

EL DERECHO A LA SUBSISTENCIA Y A LOS ALIMENTOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

Christian Hernández Alarcón¹

La doctrina coincide en señalar que por medio del instituto jurídico de los alimentos, el derecho recoge el deber natural de solidaridad y colaboración frente a las necesidades de subsistencia de los integrantes de un grupo familiar y lo convierte en obligación civil exigible en sede judicial. (CORNEJO, BOSSERT)

Debemos precisar preliminarmente los alcances de la obligación alimentaria sus fuentes, naturaleza y condiciones de ejercicio, así como sus implicancias en la práctica jurídica².

1. Una obligación patrimonial y personal

Un problema aún sin solución en la doctrina es el relativo a la naturaleza jurídica de la obligación alimentaria, y si ella tiene un alcance patrimonial o personal. La razón de esta situación es que en la doctrina tradicional no se concibe un derecho que involucre ambos elementos.

Un sector de la doctrina lo ha concebido como un derecho estrictamente patrimonial (MESSINEO) otros, en cambio lo han calificado como un interés, tutelado por razones humanitarias, que tiene carácter extrapatrimonial(CICU) Sin embargo, en los alimentos esta bipolaridad es inadmisibile.

El contenido patrimonial o económico de la obligación alimentaria está en el pago de dinero o especie, pero al ser intransferible por mandato de la ley (Art. 487 del CC), se rompe con una de la características del derecho patrimonial que es la de poder ser cedido o renunciar a él.

Del mismo modo, en la obligación alimentaria al deudor le interesa que lo que paga sea usado en la satisfacción de las necesidades del alimentista (acreedor), pudiendo pedir cuando motivos especiales justifiquen esta medida que se le permita darlos en forma diferente del pago de una pensión.(Art. 484 CC), lo que atenta contra la naturaleza misma del derecho patrimonial en donde al deudor no tiene por que importarle la forma en la que el acreedor utilice lo pagado.³

En este mismo sentido, el alimentante puede reducir los alimentos a lo estrictamente necesario (Art 485 CC), Para este efecto es pertinente, revisar los artículos (Art 667, 742, 744 del CC), en lo que fuera aplicable, las cuales únicamente pueden ser extensivas a los adolescentes, más no al niño por ser totalmente irresponsable de sus actos.

Por otro lado, el incumplimiento de la obligación una vez fijada en una sentencia judicial es sancionado penalmente (Art.149 CP) al ponerse en peligro concreto derechos extrapatrimoniales invaluablemente económicos, como la vida, la salud, etc. Del mismo modo puede dar lugar a la restricción de algunos derechos constitucionales como el libre tránsito del obligado al impedirsele ausentarse del país cuando no está garantizada debidamente el cumplimiento de la obligación (Art. CPC), en atención al destino vital de la prestación.

¹ Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

² Consideramos oportuno hacer una presentación preliminar sobre los alimentos, a fin de lograr una mayor comprensión del tema. Un desarrollo más profundo hemos hecho en: Comentario a los Art 474 y ss del Código Civil, que se puede ver en HERNANDEZ ALARCON, Christian, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas Tomo III, p 245 – 268, Lima, julio del 2003

³ Respecto del problema de la posibilidad de cuentas sobre el destino de la obligación alimentaria nos hemos pronunciado a favor del cambio en la modalidad de prestación, y sobre la imposibilidad de solicitar rendición de cuentas del destino de la prestación ya entregada. Ver HERNANDEZ ALARCON, Christian en ABOGADOS LEGAL REPORT, Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2004

Por esta razón, el derecho alimentario y su correlativa obligación entra en la categoría de los derechos patrimoniales obligacionales, con algunas notas peculiares derivadas de la importancia y significación social de la familia (CORNEJO), donde coexistiendo elementos patrimoniales y personales en una relación obligacional (acreedor – deudor) se cumplen fines de orden público que sobrepasan la satisfacción de necesidades individuales.

2. Fuentes de la Obligación alimentaria

La primera fuente de la obligación alimentaria es la ley, la que justamente regula el artículo bajo comentario. Sin embargo nuestra legislación admite también una fuente voluntaria en la renta vitalicia (Art. 1923 CC y ss) y en el legado de alimentos (Art. 766 CC) que se sujeta en el caso de no determinarse su cuantía de acuerdo a lo señalado en los Arts. 472 al 487 del CC.

3. Condiciones para exigir su cumplimiento

La obligación de dar alimentos puede permanecer como derecho latente, convirtiéndose en obligación jurídicamente exigible a solicitud de los titulares del derecho alimentario.

Para tal efecto, debe acreditarse la concurrencia de ciertas condiciones o presupuestos básicos: las posibilidades económicas del que debe prestarlo y la norma legal que establece dicha obligación y el estado de necesidad del acreedor alimentario, Es muy difícil el determinar las posibilidades del que debe prestar los alimentos, razón por la cual nuestra legislación ha señalado incluso que no es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar alimentos. (Art. 481 CC, segundo párrafo), lo que significa que el juez si bien no puede determinar la realidad puede apreciar las posibilidades que tiene el obligado.

En el caso de la determinación del estado de necesidad, es preciso señalar, que el artículo 373, modificado por la Ley 27646 publicado el 23 de enero del 2002, ha restringido el ámbito de interpretación del estado de necesidad del mayor de edad, a la incapacidad de atender a su propia subsistencia en caso de incapacidad física o mental.

En sentido contrario, en el caso de que el acreedor alimentario sea menor de edad, no necesita acreditarse su estado de necesidad en razón de una presunción de orden natural que emerge de su especial situación de persona en proceso de desarrollo.

4. Obligación recíproca y obligación unilateral respecto de los niños y adolescentes

La obligación alimentaria, se extiende la obligación a todos los parientes en línea recta siguiendo el orden establecido en el Art 475, en el caso de los descendientes debe diferenciarse la unilateral que es regulada en el Código de los Niños y Adolescentes de la obligación recíproca que es regulada en el Código Civil.

Todos los hijos tienen los mismos derechos (Art 6 C93 y 235 CC), por lo que en el caso de que sean niños o adolescentes sus padres están obligados a educarlos y alimentarlos (Art 287 CC), incluso a pesar de estar suspendidos o perder la patria potestad (Art. 94 CNA). Subsiste la obligación entre los 18 y 28 años si estudian una profesión u oficio con éxito.(Art 424 CC) En caso de no hacerlo, únicamente tienen derecho si son solteros y están incapacitados física o mentalmente de subsistir por sí mismos o su cónyuge no puede dárselos, reduciéndose los alimentos a los necesarios en caso de que su propia inmoralidad los redujo a este estado, es indigno o desheredado (Art. 473, 485 CC).

En el caso de los hermanos, también debemos distinguir la obligación unilateral si el acreedor es menor de edad (Art. 93 CNA) y recíproca en el caso de los adultos. En ambos casos, se incluye tanto a los hermanos de padre y madre como a los medio hermanos. Debiendo únicamente en el caso de ser mayor de edad acreditar su estado de necesidad conforme la regla general establecida en el Art 473 del CC, no así si es menor de edad donde su estado de necesidad se presume.

5. Contenido de la obligación alimentaria en el caso de los menores de edad

A efectos de subrayar aquellos elementos que se destacan como contenidos clásicos de la prestación de alimentos, vamos a efectuar una comparación entre lo señalado en el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Civil, para este efecto y considerado que son mayores

los elementos contenidos como prestación para los niños, reproduciremos el artículo 92 del Código de la Especialidad, subrayando aquellos elementos que son considerados en el Código Civil:

“Lo necesario, para el sustento, habitación, vestido, **educación, instrucción, y capacitación para el trabajo**⁴, asistencia médica y recreación del niño y el adolescente. También los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”.

La razón de esta diferencia, se encuentra en el principio de especialidad y en la característica de la doble regulación de la legislación de los niños que hemos señalado oportunamente.

Ahora bien, un elemento adicional que no podemos dejar de anotar en esta diferenciación que estamos haciendo entre los componentes de la prestación para los adultos y los niños es que, el Artículo 472, al que hemos hecho referencia, si bien fue modificado por medio de la Segunda Disposición Final del Decreto Ley N° 26102, publicado el 29-12-92, sin embargo, al no proponer el texto modificatorio el referido Decreto Ley, se ha mantenido el texto original.

6. Alimentos congruos y necesarios

Con esta aclaración, debemos señalar por ejemplo que es mediante el artículo 472 del CC, que se regulan los alimentos congruos, (congruentes o adecuados) cuando se hace referencia a la situación y posibilidades de la familia, los cuales se diferencian de los estrictamente necesarios e indispensables para el sustento, a los cuales se reducen los alimentos por los casos de indignidad, desheredación y por haberse visto en situación de incapacidad física y mental por su propia inmoralidad. (473 y 495 del CC)

Los niños y Adolescentes son acreedores de una prestación de alimentos congruos y en ningún caso de alimentos estrictamente necesarios, pues se afectaría su interés superior y su derecho al desarrollo integral como derechos humanos específicos.

7. Orden de prelación en el cumplimiento de la prestación alimentaria

El artículo 475 señala que los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en primer lugar, por el cónyuge, en segundo lugar por los descendientes, en tercer lugar por los ascendientes, y en cuarto lugar por los hermanos. Así, para el cumplimiento de la obligación alimentaria recíproca a los que se hace referencia en el artículo 474 del CC, se debe demandar primero. Este orden el cual no puede ser alterado ni demandarse a todos al mismo tiempo.

No obstante, la segunda disposición final del TUO del Código de los Niños y Adolescentes (DS 004 -99 - JUS señala que modifica el artículo 475, sin que hasta la fecha se haya establecido un texto sustitutorio. Por lo que se mantiene vigente al mismo tiempo que el código de los niños en el artículo 93 regula un orden de prelación distinto.

Por esta razón, debe hacerse una obligatoria concordancia del artículo bajo comentario con el Art. 93 de la Ley 27337 Código de los Niños y Adolescentes que señala el orden de prelación en el siguiente orden: los padres, los hermanos mayores de edad, los abuelos, parientes colaterales hasta el tercer grado (tío) y otros responsables del niño o adolescente.

De esta manera, debemos entender que el ámbito de aplicación del artículo 475 se ha visto restringido únicamente a la concurrencia en la obligación subjetiva familiar potencial cuando el acreedor alimentario es adulto, siendo de aplicación el Art 93 del CNA cuando éste es niño o adolescente⁵.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el orden de prelación desde el punto de vista de los obligados puede ser considerado como un derecho de excusión por el cual el

⁴En el código Civil, solo se ha señalado lo resaltado como aspectos propios de la prestación a favor de menores de edad, y todo lo subrayado como aspectos generales de la prestación de alimentos. El código de los Niños y Adolescentes, incluye estos y más, tal como se puede ver, proyectándose incluso a los gastos de embarazo..

⁵HERNANDEZ ALARCON, Christian Arturo, Código Civil Comentado, comentario al Art. 474 del CC, Op Cit.

demandado puede solicitar que previamente se haga lo propio con el anteriormente obligado y se acredite que éste no puede cumplir con dicha obligación⁶. Asimismo, este orden de prelación se concatena con la subsidiariedad o sucesividad que es característica de la obligación alimentaria, la cual consiste en que para pedir alimentos al pariente más lejano es preciso recurrir previamente al más cercano⁷.

De este modo, no obstante la ley señala que todos los parientes tienen obligación potencial respecto del solicitante, el alimentista debe respetar el orden de prelación al solicitar los alimentos, debiendo por ello, realizar sin tener resultado todas las gestiones conducentes a lograr que el primer obligado en el artículo bajo comentario satisfaga su necesidad para solicitárselas al segundo obligado y así sucesivamente.

La subsidiariedad y sucesividad es un principio y característica de la obligación alimentaria aceptado y compartido por la doctrina extranjera⁸. En nuestra legislación y doctrina únicamente se hace referencia al orden de prelación regulado por el artículo 475 del CC del cual emerge esta característica de la obligación alimentaria.

Conviene notar, que nuestro Código Civil al regular el orden de prelación hace un paralelo con el orden sucesorio establecido. Así los descendientes son sucesores del primer orden, los ascendientes del segundo orden, concurre con ambos el cónyuge pese a ser del tercer orden, el hermano es del cuarto, el tío del quinto y el primo del sexto. (Art. 816 CC)

Sin embargo, mientras que el orden sucesorio se extiende hasta los primos, la obligación recíproca de darse alimentos y el orden de prelación comentado termina en los hermanos, (Art. 474 y 475 CC).

Al respecto, consideramos que si en el caso de la herencia se extiende la sucesión hasta los primos, debe extenderse también la obligación de alimentarse y prelación a los parientes colaterales en el tercer grado de consanguinidad, (tíos. Sobrinos) como a los del cuarto grado de consanguinidad (primos).

Un avance en ese sentido ha sido la inclusión de los tíos como obligados a dar alimentos al sobrino en el Código de los Niños y Adolescentes (Art 93 CNA). No obstante es injusto que el tío que alimentó al sobrino cuando era menor de edad, no tenga derecho a exigirle alimentos al encontrarse en estado de necesidad y no tener otros parientes anteriores en el orden de prelación regulado por la norma bajo comentario.

A continuación, examinaremos la forma en la que opera el orden de prelación normado por el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes.

a) Padres: En primer lugar de prelación frente a las necesidades alimentarias de un niño o adolescente se encuentran sus padres, regulando dicha norma el traslado de la obligación en dos casos puntuales: Ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero. Obligación que subsiste, como lo hemos señalado anteriormente, aún en caso de la suspensión o pérdida de la patria potestad tal como se encuentra regulado en el artículo 94 del Código de los Niños y Adolescentes.

b) Los Hermanos mayores de edad, que siendo parientes colaterales de segundo grado, se encuentran antes de los ascendientes a diferencia de lo señalado en el artículo 475 del Código Civil.

c) Los ascendientes: Lo abuelos se encuentran en tercer lugar en el orden de prelación.

d) Los parientes colaterales hasta el tercer grado, es decir hasta el tío o hermano del padre se encuentran en cuarto lugar.

e) La norma incluye como obligados alimentarios a otros responsables del niño o el adolescente, lo que permite que se pueda extender a personas distintas a los límites parentales

⁶ SOMARRIVA, en HERNANDEZ ALARCON, Christian, Código Civil Comentado Ibidem

⁷ LOPEZ DEL CARRIL citado en HERNANDEZ ALARCON, Christian Hernandez Alarcón, Comentarios al Código Civil Comentado, Ibidem

⁸ BORDA, PLANIOL- RIPERT citado en Hernandez Alarcón, Comentario al Art. 475 del CC, en Código Civil Comentado, Op Cit.

establecidos en los incisos anteriores. No obstante no existe una precisión respecto de los límites de la misma, por lo que debemos entender que se refiere a la tutela y a la colocación familiar, pues es la forma en la que el Código entiende como responsables del niño.

8. Pluralidad de obligaciones y divisibilidad de la pensión alimenticia

Nos referiremos al artículo 95 del Código de los Niño y Adolescentes, en concordancia con el Artículo 477 del Código Civil, hemos preferido referirnos a lo supuestos de hecho que contienen como pluralidad de obligaciones y divisibilidad de la pensión alimenticia, en vez de hacer referencia al prorrateo. En las siguientes líneas explicaremos las razones de nuestra posición.

En primer lugar tenemos que señalar que artículo bajo 477 del CC regula la concurrencia de obligados alimentarios del mismo orden sucesorio y del mismo grado de parentesco.

Para poder comprender sus alcances, veamos el siguiente ejemplo: Juan es adulto, soltero, tiene dos hijos, dos hermanos, sus padres y abuelos viven. En el caso de que solicite alimentos, al no tener cónyuge y ser adulto tiene que pedir alimentos primero a sus hijos, ambos se los deben proporcionar en cantidades proporcionales a sus propias necesidades. Debemos notar que los hijos tienen el mismo grado de parentesco y orden sucesorio respecto de Juan.

El mismo razonamiento tenemos que seguir si en el caso Juan no tiene hijos, entonces ambos padres serían obligados, o faltando padres, sus abuelos por igual tanto de padre como de madre y no habiendo éstos sus hermanos.

En todos estos casos los obligados sufragaran las necesidades de Juan en un monto proporcional a sus propias posibilidades. En este caso si uno de los obligados no puede ni atender ni su propia subsistencia no será incluido como acreedor.

Por otro lado, si a pesar de tener posibilidades se niega a otorgar los alimentos, independientemente de las consecuencias legales de las que sería sujeto, la norma bajo comentario prevee que por tratarse del derecho a la subsistencia de tutela urgente, el otro hermano atenderá las necesidades de Juan sin perjuicio de la repetición que podrá exigir de éste. Nos encontraríamos en la misma situación ante otras circunstancias especiales en las que exista urgencia de atender las necesidades del alimentista, en todos éstos casos la valoración de la urgencia y la situación particular está a cargo del juez.

Cabe preguntarnos, si es que en todos éstos casos es necesario que el acreedor alimentario emplace a todos los deudores del mismo orden y grado o es suficiente con que lo haga al que conoce que tiene las posibilidades de alimentarlo o cualquiera de ellos.

Al respecto, debemos señalar que el artículo 477 del CC al que nos estamos refiriendo señala que el pago de la pensión es divisible entre los obligados. Sin embargo, con el emplazamiento el alimentista le está solicitando a un obligado determinado los alimentos en su totalidad y no la parte que le correspondería toda vez que lo hace por la relación personal existente entre ellos.

De este modo si bien todos los deudores del mismo orden y grado pueden dividirse la pensión, esta divisibilidad sólo surte efecto entre ellos, porque frente al acreedor alimentario cada coobligado tiene una deuda personal y diferente de cada uno de sus obligados. (BUSSO)

El emplazado podrá sin embargo hacer una denuncia civil (Art 102 CPC) indicado la existencia de parientes de obligación preferente o de otros del mismo grado que tienen mejores o iguales posibilidades, debiendo acreditar los hechos que señala pudiendo integrarse la relación procesal. No obstante si esto no se realiza, no podrá solicitar la nulidad argumentando la existencia de un litisconsorcio necesario por las razones expuestas en los párrafos precedentes.

Luego del proceso, podría iniciar una acción de repetición solicitando además la concurrencia de los otros obligados y la divisibilidad de la obligación.

Esta lectura del artículo comentado 477 del CC, pretende evitar una dilación del proceso que desnaturalizaría su tutela urgente. En muchas ediciones del Código Civil este artículo se ha sumillado como prorrateo. Sin embargo debe precisarse que el prorrateo técnicamente se da en la concurrencia de acreedores alimentarios normada por el Art 570 del CPC y no en la de obligados que estamos comentando.

El error incluso ha sido recogido legislativamente por el Código de los Niños y Adolescentes donde el artículo 95 en el que se hace referencia a que la obligación debe ser prorrateada entre los obligados si se hallan materialmente impedidos de cumplir dicha obligación en forma individual, pudiendo además ser prorrateada a solicitud de cualquiera de los acreedores alimentarios en el caso de que sea inejecutable la pensión fijada. De este modo para nuestra legislación el prorrateo ha sido utilizado tanto en la concurrencia de deudores como de acreedores.

En virtud de lo anteriormente señalado, debe tenerse en cuenta que si bien la pensión puede dividirse, la obligación es indivisible, de este modo cuando concurren varios deudores frente a un acreedor la pensión total se completa con el aporte que cada cual da como obligación independiente.

En cambio cuando concurren varios acreedores lo que se divide no es el monto de la pensión dada, sino la renta gravada al deudor, la cual no puede cubrir las diversas pensiones fijadas por causa de obligaciones alimentarias independientes. A esta operación por la cual se reparten en proporciones la renta de un deudor a fin de que sean ejecutables las pensiones fijadas se llama prorrateo

Si la renta del deudor puede satisfacer todas las obligaciones alimentarias, no habrá prorrateo. Para ello es preciso tener en cuenta que cuando se trata de rentas que no provienen del trabajo se puede embargar hasta el 100%, pero en el caso de las remuneraciones y pensiones únicamente se puede embargar hasta el 60% por concepto de alimentos (inc.5 del Art. 648 CPC)

Así, si un apersona al divorciarse de su cónyuge ha sido afectada en su remuneración por una pensión alimenticia del 50%, el cual se le viene descontando y pasado el tiempo es vencido en otro proceso de alimentos donde se fija el 30% de su remuneración, al solicitarse la ejecución de esta sentencia en el trabajo se negarán a la retención por este concepto por superar el límite máximo embargable, (60%) por lo que para ejecutarse ésta sentencia deberá hacerse un prorrateo de los ingresos afectados a fin de que se cumplan las dos obligaciones alimentarias, para ello se deberá emplazar al deudor y a todos los acreedores redistribuyéndose el porcentaje afectado dentro de los límites permitidos.

9.- Prorrateo por conciliación

El Código del Niño en su artículo 95, se pone en supuesto en que sean varios los obligados cuando sea materialmente imposible que puedan cumplirla en forma individual. Debemos entender que en estos casos nos encontramos ante obligados del mismo orden de prelación, por ejemplo en el caso de los hermanos mayores de edad por que en todos esos casos pueden ser emplazados al mismo tiempo y dividirse entre todos la obligación alimentaria a nivel judicial.

No obstante, en los casos de la división de la obligación alimentaria anteriormente señalados, el responsable (se entiende quien tiene la custodia del niño) puede convocar una conciliación para el prorrateo entre los obligados del siguiente orden de prelación.

Por ejemplo: La madre de un niño, ante la imposibilidad de que el padre del mismo pueda pagar la pensión de alimentos, puede solicitarla a los hermanos mayores de edad, del niño y en caso de que ellos no puedan pagar la pensión alimenticia a los abuelos, paternos y maternos. En todos estos casos se puede dividir la obligación alimentaria conforme las reglas del 481 del Código Civil. (posibilidades y necesidades) Esto sin perjuicio de considerar, como se ha señalado anteriormente la obligación como individualizada a favor de cada uno de los hijos.

Como hemos señalado anteriormente en todos estos casos nos encontramos no propiamente ante un prorrateo, sino ante la divisibilidad de la obligación alimentaria.

Donde si nos encontramos ante un prorrateo cuando la pensión de alimentos sea inejecutable por superar el máximo porcentaje embargable por alimentos. Art. 648 inciso 5 del Código Procesal Civil, como hemos señalado en el anteriormente Ahora bien en estos casos consideramos que el prorrateo puede ser realizado no únicamente a solicitud de los acreedores alimentarios; sino, incluso a solicitud de los deudores alimentarios.

10.- Competencia para realizar el Proceso Judicial

El artículo 96 del Código de los Niños, regula la competencia de los procesos de alimentos en el caso de que el vínculo o entroncamiento familiar se encuentra plenamente acreditado. Se extiende esta competencia, en los casos en que los hermanos mayores del niño y la madre de este (cónyuge del obligado) lo solicite en forma conjunta con ellos. El juzgado se mantiene como competente hasta que el último de los alimentistas haya cumplido la mayoría de edad. Se mantiene su competencia cuando el adolescente ha cumplido la mayoría de edad durante el proceso judicial.

En los casos en los que el vínculo familiar no se encuentre acreditado, el juez competente es el juez especializado. Esto se refiere a los casos de los llamados hijos alimentistas, quienes al no ser legalmente hijos se convierten únicamente en acreedores alimentarios conforme lo señalado en el Artículo 415 del Código Civil.