

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LOS ALIMENTOS EN EL DERECHO CHILENO¹

Juan Andrés Orrego Acuña²

Las consideraciones que siguen, tienen por propósito poner de manifiesto algunos defectos o vacíos que, a juicio nuestro, presenta la normativa sobre alimentos en el Derecho nacional. Repasaremos diversos tópicos atinentes a la materia señalando los aspectos que nos parece necesario revisar en el futuro por nuestro legislador, para después, formular algunas sugerencias que pudieran servir para perfeccionar las normas que regulan tan importante cuestión, como es la concerniente al derecho de alimentos. Para ello, abordaremos primero lo concerniente a los titulares del derecho de alimentos y los factores en que se funda este derecho; luego, la cuestión relativa a las clases de alimentos; después lo atinente al porcentaje máximo de las rentas del alimentante que puede destinarse a satisfacer la obligación alimenticia; posteriormente, nos referiremos a la conveniencia de incluir al derecho de alimentos entre los créditos preferentes, y de aclarar si la obligación alimenticia es o no transmisible. Luego, aludiremos a la restricción contemplada en el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, para admitir la demanda de divorcio; nos detendremos también en los alimentos que se pueden reclamar por la madre del que está por nacer; y en el problema de la prueba acerca del estado de necesidad de quien reclama alimentos. Finalmente, consignaremos algunas conclusiones. En varias de estas materias, además, haremos referencia a las soluciones consagradas en otros ordenamientos jurídicos.

I. Acerca de los titulares del derecho de alimentos.

Como es sabido, el artículo 321 del Código Civil establece que se deben alimentos al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes, a los hermanos y al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada. En lo sustantivo, este precepto no ofrece mayores diferencias con el originario del Código Civil, con la salvedad de haberse suprimido las referencias a la filiación legítima o natural, y de no contener el actual, obviamente, ninguna alusión al ex religioso que por su exclaustación, no hubiere sido restituido en los bienes que en virtud de su muerte civil habían pasado a otras manos. Las normas del Código Civil deben ser complementadas con lo dispuesto en la Ley 7.613, respecto a quienes fueron partícipes de una adopción ordinaria, y que para los efectos de los alimentos, reconoce ultra-actividad, conforme al artículo 45 de la Ley 19.620 sobre

¹ Trabajo publicado en “Estudios de derecho Civil IV”, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, Santiago de Chile, LegalPublishing, año 2009, pp. 141 a 158.

² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Internacional Sek y de la Universidad Finis Terrae, entre otras.

Adopción de Menores; y con lo preceptuado en el Libro IV del Código de Comercio, en las normas sobre la quiebra.

Se deduce de estas normas, que en el Derecho chileno, hay cuatro factores que permiten demandar alimentos:

- a. El vínculo matrimonial (incluyendo el matrimonio que fue nulo putativo);
- b. El parentesco, cuando lo sea por consanguinidad. Este factor, sin embargo, es más restrictivo en materia de alimentos que en materia sucesoria, pues en ésta, son llamados a suceder al causante, a falta de otros herederos de mejor derecho, sus colaterales hasta el sexto grado inclusive (artículo 992 del Código Civil);
- c. La gratitud o equidad natural, en el caso del donante y de los sujetos concernidos por la adopción prevista en la Ley número 7.613; y
- d. La sola asistencia humanitaria, en el caso de la quiebra.

En cuanto a la convivencia o concubinato, en nuestro país las normas previsionales han reconocido a la madre de los hijos del pensionado fallecido, siempre que fuere soltera o viuda (y por extensión, también creemos que divorciada), el derecho a percibir una pensión, de cariz claramente alimenticio.³

La primera cuestión que planteamos, por ende, es la siguiente: ¿se justifica incluir otros factores que sirvan de fundamento para reclamar alimentos?

Desde ya, nuestra ley no establece la obligación de proporcionar alimentos a ningún pariente por afinidad. En este punto, otros códigos contemplan una solución diversa. Así, el Código Civil de la República Argentina, en su artículo 368, dispone que *“Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado.”* El artículo 119 del Código Civil uruguayo señala: *“Los yernos o nueras deben igualmente y en las mismas circunstancias, alimentar a sus suegros y éstos a aquéllos; pero esa obligación cesa: 1º. Cuando el suegro o suegra, yerno o nuera, pasa a segundas nupcias. 2º Cuando ha fallecido aquel de los cónyuges que producía afinidad y los hijos nacidos de su unión con el otro. Subsistirá, sin embargo, la obligación en este caso cuando el cónyuge sobreviviente no tenga ascendientes, descendientes ni hermanos en condiciones de prestar alimentos y prueba que observa buena conducta.”* A su vez, el artículo 258, letra e), del Código Civil del Paraguay, establece también que están obligados recíprocamente a la prestación de alimentos los suegros, el yerno y la nuera. Por su parte, el artículo 15 del Código de Familia de Bolivia, en las normas *“De la asistencia familiar”*, como ahí se denomina a los alimentos, establece la obligación de prestar dicha asistencia que tienen, entre otros, los yernos y las nueras, y el suegro y la suegra, agregando sin embargo el artículo 17 que dicha asistencia operará en casos excepcionales y en la medida de lo estrictamente necesario. El artículo 27 del código boliviano, sin embargo, previene que cesa la obligación de asistencia de los citados afines, en dos casos: a. Cuando el matrimonio que producía la afinidad se ha disuelto por divorcio; y b. Cuando el cónyuge del que deriva la afinidad y los descendientes de su unión con el otro cónyuge han muerto. Nos parece que podría considerarse incluir en nuestro Código una norma similar a la que

³ Véase al efecto, lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley 15.386 (aplicable a los afiliados al antiguo sistema provisional); en el artículo 45 de la Ley 16.744 (sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales); y en el artículo 9 del Decreto Ley 3.500 (aplicable a los afiliados a las administradoras de fondos de pensiones).

contemplan los citados códigos extranjeros. El vínculo afectivo que nace entre los progenitores de un cónyuge y su marido y mujer, o entre los hijos de uno de los cónyuges y su marido o mujer, hace plausible y justo, en nuestra opinión, admitir que pueda nacer una obligación alimenticia entre ellos. Ello implicaría que la obligación existiría entre los suegros y su yerno o su nuera, y entre uno de los cónyuges y sus hijastros o entenados. Pensemos, por ejemplo, en personas ancianas, cuyo hijo o hija hubiere fallecido y no tuvieran otros parientes a quienes recurrir que su yerno o nuera viudos; o en aquellos menores cuyo padre o madre hubieren fallecido, y no tuvieran otros parientes a quienes recurrir sino sólo a su padrastro o madrastra. Por lo demás, el Proyecto del año 1853, establecía que se debían alimentos a los afines legítimos en la línea recta descendente o ascendente.

Hay otra persona que, en nuestra opinión, también debiera tener derecho a reclamar alimentos. Me refiero a quien hubiere asumido el cuidado personal del menor (que haya mediado o no una sentencia judicial que confiera el cuidado personal del menor sería una cuestión que debiera discutirse, pues si bien el contar con ella da certeza jurídica a la hipótesis que proponemos, por otro lado podría ser injusto privar de la acción para reclamar alimentos a quien efectivamente haya asumido dicho cuidado, pero sólo de facto), y siempre y cuando se cumplieran otros tres requisitos: a. Que dicho cuidado personal se haya extendido por al menos cinco años; b. Que él o los padres del menor, o el mismo menor, antes o después de alcanzar la plena capacidad, no hubieren reembolsado parte alguna de los gastos en que se incurrió mientras se tuvo dicho cuidado personal; y c. En el caso de que se probare que le afecta a la persona que reclama los alimentos, una incapacidad física o mental que le impida subsistir por sí mismo. Obviamente, se trataría de personas que no tengan la calidad de ascendientes o hermanos del menor, pues en tal caso ostentarían título para reclamar alimentos invocando el parentesco. Por cierto, no correspondería demandar alimentos, si el caso fuere aquél previsto en el artículo 240 del Código Civil, del hijo abandonado por sus padres que hubiere sido alimentado y criado por otra persona a quien se le pagan los gastos de crianza y educación tasados por el juez o el que contempla el artículo 241 del mismo Código, respecto del hijo menor de edad ausente de su casa que se halla en urgente necesidad, y asistido por un tercero, que obtiene el pago de las suministros hechas en razón de alimentos.

A modo de conclusión preliminar, entonces, nuestra propuesta es ampliar los factores que permiten demandar alimentos, incluyendo los dos casos recién mencionados, que inciden, respectivamente, en el factor parentesco y en el factor gratitud o equidad natural.

II. Acerca de la necesidad de reconocer que los alimentos no deben tener la misma naturaleza o clase, para todos aquellos a quienes la ley da derecho a reclamarlos.

Antes de la reforma introducida al Código Civil por la Ley número 19.585, distinguía el mismo entre alimentos congruos y alimentos necesarios. Los primeros, habilitan al alimentado para subsistir modestamente, pero de un modo correspondiente a su posición social. Los segundos, según expresaba el antiguo artículo 323, eran los que le daban al alimentario, *“lo que basta para sustentar la vida”*.

Hoy, se afirma que todos los alimentos, conforme lo expresa el propio Código en el artículo 323, inciso 1°, y en el artículo 330, son congruos. A nuestro juicio, no es efectivo que los alimentos necesarios hayan desaparecido de nuestra legislación. En efecto, creemos que subsisten al menos dos casos de alimentos necesarios en nuestra ley:

a. El primero de estos casos, puede presentarse como una consecuencia de la separación judicial de los cónyuges. En nuestra opinión, tratándose de dicha institución, se desprende del artículo 175 del Código Civil que el cónyuge culpable de la separación judicial, sólo puede demandar al cónyuge inocente alimentos “*necesarios*”, mientras que el cónyuge inocente de la separación judicial, sí podrá demandar al culpable, alimentos “*congruos*”. En efecto, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 174 por la Ley número 20.145, el cónyuge que no haya dado motivo a la separación judicial⁴, tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre alimentos, “*según las reglas generales*”. Por su parte, el artículo 35 de la Ley de Matrimonio Civil, al tratar de los efectos de la separación judicial de los cónyuges, dispone en su inciso 2° que tratándose del derecho de alimentos, regirán las reglas especiales contempladas en el párrafo 5, del Título VI del Libro Primero del Código Civil (vale decir, las normas contempladas en los artículos 172 a 178). Ahora bien, ¿cuáles son estas “*reglas generales*” a que alude el artículo 174? Son precisamente las establecidas en los artículos 321 y siguientes, y entre ellas, los artículos 323 y 330, que consagran el carácter de congruos de los alimentos. A contrario sensu de lo expresado en el artículo 174, en principio, podría concluirse que el cónyuge culpable de la separación judicial, carecería del derecho a percibir alimentos del otro cónyuge. No es así, sin embargo. En efecto, el cónyuge que haya dado motivo a la separación judicial por su culpa, tendrá también derecho a alimentos, de acuerdo a lo que dispone el artículo 175 del Código Civil⁵. Con todo, en este caso, la ley señala que el antedicho cónyuge, tendrá derecho “*para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación*”. Nótese que el artículo no alude a “*las reglas generales*” ni tampoco exige que los alimentos permitan subsistir al alimentario dentro de su condición social. ¿Qué alimentos serán entonces éstos que puede reclamar el cónyuge culpable? Claramente, se trata de alimentos de una cuantía inferior a los que podría reclamar el cónyuge no culpable. Por ello, y con el fin de encuadrarlos en un parámetro más objetivo, podríamos concluir que se trataría de los antiguos alimentos “*necesarios*” que contemplaba nuestro Código Civil, o sea, aquellos imprescindibles para sustentar la vida de la persona, los que subsistirían para la hipótesis que estamos analizando. En este caso, agrega la ley que el juez, al determinar el monto de los alimentos, tendrá en cuenta la conducta del alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él. Dependerá entonces de esa conducta, el rango dentro del cual el juez fije los alimentos en favor del cónyuge culpable de la separación judicial, pero, siempre respetando la exigencia legal de fijarlos en un monto que sólo permita la subsistencia del que los recibe.⁶ Esta interpretación de los artículos 174 y 175 nos parece la más justa y concordante con el tenor de dichos preceptos, pues sería

⁴ El precepto, erróneamente, aludía al divorcio, lo que no tenía sentido, pues de acuerdo al artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil, no hay deber de proporcionar alimentos más allá de la sentencia de divorcio ejecutoriada.

⁵ Reemplazado por la Ley 19.947.

⁶ Orrego Acuña, Juan Andrés, *Análisis de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2005, segunda edición, pp. 83 a 85.

manifiesta la inequidad si ambos cónyuges, el culpable y el inocente, estuvieren en igual condición para demandarse alimentos el uno al otro.

b. Otro caso en el cual, eventualmente, también podría estimarse que subsisten los alimentos necesarios, es el contemplado en el artículo 324 del Código Civil, en relación con el artículo 968 del mismo Código. En efecto, recordemos que conforme al primero de estos preceptos, en el caso de injuria atroz (o sea, tratándose de cualquiera de las conductas descritas en el artículo 968 del Código Civil), cesará la obligación de prestar alimentos. Sin embargo, esta disposición en principio tan drástica, es morigerada acto seguido, cuando la ley autoriza al juez a moderar el rigor de esta disposición, en el caso que la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante. Así las cosas, el Código faculta al juez para fijar una pensión de alimentos atenuada, a favor de aquél que incurrió en una causal de injuria atroz. Nuevamente creemos que tales alimentos sólo han de ser aquellos indispensables para la subsistencia del alimentario, es decir, los necesarios.

Lo expuesto, prueba en nuestra opinión que no es efectivo que todos los alimentos deban ser congruos. Adicionalmente, creemos que esta noción de alimentos “congruos” debe ser abandonada, reemplazándose por otros parámetros, que respondan de mejor manera a la extensión de la obligación que vincule, en cada caso, al alimentante con el alimentario. Creemos que la posición social del alimentario no es un factor que deba considerarse para determinar la cuantía de los alimentos. En efecto, ¿por qué considerar la posición social de quien reclama alimentos?; y, ¿Por qué, en cualquier caso, los alimentos sólo deben permitir subsistir modestamente? Estos cuestionamientos son especialmente importantes, cuando quien demanda alimentos es un menor. Si examinamos las normas de la “*Convención Sobre los Derechos del Niño*”, puede observarse, en primer lugar, que en su artículo 2 se advierte que deben respetarse los derechos que la Convención asegura a todo niño, sin importar, entre otros factores, su origen social o su posición económica, debiendo los Estados Partes adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación, entre otros factores, por causa de su condición. Por otra parte, en la norma de esa Convención que de manera más directa podríamos vincular con los alimentos, a saber el artículo 27, se establece que “1. *Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño*”. Antes, en su artículo 6, número 2, la Convención dispone que “*Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*” Otras normas de esta Convención que inciden directamente en el derecho de alimentos de los niños, son el artículo 24, número 1, que se refiere al derecho a la salud; el artículo 26, en su número 2, que consagra el derecho a la seguridad social; el artículo 28, número 1, que alude al derecho a la educación; el artículo 31, número 1, relativo al derecho al descanso y al esparcimiento; y el mismo artículo, en su número 2, concerniente al derecho a participar en la vida cultural y artística. Ninguna de estas normas alude a la posición o condición social del niño. En el mismo sentido, el artículo 24 del “*Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos*”, vigente en Chile desde el 29 de abril de 1989, consigna: “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivo de raza,*

color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.” En consecuencia, creemos que nuestro Código Civil no debiera mantener ese factor, pues no se condice con las normas de las citadas convenciones. Este planteamiento fue formulado por Claudia Schmidt y Paulina Veloso, quienes, con razón, sostienen que considerar la posición social de quien reclama alimentos al tiempo de fijarlos violenta el principio de igualdad antes citado.⁷

¿Cuáles habrían de ser los factores que debieran considerarse como determinantes, para admitir la obligación alimenticia y graduar su cuantía? Desde nuestra óptica, serían los siguientes:

- a. El vínculo conyugal, la mayor o menor cercanía en el parentesco o la ausencia de parentesco; y la existencia en el pasado de un hecho que hace acreedora a una persona de la gratitud de otra; es decir, factores subjetivos; y
- b. Las necesidades del alimentario y las facultades económicas del alimentante, es decir, factores objetivos.

Ambos factores debieran operar uno en pos de otro. Primero, debiéramos aplicar el factor subjetivo que corresponda. Determinado que sea, debiéramos aplicar los factores objetivos.

De esta manera, los alimentos podrían contemplarse en tres categorías: alimentos íntegros; alimentos medianos; y alimentos necesarios. Serían íntegros, aquellos indispensables para el pleno sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y cuando corresponda, los que se requieran para la educación, la recreación y el acceso a las actividades culturales. Serían medianos, los indispensables para el regular sustento, habitación, vestido y asistencia médica. En fín, serían necesarios, sólo los indispensables para la vida del alimentario. En alguna de estas categorías, debiéramos encuadrar el derecho de alimentos de quienes lo reclamen, en la forma que seguidamente se indica:

- a. Alimentos plenos o íntegros: al cónyuge (salvo si fuere culpable de la separación judicial); y a los descendientes, tanto por consanguinidad cuanto por afinidad, hasta que cumplan 21 años, o 28 años si estuvieren cursando estudios hasta dicha edad;
- b. Alimentos regulares o medianos: a los descendientes, tanto por consanguinidad cuanto por afinidad, mayores de 21 o de 28 años, según los casos, pero que prueban que les afecta una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos; a los ascendientes, de cualquier grado si fueren por consanguinidad, y sólo de primer grado si lo fueren por afinidad; a los hermanos menores de 21 o de 28 años, según los casos; al donante de una donación cuantiosa no rescindida ni revocada; y al adoptado o al adoptante, conforme a la Ley número 7.613;
- c. Alimentos necesarios: a los hermanos mayores de 21 o de 28 años, según corresponda, en el caso de que probaren que les afecta una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos; al que hubiere asumido el cuidado personal de un menor, por un período no inferior a cinco años, en el caso de que probare que le afecta una incapacidad física o mental que le impida subsistir por sí mismo; al cónyuge culpable de la separación judicial; al que hubiere incurrido en una causal de injuria atroz, cuando el juez hubiere

⁷ Schmidt, Claudia y Veloso, Paulina, *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*, Santiago de Chile, ConoSur, año 2001, p. 372.

morigerado el rigor de la sanción que le impone la ley; y al fallido y su familia, en el caso del artículo 60 del Libro IV del Código de Comercio.

¿Por qué no hemos incluido en esta propuesta a los hermanos, entre aquellos que tienen derecho a reclamar los alimentos que hemos llamado íntegros? En nuestra opinión, la obligación alimenticia a favor de los hermanos del alimentante debiera revisarse, no para suprimirla por completo, pero sí para restringirla. Recuérdese que el artículo 332 reglamenta de manera específica los alimentos que pueden deberse a un hermano, que por regla general subsistirán hasta que el alimentario cumpla 21 años, o 28 años si estuviere estudiando una profesión u oficio, pudiendo sin embargo prolongarse indefinidamente, si le afectare una incapacidad física o mental que le impida subsistir por sí mismo, o si por circunstancias calificadas, el juez considera indispensables los alimentos para la subsistencia de quien los reclama. ¿Qué disponen sobre el particular otros Códigos? A modo de ejemplo, el Código Civil español trata la materia, principalmente, en el Título VI del Libro I, bajo el epígrafe “*De los alimentos entre parientes*”, artículos 142 a 153. En particular, el inciso 2° del artículo 143 establece que “*Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.*” Creemos que esta podría ser la norma que nos sirva de referencia para restringir el derecho de alimentos entre hermanos mayores de edad. Por lo demás, no puede olvidarse que en el Derecho romano, el orden de la obligación de alimentos era el siguiente: 1° El padre; 2° Los ascendientes paternos; 3° La madre; y 4° Los ascendientes maternos. En todo caso, se imponía la obligación de criar a los hijos menores de tres años en forma privativa a la madre. No se incluía a los hermanos. Las Partidas adoptaron en todas sus partes la ley romana, imponiendo la obligación a la madre, y después de tres años al padre y subsidiariamente a la madre, y después a los ascendientes, sin distinción de línea. Por ende, tampoco se admitía en las Partidas la obligación entre los hermanos. Por lo demás, el mismo texto original del Código Civil sólo admitía alimentos necesarios para los hermanos (artículo 324 del Código Civil originario).

III. Acerca del porcentaje máximo de las rentas del alimentante, que puede destinarse al pago de pensiones alimenticias.

Dispone el inciso 1° del artículo 7 de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y pago de Pensiones Alimenticias, que “*El tribunal no podrá fijar como monto de la pensión una suma o porcentaje que exceda del cincuenta por ciento de las rentas del alimentante.*” Tradicionalmente, ante la demanda de alimentos para dos o más personas, nuestros tribunales han entendido que el referido porcentaje, ha de ser el que corresponda, en su conjunto, a todas las pensiones de alimentos que pueda adeudar el alimentante. Pues bien, piénsese en la siguiente hipótesis: en un juicio de alimentos, el demandado llega a un acuerdo con la parte demandante, conformada por dos hijos mayores de edad del primero. En dicha transacción, aprobada por el Tribunal, el alimentante se obligó al pago de una pensión de alimentos que alcanza a un 35% de sus rentas mensuales. Ocurre sin embargo que antes del juicio mencionado, se había iniciado otro, contra el mismo demandado, mediante la cual otros dos hijos, ambos menores de edad y fruto de un segundo matrimonio del alimentante, reclamaban pensiones alimenticias. Al momento de dictar sentencia, el

demandado hizo presente que ya soportaba el pago de pensiones alimenticias que se extendían al 35% de sus rentas. ¿Cómo enfrentar esta situación, a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 citado? Una primera reacción, sería estimar que los dos últimos hijos, en su conjunto, no podrían aspirar a más de un 15% de las rentas del alimentante, pues sumando dicho porcentaje al que paga a los dos primeros hijos, obtenemos la mitad de sus rentas para este fin. Tal fue precisamente el razonamiento del respectivo Juzgado, al resolver una causa en la que los hechos correspondían a los descritos. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un recurso interpuesto por los dos hijos menores, rectificó el criterio del juzgado de primera instancia, resolviendo que, en la especie, no correspondía aplicar la limitación del cincuenta por ciento. Para ello, consideró el tribunal de alzada:

- a. Que nuestra legislación no prevé el caso a tratar, esto es, que un mismo obligado tenga una pluralidad de personas que pueden solicitarle alimentos y sus recursos no le alcanzan para satisfacer a todas;
- b. Ante esta situación, la solución ha de buscarse acudiendo a los principios de equidad (artículo 170 número 5 del Código de Procedimiento Civil);
- c. Para resolver la situación planteada, deben considerarse las circunstancias de cada caso, como la proximidad del parentesco y las respectivas necesidades, como así también la posibilidad de alguno de los acreedores de conseguir alimentos de otros obligados de grado ulterior; y
- d. Por último, el interés superior del niño.

Agregó la Corte que el demandado se había expuesto voluntariamente a exceder el límite permitido por la ley, a sabiendas de que tenía cuatro hijos de filiación matrimonial, discriminando de esta manera, a los dos menores, al limitar los alimentos a que podían aspirar. Si el demandado prefirió pagar más del máximo legal por la suma de las cuatro pensiones, ejerció una opción que le pertenecía por entero, y contra ella nada puede hacer la Corte. De concluir en otra forma, señaló la sentencia de segunda instancia, bastaría que cualquier obligado al pago de pensiones alimenticias eligiera por sí privilegiar sólo a algunos de sus acreedores de alimentos, seleccionando de acuerdo a sus propios afectos, y no respecto de las necesidades alimenticias reales de los menores, pasando a llevar el principio rector en esta materia, cual es que debe primar el interés superior de éstos. Por estas consideraciones, la Corte elevó la pensión alimenticia a favor de los dos hijos menores a una suma equivalente al 30% del total de las remuneraciones brutas que percibía mensualmente el demandado. De esta manera, el porcentaje de las rentas del demandado destinado al pago de las cuatro pensiones alimenticias, se elevó el 65% de sus ingresos.⁸

Considerando lo expuesto, nos preguntamos si tiene sentido mantener esta norma del artículo 7, que pugna con mandatos supra-legales, que obviamente han de prevalecer sobre la primera, como son aquellos que emanan de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y que, por cierto, no contiene ninguna limitación porcentual como aquella expresada. Por lo demás, el precepto no establece que TODAS las pensiones alimenticias deban encuadrarse dentro del expresado porcentaje, sino que LA pensión no podrá exceder del mismo. Por ende, si se trata de un solo demandante, no hay duda que no puede otorgarse una pensión que supere el 50% de las rentas del demandado. Pero si los demandantes

⁸ *Leyes & Sentencias*, número 45, Santiago de Chile, Editorial PuntoLex S.A., año 2007, pp. 61 a 63.

fueren dos o más personas, sí sería posible superar dicho porcentaje. De cualquier forma, pensamos que sería conveniente modificar el tenor del inciso 1 del artículo 7.

IV. Acerca de la calidad de crédito valista, que tiene el derecho de alimentos.

Nuestra legislación no incluye, en ninguna de las cuatro categorías de créditos que gozan de preferencia para su pago, al que tiene el alimentario en contra del alimentante. Nos parece que considerando la importancia de los alimentos, al menos debiera incluirse este crédito entre aquellos de cuarta clase a que se refiere el artículo 2481 del Código Civil. Por lo demás, otros créditos que se originan en relaciones jurídicas del ámbito del Derecho de Familia, sí tienen dicha preferencia, como se establece en los números 3 y 4 del artículo citado. Me parece que la naturaleza asistencial que ostenta el derecho de alimentos, justifica plenamente que se le incluya entre los créditos preferentes de cuarta clase. En el Derecho extranjero, podemos citar el artículo 171 del Código de la Familia de Costa Rica, que dispone: *“La deuda alimentaria tendrá prioridad sobre cualquier otra, sin excepción.”*

V. Acerca de la transmisibilidad de la obligación de alimentos.

Se discute en nuestra doctrina, desde antiguo, si la obligación de alimentos, a la muerte del alimentante, se transmite o no a sus herederos. Recordemos que para algunos, la referencia de los artículos 959 número 1, cuando incluye a las asignaciones alimenticias forzosas entre las bajas generales y 1167 número 1, cuando entre las asignaciones forzosas se menciona a los alimentos que se debe por ley a ciertas personas, han de entenderse como alusivas exclusivamente a las pensiones alimenticias que se habían devengado y no pagado, a la muerte del alimentante, y no así a las pensiones alimenticias futuras, pues el derecho a percibir las se habría extinguido con el fallecimiento del obligado a proporcionarlas. Para otros, en cambio, se trata de las pensiones alimenticias posteriores a la muerte del alimentante, cuyo pago ahora deberán asumir los herederos del alimentante. En cuanto a las devengadas con antelación a la muerte del causante, han de incluirse en las deudas hereditarias, y obviamente pagarse también por los mismos herederos. Me parece conveniente zanjar esta discusión, incorporando en nuestro Código una disposición que dirima la discusión. Cabe consignar que en el derecho comparado, hay soluciones en uno u otro sentido, aunque prevalecen aquellas que consagran la intransmisibilidad de la obligación. Así, por ejemplo, entre los códigos que concluyen que no hay transmisión de la obligación alimenticia, el Código Civil español (artículo 150: *“La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme”*); el Código Civil paraguayo (artículo 263: *“Cesará la obligación de prestar alimentos: c) Por la muerte del obligado o del alimentista”*); el Código de Familia boliviano (artículo 26: *“Cesa la obligación de asistencia: (...) 5º: Cuando fallece el obligado o el beneficiario; pero en este caso la obligación subsiste para las pensiones devengadas; y si el fallecido fuese el beneficiario, la obligación se extiende a los gastos funerarios, siempre que no puedan cubrirse de otra manera.”*); el Código Civil peruano (artículo 486: *“Extinción de alimentos: la obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 728º. En caso de muerte del alimentista, sus herederos están obligados a pagar los*

gastos funerarios.”); el Código Civil venezolano (artículo 298: “*La muerte de quien tiene derecho a alimentos o de quien deba suministrarlos hace cesar los efectos de los convenios y de las sentencias que así lo dispongan*”). Otros, por el contrario, consagran expresamente la transmisión de la aludida obligación, como en el caso del Código Civil brasileño (artículo 1700: “*La obligación de prestar alimentos se transmite a los herederos del deudor, en la forma del artículo 1694*”).

VI. Acerca de la conveniencia de precisar los alcances del artículo 55, inciso 3°, de la Ley de Matrimonio Civil.

Como sabemos, en el caso de que el divorcio se demande fundado en la causal de cese efectivo de la convivencia por al menos tres años, es imprescindible que el cónyuge que demanda el divorcio, haya cumplido con su obligación de proporcionar alimentos al otro de los cónyuges y a los hijos comunes, pudiendo hacerlo. En caso contrario, la demanda no podrá prosperar. La causal exige, para rechazar la demanda, que haya un incumplimiento “*reiterado*” de tal obligación. Como se ha dicho y con razón, los alimentos debieron haberse establecido en una transacción aprobada por la justicia o regulados por sentencia judicial, para configurarse la causal que autoriza al juez para rechazar la demanda de divorcio. Sobre este particular, ocurre sin embargo que se aprecian criterios dispares, expuestos en sentencias dictadas por tribunales de alzada después de haber entrado en vigencia la Ley número 19.947. En efecto, en algunos fallos, se ha precisado que tratándose de una sanción impuesta al demandante del divorcio, no puede tener aplicación retroactiva, es decir, los episodios de incumplimiento de la obligación alimenticia deben haberse producido con posterioridad al inicio de la vigencia de la Ley número 19.947, y aún más, en los últimos tres años, en los que cesó la convivencia. En otras sentencias, sin embargo, no se formula esta precisión, y simplemente concluyen que de haber existido episodios de incumplimiento de la obligación alimenticia, anteriores o posteriores a la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil o anteriores al período de 3 años de cese efectivo de la convivencia, la demanda de divorcio ha de ser rechazada. Creemos que la primera doctrina es la correcta, y sería conveniente precisarlo en el citado artículo 55, inciso 3°.⁹

VII. Acerca de los alimentos para la madre del que está por nacer.

El artículo 1°, inciso 4°, de la Ley número 14.908, establece el derecho de la madre del hijo que está por nacer, para demandar alimentos, lo que, por lo demás, viene a cumplir el mandato previsto en el número 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que dispone: “*La ley protege la vida del que está por nacer*”. Se trata asimismo de una derivación del principio consagrado en el artículo 75 del Código Civil, en cuanto dispone que la ley protege la vida del que está por nacer, de manera que el juez ha de tomar, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Por lo demás, el deber de proporcionar alimentos en tal caso, resulta una justa

⁹ Orrego Acuña, Juan Andrés, *Los alimentos en el Derecho Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2007, pp. 132 a 138.

contrapartida, a la circunstancia de extenderse la patria potestad sobre los derechos eventuales del que está por nacer (artículo 243, inciso 2° del Código Civil). Ahora bien, nuestra doctrina, en esta materia, ha concluido que no cabe duda que “*la madre del hijo que está por nacer*”, en cuanto titular de la acción alimenticia, sería la cónyuge del demandado, a quien le favorece la presunción de paternidad del no nacido, contemplada en el artículo 184 del Código Civil. Por lo demás, se agrega, no podría ser de otra forma, pues antes del nacimiento, no puede haber reconocimiento del hijo no matrimonial, ya que aún no es persona.¹⁰ Ahora bien, aunque no cabe duda que estamos ante un derecho que se le otorga a la madre, cabe preguntarse si se trata o no de un derecho que también se confiere al propio nasciturus. La pregunta no es ociosa, pues si concluyéramos que el derecho también lo tiene el concebido y aún no nacido, bien podría ocurrir que si la madre se niega a demandar alimentos a su marido, un tercero, como el abuelo por ejemplo, podría accionar cautelando el interés del nasciturus. Sobre el particular, cabe tener presente que el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez subraya que el derecho del embrión implantado a que se proteja su vida es claramente un derecho puro y simple, puesto que no está sujeto a condición, plazo o modalidad alguna. Es decir, el nasciturus es titular del derecho a la vida¹¹, y por ende, creemos que la acción que se intente en su interés, y que por ejemplo asegure que su gestación y nacimiento se produzcan en condiciones adecuadas, no es privativa de la madre, pues en este caso la ley no sólo protege el interés de ésta, sino del propio nasciturus.¹² Pero, yendo más lejos, nos preguntamos, ¿podría haber base jurídica para admitir una demanda de alimentos para el hijo que está por nacer, deducida contra el que, conforme lo asevera la futura madre, pueda ser su padre? Dicho de otro modo: ¿cabe la posibilidad de admitir la demanda a favor del nasciturus, cuando la madre no tenga vínculo matrimonial con el demandado? En principio, y conforme a la conclusión de nuestra doctrina, pareciera que la respuesta ha de ser negativa. Sin embargo, creemos que – admitiendo que la materia es muy discutible–, podría fundarse la acción en algunas normas de rango constitucional y también legal. En efecto, primero habría que tener presente el citado número 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Por su parte, el artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, vigente en nuestro país desde el año 1989, dispone que los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias (y entre ellas, de corte legislativo, agregamos nosotros), para reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil. A su vez, el artículo 1 de la *Convención Sobre los Derechos del Niño*, vigente en nuestro país desde el 27 de septiembre de 1990, define al “niño” como “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*” Nótese que la Convención no se pronuncia expresamente acerca del concebido y aún no nacido, pero no lo excluye, pues en el Preámbulo, se cita la Declaración de los Derechos del Niño, en aquella parte que dice: “*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como*

¹⁰ Bavestrello Bontá, Irma, *Derecho de Menores*, Santiago de Chile, LexisNexis, año 2003, segunda edición actualizada, p. 84.

¹¹ Figueroa Yáñez, Gonzalo, *Derecho Civil de la Persona. Del genoma al nacimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, pp. 144 y 145.

¹² Orrego Acuña, Juan Andrés, *Los alimentos en el Derecho Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2007, p. 74.

después del nacimiento”. No hay pues una definición tajante en la Convención de 1989, acerca de la condición jurídica del *nasciturus* en cuanto a si podemos o no considerarlo “*persona*”.¹³ Aún más, el propio Código Civil podría invocarse en esta materia, específicamente el artículo 210, que contempla en su inciso 1º: “*El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad.*” Se podría pues presumir la paternidad del demandado que convivió con la madre, para el solo efecto de decretar alimentos, aunque el nacimiento del hijo aún no haya acaecido. En tal contexto, los alimentos podrían otorgarse con el carácter de provisorios, bajo el entendido que no subsistirán si en un plazo prudente, contado desde el nacimiento del alimentario, no quedare legalmente determinada la paternidad. El riesgo, lo admitimos, es que tal solución podría abrir la compuerta para demandas temerarias, contra personas que no sean realmente los progenitores del *nasciturus*. Sin embargo, entre ese riesgo y el asegurar la supervivencia y el nacimiento de la criatura en condiciones adecuadas, habría que optar por proteger el interés jurídico de ésta última. Por lo demás, no olvidemos que el artículo 328 del Código Civil dispone que si hubo dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos lo que han participado en el dolo.

En cuanto al Derecho extranjero, el Código de Familia de la República de El Salvador, contempla expresamente en su artículo 144, la posibilidad de que el padre pueda reconocer al hijo concebido y no nacido. El artículo 146 del mismo Código, establece por su parte que “*La mujer embarazada también tendrá derecho a que el hombre de quien ha concebido sea citado ante el Juez, a declarar si reconoce ser el padre de la criatura que está por nacer. La negativa del supuesto padre a comparecer ante el Juez o a someterse a la prueba de paternidad, será considerada como positiva de la existencia del vínculo biológico, sin perjuicio del derecho de impugnarla.*” A su vez, el artículo 249 consigna: “*Definida la paternidad conforme lo establece este Código, toda mujer embarazada tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura, durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos los gastos del parto.*” El artículo 405 del Código Civil peruano, por su parte, en el capítulo relativo a la “*Declaración judicial de filiación extrapatrimonial*” dispone: “*la acción puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo.*”

Cabe consignar, además, que cada día resulta más rápida y menos onerosa la determinación de la filiación del *nasciturus*. En estos días (julio de 2008), un laboratorio, en colaboración con el Hospital Materno Infantil de Granada, España, ha anunciado que a partir de la octava semana de embarazo, es posible conocer el ADN del concebido, gracias a una muestra sanguínea de la madre. Antes, había que esperar hasta la vigésima semana de gestación. Las nuevas pruebas, que consisten en tomar una muestra de 3 milímetros de la sangre de la madre, están exentas de peligro tanto para la embarazada como para el feto, el no hacer uso de técnicas invasivas, como ocurría con la extracción de líquido amniótico. El costo del examen: entre 120 y 130 euros.

VIII. Acerca de la prueba del estado de necesidad de quien reclama alimentos.

¹³ Orrego Acuña, Juan Andrés, *Temas de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2007, p.28.

Como sabemos, para decretar el pago de una pensión alimenticia, además de la fuente legal que establezca el derecho para uno y la obligación para el otro, se requiere que exista estado de necesidad de aquél que solicita alimentos y que el demandado tenga facultades económicas para solventar los alimentos. En principio, y aplicando las reglas generales del *onus probandi* que se derivan del artículo 1698 del Código Civil, pareciera sencillo concluir que el peso de la prueba, en cuanto al estado de necesidad, ha de recaer en el demandante (así, por ejemplo, dispone el artículo 257 del Código Civil paraguayo: “*El que solicite alimentos debe probar, salvo disposición contraria de la ley, que se halla en la imposibilidad de proporcionárselos.*”); y en cuanto a las facultades económicas, en el demandado. Respecto a éste último, parece no haber dudas acerca de que la prueba de sus facultades económicas le concierne a él en primer lugar, considerando especialmente lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 14.908, en virtud del cual el juez, al proveer la demanda, debe ordenar al demandado, acompañar, en la audiencia preparatoria, todos los antecedentes que sirvan para determinar tanto su patrimonio cuanto su capacidad económica. Es el demandado, por ende, quien tiene la obligación procesal de agenciar toda la documentación que permita visualizar sus facultades económicas y circunstancias domésticas (obligación cuyo incumplimiento doloso, incluso, traerá consigo para el demandado sanciones penales). Todo lo cual, por cierto, podrá impugnar, mediante pruebas contradictorias, el demandante. Ahora bien, echamos de menos en la ley una exigencia para el demandante, en orden a precisar cuáles son sus necesidades y por qué causas ellas no puede satisfacerlas por sí mismo. Esta indefinición de la ley, ha ocasionado jurisprudencia contradictoria y que la doctrina postule también dispares conclusiones. Así, en ocasiones, se ha fallado que corresponde al demandado de alimentos acreditar que el actor dispone de medios que le permitan subsistir por sí solo y que por ende la acción sería improcedente, invirtiéndose el *onus probandi*, por evidentes razones de protección a la parte más débil del juicio de alimentos. En caso contrario, se ha dicho, si se obligare al demandante a probar sus necesidades e imposibilidad de obtener los recursos para satisfacerla, se exigiría probar un hecho negativo, lo que sería improcedente. En otras ocasiones, sin embargo, el criterio ha sido el inverso, entendiéndose que el peso de la prueba incumbe al actor, a quien sostiene que se le deben alimentos. Como planteaba Ramón Meza Barros, adhiriendo a esta doctrina, debieran regir las reglas generales de la prueba, en cuya virtud debe probar la existencia de la obligación quien la alega.^{14 15}

Pensamos que sería conveniente una modificación legal, en virtud de la cual se resuelva esta controversia en uno u otro sentido. En todo caso, distinta debiera ser la exigencia probatoria, según si quien demanda alimentos es un menor de edad, o una cualesquiera de las demás personas que eventualmente reclamen alimentos. En efecto, si ya hemos subrayado que los menores tienen derecho a recibir alimentos que les permitan la plena satisfacción de sus necesidades, y resulta inconcuso que en circunstancias normales, carecen ellos de bienes o de recursos, entonces, razonablemente, parece plausible concluir

¹⁴ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, segunda edición, Tomo II, p. 711.

¹⁵ Orrego Acuña, Juan Andrés, *Los alimentos en el Derecho Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2007, pp. 49 a 51.

que debieran estar exonerados de la prueba de tales necesidades, debiendo sólo discutirse en el juicio el rango en que se pueden cubrir, conforme a las facultades económicas del demandado¹⁶. Tal es el criterio que se observa en el Código Civil venezolano: en su artículo 294, inciso 1º, establece que *“La prestación de alimentos presupone la imposibilidad de proporcionárselos el que los exige, y presupone asimismo, recursos suficientes de parte de aquel a quien se piden...”*; y en el artículo 295, dispone: *“No se requiere la prueba de los hechos o circunstancias a que se refiere el encabezamiento del artículo anterior, cuando los alimentos se pidan a los padres o ascendientes del menor de edad, y la filiación esté legalmente establecida.”* Esto concuerda además, con el principio general que opera en la carga de la prueba, en cuanto ésta debe producirla quien alega un hecho que se aparta de aquello que normalmente acontece. Lo usual será que un menor no disponga de un patrimonio que le permita afrontar por sí solo la satisfacción de sus necesidades. Lo extraordinario será que lo tenga.

IX. Algunas recomendaciones finales.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, creemos que sería recomendable introducir las siguientes modificaciones a nuestra legislación en materia de alimentos:

- a. Modificar el artículo 321 del Código Civil, incluyendo entre las personas a quienes se debe alimentos, a los parientes por afinidad en primer grado, tanto en la línea ascendente como descendente; y a quien hubiere asumido el cuidado personal del menor, en las condiciones que se mencionaron.
- b. Modificar el Código Civil, eliminando la referencia a la posición social de quien reclama alimentos.
- c. Modificar el Código Civil, estableciendo que los alimentos son de tres clases: plenos o íntegros; regulares o medianos; y mínimos o necesarios, regulando quiénes tienen derecho a reclamar cada uno de ellos.
- d. Modificar el artículo 2481 del Código Civil, de manera de incluir entre los créditos de la cuarta clase, al que tiene el alimentario en contra del alimentante.
- e. Modificar el inciso 1 del artículo 7 de la Ley número 14.908, por el del siguiente tenor: *“El tribunal no podrá fijar como monto de la pensión que reclame un demandante, una suma o porcentaje que exceda del cincuenta por ciento de las rentas del alimentante. Si demandaren dos o más personas, el tribunal, al determinar las pensiones, podrá fijar montos que, en total, excedan del referido porcentaje, pero cuidando que aquella parte de sus rentas que reste al demandado, le permita satisfacer sus propias necesidades.”*
- f. Precisar los alcances del artículo 55, inciso 3º, de la Ley de Matrimonio Civil, para desechar una demanda de divorcio por incumplimiento de la obligación alimenticia que pesaba sobre el demandante.
- g. Establecer en el Código Civil, de manera explícita, si se transmite o no la obligación de proporcionar alimentos.
- h. Revisar los alcances de la protección al que está por nacer, de manera de consagrar la posibilidad de demandar alimentos a su presunto padre.

¹⁶ Agradecemos el comentario que acerca de este punto, nos hicieron la profesora Catalina Infante.

i. Resolver en la ley, a qué parte concernida en el juicio de alimentos corresponde probar el estado de necesidad invocado por quien reclama alimentos, y eventualmente, revisar la conveniencia de exonerar de esa prueba al menor demandante.