna la misma consecuencia (derecho de alimentos) a un supuesto no previsto legalmente (gastos del embarazo a quien ha tenido relaciones sexuales con la gestante). Esto no se contrapone con reconocer que existe un marco legal vigente que reconoce este derecho: el artículo 4 de la Constitución Política del Perú señala que la comunidad y el Estado protegen especialmente a la madre en situación de abandono. Asimismo, los tratados que forman parte de nuestro derecho nacional reconocen un estatus especial a la mujer gestante: un ejemplo claro son los incisos 2 y 3 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

15 En este sentido se pronuncia la Casación N° 2361-2002-San Román: «sólo subsiste la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores de edad que no encuentren en aptitud de atender su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobada; lo que en autos no se presenta pues se trata de una persona mayor de edad que ya terminó sus estudios profesionales, pero que es madre soltera y no cuenta con trabajo, no configurándose los supuestos establecidos en la norma». Dentro de nuestro ordenamiento legal la demandante es este caso debió accionar su derecho a alimentos respecto del padre de su bebé, con las dificultades ya planteadas.

- Las posibilidades de quien debe prestar los alimentos deben ser analizadas considerando los elementos ya señalados.
- Existen varias normas que establecen obligación alimentaria entre personas mayores de edad. Nos detendremos en tres supuestos: alimentos de hijas e hijos mayores de edad que siguen estudios, alimentos entre cónyuges y alimentos entre convivientes.

3.2.2.1 Alimentistas mayores de edad que siguen estudios

El artículo 424^o del Código Civil señala que subsiste la obligación alimentaria respecto de hijas e hijos solteros, mayores de dieciocho años, que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los veintiocho años de edad.

El término «estudios» debe entenderse de una manera amplia. En este sentido se pronuncia la Casación N^o 1338-2004-Loreto que señala: «El artículo 483 del Código Civil (que alude a los casos de extinción de la obligación) *abarca igualmente a los estudios tendientes a obtener una profesión o un oficio, que incluye a los estudios preparatorios –primarios, secundarios o para el ingreso a estudios superiores– y que solo en esos casos puede permitirse que un hijo mayor de edad pueda seguir percibiendo alimentos, siempre que curse sus estudios de manera exitosa, los que deben entenderse realizados dentro de los márgenes razonables y aceptables, tanto a lo que refiere al periodo de tiempo para efectivizarlos, como a los resultados obtenidos*».

De lo señalado en la casación aludida se desprende que los estudios que siguen las personas mayores de dieciocho años incluyen los de preparación para los estudios de una profesión u oficio; esto es importante porque en la actualidad la mayoría de personas que siguen estudios superiores requieren un

tiempo de preparación que debe ser asistido.

El requisito de razonabilidad debe ser analizado a la luz de cada caso concreto. Por ejemplo, si un(a) alimentista llega a la mayoría de edad y aún no ha culminado su educación secundaria es posible afirmar preliminarmente que no está realizando exitosamente sus estudios porque a su edad debería haberlos terminado. Sin embargo, creemos que es importante que la jueza o juez que dilucide la causa haga una evaluación de las circunstancias concretas de cada caso pues es posible que existan factores que expliquen el retraso.¹⁶

Respecto a personas mayores de edad consideramos que debe otorgarse alimentos a quienes no estén realizando estudios por falta de recursos económicos, pero que tengan el proyecto de emprenderlos. No es poco frecuente que las hijas e hijos tengan que interrumpir sus estudios al terminar la educación secundaria por escasez de recursos económicos; la falta de acceso a la educación superior priva a las personas de uno de los medios más importantes de desarrollo personal y ascenso social. En este sentido, consideramos que debe interpretarse extensivamente la norma contenida en el artículo 424^o del C.C. de modo que no se exija estar estudiando en el momento de la interposición de la demanda.

El derecho a alimentos más allá de los dieciocho años no se extiende a las hijas e hijos sin filiación legalmente establecida. No existe norma legal que expresamente reconozca este derecho y, por eso, existe jurisprudencia contradictoria¹⁷. La normatividad de los llamados hijas e hijos alimentistas los coloca en una notoria situación de desventaja respecto de las hijas e hijos con filiación legalmente; este es otro argumento adicional que respalda la posición de que el juzgador debiera asumir un rol decisivo en materia

16 La Casación N^o 3016-2002-Loreto publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de mayo de 2003 señaló «que resulta evidente que un estudiante con 18 años que se encuentra en el cuarto año de educación secundaria no lo está realizando exitosamente porque por su edad debería haber terminado la educación secundaria». En este mismo sentido se pronunció la Casación N^o 1338-2004-Loreto señalando que procede la exoneración de la obligación alimentaria si el alimentista llega a la mayoría de edad y está en segundo de secundaria. El órgano jurisdiccional debió ponderar los factores que han originado el retraso escolar con una perspectiva tuitiva. Entre los factores que hacen legítimo un retraso escolar están la imposibilidad de haberse educado por un estado de necesidad no cubierto anteriormente o el haber vivido en un contexto de violencia familiar que afecta el rendimiento escolar.

17 La Casación 866-2002-Áncash señaló que los alimentistas y los hijos extramatrimoniales reconocidos no deben ser tratados con igualdad y por eso no extendió la pensión de alimentos a un hijo alimentista mayor de 18 años que seguía con éxito estudios de una carrera profesional. La Casación 2466-2003-Apurímac asumió un criterio opuesto: «La obligación de proveer alimentos subsiste en los hijos varones o mujeres mayores de 18 años que continúen en forma exitosa una profesión u oficio acreditada de manera fehaciente. La protección del beneficiado se prorroga a este supuesto y alcanza también a los hijos alimentistas porque de acuerdo con el artículo sexto de la Constitución Política del Perú todos los hijos tienen iguales derechos.»

probatoria ordenando la prueba de ADN de oficio a fin de determinar con certeza la filiación, garantizando así de modo conexo la plenitud de los derechos asociados al estatus paterno-filial.

3.2.2.2 Alimentos entre cónyuges

Los cónyuges se deben recíprocamente asistencia (artículos 288 y 474 inciso 1 del C.C.). A los cónyuges no les es aplicable la regla que señala que deben encontrarse en estado de incapacidad física y/o para ser sujetos de derecho alimentario: los cónyuges tienen derecho alimentario como regla general¹⁸ y el derecho tiene su fundamento en el deber de solidaridad y asistencia recíproca.

La obligación alimentaria entre cónyuges cesa en los siguientes casos:

Respecto del cónyuge que abandona el hogar conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella (artículo 291º del C.C.)

En caso de divorcio salvo: a) respecto para el cónyuge inocente que carezca de bienes propios, gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de cubrir sus necesidades, y b) respecto del cónyuge culpable que esté en estado de indigencia. La obligación cesa si el cónyuge alimentista contrae nuevo matrimonio o si el estado de necesidad desaparece (artículo 350º de C.C.)

3.2.2.3 Alimentos entre convivientes

Nuestro ordenamiento sólo concede alimentos en el caso de abandono unilateral de un conviviente respecto del otro. El artículo 326º del Código Civil señala que en caso de que la unión de hecho termine por decisión unilateral, el juez o jueza puede conceder, a elección del conviviente abandonado, una

cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Numerosas decisiones judiciales respaldan esta opción legislativa¹⁹ que, a nuestro juicio, es inconstitucional y reveladora del divorcio entre el Derecho y la realidad²⁰.

Aunada a su incompatibilidad con la Constitución, la regulación actual sobre alimentos entre concubinos y su aplicación plantea otros problemas. Así pues, según lo ha establecido la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se requiere una obtener el reconocimiento judicial de la unión de hecho para hacer efectivo el derecho a alimentos de los ex-convivientes²¹. Entendemos que puede acumularse la pretensión de alimentos al proceso judicial de reconocimiento de la unión de hecho en aras de garantizar la economía procesal y el acceso a la tutela judicial efectiva de ciudadanas y ciudadanos. Sin embargo, esta opción representa un obstáculo para el acceso a la pensión de alimentos pues la declaración judicial de hecho se tramita por la vía del proceso de conocimiento o del proceso abreviado²²; el proceso de alimentos para sujetos de derecho mayores de edad se tramita como proceso sumarísimo²³. Debería garantizarse el acceso a la pensión de alimentos de forma independiente al proceso de declaración judicial de la unión de hecho cuyo procedimiento legal es riguroso por su relación con los aspectos patrimoniales que se desprenden del concubinato.

Dadas las condiciones del restringido derecho alimentario de los ex-convivientes se requiere acreditar la condición de abandono de manera fehaciente²⁴. Esto plantea el problema de a cuál de los ex-convivientes debe

18 Así lo establece la Casación Nº 2833-99-Arequipa publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2000.

19 Como muestra, la Casación Nº 1637-2002-Junín señala que los ex-convivientes tienen derecho a demandar alimentos y que la pensión de alimentos está vigente hasta que subsista inexistencia de impedimento matrimonial; producido el matrimonio de cualquiera de los concubinos con otra persona tal obligación cesa.

20 Al respecto se ha hecho referencia a la Sentencia C-016/04 de la Corte Constitucional de Colombia.

21 Así lo señala la Casación Nº 1685-2004-Junín: «Para que se reconozca el derecho del concubino abandonado a que el otro lo indemnice o le pase alimentos debe previamente declararse fundada la demanda de reconocimiento de unión de hecho». El reconocimiento judicial de la unión de hecho siempre se ha requerido para hacer efectivos los derechos patrimoniales emanados de la convivencia; en este sentido se pronuncia la Casación Nº 1620-98-Tacna publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de abril de 1999.

22 CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. «El Concubinato». En: AA.VV. *Derecho de Familia. Selección de Textos* (Materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho de la PUCP). Lima: Oficina de publicaciones para la docencia PUCP, 2006. p. 222.

23 Así lo establece el inciso 1 del artículo 546 del Código Procesal Civil.

24 La Casación Nº 2228-2003-Ucayali señala: «en el decurso procesal habida cuenta que la relación convivencial ha concluido correspondía realizar la valoración referente a la condición de abandonado, ya sea de la demandante o del recurrente, actividad que no se ha realizado, toda vez que las instancias de mérito no han amparado su pretensión.»

considerarse conviviente abandonado; un ejemplo puede ilustrar el panorama. Valeria ha decidido abandonar el hogar convivencial luego de una relación de seis años, Luis la ha maltratado física y psicológicamente en los últimos cuatro años de la relación. La pregunta es si Valeria puede accionar para obtener una pensión de alimentos. Consideramos que sí.

En los casos en que la convivencia se termine por decisión unilateral de uno de los convivientes motivada por situaciones «imputables» al otro -por ejemplo, en los casos de violencia familiar, infidelidad o toxicomanía- debe darse una interpretación abierta a la figura del(a) conviviente abandonado(a). De lo contrario se estaría promoviendo la perpetuación de relaciones convivenciales en las que uno de los convivientes no puede ponerle fin porque si no perdería su potencial derecho a alimentos o a una indemnización; debería esperar a que sea el otro conviviente el que decida ponerle fin a la relación pese a que ésta le sea nociva.

3.2.3 *Prelación de deudores alimentarios*

En el caso de personas mayores de edad se deben alimentos recíprocamente a) los cónyuges, b) los descendientes, c) los ascendientes y d) los hermanos. El orden de prelación es el mismo conforme a las reglas de sucesión legal (artículos 474º, 475º y 476º del C.C.)

Respecto al prorratio de la obligación alimentaria, la regla general está señalada en el artículo 477º del C.C.: cuando sean dos o más los obligados a prestar los alimentos se divide entre todos el pago proporcionalmente a sus posibilidades; sólo en casos excepcionales, puede hacerse recaer en un solo obligado(a) la totalidad de la pensión dejando a salvo su derecho de repetir lo pagado.

IV. ¿Cómo impacta la actual regulación de los alimentos en varones y mujeres?

La pregunta por el impacto de una determinada regulación en varones y mujeres es una pregunta de rigor en el análisis jurídico, y lo es particularmente en el Derecho de Familia pues es en el ámbito familiar donde se evidencia de manera muy clara que varones y mujeres están en posiciones muy distintas. En consecuencia, una regulación igualitaria y neutra en términos de sexo-género no tendrá el mismo impacto en varones y mujeres y,

menos aún, llevará a garantizar los derechos fundamentales de todos los miembros de la familia.

Decíamos al iniciar este trabajo que la legislación peruana en materia de alimentos había dado un importante salto hacia la igualdad de trato. Esto sucedió en la década de 1980 como consecuencia de la constitucionalización del principio de igualdad y el mandato de no discriminación en el año 1979.

En materia de alimentos, se derogaron dos tipos de normas: aquellas que ubicaban al varón como el único proveedor económico de la familia y a la mujer como la encargada del hogar, y la disposición que trataba de manera diferente a los hijos e hijas mayores de 18 años, reconociéndoles a éstas un mayor derecho alimentario si es que permanecían solteras. En reemplazo de lo anterior, hoy el Código Civil ordena que tanto el padre como la madre deben contribuir al sostenimiento de los hijos, y también señala que entre los esposos existe un deber de asistencia recíproca. ¿Esta formulación, en términos de igualdad de trato, afecta de manera igual a varones y mujeres al interior de la familia? Nuestra hipótesis es que no y a continuación presentamos su sustento.

En primer lugar, tener hijos impacta de manera diferente a varones y mujeres, siendo éstas las que ven mucho más afectadas sus vidas, sobre todo cuando las hijas o hijos tienen corta edad. Dado que, el trabajo reproductivo descansa tradicionalmente en las mujeres, son ellas las que se hacen cargo de las hijas e hijos, con lo que quedan disminuidas sus posibilidades de contar con un trabajo fuera del hogar; probablemente la mujer tendrá que dejar el trabajo remunerado o productivo que venía realizando y si continúa trabajando lo hará en una situación de desventaja.

Si a lo anteriormente descrito sumamos el hecho de que la mujer no está casada, sino que tiene una pareja de hecho o no la tiene, la situación se complica aun más. Un ejemplo puede ilustrar esta afirmación.

Marta es una joven de 23 años de edad, que vive sola en la ciudad de Lima. Sus padres viven en el interior de país en una precaria situación económica. Ella, una vez terminado el colegio, decidió viajar a Lima en busca de un futuro mejor. Al llegar a la capital consiguió un trabajo como cajera en un supermercado, con un contrato a plazo fijo. Por ese entonces, inició una relación de enamorados con Pedro y salió embarazada a



los pocos meses del inicio de la relación. A consecuencia de su estado de gestación no se le renovó el contrato. Pedro contaba con un negocio propio: una imprenta que le reportaba ingresos suficientes para mantenerse y cubrir los gastos de embarazo de Marta. Marta y Pedro iniciaron una relación convivencial en la casa de propiedad de Pedro. Cuando nació Mariana, la hija de ambos, Marta quería buscar un trabajo que reportara recursos para ella y su familia, pero dada la corta edad de su hija no podía dejarla sola así que se dedicó a cuidarla y criarla. Al cumplir Mariana su primer año de vida empezaron los conflictos en la pareja y a Marta no le queda otro recurso que irse de la casa. En ese contexto, Pedro le dice que si se iba del hogar tendría que ver cómo mantener a su hija y a ella.

Frente a este caso, que es real y que actualmente se discute en sede judicial, nuestra legislación en materia de alimentos, nos dice que Marta no es sujeto de derecho alimentario de parte de Pedro y que para mantener a su hija de un año y a ella misma, deberá conseguir un trabajo que le permita, además, contar con los recursos para iniciar un proceso judicial de alimentos a favor de la niña²⁵. Nos remitimos a la pregunta con la que titulamos este apartado: ¿La legislación igualitaria en materia de alimentos tiene el mismo impacto para varones y mujeres? La respuesta da fundamento a nuestra hipótesis inicial y nos revela que la igualdad por sí sola, no garantiza la vigencia derechos fundamentales de las mujeres al interior de la familia. Ello porque la igualdad de trato formulada en el plano normativo es una ficción: culturalmente se mantiene la tendencia a una organización familiar vertical y con roles de género diferentes, con valoraciones marcadamente distintas.

Una tercera cuestión importante es lo que sucede con los alimentos de las mujeres en el marco del divorcio. Veamos un ejemplo.

María y Antonio contrajeron matrimonio hace treinta años. Se conocieron en una Facultad de Derecho en la que ambos estudiaron. El se graduó como abogado e inmediatamente después se casó con María.

Ella estaba haciendo su tesis para poder graduarse pero no culminó dicho proceso porque nació el primer hijo de ambos. Antonio, quien entró a trabajar a un estudio de abogados ganando un sueldo que le permitía satisfacer adecuadamente las necesidades de su familia, le pidió que se dedique a criar a su primer hijo y que se despreocupe del tema económico. Cuando el hijo tenía dos años María quedó nuevamente en estado de gestación por lo que se dedicó por completo a la crianza de su segunda hija.

Cuando sus dos hijos estaban ya en el colegio, ella decidió comenzar a trabajar pero Antonio le pidió que no lo haga y que se dedique a la casa y a los hijos pues él tenía un régimen de trabajo que lo iba a mantener alejado de la familia por muchas horas. Fue así que María continuó haciéndose cargo de los hijos.

Antonio compró una casa en una zona residencial y la dotó de todas las comodidades. María se pudo graduar recién a los 40 años y empezó a buscar trabajo pero no lo encontraba, pues en todas las ofertas de empleo preferían a abogadas/dos más jóvenes y con alguna experiencia, requisitos que, como es evidente, ella no cumplía. Cuando ella tenía 45 años, José le pide la separación y el divorcio. Le dice que según las normas ella se quedaría con la mitad de los bienes que quedaran luego de que se cancelen todas las deudas de la sociedad conyugal.

Nuevamente, debemos hacerle una pregunta a la legislación igualitaria en materia de alimentos: ¿cuál será el futuro de María y de Antonio, ya divorciados? En un sistema como el nuestro en el cual no existe la posibilidad de obtener una pensión de alimentos compensatoria, la situación post divorcio implicará un empobrecimiento para María, pues la legislación igualitaria, tal como está planteada en nuestro ordenamiento, invisibiliza el contenido económico del trabajo doméstico y el hecho de que la maternidad/paternidad afecta de manera desigual a varones y mujeres²⁶.

Lo que estos casos reales nos muestran es que la legislación en materia de alimentos causa

25 Un tema interesante que excede nuestro trabajo es responder a la pregunta de quién se hará cargo de la hija mientras que la madre busca un trabajo y mientras cumple su jornada de trabajo cuando consiga un empleo.

26 Sobre las desigualdades de género que se presentan en el post-divorcio en materia patrimonial y de derecho alimentario puede consultarse HUAITA ALEGRE, Marcela. «Desigualdades de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio». En: FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras) *Género y derecho*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999. pp. 487-539.

un impacto diferente para varones y mujeres, fundamentalmente porque no ha sido concebida a la luz de una equidad de género. Ello trae como consecuencia una afectación a los derechos fundamentales de las mujeres, sobre todo las que son madres de hijos menores de edad, que además están separadas y son pobres.

V. Aspectos procesales: efectivizando la igualdad de responsabilidades familiares y la vigencia de los derechos fundamentales del(a) alimentista

El estudio *Justicia en el Perú*, mencionado en la primera parte del artículo, muestra que las percepciones acerca del sistema de administración de justicia que tienen las ciudadanas y ciudadanos que han tenido experiencia propia o cercana de un caso judicial son malas -recuérdese que un buen porcentaje de estos tuvo como materia el derecho de alimentos-. En tres de las cuatro ciudades en las que se realizaron las entrevistas más de la mitad de las personas entrevistadas califican como malo o muy malo al sistema de administración de justicia. Asimismo, el mismo estudio destaca que la corrupción y la lentitud son percibidas como los principales problemas del Poder Judicial²⁷. Para contrastar esta percepción veamos los siguientes datos: un juicio de alimentos que se inicia y culmina en un Juzgado de Paz Letrado tiene una duración promedio de 3.6 meses; si hay apelación y el juicio culmina en un Juzgado de Familia la duración promedio es de 5.8 meses²⁸. Cabría preguntarse si el sistema de justicia está respondiendo de manera adecuada a las necesidades de la ciudadanía y también habría que reflexionar acerca de las implicancias que tienen las percepciones de las personas en su acceso al Poder Judicial.

El aspecto procesal es sumamente importante para hacer efectivos los derechos de

las personas; en esa línea se consideran derechos fundamentales también la observancia del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva. A propósito del tema que nos ocupa es imprescindible examinar si las reglas procesales se encaminan a facilitar el ejercicio del derecho fundamental a los alimentos. A eso dedicamos las líneas siguientes.

5.1 ¿Cómo se inicia un proceso judicial de alimentos?

Como todo proceso judicial un proceso de alimentos se inicia con la demanda interpuesta ante el Juzgado de Paz Letrado del domicilio de la parte demandada o demandante, a elección de esta última (artículos 96º y 164º del Código de los Niños y Adolescentes, y artículo 560º del Código Procesal Civil)

Conforme a la Ley N° 28439, Ley que simplifica las reglas de proceso de alimentos²⁹, no es necesario el concurso de una abogada o abogado en los procesos de alimentos, por eso no se exige su firma en la demanda. Asimismo, se ha previsto que la demanda puede ser interpuesta por medio de un formato aprobado por el Poder Judicial³⁰.

La no exigencia de contar con patrocinio legal en los procesos de alimentos libera de un costo a la parte demandante. Sin embargo, dado que la parte demandada tiene que contratar una abogada o abogado para efectuar la contestación de la demanda y dado que probablemente asistirá acompañada por una letrada(o) a la audiencia única, es necesario preguntarse si ambas partes se encontrarán en igualdad de condiciones en cuanto a su derecho de defensa. En estos supuestos el rol del órgano jurisdiccional cobra vital importancia para hacer efectivo lo que prescribe el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil (en adelante C.P.C.): «El Juez debe evitar que la desigualdad entre

27 El estudio *Justicia en el Perú* consistió en 1397 entrevistas personales a hombres y mujeres mayores de 18 años de todos los niveles socioeconómicos. El ámbito de la investigación comprendió las ciudades de Lima Metropolitana, Trujillo, Huamanga y Tarapoto. A la pregunta ¿cómo calificaría el sistema de administración de justicia a partir de su experiencia propia o familiar en casos judiciales? las respuestas son abrumadoras: En Lima 56% señala que su percepción es mala o muy mala; en Trujillo el porcentaje fue de 54%; en Huamanga, 65%; en Tarapoto 42% de las personas perciben como malo o muy malo al sistema de justicia.

28 Página Web del Consorcio Justicia Viva. Consulta hecha el 12 de abril de 2007. www.justiciaviva.org.pe/indicadores/gestion/dilacion/dilacion.htm

29 La Ley N° 28439 fue publicada el 28 de diciembre de 2004.

30 El formato de demanda de alimentos fue aprobado por Resolución Administrativa N° 051-2005-CE-PJ y fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de febrero de 2005. En opinión discrepante sobre la facilidad que brinda el formato para el acceso a la justicia de las mujeres véase Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, CLADEM, DEMUS y Movimiento Manuela Ramos. *Informe Alternativo al Sexto Informe Periódico del Estado Peruano al Comité de la CEDAW*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2006. p. 52.

las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso».

En los procesos de alimentos no se pagan tasas judiciales siempre que el monto de la pensión alimenticia no exceda de veinte unidades de referencia procesal³¹. Sin embargo, la parte demandante debe correr con los costos de las pruebas que se deben anexar a la demanda conforme al inciso 5 del artículo 425º del Código Procesal Civil. Entre estos gastos se cuentan los costos de obtener los originales de las partidas de nacimiento de cada uno de los hijos e hijas y de la partida de matrimonio de ser el caso. En un país con altos índices de pobreza y teniendo en cuenta que en la mayoría de casos se inicia los procesos de alimentos a fin de obtener el dinero con el que las personas no cuentan, es importante dilucidar si es realmente necesario que sea de cargo de la parte demandante obtener copia de documentos que son públicos y a los que el Estado tiene más fácil acceso. Sería más sencillo que la parte demandante brindara los datos exactos consignados en las partidas y que el Poder Judicial compruebe la información accediendo a la base de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

También en relación al tema probatorio ya se ha abordado tangencialmente uno de sus principales problemas: el supuesto de los llamados hijos e hijas alimentistas. En estos casos se afrontan similares problemas probatorios a los que se presentan para iniciar acciones judiciales de paternidad³². Correspondería que juezas y jueces, en aras de dar una solución que responda lo más que se pueda a la verdad subyacente al caso en litigio, ordenen de oficio los medios probatorios que eliminen la incertidumbre que subyace en la figura de los llamados hijos

alimentistas; entre estos, el examen de ADN es una prueba privilegiada.

5.2 Asignación anticipada

El artículo 675º del C.P.C señala que en los procesos sobre prestación de alimentos procede la medida temporal sobre el fondo cuando es requerida por el cónyuge o por los hijos menores con indubitable relación familiar. El monto fijado por el juez se paga en mensualidades adelantadas que son descontadas del monto que se establezca en la sentencia definitiva.

Consideramos que la restricción de la asignación anticipada a los hijos e hijas menores de edad con indubitable relación familiar no es razonable. Son condiciones de un proceso cautelar el que exista una necesidad impostergable de la parte que pide la medida cautelar y el que exista una fuerte probabilidad de que la posición de quien la solicita es la correcta³³; el primer requisito se cumple por la materia misma que subyace al derecho de alimentos (la vigencia de derechos fundamentales), el segundo requisito no se satisface sólo con la acreditación indubitable de la relación paterno-filial sino que deben considerarse suficientes los elementos probatorios que creen duda razonable de paternidad³⁴. La normatividad actual es discriminatoria y no protege el estado de necesidad subyacente a un pedido de asignación anticipada de alimentos.

Por otro lado, la Ley N° 28439 que simplificó las reglas de proceso de alimentos no incorporó ningún dispositivo que facilite el acceso a la asignación anticipada de alimentos: no existe un formulario como en el caso de la demanda. Para hacer efectivo el pedido de la misma la parte demandante debe contar con el patrocinio de una abogada o abogado que le redacte el escrito, lo cual es una traba en el acceso a la justicia³⁵.

31 Para el ejercicio gravable del año 2007 el valor de la Unidad de Referencia Procesal es de S/. 345.00

32 Respecto a las dificultades probatorias en los procesos de declaración judicial de paternidad véase RAMIREZ HUAROTO, Beatriz May Ling. «¿Qué puedo hacer si el padre de mi hija o hijo no quiere reconocerlo?»: Análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28457 desde la perspectiva de género. *Derecho Virtual*, N° 4, año II, p. 14. En: www.derechovirtual.com.

33 Sobre los presupuestos de un pedido cautelar puede consultarse MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002. pp. 167-170.

34 Recuérdese que lo que subyace en la figura de los llamados hijos e hijas alimentistas es una presunción *iuris tantum* de paternidad.

35 El numeral 4 del artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece las competencias de los Juzgados de Paz Letrados en materia civil señala que los procesos de alimentos podrán estar liberados de la defensa cautiva; esta reforma fue introducida por la Ley N° 28439, Ley que simplifica las reglas de proceso de alimentos. Cabe preguntarse si esta disposición se hará efectiva en los procesos cautelares de asignación anticipada de alimentos, más cuando la mayoría de demandantes deberán conseguir un abogado o abogada que redacte el escrito al no existir un formulario para iniciar el proceso.

5.3 ¿Desde cuándo se computa la pensión?

El cómputo de la pensión se hace desde el día siguiente a la notificación de la demanda (artículo 568º del C.P.C.). Esta regla procesal tiene una serie de implicancias que no hacen efectiva la igualdad de responsabilidades familiares.

Pongamos un ejemplo. Roxana tuvo un hijo nacido en el año 2001 que recién ha sido reconocido por su padre (Juan Luis) en el año 2004; como el padre no ha brindado alimentos de forma regular Roxana decidió interponer un proceso de alimentos en julio de 2006 y ha obtenido sentencia favorable en abril de 2007. Según la regla del artículo 568º del C.P.C. el derecho de alimentos se declara desde el día siguiente de la notificación de la demanda. ¿Qué hay de los gastos que Roxana asumió sola los primeros años de vida de su hijo? Durante todo ese tiempo ha existido estado de necesidad de la parte demandante, posibilidades de la parte demandada y norma legal que señala la obligación alimentaria. Seguramente hubo varios razonables factores por los que Roxana no accionó antes el derecho de alimentos de su hijo; durante todo este periodo de tiempo Juan Luis no ha asumido ningún gasto así que no se ha cumplido el deber de responsabilidades familiares compartidas que se impone a ambos padres, ¿acaso la regla procesal no legitima de modo indirecto su conducta irresponsable? La pregunta queda planteada.

Igual conflicto se presenta para hacer efectivos los gastos de embarazo y el post-parto de la madre extramatrimonial. Si se aplica este criterio procesal que sólo cuenta la pensión de alimentos desde el día siguiente a la notificación de la demanda entonces no se podrían hacer efectivos retroactivamente los gastos del embarazo, lo cual legitima la irresponsabilidad paterna. Consideramos que la norma procesal del artículo 568 C.P.C. debería entenderse restringida a los supuestos en que la parte demandada haya cumplido con la obligación alimentaria antes de la demanda.

5.4 ¿Qué pasa si se incumple la sentencia?

Obtenida sentencia firme que ampara la demanda el órgano jurisdiccional ordenará al

demandado abrir una cuenta de ahorros -que estará libre de cualquier impuesto- a favor de la parte demandante en cualquier institución del sistema financiero. En caso de incumplimiento se resolverá con el informe emitido por la entidad financiera sobre el movimiento de la cuenta (artículo 566º del C.P.C.)

En la práctica, la totalidad de los casos de incumplimiento son aquellos en los que el demandado no cuenta con un empleo determinado; caso contrario, se ordena que la pensión de alimentos sea retenida por el empleador y sea puesta a disposición de la parte demandante. En nuestro país en el que, para el año 2005, el 72% de los hombres se emplean en el sector informal del empleo³⁶ es imprescindible examinar las respuestas que da el Derecho en caso de incumplimiento de pago de las pensiones.

Si el demandado no cumple con abonar las pensiones se procede a pedir la ejecución forzada de la sentencia. Con esto sería posible efectuar embargo o secuestro de los bienes del demandado si los tuviese. En caso de que el demandado no tuviese bienes o el valor de éstos fuera insuficiente para cubrir las pensiones devengadas³⁷ correspondería el traslado de la obligación alimentaria a otro sujeto obligado, lo que implica un nuevo proceso judicial conforme al criterio jurisprudencial aludido anteriormente³⁸.

5.4.1 Proceso penal de omisión a la asistencia alimentaria

La Ley N° 28439 incorporó al C.P.C. el artículo 566-Aº que señala que si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez(a), a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones a evaluar la denuncia por el delito de omisión a la asistencia familiar tipificado en el artículo 149º del Código Penal.

La tipificación como delito del incumplimiento de las pensiones alimentarias

36 Cifras del Programa de Estadísticas y Estudios Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (PEEL-MTPE)

37 Se denomina pensiones devengadas a aquellas declaradas por sentencia que ya se han vencido.

38 Se hizo referencia a una casación en lo referente al traslado de la obligación alimentaria respecto de alimentistas menores de edad con filiación legalmente establecida.

no constituye ni una efectiva sanción para el demandado ni un medio idóneo para hacer efectivo el cobro de la pensión. La pena asignada para el delito es no mayor de tres años o prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas: con esa pena es casi imposible encontrar algún reo en cárcel por este delito y lo relativo a la prestación de servicio comunitario es irrelevante porque ese régimen no está implementado en nuestro país. Consideramos que la utilidad de esta norma es discutible.

5.4.2 Registro de deudores alimentarios

En enero de 2007 se promulgó la Ley N° 28970, Ley que crea el registro de deudores alimentarios morosos donde serán inscritas aquellas personas que adeuden tres cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas, o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. También, serán inscritas aquellas personas que no cumplan con pagar tres pensiones devengadas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un periodo de tres meses desde que son exigibles³⁹.

El procedimiento de inscripción en el registro se inicia a solicitud de la parte beneficiaria de la prestación alimentaria, conforme a un modelo preparado por el Ministerio de Justicia; se tramita ante el juzgado que conoce o conoció la causa previo traslado de la solicitud al obligado alimentario por el término de tres días. El juzgado debe resolver en un plazo de tres días con absolución del demandado o sin ella, y tiene tres días más para oficiar al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para que proceda a la inscripción.

La relación de deudores alimentarios debe ser registrada en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y

en las Centrales Privadas de Información de Riesgos con las que el Poder Judicial mantenga convenio vigente. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo debe remitir información mensual de todos los contratos de trabajo para que sea cruzada con la lista de deudores; las oficinas del personal de todas las dependencias del Sector Público Nacional deben cruzar la información de las personas que laboran en sus instituciones con la lista de deudores alimentarios. Por último, la Superintendencia Nacional de Registros Públicos debe remitir la lista de transferencias de bienes muebles o inmuebles registrables realizados por personas naturales a fin de ubicar el patrimonio de los deudores alimentarios.

Consideramos positiva la dación de esta norma pues ayuda a mitigar el persistente problema de incumplimiento de pago de las pensiones alimentarias; sin embargo, pensamos que no es una respuesta suficiente por parte del Derecho a un problema en el que está en juego la efectividad de derechos fundamentales de las personas.

VI. La relevancia del método de análisis y el punto de vista

Fluye de este trabajo que el resultado que arroje la evaluación de una institución o tema jurídico, depende del método y el enfoque con el que se aborde. No nos cabe duda que utilizar como parámetro de evaluación el ejercicio de los derechos fundamentales y una mirada de género, ayudará a enriquecer el debate, en este caso, sobre la regulación peruana en materia de alimentos. Las normas materiales y procesales sobre alimentos son, a nuestro juicio, una expresión de que el Derecho es masculino: el modelo de sujeto de derecho es un varón, y sus necesidades marcan las normas⁴⁰. 

39 El Reglamento de la norma se aprobó por Decreto Supremo N° 002-2007-JUS que fue publicado el día 23 de marzo de 2007.

40 Sobre esta visión se puede consultar MACKINNON, Catherine. «Diferencia y dominio: sobre la discriminación sexual» (1984). En: NAVARRO, Marysa y Catherine STIMPSON (comp.). *Sexualidad, género y roles sexuales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999.