

# DERECHO DE ALIMENTOS<sup>1</sup>

## 1.- Definición de alimentos y principios en que se funda la obligación alimenticia en la legislación chilena.

### a) Definición.

Ni el Código Civil ni leyes especiales definen los alimentos o la obligación alimenticia. En la doctrina nacional, los alimentos, desde un punto de vista jurídico, se han definido como las prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que resulte necesario para satisfacer las necesidades de la existencia<sup>2</sup>. Agregaríamos nosotros a este concepto, que esta obligación subsistirá, en la medida que el obligado esté en condiciones de satisfacerla (con las salvedades que veremos) y el acreedor justifique su necesidad de reclamarla. René Ramos Pazos, define el derecho de alimentos como aquél “*que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio.*”<sup>3</sup> Un autor extranjero señala por su parte que los alimentos comprenden “*todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra –por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción.*”<sup>4</sup> Pertinente también es citar la definición de pensión alimenticia del Instituto Interamericano del Niño, entendida como la “*prestación de tracto sucesivo destinada a la asistencia económica de una persona –sustento, vestuario, medicamentos y educación-, cuya existencia surge de la ley, contrato y testamento.*”<sup>5</sup> Nuestra Corte Suprema, por su parte, considera los alimentos como “*las subsistencias que se dan a ciertas personas para su mantenimiento, o sea, para su comida, habitación y aún en algunos casos para su educación, y corresponde al juez regularlos en dinero, periódicamente, o en especies.*”<sup>6</sup>

### b) Principios en que se funda la obligación alimenticia en la legislación chilena.

Las normas sobre alimentos, que analizaremos en los acápite siguientes, constituyen una manifestación de los siguientes principios, los más importantes de nuestro actual Derecho de Familia:

---

<sup>1</sup> Fecha de última modificación: 4 de febrero de 2011. Este apunte constituye una versión extractada de una parte de nuestro libro “*Los Alimentos en el Derecho Chileno*”, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2009, segunda edición ampliada, 326 pp.

<sup>2</sup> ROSSEL Saavedra, Enrique, “*Manual de Derecho de Familia*” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, séptima edición actualizada), pág. 334.

<sup>3</sup> RAMOS Pazos, René, “*Derecho de Familia*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, tercera edición actualizada, Tomo II, p. 499.

<sup>4</sup> OBAL, Carlos R., artículo titulado “*Alimentos*”, en Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979), Tomo I, pág. 645.

<sup>5</sup> BAVESTRELLO Bontá, Irma, “*Derecho de Menores*” (Santiago de Chile, LexisNexis, año 2003, segunda edición actualizada), pág. 79.

<sup>6</sup> Sentencia citada por ABELIUK Manasevich, René, “*La Filiación y sus efectos*” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, Tomo I), pág. 378.

- d.1) Principio de protección a la familia;
- d.2) Principio de protección al matrimonio;
- d.3) principio de protección al interés superior de los menores; y
- d.4) principio de protección al cónyuge más débil.

## **2. Características del derecho de alimentos y de la obligación alimenticia correlativa, o del llamado derecho-deber alimentario.**

### **a) El derecho a pedir alimentos es irrenunciable** (artículo 334 del Código Civil).

Se justifica esta característica, considerando que se encuentra comprometida la existencia misma de la persona que reclama los alimentos. De esta forma, cualquier estipulación entre la persona obligada a proporcionar los alimentos y aquella facultada para reclamarlos, será ineficaz si en ella la segunda renuncia a demandar alimentos. Como señala Meza Barros, *“En la obligación alimenticia interfiere el interés general que no consiente que el obligado se libere de su obligación. Puede decirse que la renuncia del derecho no mira al interés particular del renunciante. La renuncia y la consiguiente liberación del deudor haría gravitar la obligación sobre otras personas o sobre la colectividad, haciendo más gravosa la carga de las instituciones de beneficencia, sean públicas o privadas. El sustento de una persona, en suma, no es un problema de índole particular; es un derecho que la ley protege por motivos de interés público.”*<sup>7</sup> Daniel Juricic, por su parte, refiere que *“Renunciar al derecho de pedir alimentos o disponer de él significa o puede significar, en definitiva, abdicar o desprenderse de lo necesario para vivir, lo que a la luz de las normas de nuestro ordenamiento jurídico no es aceptable.”*<sup>8</sup>

Según veremos, el carácter irrenunciable del derecho de alimentos no descarta la posibilidad de que pueda ser objeto de transacción y de mediación.

### **b) Es un derecho imprescriptible.**

Algunos fundamentan este carácter imprescriptible de los alimentos, dado que, se dice, no están en el comercio humano<sup>9</sup>.

En verdad, los alimentos son un bien comerciable, porque pueden radicarse en un patrimonio, pueden ser objeto de una relación jurídica, sin perjuicio que sean inalienables e intransmisibles. Prueba que los alimentos constituyen un bien comerciable, la circunstancia de encontrarse implícitos en el número 2 del artículo 1464 del Código Civil, y no en el número 1, que se refiere precisamente a las cosas que están fuera del comercio humano.

El carácter imprescriptible de los alimentos responde más bien a la idea de derecho asistencial que tiene, en términos tales que está en juego la subsistencia misma de un individuo. Como señala Vodanovic, *“Siendo el fin del derecho de alimentos la subsistencia y mantenimiento de la vida, no se concibe que prescriba. Siempre y cada vez que concurran en un sujeto las condiciones para que tal derecho legal se haga actual y exigible, puede demandarlo. No importa que hayan transcurrido años y años sin ejercerlo,*

---

<sup>7</sup> MEZA BARROS, Ramón, *“Manual de Derecho de Familia”*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, segunda edición, Tomo II), pág. 706.

<sup>8</sup> JURICIC Cerda, Daniel, *“La relación jurídica alimentaria”*, apunte proporcionado en Diplomado *“Derecho de Familia con mención en Mediación”*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, año 2005, p. 7.

<sup>9</sup> Así, ROSSEL Saavedra, Enrique, ob. cit., pág. 335; ABELIUK, Manasevich, René, ob. cit., pág. 397; y LÓPEZ Díaz, Carlos, *“Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia”* (Santiago de Chile, Librotecnia, año 2005, Tomo II), pág. 581.

*a pesar de haber estado en condiciones de hacerlo, resignándose mientras tanto a vivir de la generosidad de los amigos o de la caridad pública. Respecto de ese pasado no podrá cobrar alimentos, de acuerdo con el principio ‘nadie se alimenta para el pretérito, no se vive para el pretérito’ (...) pero sí podrá solicitarlo para el futuro, desde que los demande.”<sup>10</sup>*

La imprescriptibilidad se refiere al derecho mismo, es decir a la facultad de pedir alimentos, pero no a las pensiones alimenticias decretadas y devengadas, las que de no cobrarse oportunamente prescribirán en favor del deudor, conforme a las reglas generales (artículo 336, parte final, del Código Civil). En consecuencia, transcurridos que sean cinco años contados desde el día en que la obligación de pagar la pensión alimenticia se hizo exigible, habrá prescrito la acción del alimentario (artículos 2514 y 2515 del Código Civil), subsistiendo la obligación como natural (artículo 1470 número 2 del Código Civil). Por ende, si el deudor paga las pensiones cuya acción para cobrarlas está prescrita, no podrá repetir en contra del alimentario, quien podrá retener lo que se le hubiere pagado.

c) **El derecho a pedir alimentos es intransferible:** no puede venderse, cederse ni enajenarse en forma alguna (artículo 334 del Código Civil). Tampoco es transmisible por causa de muerte. Con todo, las pensiones alimenticias atrasadas sí pueden renunciarse o compensarse y el derecho de demandarlas puede transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse (artículo 336 del Código Civil).

d) **El derecho de alimentos es inembargable,** conforme lo prescrito por los artículos 1618 números 1 (que se refiere a las pensiones alimenticias forzosas) y 9 (que alude a los derechos personalísimos) del Código Civil y 445 número 3 del Código de Procedimiento Civil (*“No son embargables: 3º Las pensiones alimenticias forzosas”*). Cabe preguntarse si lo anterior debe entenderse sólo respecto de las pensiones alimenticias futuras, y no de las ya devengadas, o abarca ambas hipótesis. Vodanovic considera que sólo son inembargables las pensiones alimenticias futuras, y no las ya devengadas, expresando al efecto: *“Las pensiones alimenticias atrasadas que, por cualquier causa, ha dejado de percibir el acreedor, se transforman de créditos de naturaleza alimentaria, en simples créditos comunes y por eso, así como pasan a ser de libre disponibilidad y pueden renunciarse, venderse o donarse, lógicamente son embargables por los acreedores del alimentario.”<sup>11</sup>* Sin embargo, hay quienes han sustentado otra tesis, sobre la base de que el artículo 445 número 3 no hace distinción entre las pensiones futuras y las atrasadas, de manera que la inembargabilidad protegería a las dos clases de pensiones.<sup>12</sup>

e) **El crédito por concepto de alimentos no admite compensación:** el que debe alimentos, no puede oponer a su acreedor, en compensación, lo que éste le deba al primero (artículos 335 y 1662, inciso 2º, ambos del Código Civil). Puestos los créditos uno frente al otro, la ley excepcionalmente no admite la compensación, considerando la especial naturaleza asistencial del primero. Sin embargo, las pensiones atrasadas podrán compensarse (artículo 336 de Código Civil).

---

<sup>10</sup> VODANOVIC H., Antonio, *Derecho de Alimentos*” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, año 1994), tercera edición, pág. 223.

<sup>11</sup> VODANOVIC H., Antonio, ob. cit., págs. 237 y 238.

<sup>12</sup> CAFFARENA, Elena, *“De las pensiones alimenticias, en especial las que se deben los cónyuges”* (Santiago, año 1986), pág. 56, citada por VODANOVIC H., ob. cit., pág. 238.

f) **La transacción sobre alimentos está sujeta a ciertas limitaciones**, establecidas en el artículo 2451 del Código Civil. Es decir, debe aprobarse judicialmente y no podrá serlo si de algún modo contraviene lo dispuesto por los artículos 334 y 335 del Código Civil. Se trata de una formalidad habilitante de aquellas que la doctrina denomina “*homologación*”, pues el acto jurídico se materializa primero y se revisa después.

g) **Si bien los alimentos futuros no pueden ser objeto de actos jurídicos, las pensiones alimenticias devengadas si lo pueden**: serán por ende transmisibles, transferibles, renunciables, y podrán cederse, venderse y compensarse (artículo 336 del Código Civil).

h) **El derecho a pedir alimentos no puede someterse a compromiso**, según lo dispone el artículo 229 del Código Orgánico de Tribunales: “*No podrán ser sometidas a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer*”. Se ha estimado que no cabe compromiso ni siquiera respecto de las pensiones atrasadas.<sup>13</sup> Por lo tanto, sólo puede invocarse y establecerse ante los Juzgados de Familia, quienes son competentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° número 4 de la Ley número 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

i) **La obligación alimenticia es intransmisible, a juicio de algunos, y transmisible, en opinión de otros.**

Se discute en la doctrina nacional si una vez fallecido el alimentante, su obligación se transmite o no a sus herederos. La mayoría de los autores se han inclinado por considerar que no se transmite. En el Derecho Comparado, las legislaciones exhiben la misma tendencia. En efecto, si bien el **derecho** a exigir alimentos futuros es personalísimo y por ende no puede transferirse ni transmitirse, la discusión surge en torno a la **obligación** de prestar alimentos. La mayoría de la doctrina considera que la obligación no se transmite, sin perjuicio de constituir los alimentos “*que se deben por ley*”, una baja general de la herencia, debiéndola los herederos en conjunto, a menos que el testador se la haya impuesto expresamente a uno o más asignatarios (artículo 1168 del Código Civil). Se puntualiza que ésta baja general no es la obligación que adeudaba el causante. Con todo, el efecto práctico es el mismo: los herederos deben apartar un capital, con el cual seguir sirviendo el pago de la pensión alimenticia.

j) **El derecho a percibir alimentos es permanente.**

En principio, los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda (artículo 332, inciso 1° del Código Civil). De ahí que se afirme que se trata de una obligación de tracto sucesivo. Con todo, hay también un importante componente de variabilidad en la obligación alimenticia. Por eso, se afirma que “*Es una obligación legal fundamentalmente condicionada y variable, ya que depende del patrimonio del obligado y de las necesidades –entendidas éstas dentro de su propia situación económica y social- del alimentario.*”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> PEÑA González, Carlos; ETCHEBERRY Court, Leonor; y MONTERO Iglesias, Marcelo, “*Nueva regulación del derecho de alimentos. Primera parte. Aspectos sustantivos*”, publicación del Servicio Nacional de la Mujer y la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile, año 2003, segunda edición), pág. 79.

<sup>14</sup> OBAL, Carlos R., ob. cit., pág. 649.

Por ello, si varían las circunstancias existentes al momento de establecerse la pensión de alimentos, el alimentante podrá solicitar el cese o la disminución de su obligación, o el alimentario el aumento de la pensión, según corresponda y el mérito de los antecedentes así lo justifiquen.

**k) El derecho de alimentos tiene por fuente principal, la ley.**

Aunque los alimentos pueden tener por fundamento el testamento y la convención, los de mayor relevancia jurídica son aquellos cuya fuente es la ley, que manda pagarlos a determinadas personas. Es posible afirmar que la obligación alimenticia es el paradigma de una obligación que tiene por fuente directa la ley, y por ello el Código Civil, al definir en su artículo 578 el derecho personal o crédito, y aludir a la obligación correlativa que pesa sobre el deudor por la sola disposición de la ley, indica como ejemplo precisamente los alimentos que el padre adeuda al hijo.

**l) El derecho de alimentos es un crédito que no goza de preferencia para su pago.**

El crédito por concepto de pensiones alimenticias no goza de ninguna preferencia para su pago, y por ende se incluye entre los de quinta clase o valistas. Dada la naturaleza del derecho y los intereses que se protegen, nos parece objetable no haber incluido el derecho del alimentario entre los créditos que deben pagarse antes que aquellos que tienen un carácter puramente patrimonial. En nuestra opinión, 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.

**m) El derecho de alimentos es recíproco**, entre cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos. En efecto, la misma persona obligada a pagar una pensión alimenticia podría tener derecho a pedirla, variando las circunstancias económicas.<sup>15</sup>

**n) Los alimentos** que se perciban por el alimentario que tenga derecho a ellos por disposición de la ley, **no constituyen renta**: así lo establece el artículo 17, número 19, de la Ley de la Renta.

**ñ) El derecho de alimentos goza de una especial protección de la ley**, que confiere amplias facultades judiciales y establece diversas figuras penales. Como indica Daniel Juricic, los procedimientos judiciales para obtener el cumplimiento de la obligación alimenticia contemplan facultades extraordinarias para los jueces, como por ejemplo fijar los alimentos provisorios, ejercer ciertas facultades de oficio, decretar apremios y ejercer una potestad cautelar (artículo 22 de la Ley sobre Tribunales de Familia), que sólo se explican por el fundamento de la relación jurídica alimentaria, esto es, la protección de la vida y de la integridad física y psíquica del alimentario.<sup>16</sup> En el mismo sentido, la Ley 14.908, consagra varias figuras penales, para aquellos que intenten eludir o entorpecer el cumplimiento de la obligación alimenticia.

---

<sup>15</sup> ABELIUK Manasevich, René, ob. cit., pág. 399.

<sup>16</sup> JURICIC Cerda, Daniel, ob. cit., p. 7.

**o) Las causas sobre derecho de alimentos son de mediación previa u obligatoria.**

El artículo 106<sup>17</sup> de la Ley número 19.968, sobre Tribunales de Familia, distingue entre materias de mediación previa (u obligatoria), voluntaria y prohibida. Entre las primeras, se incluyó las causas relativas al derecho de alimentos. Ello implica que deben someterse a un procedimiento de mediación, previo a la interposición de la demanda. El artículo 109 de la misma Ley, trata de las reglas especiales sobre la mediación en causas relativas al derecho de alimentos.

**3. Clasificación de los alimentos.**

**a) Forzosos o legales y voluntarios.**

Son forzosos o legales los reglamentados, especialmente, en el Código Civil (artículos 321 a 337) y en la Ley número 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Como señala Meza Barros, estos alimentos *“se deben ex lege, esto es, la obligación alimenticia encuentra su fuente en la ley. Y puesto que ella impone a determinadas personas el gravamen de tal obligación, de modo independiente de su voluntad, estos alimentos se denominan también forzosos.”*<sup>18</sup>

Son voluntarios los otorgados por testamento o por donación entre vivos, sin mediar obligación legal. Quedan entregados a la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo (artículo 337 del Código Civil).

**b) Provisorios y definitivos.**

Aunque en verdad, como lo han dicho nuestros tribunales superiores, la obligación alimenticia es una sola, el carácter asistencial de la prestación hace necesario que el juez no espere hasta que dicte su sentencia y ella quede ejecutoriada para imponer al demandado el pago de la prestación reclamada. De ahí que se formule el distingo entre alimentos provisorios y definitivos, al que nos referimos seguidamente.

**b.1) Alimentos provisorios.**

Esta materia, está regulada en el artículo 4 de la Ley número 14.908, y en el artículo 327 del Código Civil. Este último, dispone que mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, **deberá** el juez ordenar que se den provisoriamente, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados<sup>19</sup>; sin perjuicio de la restitución, si la persona a

<sup>17</sup> Cuyo tenor fijó la Ley número 20.286, publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de septiembre de 2008, que reformó la Ley número 19.968, sobre Tribunales de Familia.

<sup>18</sup> MEZA BARROS, Ramón, *“Manual de Derecho de Familia”*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, segunda edición, Tomo II), pág. 703.

<sup>19</sup> La actual redacción del artículo 327 del Código Civil se aviene con la naturaleza asistencial del derecho de alimentos, que no admite demora en su ejercicio, pues está comprometida la existencia misma de su titular. La expresión *“deberá”* hoy empleada en el precepto, se incorporó al tipo legal por la Ley número 19.741, publicada en el Diario Oficial de fecha 24 de julio de 2001. Antes, el artículo consignaba que *“Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar...”*, lo que no pocas veces suscitó criterios dispares en los tribunales de justicia, aunque las Cortes solían asentar el principio actualmente consagrado en la ley. En dicho sentido, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 19 de abril de 1995,

quien se demandan obtiene sentencia absolutoria. Con todo, cesa este derecho para exigir la restitución, contra el que, de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda<sup>20</sup>.

En cuanto al momento a partir del cual se deben los alimentos provisorios, se han sostenido dos opiniones en la jurisprudencia: para la primera, se deben desde el momento en que haya quedado ejecutoriada la sentencia que los fijó; para la segunda, se deben desde el momento en que se notificó la demanda. Esta segunda tesis, mayoritaria, parece ser la correcta, considerando lo dispuesto en el artículo 331, al que seguidamente aludiremos, y que no distingue según se trate de alimentos provisorios o definitivos, aplicándose por tanto a los dos.

Se refieren también a los alimentos provisorios los artículos 54-2 y 109 de la Ley número 19.968, sobre Tribunales de Familia.

## b.2) Alimentos definitivos.

Los alimentos definitivos se deben, dice la ley, “*desde la fecha de la primera demanda*” y se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda (artículos 331 y 332 del Código Civil). La Corte Suprema ha puntualizado que “*al referirse el artículo 331 del Código Civil a la primera demanda para establecer que desde ella se deben los alimentos, la referencia debe entenderse a la fecha de la notificación de la demanda y no al tiempo o fecha en que fue presentada al tribunal correspondiente*”. Tampoco debe entenderse que la ley alude, como acontece por regla general, a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que disponga el pago de la pensión de alimentos. Como dice Vodanovic, mientras el demandado no sea válidamente notificado, procesalmente nada le puede afectar. Y sería injusto que, sin tener conocimiento del estado de necesidad de su acreedor, el alimentario tuviera que responder por algo que, sin culpa suya, hasta entonces ignoraba, al menos en el ámbito procesal<sup>21</sup>. Por cierto, si durante el juicio se habían fijado alimentos provisorios inferiores a los que se regulan como definitivos, el demandado deberá pagar la diferencia por todo el período que haya transcurrido entre la notificación de la demanda y el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia definitiva.

## c) Congruos y necesarios.

Hoy, a partir de la reforma introducida al Código Civil por la Ley número 19.585, se afirma que todos los alimentos, conforme lo expresa el propio Código, son congruos: vale decir, los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo

---

subraya que atendida la naturaleza precautoria de los alimentos provisorios, esto es, que tienen por objeto adelantar provisoriamente los efectos de la sentencia definitiva para evitar perjuicios al actor, no es posible que un incidente relacionado con ellos se resuelva en la misma sentencia definitiva, debiendo el juez pronunciarse derechamente sobre el incidente formulado: “*GACETA JURÍDICA*”, número 178 (Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Limitada-LexisNexis), pág. 96.

<sup>20</sup> Texto modificado por la Ley número 20.152, publicada en el Diario Oficial de fecha 9 de enero de 2007.

<sup>21</sup> VODANOVIC H., Antonio, ob. cit., pág. 163. Por lo demás, agregamos nosotros, la fórmula en virtud de la cual nada se debe sino desde la notificación de la demanda, no es ajena al propio Código Civil, que la contempla, por ejemplo, en el artículo 1890, inciso 2º, a propósito de la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme: “*No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda...*”

correspondiente **a su posición social** (artículo 323, inciso 1º y artículo 330). Con todo, a nuestro juicio subsisten al menos dos casos de alimentos necesarios en nuestra ley. El primero, puede presentarse como una consecuencia de la separación judicial de los cónyuges. En efecto, 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*”. Nos remitimos a lo que estudiamos a propósito de la separación judicial de los cónyuges.

Otro caso en el cual, eventualmente, también podría estimarse que subsisten los alimentos necesarios, es el contemplado en el artículo 324 del Código Civil, cuando la ley autoriza al juez a moderar el rigor de esta disposición, que en principio priva al alimentario de alimentos si hubiere incurrido en una causal de injuria atroz, en el caso que la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante.

En algunas oportunidades, puede resultar difícil determinar cuál es la posición social del alimentario. Como se ha señalado, en ocasiones “*la posición social está determinada generalmente por la profesión del sujeto demandado, sus bienes, sus condiciones de vida, etc. Al respecto, se ha considerado, por ejemplo, que la posición social de la mujer casada es la del marido, y la de los hijos, la de sus padres. En otras palabras, la posición social a la que hace mención el legislador es la que tiene la persona que debe otorgar los alimentos, ello, con la finalidad precisa (tratándose de alimentos que se deben a los hijos) de que la separación de los padres no conlleve, para los hijos, mayores perjuicios que aquéllos que comprende la situación en sí misma y que, por el contrario, puedan mantener su status de vida sin verse obligados a enfrentar mayores cambios.*”<sup>22</sup> El fundamento anterior, resulta razonable cuando los hijos que demandan alimentos, vivían con el demandado. ¿Qué ocurre cuando se trata de hijos que nunca han vivido con su padre o madre de quien reclaman alimentos? Es evidente que en tal caso, tampoco debemos circunscribirnos a la posición social del hijo que demanda alimentos, y también es necesario considerar la posición social del progenitor demandado. Ello, porque se trata de que los hijos obtengan una mejor posición social, que les permita un mayor desarrollo espiritual y material, lo que por cierto no se obtendrá si se les mantiene el status de vida anterior, cuando careciendo de la ayuda paterna o materna, se veían privados de cosas elementales para su subsistencia.<sup>23</sup> Si no aplicamos este criterio y atendemos sólo a la posición social de quien pide los alimentos, se infringirían las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, en aquella parte que establece que deben respetarse los derechos que la Convención asegura a todo niño, sin importar cual sea su raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, **el origen** nacional, étnico o **social, la posición económica**, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición que lo afecte, o a sus padres o a sus representantes legales. Lo anterior explica que se haya sostenido, con razón, que considerar la posición social de quien reclama alimentos al tiempo de fijarlos violenta el principio de igualdad antes citado.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> PEÑA González, Carlos; ETCHEBERRY Court, Leonor; y MONTERO Iglesias, Marcelo, ob. cit., pp. 50 y 51.

<sup>23</sup> PEÑA González, Carlos; ETCHEBERRY Court, Leonor; y MONTERO Iglesias, Marcelo, ob. cit., pág. 51.

<sup>24</sup> SCHMIDT Claudia y VELOSO Paulina, “*La filiación en el nuevo Derecho de Familia*” (Santiago de Chile, ConoSur, año 2001), 372. La primera de estas autoras, reitera en su obra reciente “*Del derecho alimentario familiar en la filiación*”, sus críticas a lo que establece el Código Civil en relación a la “*posición social*”, afirmando: “*¿es admisible jurídicamente que el juez de familia deba considerar en la actualidad en*

Ahora bien, todo lo expuesto en este punto, lo entendemos referido a los hijos y al cónyuge. En cambio, creemos que en aquellos casos en que demandan alimentos un ascendiente, un hermano, o quien hizo una donación cuantiosa, ha de prevalecer la posición social más modesta de los dos sujetos concernidos, cuál será usualmente la de quien demanda los alimentos, pues en caso contrario, no se cumplirían los supuestos básicos del derecho a reclamarlos, es decir, facultades suficientes del demandado y necesidad de quien los demanda.

Cabe señalar además que las personas que bajo la legislación que la Ley número 19.585 modificó tenían determinado por sentencia judicial o transacción aprobada por la justicia, el derecho a percibir alimentos necesarios, pueden solicitar la adecuación de la pensión alimenticia determinada, de acuerdo con el actual artículo 323 del Código Civil (artículo 3° transitorio de la Ley número 19.585). En consecuencia, el alimentario podrá solicitar que se “*adecuen*” los alimentos, lo que en verdad significa que puede solicitar que se aumente su cuantía, para que le permitan subsistir modestamente, pero conforme a su posición social.

#### **4. Requisitos para exigir alimentos.**

Deben reunirse copulativamente los siguientes requisitos:

a) **Norma legal que otorgue el derecho a pedirlos.** La ley enumera taxativamente a las personas que tienen derecho a reclamar alimentos. El derecho a pedir alimentos tiene por fuentes, en lo que refiere a normas de rango legal, las siguientes:

i) Los artículos 321 a 337 del Código Civil. El artículo 321 enumera las personas que tienen derecho a pedir alimentos. Con todo, el artículo 322 deja en claro que lo dispuesto en los artículos 321 a 337 corresponde a las reglas generales aplicables a los alimentos, “*sin perjuicio de las disposiciones especiales que contiene este Código respecto de ciertas personas.*” Efectivamente, como destacan Peña, Etcheberry y Montero, en otras disposiciones del Código Civil, se alude también al derecho de alimentos (a los preceptos por ellos señalados, hemos agregado otros), a saber: artículos 131 y 134 (derecho de alimentos entre los cónyuges y contribución del marido y la mujer a los gastos de la familia común); artículos 174 a 177 (relación entre separación judicial y derecho de alimentos); artículos 203 y 324 (consecuencias para el derecho de alimentos del progenitor cuya paternidad o maternidad fue determinada judicialmente y con oposición del demandado, que además abandonó al hijo en su infancia); artículo 209 (nexo entre la reclamación judicial de la filiación y la obligación del juez de decretar alimentos provisorios); artículo 231 (hijo con bienes propios); artículo 232 (la obligación de pagar alimentos y los abuelos); artículo 240 (los alimentos de un hijo abandonado por sus padres); artículo 241 (suministro de los alimentos al hijo menor de edad en caso de encontrarse en urgente necesidad y sin posibilidad de ser asistido por sus padres); artículos 230 y 1740 (la obligación de pagar alimentos y la sociedad conyugal); artículos 431 a 434 (relación entre la tutela y el derecho

---

*la regulación de una pensión alimenticia, la posición social del alimentado? Dicho en otras palabras, ¿la posición social del alimentario o su rango social son factores razonables para la regulación de una pensión alimentaria? La respuesta es jurídicamente negativa, pues como se ha reiterado en esta obra, estamos frente al derecho fundamental a una vida digna, y la posición social o el rango social de quienes son titulares del derecho alimentario son factores discriminatorios, que hacen de la normativa legal una regulación inconstitucional: SCHMIDT Hott, Claudia, ob. cit., pp. 54 a 57.*

de alimentos); artículo 959 (la obligación alimenticia es una baja general de la herencia); artículo 968 número 3 (vínculo entre la indignidad para suceder y la obligación alimenticia); artículo 1134 (el legado de alimentos voluntarios); artículos 1167 y 1168 (la obligación alimenticia es una asignación forzosa); artículo 1170 (posibilidad de rebajar alimentos futuros, que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo dejado en herencia por el difunto); y artículos 1208 número 2 y 1210 inciso 2º (causas y efectos del desheredamiento en relación con el derecho de alimentos).<sup>25</sup>

ii) La Ley número 7.613, sobre Adopción, que establecía la obligación alimenticia entre adoptante y adoptado. Si bien dicha ley fue derogada por la Ley número 19.620, sobre adopción de menores, el artículo 45 de la misma establece que los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la Ley número 7.613, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en el mencionado cuerpo legal. Por ende, la Ley número 7.613 subsiste, para aquellos que tenían la calidad de adoptados y adoptantes, a la época de entrar en vigencia la Ley número 19.620.

iii) La Ley número 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

iv) La Ley número 16.618, Ley de Menores.

v) La Ley número 19.947, de Matrimonio Civil.

vi) La Ley número 19.968, sobre Tribunales de Familia.

vii) El Libro Cuarto del Código de Comercio, en las normas sobre la quiebra.

viii) La Ley número 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, artículo 4 número 4 (para determinar la asignación líquida que corresponde al heredero o legatario, debe deducirse del cuerpo o masa de bienes que el difunto ha dejado, entre otras, las asignaciones alimenticias forzosas) y artículo 18 número 3 (estarán exentas del impuesto que establece esta ley, entre otras, las asignaciones y donaciones que consistan en cantidades periódicas destinadas a la alimentación de personas a quienes el causante o donante esté obligado por la ley a alimentar; cuando a juicio del Servicio de Impuestos Internos la pensión pareciere excesiva, podrá pedir a la justicia ordinaria que determine cuál es la parte exenta del impuesto).

**b) Estado de necesidad de aquél que solicita alimentos:** los alimentos se deben en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social (artículo 330 del Código Civil). Por ende, puede ocurrir que el solicitante de alimentos disponga de algunos ingresos, pero que ellos sean insuficientes.

Meza Barros sintetiza los factores a considerar para determinar la necesidad del alimentario:

1º No es necesario que el alimentario sea por completo indigente; pero si no lo es, los alimentos sólo se otorgarán en la medida necesaria para completar lo que haya menester;

2º Entre los medios de subsistencia del alimentario, deben tomarse en consideración los bienes con que cuente y muy particularmente su capacidad de trabajo; agrega este autor, citando a Luis Claro Solar, que *“Los alimentos no pueden ser un medio de liberarse de la dura ley del trabajo; otra cosa sería fomentar la pereza y el ocio. El juez debe desechar, pues, la demanda de quien no esté impedido para trabajar y no lo hace.”*;

---

<sup>25</sup> PEÑA González, Carlos; ETCHEBERRY Court, Leonor; y MONTERO Iglesias, Marcelo, ob. cit., págs. 22 y 23.

3° Si el alimentario tiene bienes productivos, el juez considerará la posibilidad de que estos bienes se conviertan en otros que permitan a su dueño subsistir, porque no es lógico que, por esta circunstancia, pueda cargar sobre otro la satisfacción de sus necesidades.<sup>26</sup>

Acerca del peso de la prueba, en algunas ocasiones se ha fallado que corresponde al demandado de alimentos acreditar que el alimentario dispone de medios de subsistencia y que por ende la acción es improcedente, lo que implica que se invierte el onus probandi, por evidentes razones de protección a la parte más débil del juicio de alimentos.<sup>27</sup> En caso contrario, se ha dicho, si se obligare al actor a probar sus necesidades e imposibilidad de obtener los recursos para satisfacerlas, se exigiría probar un hecho negativo, lo que sería imposible. Tal es la doctrina planteada por Alfredo Barros Errázuriz, quien si bien admite, en principio, que probar el estado de necesidad del alimentario correspondería en principio a éste, como demandante, debiendo justificar su título legal para pedirlos y su falta de medios de subsistencia, éste último es un hecho negativo, que no puede transformarse en la afirmación de un hecho positivo contrario, de manera que no es susceptible de prueba directa; por esta razón, agrega Barros Errázuriz, será el demandado quien deba justificar que el demandante no se halla en el caso previsto por la ley, pues a él le será fácil la demostración del hecho positivo de los recursos con que cuenta el alimentario para subsistir. De otra manera, afirma el autor, se burlaría el derecho de pedir alimentos.<sup>28</sup> Con todo, en otras ocasiones, el criterio ha sido el inverso al expuesto por los autores y la jurisprudencia antes mencionados, entendiéndose que el peso de la prueba incumbe al actor, a quien sostiene que se le deben alimentos.<sup>29</sup> Tal era la opinión de Luis Claro Solar, quien consideraba que no existía razón alguna para no aplicar en esta materia la regla del artículo 1698 del Código Civil; en consecuencia, agregaba, es el alimentario quien debe probar que no cuenta con medios económicos para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social y la importancia de los recursos de que puede disponer el demandado para socorrerlo.<sup>30</sup> Como dice Meza Barros, adhiriendo a esta posición, rigen las reglas generales de la prueba en cuya virtud debe probar la existencia de la obligación quien la alega.<sup>31</sup> A la misma conclusión llegan Manuel Somarriva, Fernando Fueyo y René Ramos Pazos.<sup>32</sup> Esta tesis se ha impuesto, en algunas ocasiones, en las cortes. 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

---

<sup>26</sup> MEZA BARROS, Ramón, *“Manual de Derecho de Familia”*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, segunda edición, Tomo II), págs. 710 y 711.

<sup>27</sup> Sentencia citada por ABELIUK Manasevich, René, ob. cit., pág. 393.

<sup>28</sup> BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *“Curso de Derecho Civil”*, tercer año, 1ª parte, volumen IV, Editorial Nascimento, Santiago, 1931, p. 320, citado a su vez por GÓMEZ DE LA TORRE Vargas, Maricruz, *“El sistema filiativo chileno”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, p. 188.

<sup>29</sup> En esta línea, 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.”*

<sup>30</sup> CLARO SOLAR, Luis, *“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”*, tomo III, *“De las Personas”*, número 1.825, Editorial Jurídica de Chile, 1944, p. 463, citado a su vez por GÓMEZ DE LA TORRE Vargas, Maricruz, ob. cit., pp. 188 y 189.

<sup>31</sup> MEZA BARROS, Ramón, *“Manual de Derecho de Familia”*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, segunda edición, Tomo II), pág. 711.

<sup>32</sup> RAMOS PAZOS, René, *“Derecho de Familia”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, tercera edición actualizada, Tomo II, p. 502. Cita a Manuel Somarriva Undurraga y su obra *“Derecho de Familia”*, número 650, p. 616.

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 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 demandado.

Cabe advertir que el artículo 328 del Código Civil dispone que si hubo dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución de los mismos quienes los hayan recibido y también a la indemnización de perjuicios todos aquellos que hubieren participado en él. La norma es similar a la que contempla el artículo 1458, inciso 2° del Código Civil, que dispone que aquellos que fraguaron el dolo responden por el total valor de los perjuicios y quienes se hubieren aprovechado de él hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo. Como señala Abeliuk, este caso, probablemente, implicará una hipótesis de fraude procesal, pues lo normal es que los alimentos se determinen en juicio. Así, quienes deduzcan una acción dolosa, fundada por ejemplo en documentos falsos o declaraciones falsas de testigos, deberán restituir lo obtenido, y solidariamente con quienes participaron en el dolo.<sup>33</sup>

A su vez, la doctrina se ha planteado la incidencia que tiene la propia culpa de quien reclama alimentos, en originar el estado de necesidad en que fundamenta su demanda. ¿Podría el demandado invocar dicha culpa para exonerarse de su obligación? La mayoría de la doctrina se inclina por rechazar tal excepción a la demanda. Como expresa Juricic, *“Sobre este punto no hay, en verdad, mucho espacio para la duda. Las circunstancias que condujeron al alimentario a su estado de necesidad, son irrelevantes. La vida está antes que el reproche a la negligencia. Además, el Código Civil no condiciona el derecho de alimentos a la falta de culpa, y, todavía, dispone explícitamente que sólo una ley expresa puede negar ese derecho (artículo 321, inciso final), la que no existe fundada en la culpa del alimentario.”*<sup>34</sup> Con todo, no han faltado autores, extranjeros o nacionales, que se han pronunciado por la tesis contraria, negando alimentos a quien culpablemente generó su estado de necesidad o rebajándolos.<sup>35</sup>

Cabe preguntarse también qué ocurre con aquél que demanda alimentos alegando estado de necesidad, pero se encuentra en condiciones de desempeñar un trabajo y por ende sufragar sus gastos. Como afirma Juricic, *“En general, la doctrina está de acuerdo en que la persona que puede trabajar no tiene derecho a pedir alimentos”*.<sup>36</sup> Agrega que la opinión en virtud de la cual el alimentario debe probar que intentó sustentarse con su trabajo, pero que ello no le fue posible, *“es acertada, pues de la inactividad del necesitado se advierte que en rigor no está en estado de necesidad, pues éste es la más fuerte*

<sup>33</sup> ABELIUK Manasevich, René, ob. cit., pág. 225.

<sup>34</sup> JURICIC Cerda Daniel, ob. cit., p. 10. Entre los autores que concluyen que tiene derecho de alimentos, cita Juricic a Ripert y Boulanger, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, Zannoni, Carbonnier y Josserand.

<sup>35</sup> JURICIC cita a López A., Montés, V.L., y Roca, E., *“Derecho de Familia”*, Valencia (España), Editorial Tirant Lo Blanch, tercera edición, 1997, p. 40; y Peña González, Carlos, *“El Derecho de Alimentos en el ordenamiento Jurídico Chileno”*, Cuadernos de Trabajo de la Universidad Diego Portales, número 1, junio de 1995, Santiago, p. 84.

<sup>36</sup> JURICIC cita a los siguientes autores: Puig Peña (*“Compendio de Derecho Civil Español”*, p. 494); Planiol y Ripert (*“Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”*, p. 28); Zannoni (*“Tratado de Derecho Civil”*), p. 118; Josserand (*“Derecho Civil”*), p. 313; Fueyo (*“Derecho Civil”*), p. 561; y Messineo (*“Manual de Derecho Civil y Comercial”*), p. 187.

*motivación a la ocupación remunerada.*” Sin embargo, tal conclusión debe matizarse, no debe ser tomada en sentido absoluto, “*pues bien puede suceder que aun con un esfuerzo razonable no le sea posible al alimentario conseguir un trabajo. En esta hipótesis, debe declararse el derecho de alimentos, atendido que se configura un genuino estado de necesidad.*”<sup>37</sup> Compartimos esta opinión. El “*estado de necesidad*” presupone la imposibilidad de quien reclama alimentos de procurárselos por sí mismo, desarrollando una actividad laboral. El derecho de alimentos no puede ser un seguro a la desidia, la incuria o flojera, sino una herramienta que, de manera excepcional, puede emplearse cuando razonablemente, quien demande la ayuda de otro, no puede por sí mismo subsistir. Todos, si las condiciones físicas y psíquicas se lo permiten, deben contribuir al esfuerzo colectivo que le exige su pertenencia a la comunidad nacional. Excepcionalmente, cuando exista un impedimento objetivo, el ordenamiento jurídico le prestará el auxilio necesario, para que recurra a otras personas, que estarán obligadas a proporcionarle alimentos. Por cierto, las reflexiones precedentes no deben plantearse, si quien demanda alimentos fuere un menor de edad o siendo un descendiente o hermano mayor de edad del demandado, se encontrare cursando estudios.

A una conclusión similar cabe arribar, si el alimentario posee un capital improductivo. Como refiere Juricic, varios autores están a favor de negar el derecho a alimentos si el alimentario tiene bienes: Lehmann, Meza Barros, Fueyo y Carbonnier.<sup>38</sup> Este último autor, sin embargo, plantea como condición que el capital sea de fácil realización. Tal interpretación le parece adecuada a Juricic, conforme a los siguientes argumentos: i) El derecho de alimentos no tiene por objeto suplir la falta de rentas, sino proteger la vida del necesitado; ii) No se ve por qué para la sustentación de una persona habrían de preferirse antes los bienes de otra que los suyos; iii) Los capitales facilitan la obtención de créditos, pues sirven de garantía, y la persona que tiene acceso al crédito responsable, con posibilidades de pagarlo, no está en estado de necesidad; y iv) A mayor abundamiento, el propio artículo 330 del Código Civil obliga a pagar alimentos cuando los “*medios*” del alimentario no le sirven para vivir, no cuando sus “*rentas*” o “*ingresos*” sean insuficientes a este efecto.<sup>39</sup>

### **c) Que el alimentante tenga facultades económicas para solventar los alimentos.**

Dispone el artículo 329 del Código Civil que en la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas. ¿Qué debemos entender por “*facultades económicas*” del alimentante? ¿Se trata sólo de considerar sus ingresos periódicos que se traducen en dinero efectivo, o también han de evaluarse sus capitales, aún aquellos improductivos? La doctrina no está conteste sobre este punto. Refiere Juricic que están a favor de tomar en cuenta el capital del demandado Diez-Picazo, Gullón y Carbonnier, mientras que rechazan tal posibilidad Jossierand y Fueyo.<sup>40</sup> Juricic agrega que en principio, nada obsta a que se contabilice el capital del demandado; sin embargo, agrega que hay al menos dos elementos de juicio que

<sup>37</sup> JURICIC Cerda Daniel, ob. cit., p. 11.

<sup>38</sup> JURICIC Cerda Daniel, ob. cit., p. 11: Lehmann, en su “*Tratado de Derecho Civil*” (p. 390); Meza Barros, en su “*Manual de Derecho de Familiar*” (p. 711); y respecto de Fueyo, en su obra “*Derecho Civil*” (p. 560).

<sup>39</sup> JURICIC Cerda Daniel, ob. cit., p. 12,

<sup>40</sup> JURICIC Cerda Daniel, ob. cit., p. 12: Diez-Picazo y Gullón, en la obra “*Sistema de Derecho Civil*” (p. 55); Carbonnier, en su texto “*Derecho Civil*” (p. 410); Jossierand, en “*Derecho Civil*” (p. 313); y Fueyo, en “*Derecho Civil*” (p. 563).

ponen en duda esta conclusión: i) La obligación de pagar alimentos no puede conducir al alimentante a una condición de indigencia o necesidad, de modo que dentro de sus facultades no deberá incluirse aquellos bienes que sirven al demandado para su sustento y el de su familia, como podría ser la vivienda familiar; y ii) A partir de lo dispuesto por el artículo 7, inciso 1º, de la Ley 14.908, que prohíbe fijar una pensión que exceda del 50% de las rentas del alimentante, puede extraerse una tendencia de la ley a dar preponderancia a las rentas por sobre el capital, al establecer el límite en consideración a éstas y no a éste.<sup>41</sup> Las reflexiones de Juricic, sin embargo, fueron formuladas en el 2005, mientras que la reforma a la Ley 14.908, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de enero de 2007, dispuso en el artículo 5 que el demandado ha de acompañar los documentos que determinen su “patrimonio” y su “capacidad económica”. Por ende, para nuestro legislador, las “facultades” del alimentante comprenden tanto el capital que posea como los ingresos que obtenga. De cualquier forma, el juez ha de ser prudente en considerar el capital del demandado, particularmente cuando se trate de bienes que no generan rentas periódicas, sino que, por el contrario, exigen ingentes gastos para su conservación.

En cuanto a la prueba de las facultades del demandado, hoy, parece no haber dudas acerca de que a él le concierne, en primer lugar, considerando especialmente lo dispuesto en el citado 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.

En relación a la prueba de las facultades económicas del alimentante, si bien el tribunal puede fundarse en presunciones, ellas deben tener un razonable sustento.

Meza Barros subraya que deben considerarse aquí dos aspectos:

1º Debe considerarse la fortuna del deudor, esto es, los bienes que posea, e igualmente sus deudas: en suma, su activo y su pasivo; y

2º También deben tenerse en cuenta sus “circunstancias domésticas”, o sea, sus cargas de familia; el número de personas que viven a sus expensas, de hijos que educar, etc.<sup>42</sup>

A propósito de este tercer requisito para que se confieran alimentos, Claudia Schmidt opina que no cabe exigirlo, cuando se trata del régimen alimentario a favor de los niños y adolescentes, caso en el cual los alimentos proceden “a todo evento, pues por sobre la normativa general tiene aplicabilidad la normativa especial, conforme a la cual la fuente de este deber de alto contenido moral es la filiación biológica, la procreación, por lo cual, sólo debe atenderse a las necesidades de los alimentistas, **que siempre existen**, pero que pueden variar según sus circunstancias particulares”. Así las cosas, si quien demanda alimentos fuere un hijo u otro descendiente, dos y no tres serían los requisitos que deben cumplirse para que opere el derecho de alimentos: fuente legal y necesidad de quien los reclama. Se deduce de tal doctrina que el padre, la madre u otro ascendiente demandado siempre deberá proporcionar alimentos al hijo u otro descendiente demandante.

---

<sup>41</sup> JURICIC Cerda Daniel, ob. cit., p. 13.

<sup>42</sup> MEZA BARROS, Ramón, “Manual de Derecho de Familia”, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, segunda edición, Tomo II), pág. 711.

El primero de los tres requisitos analizados, constituye un punto de derecho y por ende, basta con acreditar la existencia del precepto legal que impone la obligación alimenticia a favor del demandante. Los otros dos requisitos constituyen cuestiones de hecho, que deberán probarse en la secuela del juicio. En todo caso, la prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica (artículo 32, Ley sobre Juzgados de Familia).

## **5. Modalidades para el pago de las pensiones alimenticias.**

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 333 del Código Civil, que establece que el juez determinará “*la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos*”, y en el artículo 9 de la Ley número 14.908. Los alimentos pueden pagarse conforme a las siguientes modalidades:

### a) Pago de una suma de dinero.

La modalidad más frecuente, consiste en que el Tribunal fije una suma de dinero, a pagar por mensualidades. Esta deberá reajustarse semestralmente, conforme lo dispone el artículo 7 de la Ley número 19.408.

En efecto, dispone la ley que la pensión de alimentos se paga en dinero y por mesadas anticipadas (artículo 331, inciso 1° del Código Civil). Con todo, agrega la ley que no se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado por haber fallecido (artículo 331, inciso 2° del Código Civil). Así, por ejemplo, si se pagó la pensión mensual de alimentos ascendente a \$ 300.000.- el día 5 del respectivo mes y el alimentario falleciere el día 10, no puede reclamar el alimentante la devolución de los \$ 200.000 correspondientes a los 20 últimos días del mes.

### b) Porcentaje de las rentas del alimentante.

Se trata de la forma más eficaz, especialmente para que los incrementos en dichas rentas favorezcan igualmente al alimentario. Sin embargo, si éstas disminuyen, ello también podría repercutir en la pensión alimenticia, a menos que el Tribunal hubiere fijado un monto mínimo de la misma.

### c) Ingresos mínimos.

Si se recurre a este sistema, debe estarse a los ingresos mínimos remuneracionales a que alude el artículo 3 de la Ley número 14.908, que varían según sea la edad del alimentante.

### d) Intereses de un capital.

Establece el artículo 333 del Código Civil que el juez podrá disponer que los alimentos se conviertan en los intereses de un capital, que se consigne a este efecto en una caja de ahorro o en otro establecimiento análogo (hoy en día, en un Banco). Una vez que cese la obligación alimenticia, dicho capital deberá restituirse al alimentante o a sus herederos. Esta forma de pago no es muy conveniente, pues como señala Irma Bavestrello, se inmoviliza una importante suma de dinero y no hay certeza respecto al monto de la pensión por los efectos de la inflación, que podría incluso hacerla desaparecer. Adicionalmente, se corre el peligro que se embargue el capital por los acreedores que pueda

tener el alimentante.<sup>43</sup> Además, es improbable que un alimentante disponga de un capital del que pueda disponer para estos efectos, a menos que sea una persona de fortuna.

e) Retención de rentas de arrendamiento o de cualquier otra prestación en dinero.

El artículo 8 de la Ley número 14.908, dispone que la resolución judicial que ordene el pago de una pensión alimenticia, podrá notificarse a quien debe pagar al alimentante cualquiera prestación en dinero, incluidas las rentas de arrendamiento, a fin de que retenga y entregue la suma o cuotas periódicas fijadas en ella directamente al alimentario, a su representante legal, o a la persona a cuyo cuidado esté. La notificación al arrendatario o al que deba cualquiera otra prestación en dinero se hará por carta certificada y se entenderá practicada al tercer día hábil siguiente a la fecha de entrega de la carta a la oficina de correos. Nos encontramos aquí en una hipótesis prevista en el artículo 1578 número 2 del Código Civil, es decir, no puede efectuarse el pago directamente al arrendador (alimentante), pues el juez ha mandado retener su pago. Si el arrendatario o deudor de cualquier otra prestación en dinero no cumpliera con la orden judicial, incurrirá en multa a beneficio fiscal, equivalente al doble de la cantidad mandada retener, lo que no obsta para que se despache en su contra o en contra del alimentante el mandamiento de ejecución que corresponda. La resolución que imponga la multa tendrá mérito ejecutivo una vez ejecutoriada (artículo 13, inciso 1º, de la Ley número 14.908). Como señala Bavestrello, esta forma de pago puede generar dificultades entre las partes, pues queda supeditada a la duración del contrato de arrendamiento o al pago oportuno de la renta por el arrendatario, contingencias que pueden conducir a solicitar una modificación de la forma de pago de la pensión alimenticia.<sup>44</sup>

f) Constitución de un derecho real de uso, habitación o usufructo.

Regula esta materia el artículo 9 de la Ley número 14.908.

## 6. Titulares del derecho de alimentos.

Se deben alimentos a las siguientes personas:

a) **Al cónyuge** (artículo 321 número 1 del Código Civil).

a.1. Deber de socorro y obligación alimenticia.

Los alimentos entre cónyuges corresponden a una manifestación concreta del deber de socorro, cuando este no se cumple espontáneamente; deber de socorro que a su vez se enmarca en uno de los fines esenciales del matrimonio enunciados en el artículo 102 del Código Civil, como es el que tiene los cónyuges, de auxiliarse mutuamente. Consiste este deber de socorro en la obligación de proporcionar los auxilios económicos necesarios para vivir. Se trata de un deber recíproco de los cónyuges, establecido en el artículo 131 y desarrollado en el artículo 134, ambos del Código Civil. Constituye asimismo la obligación alimenticia entre cónyuges, una manifestación del principio de protección al cónyuge más débil.

a.2. Existencia de sociedad conyugal.

---

<sup>43</sup> BAVESTRELLO Bontá, Irma, ob. cit., pág. 88.

<sup>44</sup> BAVESTRELLO Bontá, Irma, ob. cit., pág. 89.

En el régimen de sociedad conyugal, el marido, como administrador, debe subvenir a los gastos de mantenimiento de la mujer y de la familia común (artículo 1740 número 5 del Código Civil). Por ende, todos los egresos deben imputarse al pasivo definitivo de la sociedad conyugal, sin que ésta tenga una recompensa o crédito contra alguno de los cónyuges. Para ello, la ley, como contrapartida, le da al marido el usufructo de los bienes propios de la mujer. Por ello, se ha dicho, lo normal será que el marido casado bajo este régimen le deba alimentos a su mujer, y muy excepcionalmente ocurrirá la situación inversa, cuando la mujer posea un patrimonio reservado cuantioso y la sociedad conyugal no lo tuviere<sup>45</sup>.

#### a.3. Existencia de otros regímenes matrimoniales.

En el régimen de separación total de bienes y en el de participación en los gananciales, cada cónyuge efectúa sus propios gastos de mantenimiento, sin perjuicio de que si alguno no tiene ingresos o bienes suficientes, debe ser auxiliado por el otro. En estos dos últimos regímenes, no cabe pues formular como regla general que el marido sea el primero de los cónyuges obligado al pago de alimentos a favor de la mujer. Conforme a lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil, los cónyuges separados de bienes deben acudir al mantenimiento de la familia común según sus facultades; en caso de discrepancia, el juez reglará el monto de la contribución. Si se hubiere decretado separación judicial, los cónyuges también deben socorrerse (artículos 174 y 175 del Código Civil); tienen este derecho, aun cuando hayan dado causa a la separación judicial por su culpa, conforme a lo que ya se indicó.

#### a.4. Cónyuges separados de hecho.

Cabe establecer, por su parte, qué ocurre cuando los cónyuges se separan de hecho, sin que se disuelva el matrimonio. Se debe concluir que el marido y la mujer conservan la obligación de socorrerse mutuamente. La jurisprudencia ha declarado que se deben alimentos al cónyuge aun cuando exista separación de hecho y que no es admisible, por ejemplo, la excepción del marido aduciendo la negativa de la mujer a vivir con él, pues en tal hipótesis, no hay injuria atroz, y por ende no hay causal que haga cesar por completo el derecho a alimentos. Además, si la Ley de Matrimonio Civil deja en claro que la sentencia de separación judicial no suspende el deber de socorro, con mayor razón tal obligación subsiste si se trata sólo de una separación de hecho.

#### a.5. Efectos del incumplimiento de la obligación alimenticia a favor del cónyuge.

El cónyuge que no da alimentos puede ser obligado compulsivamente a ello, conforme lo establece la Ley número 14.908. Además, de conformidad al artículo 19, inciso 1º de la Ley número 14.908, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la separación de bienes si el otro, obligado al pago de pensiones alimenticias, en su favor o en el de sus hijos comunes, hubiere sido apremiado por dos veces en la forma establecida en los artículos 14 y 16 de la misma ley. La petición puede hacerla **el titular de la acción respectiva**, de manera que el marido sólo podrá pedir la separación de bienes, tratándose del régimen de participación en los gananciales, pues los artículos 153 y 155 sólo facultan a la mujer para pedir separación de bienes, habiendo sociedad conyugal.<sup>46</sup> Como lo indicamos, el juez ponderará la cuantía de los alimentos que correspondan al cónyuge que

<sup>45</sup> ABELIUK Manasevich, René, ob. cit., pág. 385.

<sup>46</sup> CORRAL Talciani, Hernán, “*Bienes Familiares y Participación en los Gananciales. La reforma de la Ley número 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio*” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, segunda edición actualizada), pág. 45.

dio lugar a la separación judicial, atendiendo a su conducta antes y después de decretado éste y a las circunstancias del mismo (artículos 174, 175 y 177 del Código Civil).

a.6. Los alimentos y el matrimonio putativo.

Debe subrayarse que la circunstancia de declarar la nulidad del matrimonio, no extingue el eventual crédito que uno de los ex presuntos cónyuges hubiere tenido en contra del otro, por pensiones alimenticias devengadas pero no pagadas a la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia. En efecto, confirma lo anterior lo previsto en el artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone: *“El matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el Oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges”*. Se trata de un matrimonio que tenía la apariencia de válido, al menos para uno de los ex presuntos cónyuges. Por ello, a pesar de que se declare su nulidad, no se entienden extinguidos los efectos que hubiera producido, reconociéndolos la ley, como si el matrimonio hubiere sido válidamente contraído. Y entre tales efectos, podrá encontrarse el crédito por alimentos.

b) **A los descendientes** (número 2 del artículo 321 del Código Civil).

b.1. Los alimentos y la autoridad parental.

Cabe distinguir aquí entre la obligación que pesa sobre los padres y la obligación que, en subsidio de los primeros, han de cumplir los demás ascendientes del alimentario. La obligación alimenticia que tienen los padres para con los hijos, se enmarca en el ejercicio de la *“autoridad parental”* y que los textos denominaban como *“autoridad paterna”*. Hoy, debiéramos reemplazar dicha expresión por otra, que responda mejor, al hecho de ejercer conjuntamente el padre y la madre autoridad sobre el hijo. Por ello, proponemos al efecto la de *“autoridad parental”*, porque así englobamos la autoridad que tanto el padre como la madre ejercen sobre la persona del hijo. Ahora bien, dicha potestad parental impone a los progenitores tres deberes principales: **criar**, **corregir** y **educar** a los hijos. Tales deberes constituyen una manifestación del principio del interés superior de los hijos y en particular de los menores, consagrado fundamentalmente en el inciso 2° del artículo 222 del Código Civil, que reza: *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”* De estos tres deberes, dos de ellos, el de crianza y el de educación, corresponden directamente al deber de socorro y si este no se cumple, a la obligación de proporcionar alimentos al hijo. Los gastos vinculados al cumplimiento del deber de crianza comprenden su alimentación, habitación, vestuario, cobertura de salud, etc., es decir, todo aquello que resulta indispensable para la subsistencia del hijo. Los gastos vinculados al cumplimiento del deber de educar al hijo, se traducen en cubrir todos los egresos que demande el cursar regularmente el hijo sus estudios básicos, medios y aún superiores, hasta que cumpla 28 años.

b.2. Los alimentos y el deber de crianza.

En cuanto al **deber de crianza**, en primer lugar, distinguimos según si existe o no matrimonio, y de haberlo, si hay o no régimen de sociedad conyugal y en este último caso si se trata de expensas ordinarias o extraordinarias:

1° Si existe matrimonio y hay sociedad conyugal, distinguimos a su vez:

1.1. Gastos correspondientes a las expensas ordinarias: serán de cargo de la sociedad conyugal, conforme al artículo 230 del Código Civil. En armonía con el precepto

anteriormente citado, el artículo 1740 número 5 del Código Civil establece que la sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los descendientes comunes. Dichos gastos pesan sobre el pasivo definitivo de la sociedad conyugal. A su vez, el artículo 1744 del Código Civil reitera que las expensas de educación de un descendiente y las que se hicieren para establecerle y casarle, se imputarán, por regla general, a los gananciales.

1.2. Gastos correspondientes a las expensas extraordinarias: serán también de cargo de la sociedad conyugal, en las condiciones señaladas; sin embargo, si el hijo tuviere bienes propios, estas expensas extraordinarias se imputarán a dichos bienes en cuanto cupieren en ellos y en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles; a menos que conste de un modo auténtico que el marido, o la mujer, o ambos de consuno, quisieron hacerlas de lo suyo (artículo 1744 del Código Civil).

2° Si no existe matrimonio o habiéndolo no hay sociedad conyugal sino alguno de los regímenes alternativos, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas (art. 230, inciso 1° del Código Civil). En caso de fallecimiento del padre o madre, los gastos corresponden al sobreviviente (artículo 230, inciso 2° del Código Civil).

El artículo 231 del Código Civil ratifica que si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su crianza, en caso necesario, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible.

b.3. Responsabilidad eventual de otros ascendientes.

Puede ocurrir que el padre, la madre o ambos, así como también el hijo, carezcan de los medios para afrontar los gastos indicados. En tal caso, dispone el artículo 232 las siguientes reglas:

1° La obligación de alimentar al hijo que carece de bienes, puede pasar a los abuelos (aunque la ley sólo se refiere a los abuelos, creemos que si éstos no vivieren o no pudieren solventar adecuadamente las necesidades alimenticias del descendiente, eventualmente podría demandarse alimentos a los bisabuelos, si vivieren, cuestión cada día más usual, dado los índices de esperanza de vida promedios de la población chilena; la obligación de los bisabuelos se fundaría en el artículo 321 del Código Civil, que señala que se debe alimentos “a los descendientes”, sin indicar grado);

2° Ello acontecerá, en dos casos:

2.1. Por la falta de ambos padres;

2.2. Por la insuficiencia de ambos padres.

3° En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee, y en subsidio de éstos, a los abuelos de la otra línea.

En caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza y educación del hijo, el juez determinará dicha contribución, de acuerdo a las facultades económicas de los obligados. El juez podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan (artículo 233 del Código Civil).

b.4. Los alimentos y el deber de educar.

Respecto al **deber de educar a los hijos**, cabe aludir en primer lugar al artículo 236 del Código Civil, que dispone que los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida. Tal derecho cesará respecto de los hijos cuyo cuidado haya sido confiado a otra persona, la cual lo ejercerá con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere (art. 237 del Código Civil).

Al igual que lo expresamos respecto del deber de crianza, el artículo 1740 número 5 del Código Civil establece que la sociedad conyugal es obligada al pago de la educación de los descendientes comunes. Asimismo, conforme al citado artículo 231 del Código Civil, si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su educación, en caso que así fuere necesario, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible.

En relación a lo precedentemente expuesto, debe tenerse presente que el artículo 1198, inciso 2º, del Código Civil, dispone que “...los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de las legítimas, ni de las cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables.”

b.5. El “establecimiento” de los hijos.

¿Forma parte del deber de socorro al hijo y por extensión de los alimentos, el “establecimiento” de éste? Nuestra doctrina ha entendido por gastos de establecimiento “los necesarios para dar al hijo un estado o colocación estable que le permita satisfacer sus propias necesidades, como los que demande su matrimonio o profesión religiosa, su ingreso a un servicio público o particular, la instalación de una oficina o taller, etc.” El Código Civil alude al establecimiento del hijo, entre otros, en los artículos 230, 231, 233 y 1740 número 5. En el primero, al señalar que los gastos de establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, y si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas. En el segundo, al establecer que si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de establecimiento podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible. En el tercero, al disponer que a falta de acuerdo de los obligados a los gastos de establecimiento del hijo, la contribución a los mismos será determinada por el juez conforme a las facultades económicas de los padres. En el cuarto, cuando se consigna que la sociedad conyugal está obligada al pago del establecimiento de los descendientes comunes de los cónyuges. Aunque se desprende de estos preceptos que el gasto para el establecimiento del descendiente común pesa sobre el pasivo definitivo de la sociedad conyugal, estimamos que ello no implica que los progenitores estén obligados a establecer al descendiente, aunque si pudieren hacerlo, y si el régimen matrimonial fuere el de sociedad conyugal, entonces ésta soporta el pago de los gastos sin derecho a reclamar recompensa. A su vez, si los cónyuges estuvieren casados bajo alguno de los regímenes matrimoniales alternativos, contribuirán cada uno de ellos conforme a sus facultades económicas. Pero todo lo anterior, sobre la base que los padres, voluntariamente, asuman el financiamiento de los gastos de establecimiento del hijo. Si no pudieren o simplemente si no quisieren hacerlo, entendiendo que su deber de socorro ha concluido al finalizar los estudios del hijo, entonces éste, en nuestra opinión, carecería del derecho para exigirle a sus progenitores el pago de los gastos de establecimiento. Estos, en definitiva, no se encasillan dentro del concepto de alimentos. En ocasiones, sin embargo, los tribunales han incluido el establecimiento del hijo en el concepto de alimentos, determinándose que corresponden a la obligación alimenticia los gastos del ajuar matrimonial de una hija menor.<sup>47</sup> Discrepamos sin embargo de tal conclusión.

b.6. Causal de emancipación.

Por su parte, la circunstancia de haber apremiado al padre o madre que debe alimentos al hijo menor de edad, podrá causar su emancipación judicial, conforme a lo

---

<sup>47</sup> Sentencia citada por ABELIUK Manasevich, René, ob. cit., pág. 367.

previsto en el artículo 19 de la Ley número 14.908, en relación al artículo 271 número 2 del Código Civil.

c) **A los ascendientes** (número 3 del artículo 321 del Código Civil).

Los hijos tienen el deber de cuidar a sus padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios. Dicha obligación, que se materializa en el deber de socorro, recae en los hijos de cualquier edad, aún aquellos emancipados (artículo 223, inciso 1º del Código Civil). Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes (artículo 223, inciso 2º del Código Civil). El incumplimiento de este deber de socorro origina sanciones civiles. Así, por ejemplo, el artículo 968 número 3 del Código Civil declara indigno de suceder al difunto como heredero o legatario, al consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución del causante, no lo socorrió, pudiendo. Por su parte, el artículo 1208 número 2 del Código Civil, faculta al ascendiente para desheredar al descendiente que en tales circunstancias no lo socorrió, pudiendo. De igual forma, el artículo 324 del Código Civil establece que en el caso de injuria atroz, cesará la obligación de prestar alimentos, agregando el precepto que constituyen injuria atroz precisamente las conductas descritas en el artículo 968. Por ende, el hijo que no socorrió al padre o a la madre perderá el derecho a pedir alimentos a sus progenitores. Con todo, si la conducta del alimentario (el hijo en este caso) fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante (el padre o madre, en este caso), podrá el juez moderar el rigor del artículo 324.

Cabe tener presente que de conformidad al último inciso del artículo 324 del Código Civil, quedarán privados del derecho a pedir alimentos al hijo el padre o la madre que le haya abandonado en su infancia, cuando la filiación haya sido establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición. Volveremos sobre este punto, al tratar de la disminución y extinción de la obligación alimenticia. En todo caso, el progenitor afectado por esta hipótesis, conserva sin embargo su derecho a demandar alimentos a sus descendientes de grado posterior al de sus hijos, es decir, a sus nietos o bisnietos. En otras palabras, no podrá demandar alimentos a su hijo, pero sí a la descendencia de éste. Lo anterior, porque los artículos 203 y 324 del Código Civil sólo sancionan al padre o madre respecto del hijo, y por otro lado el artículo 321 del mismo Código expresa en su inciso final que *“No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue”*, y tal norma expresa sólo se refiere al padre o madre, pero no al mismo en su calidad de abuelo o bisabuelo.<sup>48</sup>

d) **A los hermanos** (número 4 del artículo 321 del Código Civil).

Se deben alimentos a los hermanos, hasta que ellos cumplan 21 años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los 28 años (artículos 323 y 332 del Código Civil). Con todo, si se prueba que les afecta una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o si por causas calificadas el juez considera los alimentos indispensables para la subsistencia del alimentario, conservarán su derecho a percibirlos (artículo 332, inciso 2º, del Código Civil). Debe prevenirse que se deben alimentos a los hermanos, sean éstos de simple o de doble conjunción, pues en esta materia, el Código Civil no distingue, como sí lo hace en materia sucesoria. No parece posible tampoco que el juez llamado a decretar la pensión alimenticia, pueda ponderar este factor

---

<sup>48</sup> PEÑA González, Carlos; ETCHEBERRY Court, Leonor; y MONTERO Iglesias, Marcelo, ob. cit., págs. 42 y 43; en el mismo sentido, ABELIUK Manasevich, René, ob. cit., págs. 388 y 389.

para fijar una prestación menor para el hermano que sólo lo fuera por parte de padre o de madre.

e) **A la madre del hijo que está por nacer:** así lo dispone el artículo 1º, inciso 4º, de la Ley número 14.908, 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. 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 contrapartida, a la circunstancia de extenderse la patria potestad sobre los derechos eventuales del que está por nacer (artículo 243, inciso 2º del Código Civil). El derecho que se le otorga a la madre, suscita algunas cuestiones de la mayor importancia, relativas a los sujetos con legitimación activa y pasiva. 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.<sup>49</sup> 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 vida<sup>50</sup>, 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.<sup>51</sup> 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

---

<sup>49</sup> Bavestrello Bontá, Irma, *Derecho de Menores*, Santiago de Chile, LexisNexis, año 2003, segunda edición actualizada, p. 84.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Orrego Acuña, Juan Andrés, *Los alimentos en el Derecho Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2007, p. 74.

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 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*”.<sup>52</sup> 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.

f) **Al donante, cuando la donación fue cuantiosa** (artículo 321 número 5 del Código Civil). El donante que cae en indigencia tiene derecho a pedir alimentos al donatario, siempre que la donación que hubiere hecho fuere cuantiosa y no haya sido rescindida, resuelta<sup>53</sup> o revocada. El hecho que la donación haya sido o no cuantiosa, será apreciado por el juez. Dado que la ley no define lo que para estos efectos debemos entender como donación cuantiosa, cabe darle a esta última expresión el sentido que le asigna el Diccionario de la Lengua Española, conforme al cual, cuantioso es, sencillamente, “*grande en cantidad o número*”.<sup>54</sup> De cualquier forma, creemos que en este caso, lo cuantioso es un concepto objetivo, pues no debe atenderse a la capacidad económica del donante, pues para él, podría ser cuantiosa la donación de una suma que otro individuo considere más bien modesta. En otras palabras, lo donado ha de ser cuantioso para una persona media, para un buen padre de familia. El parámetro debiera ser entonces el de una persona “*de clase media*” conforme a la realidad socio-económica imperante al momento de la donación. Pero además, el juez debe considerar los efectos de la donación. Así, si por ejemplo la donación consistió en entregar al donatario \$ 10.000.000.- para que pudiera financiar sus

---

<sup>52</sup> Orrego Acuña, Juan Andrés, “*Temas de Derecho de Familia*”, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2007, p.28.

<sup>53</sup> Como indica Abeliuk, al señalar el artículo 321 que la donación no se hubiere rescindido, también se ha querido referir al caso de la resolución, pues en el artículo 1426 se denomina “*rescisión*” a lo que en realidad es resolución: ob. cit., pág. 390.

<sup>54</sup> Diccionario de la Lengua Española, Tomo 6, pág. 470.

estudios universitarios que le han permitido obtener una profesión que le asegure un buen nivel de rentas en el futuro, es razonable acoger la demanda de alimentos, cuando dichas rentas ya se consiguen por el donatario y el donante por el contrario se ha empobrecido al extremo de no poder subvenir sus gastos más necesarios. En relación con esta materia, debemos tener presente lo dispuesto en el artículo 1428 del Código Civil, que faculta al donante a revocar la donación, por ingratitud del donatario, entendiéndose por un acto de tal índole cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante. No hay ninguna duda que un acto de ingratitud, como sería negar alimentos a quien hizo una donación cuantiosa, se encuadraría en la hipótesis del artículo 968 número 3, pero siempre que el donatario fuere consanguíneo hasta el sexto grado con el donante, y éste se encontrare en estado de destitución, es decir, privado de lo indispensable para la vida. Claro está que si la revocación de la donación mejora en tal medida la fortuna del donante que revoca, se extinguirá su derecho a reclamar los alimentos, al no cumplirse ahora el requisito del estado de necesidad como presupuesto de su demanda.

También debemos tener presente, respecto del donante, lo dispuesto en el artículo 1408 del Código Civil, conforme al cual, si el donante que donó todos sus bienes no se reservó lo necesario para su congrua sustentación, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto (o sea, para la congrua sustentación del donante), a título de propiedad, o de un usufructo o censo vitalicio, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados.

**g) Al adoptado o al adoptante, conforme a la Ley número 7.613.**

Como se expresó, la Ley número 7.613, sobre Adopción, que no confería al adoptado el estado civil de hijo, establecía sin embargo la obligación alimenticia recíproca entre adoptante y adoptado (artículo 22). Aunque dicha ley fue derogada por la Ley número 19.620, sobre adopción de menores, única vigente sobre adopción, el artículo 45 de la misma establece que los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la Ley número 7.613, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en el mencionado cuerpo legal. Por ende, se le reconoce ultra actividad a la Ley número 7.613, que entendemos subsistir, para aquellos que tenían la calidad de adoptados y adoptantes, a la época de entrar en vigencia la Ley número 19.620 (se publicó en el Diario Oficial de fecha 5 de agosto de 1999, y entró en vigencia el 27 de octubre del mismo año).

**h) El deudor no comerciante que es declarado en quiebra y el comerciante que hubiere solicitado la declaración de su quiebra, tienen derecho a alimentos para ellos y su familia** (artículo 60 del Libro IV del Código de Comercio). Esta obligación de dar alimentos que pesa sobre la masa de acreedores, se suspenderá si en contra del fallido se dicta auto de apertura del juicio oral, y cesará si es condenado por quiebra culpable o fraudulenta o si no siendo comerciante, se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o se constituyere en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes. Agrega la ley que la cuantía de los alimentos será determinada por el tribunal que conoce de la quiebra, con audiencia del síndico y de los acreedores. La solicitud del fallido se notificará al síndico personalmente o por cédula y a los acreedores, por avisos.

De lo expuesto en este capítulo, podemos concluir que en el Derecho chileno, hay cuatro factores que permiten demandar alimentos:

1° El **vínculo matrimonial** (incluyendo el matrimonio que fue nulo putativo);

2° El **parentesco 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);

3° 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

4° La sola **asistencia humanitaria**, en el caso de la quiebra.

## **7. Consecuencias que se derivan para el alimentante, por el incumplimiento de su obligación alimenticia.**

Diversas consecuencias se producen para el alimentante, cuando no cumple con su obligación de proporcionar alimentos a quien tiene por ley derecho a reclamárselos. Los reseñaremos a continuación:

a) Pérdida de su calidad de legitimario (si la tenía) y en general, de sus derechos en la sucesión de aquél a quien se debía proporcionar alimentos.

b) Pérdida del derecho a tener el cuidado personal del menor, cuando correspondiéndole dicho cuidado al otro de los progenitores, el primero no proporcionó los alimentos a que estaba obligado.

c) Pérdida del derecho a ejercer la patria potestad sobre los bienes del hijo, cuando éste fue abandonado por el progenitor en su infancia.

d) Pérdida del derecho a demandar alimentos al hijo, cuando éste fue abandonado por el progenitor en su infancia.

e) Posibilidad de que la mujer casada en sociedad conyugal, deduzca demanda de separación judicial de bienes, por incumplimiento por parte del marido, de su obligación de socorrer a la primera y a la familia común, de haberla.

f) Posibilidad de que cualquiera de los cónyuges casados en régimen de participación en los gananciales, demande el término de este régimen y su sustitución por el de separación total de bienes, si uno de los cónyuges hubiere sido apremiado en dos oportunidades para el pago de su obligación alimenticia.

g) Posibilidad de que el cónyuge que tenía derecho a recibir los alimentos, deduzca demanda de divorcio, en contra del cónyuge obligado a proporcionárselos.

h) Posibilidad de que ante la demanda de divorcio deducida por el cónyuge alimentante, por cese efectivo de la convivencia por al menos tres años, el cónyuge demandado alimentario (o si hubiere hijos alimentarios), solicite que la acción sea rechazada.

i) A juicio de una parte de nuestra doctrina, confiere al que tenía derecho a percibir alimentos, la facultad para reclamar indemnización por daño moral o material.

Claudia Schmidt plantea que el incumplimiento de lo que llama “*la responsabilidad parental*”, una de cuyas manifestaciones es el omitir proporcionar alimentos a quien por ley tiene derecho a reclamarlos, “*importa un daño a la persona (del alimentario) hoy en día resarcible por omisión del ejercicio de la autoridad parental.*” Ello, pues si bien las normas legales (Código Civil y Ley número 14.908, fundamentalmente), no establecen expresamente tal sanción, del conjunto de normas emanadas de los tratados internacionales, así como también de la Constitución Política de la República, ambas de rango superior a las legales, sí puede desprenderse la facultad para demandar tal indemnización de perjuicios.

## **8. Medios previstos en la ley, para asegurar el pago de las pensiones alimenticias.**

La ley ha previsto un conjunto de mecanismos tendientes a cautelar, de manera directa o indirecta, que se obtenga por parte del alimentario, el pago de la obligación alimenticia que pesa sobre el alimentante. Ellas son:

- a) Arresto del alimentante, inicialmente nocturno, y de ser necesario, íntegro.
- b) Arraigo del deudor de alimentos.
- c) Retención de la devolución anual de impuestos a la renta.
- d) Suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados.
- e) Revocación de los actos ejecutados por el alimentario, con el propósito de disminuir su patrimonio y eludir de esa forma el cumplimiento de la obligación alimenticia.
- f) Nulidad de los actos simulados ejecutados por el alimentario, con el mismo objetivo señalado en la letra precedente.
- g) Separación judicial de bienes, en el evento de haberse decretado apremios en dos oportunidades en contra del marido.
- h) Denegación de la demanda de divorcio deducida por el cónyuge alimentante.
- i) Constitución de cauciones por parte del alimentante.
- j) Responsabilidad solidaria de ciertas personas que presten colaboración al alimentante, para que éste eluda el cumplimiento de su obligación.
- k) Penalización de ciertas conductas en que incurre el alimentante o terceros, lesivas a los intereses del alimentario.

## **9. Modalidades de la acción de alimentos.**

La acción se dirige contra el que por ley está obligado a la prestación, pero puede darse el caso de que el acreedor reúna más de un título para demandarlos (por ejemplo, ser hijo, tener un hermano y ser donante de una donación cuantiosa no rescindida ni revocada).

El artículo 326 del Código Civil resuelve esta situación, estableciendo que el demandante sólo puede hacer valer su derecho en contra de uno de los obligados, conforme al siguiente orden de precedencia:

- a) En primer lugar, hace valer su título de donante de donación cuantiosa.
- b) Si carece de tal derecho, invoca su calidad de cónyuge.
- c) Si no tiene tal calidad, invoca su condición de descendiente.
- d) A falta de los títulos anteriores, invoca su calidad de ascendiente.
- e) A falta de todo otro título preferente, invoca su calidad de hermano.

Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de grado más próximo. Entre los de un mismo grado, como también entre varios obligados por un mismo título, el juez distribuirá la obligación en proporción a sus facultades. Habiendo varios alimentarios respecto de un mismo deudor, el juez distribuirá los alimentos en proporción a las necesidades de aquéllos.

Sólo en caso de insuficiencia de todos los obligados por el título preferente, puede recurrirse al que le sigue en el orden de precedencia. En todo caso, la Corte Suprema ha planteado en sus fallos dos criterios. Conforme al primero, *“Una persona que se encuentra en condiciones de solicitar alimentos, no necesita entablar demandas sucesivas, y en el orden de prelación que indica el artículo 321 del Código Civil, en contra de cada uno de los obligados. Le basta dirigirla contra aquel de ellos que estima se halla en condiciones de prestarlos, y en ese juicio podrá demostrarse que los obligados preferentemente se encuentran o no capacitados para proporcionarle alimentos.”*<sup>55</sup> En otras oportunidades, nuestros tribunales superiores han exigido, sin embargo, que se accione primero contra el padre, y después, contra el abuelo: *“Para el cumplimiento de la obligación de prestar alimentos el hijo (...) ha debido recurrir primero en contra de su padre (...), habiendo correspondido al demandante acreditar que dicho padre carece de bienes o que es insuficiente dicho título preferente; sólo acreditada tal insuficiencia habrá lugar al llamamiento del ascendiente inmediatamente más próximo: el abuelo...”*<sup>56</sup> De igual forma, se sostiene en una sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de abril de 1991, que no se puede invocar en la demanda dos títulos en forma paralela (el que se tiene en contra del padre y en contra de los abuelos paternos), ya que ello infringe el artículo 326 del Código Civil, regulatorio del orden en que prefieren los títulos para demandar alimentos.<sup>57</sup> La misma opinión sostiene Irma Bavestrello, quien afirma que *“...con la redacción actual del artículo 3° (de la Ley 14.908), para demandar a los abuelos se requiere la existencia de una causa en contra de progenitor o progenitora en la que se hayan decretado alimentos que no hayan sido pagados o que se hayan estimado insuficientes.”*<sup>58</sup>

## 10. Disminución y extinción de la obligación alimenticia.

---

<sup>55</sup> *“Repertorio de Legislación y jurisprudencia Chilenas. Derecho de Menores”* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000), pág. 164. Fallo dictado por la Corte Suprema el 9 de octubre de 1972.

<sup>56</sup> *“Repertorio de Legislación y jurisprudencia Chilenas. Derecho de Menores”* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000), pág. 166. Fallos dictado por la Corte Suprema el 21 de noviembre de 1985, por la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 19 de abril de 1991 y por la Corte de Apelaciones de Santiago el 6 de agosto de 1981.

<sup>57</sup> *“GACETA JURÍDICA”*, número 132 (Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Limitada-LexisNexis), pág. 59.

<sup>58</sup> BAVESTRELLO Bontá, Irma, ob. cit., pág. 82.

## 10.1 Casos en que la obligación disminuye.

La cuantía de la obligación de proporcionar alimentos, puede reducirse cuando cambien las circunstancias económicas del alimentario o del alimentante. El juez ponderará en cada caso. Los alimentos forzosos pueden ser rebajados en cualquier época. Los artículos 330 y 332, inciso 1º, ambos del Código Civil, lo permiten tratándose de pensiones alimenticias fijadas por el juez (por ello, se habla de “*cosa juzgada provisional*”). Cabe advertir que la rebaja puede pedirse, aún cuando el juicio respectivo hubiere concluido por avenimiento: “*La circunstancia de que las partes en un juicio de alimentos hayan puesto término a la tramitación de aquél mediante avenimiento aprobado judicialmente, no se opone a que el alimentante pueda solicitar en esa causa la rebaja de la pensión alimenticia convenida, cometiendo falta los jueces que no lo deciden así.*”<sup>59</sup> O, como se afirma en un fallo, la transacción es también modificable por una sentencia, “*ya que la obligación de prestar alimentos no arranca de la transacción sino de la ley*”. De esta forma, se puede concluir que no sólo la sentencia, sino también la transacción judicial, pueden entenderse siempre como provisorias, existiendo respecto de la segunda una excepción al principio consagrado en el artículo 1545 del Código Civil, es decir, a la ley del contrato. De cualquier manera, para acoger una demanda de rebaja de pensión alimenticia, es imprescindible que el actor pruebe que sus facultades y circunstancias domésticas han variado en su perjuicio, o, que ya no existe el estado de necesidad para el alimentario.

## 10.2 Casos en que la obligación se extingue.

Se extingue el derecho de alimentos y la obligación recíproca del alimentante, en los siguientes casos:

### a) **Por injuria atroz.**

Cesa totalmente la obligación de prestar alimentos, cuando el alimentario realiza un hecho constitutivo de injuria atroz contra la persona del alimentante. Quienes incurren en alguna de las causales de indignidad contempladas en el artículo 968 del Código Civil<sup>60</sup>, cometen injuria atroz, conforme lo establece el artículo 324 del mismo Código. No hay más casos. El artículo 979 del Código Civil, en armonía con el artículo 324, los priva totalmente del derecho de alimentos. Por ello, se ha concluido que las demás causales de indignidad, serían constitutivos de injuria grave, persistiendo por ende el derecho de alimentos. Con todo, debemos tener presente que el inciso 1º del artículo 324, permite al juez moderar el rigor de la norma, si la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante. En otras palabras, podrá subsistir el derecho a percibir

<sup>59</sup> “*Repertorio de Legislación y jurisprudencia Chilenas. Derecho de Menores*” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000), pág. 173. Fallo dictado el 26 de marzo de 1984 por la Corte Suprema.

<sup>60</sup> “*Artículo 968: Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: 1º El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla; 2º El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada; 3º El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo; 4º El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar; 5º El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.*”

alimentos, aunque disminuido, pues la norma sólo autoriza al juez a “*moderar el rigor*” de la norma, no a prescindir de su aplicación. Conforme a lo que expresamos al aludir a los alimentos congruos y necesarios, este podría ser un caso de los últimos, es decir, una hipótesis en que subsistirían alimentos necesarios en nuestra ley. Además, de conformidad al artículo 973 del Código Civil, la indignidad puede ser perdonada por el afectado por la injuria. Por ello, si el alimentario acreditare que el alimentante perdonó la injuria en la que incurrió el primero en perjuicio del segundo, podría aquél reclamar alimentos conforme a las reglas generales.

**b) Por llegar la persona del alimentario descendiente o hermano, a los 21 años de edad.**

Cuando cualquiera de éstos cumple 21 años, cesa su derecho a percibir alimentos (sea hombre o mujer, a diferencia de lo establecido antes de la reforma de la Ley N° 19.585, que sólo aludía a los varones, persistiendo el derecho de las mujeres), salvo:

- Que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual el derecho cesará a los 28 años; dados los términos de la ley, los estudios pueden cursarse en cualquier establecimiento de educación básica o media, o en una universidad, en un instituto profesional o en un centro de formación técnica.
- Que por algún impedimento físico o mental se hallen inhabilitados para subsistir por si mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez considere indispensables los alimentos para la subsistencia del individuo de que se trate (artículo 332, inciso 2° del Código Civil). El impedimento físico o mental deberá acreditarse fundamentalmente con informes periciales de médicos u otros profesionales afines. Las “*circunstancias calificadas*” deben acreditarse en todo caso, y encontrarse debidamente fundadas en la sentencia respectiva.

**c) Con la muerte del alimentario.**

El derecho de alimentos es personalísimo y por ende intransmisible. Con todo, si a la muerte del alimentario habían pensiones devengadas pero no pagadas, sus herederos serán ahora titulares de dicho crédito, que harán efectivo en contra del alimentante.

**d) Cuando el padre o la madre hubiere abandonado al hijo en su infancia, y la filiación hubiere debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra la oposición del aludido padre o madre (artículo 324, último inciso, del Código Civil).**

En verdad, en este caso más que extinguir el derecho de alimentos, la ley impide que nazca. El abandono, a nuestro juicio, implica que el progenitor no contribuyó a la subsistencia del menor en un modo proporcionado a las necesidades de éste y a la capacidad patrimonial del padre o madre. Pero si lo hizo, aunque no reconoció la paternidad o maternidad, no se configura tal abandono. Ahora bien, el abandono al que alude la ley, pareciera tener esta exclusiva connotación económica, siendo dudoso que pueda haberse configurado cuando el padre o madre se limitó a proporcionar los medios para que el menor subsista, aunque no mantuvo con el alimentario ningún vínculo. De todas formas, reconocemos que el punto es discutible, pues el abandono afectivo puede lesionar igualmente el desarrollo espiritual del menor. Como subraya Irma Bavestrello, no hay en nuestra ley un concepto genérico de “*abandono*” de un menor por sus padres, distinguiéndose al efecto entre aquél abandono en que incurrían ambos progenitores o sólo uno de ellos. En cuanto al abandono por parte de ambos padres, cabe tener presente el

artículo 12 de la Ley de Adopción de Menores, que señala como presupuestos para la declaración de susceptibilidad de ser adoptado un menor, el no proporcionarle atención personal o económica, durante el plazo de dos meses, que se rebaja a treinta días si el niño fuere menor de un año<sup>61</sup>; y la entrega de éste a una institución de protección de menores o a un tercero, existiendo por parte de los padres o guardadores el ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. Agrega el artículo 12 citado dos presunciones del aludido ánimo: primero, cuando la mantención del menor a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado; segundo, cuando dichas personas no visiten al menor, por lo menos una vez, durante cada uno de los plazos señalados precedentemente, salvo causa justificada (para este efecto, agrega el artículo 12, las visitas quedarán registradas en la institución). La ley también se pone en el caso del abandono por parte de uno solo de los progenitores: en el artículo 225 del Código Civil, que priva del cuidado personal al padre o madre que no contribuyó a la mantención del hijo mientras está bajo el cuidado personal del otro progenitor; en el artículo 19 de la Ley número 14.908, en relación al artículo 271 número 2 del Código Civil, para los efectos de proceder a la emancipación judicial del menor, por abandono de sus padres; y en el artículo 267 del Código Civil, que establece entre las causales de suspensión de la patria potestad, la larga ausencia del padre o madre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente no provee.<sup>62</sup> Bavestrello cita también los artículos 238 y 240 del Código Civil. El primero tiene gran importancia, pues en él advierte la ley que los derechos concedidos a los padres en el Título IX del Libro Primero del Código Civil (vale decir, el cuidado personal –que involucra la crianza, corrección y educación del menor- y el mantener con su hijo una relación directa y regular, si no estuviere bajo su cuidado personal), no podrán reclamarse (o ejercerse) sobre el hijo que hayan abandonado. A las normas anteriores, agregamos nosotros el artículo 324, cuando alude al progenitor que abandonó al hijo en su infancia. Este artículo es por lo demás perfectamente armónico con los artículos 223 y 238 del Código Civil. En el primero, se dispone que aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar a los padres en su ancianidad, en estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios (caso este último en el cual se encuentra el fundamento para reclamar del hijo alimentos); el segundo, al que ya hicimos referencia, priva al progenitor de “*Los derechos concedidos a los padres en los artículos anteriores*”, y entre dichos artículos, está ciertamente el artículo 223.

Bavestrello cita una definición de abandono propuesta en Argentina, y conforme a la cual se entiende por tal “*Toda situación de carencia que afecta la formación integral del menor desde el punto de vista material, psíquica o moral, por ejercicio defectuoso o abusivo de la autoridad paterna*”<sup>63</sup> o por no estar sometido a ella.”<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Estos plazos, inferiores a los que se contemplaban originariamente en la Ley de Adopción, fueron establecidos por la Ley número 20.203, publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de agosto de 2007.

<sup>62</sup> BAVESTRELLO Bontá, Irma, ob. cit., págs. 25 y 26.

<sup>63</sup> Hoy, debiéramos decir “*autoridad parental*”.

<sup>64</sup> BAVESTRELLO Bontá, Irma, ob. cit., págs. 24 y 25, quien a su vez cita a ALVAREZ, Atilio, “*Conformación Jurídica del abandono y su declaración judicial*”, Primer Congreso Chileno de Adopción, Concepción, 1987. La definición que éste reproduce, corresponde a la elaborada en el Tercer Encuentro de la

Comparando la situación actual en nuestro Derecho con aquella que existía a propósito de la filiación natural, se concluye que la ley es ahora más severa con el ascendiente, pues éste siempre tenía derecho a alimentos, aún si el reconocimiento hubiere sido forzado; en cambio, la norma es similar a lo que ocurría en la filiación natural, en cuanto a privar al ascendiente de derechos hereditarios en la sucesión abintestato del hijo, cuando dicha filiación respondía a un reconocimiento forzoso. El padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes (artículo 203, inciso 2° del Código Civil).

Acerca de la determinación judicial de la paternidad o maternidad con oposición del progenitor, Eduardo Gandulfo señala que pueden presentarse cuatro situaciones: 1° Que el padre o madre o ambos se allanen a la demanda, en cuyo caso no habrá para ellos consecuencias desfavorables, pues se tratará de un reconocimiento judicial voluntario; 2° Que el padre o madre o ambos simplemente no contesten la demanda: en tal caso, opina el autor citado, tampoco hay consecuencias desfavorables para los progenitores, pues quien nada ha dicho, no sostiene posición alguna (Gandulfo cita la conclusión contraria que plantea Hernán Corral, para quien la no contestación de la demanda constituye una defensa procesal negativa, y por ende, priva a los padres de sus derechos)<sup>65</sup>; 3° Que el padre o madre o ambos contesten la demanda, pero en forma no asertiva, es decir, con dudas de la paternidad o maternidad. Dicha posición, no es título suficiente para sancionar al demandado; y 4° Que el padre o madre o ambos sostengan una pretensión contraria. En este último caso, sin embargo, es necesario que el tribunal enjuicie si la oposición es o no razonable, de acuerdo a la situación fáctica ventilada en el proceso. Por lo demás, no se puede olvidar que dentro de los derechos constitucionales, está la libertad o inviolabilidad de la defensa procesal. Concluye Gandulfo afirmando que para operar la sanción, el demandado debe sostener: 1° Una pretensión directamente contraria a la del actor; y 2° Debe carecer de razonabilidad o justificación, que la haga expresión de la falta de lealtad y de la intención de evadir la paternidad o maternidad.<sup>66</sup>

Daniel Juricic también formula una crítica a los términos de los artículos 203 y 324, afirmando que la solución del Código Civil *“limita el derecho a defensa, consagrado constitucionalmente. Si la filiación se determinó judicialmente, significa que existió un proceso, en el cual, como una manifestación básica del debido proceso, ambas partes tienen derecho a defenderse. Este derecho se hace ilusorio si por el solo hecho de ejercitarse, lo que se hace oponiéndose a la demanda, el demandado se ve expuesto a drásticas sanciones. Así, junto con el del artículo 203, la norma es un perverso desincentivo del derecho a defenderse, que pone a los padres o madres demandados en situación de verse forzados a allanarse a una demanda infundada, pues defenderse puede irrogarles un perjuicio mayor. Tanto el artículo 203 como el 324 son, en este aspecto, inconstitucionales.”*<sup>67</sup>

---

Asociación de Magistrados de la Judicatura de Menores de la República Argentina, celebrado en Colón, en el año 1982.

<sup>65</sup> CORRAL Talciani, Hernán, *“Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley número 19.585, 1998”*, en *“Revista de Derecho”* (Universidad Católica de Valparaíso, número 20, año 1999), págs. 94 y 95.

<sup>66</sup> GANDULFO R., Eduardo, *“La filiación, el nuevo ordenamiento y los criterios para darle origen, factores de determinación y metacriterios de decisión”*, en *“Gaceta Jurídica”* número 314, (Santiago de Chile, agosto año 2006), págs. 44 y 45.

<sup>67</sup> JURICIC Cerda, Daniel, ob. cit., p. 20.

Igualmente crítica es Claudia Schmidt, quien afirma: “*No compartimos (...) la causal de exclusión contenida en el artículo 324, inciso 3º, según el cual quedan privados del derecho a pedir alimentos al hijo, el padre o madre cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de una sentencia judicial contra su oposición (...) En nuestro juicio en muchas ocasiones de la vida real, un hijo pudo haber sido engendrado en una relación casual, y en esos casos, es lógico pensar que al supuesto padre le asistan dudas razonables acerca de su paternidad, pero que una vez comprobadas en juicio a través de la prueba biológica del ADN, éste quiera tener una relación parental con ese hijo. Con esta norma, lo que el legislador está fomentando es la no coparentalidad, entrando en conflicto con el principio de la corresponsabilidad a que alude el artículo 7 número 1 de la Convención sobre los derechos del Niño.*”<sup>68</sup> Como destaca Schmidt, el inciso 3º del artículo 324 fue prácticamente copiado del artículo 111 del Código Civil español<sup>69</sup>, que ha sido tachado de inconstitucional por el Tribunal Supremo.<sup>70</sup>

Ahora bien, cabe tener presente que la privación de los derechos al padre o madre no es irreversible. En efecto, se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que está privado, si el hijo así lo consintiere (artículo 203, último inciso). Para ello, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1º Que el hijo alcance la plena capacidad;

2º Que manifieste su voluntad por escritura pública o por testamento (en este último caso, no sirve el testamento del menor adulto). El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante (en este último caso, si bien estamos ante una “*declaración*” testamentaria, no es de aquellas que surten efectos de inmediato).<sup>71</sup> La restitución de derechos al padre o madre no alcanza, por cierto, a la patria potestad, pues para operar la aludida restitución, se requiere que el hijo sea plenamente capaz. La restitución tendrá sí gran importancia, en aspectos sucesorios, pues confiere al padre o madre la calidad de legitimario (artículo 1182, inciso 2º del Código Civil).

---

<sup>68</sup> SCHMIDT Hott, Claudia, ob. cit., pp. 111 y 112.

<sup>69</sup> Dispone el artículo 111 del Código Civil español: “*Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. / En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal. / Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. / Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.*”

<sup>70</sup> Señala una sentencia de 23 de julio de 1987, del Tribunal Supremo: “*a nivel de preceptos constitucionales, más bien cabría de tachar de inconstitucional el precepto del artículo 111 por cuya aplicación se pugna, ya que indiscriminadamente relega graves efectos sancionatorios a la mera oposición a la acción de filiación, sin acepción de los progenitores que razonablemente abrigaron dudas sobre su paternidad y disipadas por prueba del juicio, acataron lo pronunciado aquietándose con la sentencia de primer grado.*”: fallo publicado en “*Actualidad Civil*”, Referencia 922/87, citada primero por O’CALLAGHAN Muñoz, Xavier, en “*Investigación de la Paternidad, Acciones de Filiación. Acción de investigación de la Paternidad. Prueba biológica*”, Actualidad Editorial S.A., Madrid, 1993, pp. 14, 116 y 117, y citada también por SCHMIDT Hott, Claudia, ob. cit., p. 112.

<sup>71</sup> Obviamente, la restitución de derechos por acto testamentario no tendrá incidencia en el derecho de alimentos del padre o madre, quienes sólo en vida del testador podrían haberlos reclamado.

Pero frente al aludido restablecimiento de derechos hereditarios, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Tiene derecho a pedir alimentos al hijo, el padre o madre en cuyo favor operó la restitución de derechos, cuando dicho padre o madre hubiere abandonado en su infancia al hijo? Parece dudoso, pues el artículo 324 nada dice al efecto, a diferencia de la expresa indicación contenida en los artículos 994 y 1182, acerca de los derechos hereditarios. Con todo, Maricruz Gómez de la Torre Vargas concluye en otros términos, afirmando: “*Sin embargo, si el hijo perdonare al padre por escritura pública o testamento, se restituirán todos los derechos de que esté privado respecto del hijo. Esta restitución restablece el derecho a demandar alimentos al hijo si los necesitare.*”<sup>72</sup>

El abandono que justifica la pérdida del derecho a reclamar alimentos, ha de haberse producido en la “*infancia*”. Ahora bien, el artículo 26 del Código Civil dispone que “*Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años.*” Por ende, en principio, debiéramos entender que la “*infancia*” concluye cuando el menor cumple siete años. La sanción del legislador se justificaría, al faltar el progenitor a su deber elemental de proteger a su hijo en los primeros años de vida. Como vemos, el Código Civil asimila a la expresión “*infante*” a la de “*niño*”. Ocurre, sin embargo que en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, la palabra “*niño*” se extiende más allá de los siete años de edad. En efecto, en la Convención sobre los derechos del Niño, se entiende por tal el que no ha cumplido los 18 años. Por su parte, en el artículo 16 de la Ley sobre Tribunales de Familia, niño o niña es todo ser humano que no ha cumplido los catorce años. ¿Cómo resolver esta discrepancia? A juicio de Claudia Schmidt, “*una correcta interpretación del artículo 324 inciso final que analizamos, nos debe llevar a interpretar recurriendo especialmente al elemento sistemático, que niño o niña es el ser humano que no ha cumplido 14 años a lo menos. De esta premisa, resulta como consecuencia que en la especie no es aplicable el artículo 26 del Código Civil.*”<sup>73</sup> El punto nos parece discutible, considerando que para el Código Civil, no obstante hacer sinónimos infante y niño, no hay duda que el límite de la infancia está en los siete años.<sup>74</sup> Y es precisamente por haber abandonado al hijo en sus primeros años de vida, que se explica la sanción que recae sobre el progenitor. De cualquier forma, compartimos la sugerencia de Claudia Schmidt, en cuanto a la necesidad de reformar el artículo 26 del Código Civil, para armonizarlo con las otras normas mencionadas.

#### e) **Por cesar las necesidades del alimentario.**

Como lo expresamos, los alimentos se deben en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social (artículo 330), y mientras continúen las circunstancias que legitimaron la demanda (artículo 332). Así las cosas, si la situación patrimonial del alimentario evoluciona favorablemente en términos tales que puede por sí solo atender a su subsistencia, resulta injustificable que se mantenga la obligación de proporcionar los alimentos por el

---

<sup>72</sup> GÓMEZ DE LA TORRE Vargas, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, p. 195.

<sup>73</sup> SCHMIDT Hott, Claudia, ob. cit., pp. 113 a 115.

<sup>74</sup> Hay sin embargo otro argumento favorable al planteamiento de Claudia Schmidt: para el “*Diccionario de la Lengua Española*”, “*infancia*” es el “*Período de la vida humana desde que se nace hasta la pubertad.*” Para el Código Civil chileno, no lo olvidemos, son púberes las mujeres de 12 años y los varones de 14 años, hasta los 18 años. Para la Ley sobre Tribunales de Familia, los púberes, que llama tal legislación adolescentes, son los niños y las niñas entre 14 y 18 años.

alimentante. En tal caso, éste deberá deducir la respectiva demanda de cese de pensión alimenticia.