



DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

*“Ensayo sobre el estado actual del derecho de alimentos en Chile: análisis y lecciones en el derecho comparado.”*

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Alumno: SEBASTIAN ARENAS FLORES

Profesora: Dra. LAURA ALBORNOZ POLLMANN

Santiago de Chile, 2019

## **ÍNDICE**

### **RESUMEN**

### **INTRODUCCIÓN** 1

#### **CAPÍTULO I:**

##### **El derecho de alimentos en sí y el ordenamiento interno** 6

- 1.1 De qué hablamos cuando hablamos de alimentos 6
- 1.2 Los alimentos en sí 15
- 1.3 El artículo 323 del Código Civil 19
- 1.4 Derecho a la educación como parte del derecho de Alimentos 24
- 1.5 Una forma específica de discriminación contra la Mujer 29

#### **CAPÍTULO II:**

##### **El problema del incumplimiento y el derecho comparado** 31

- 2.1 Estados Unidos: el punitivismo como respuesta 34
- 2.2 Ecuador: protección integral desde la constitución 36
- 2.3 Argentina: la reforma surgida del nuevo Código Civil y Comercial 38

#### **CAPÍTULO III:**

##### **Nuestra propuesta para hacer frente al problema del incumplimiento** 43

##### **Lecciones del Derecho Comparado**

### **CONCLUSIONES** 47

### **BIBLIOGRAFÍA** 49

**“Considero mucho más importante que el crecimiento de los bienes, la distribución anual, mensual, cotidiana de esos bienes. De modo que opto, no por el crecimiento, sino por una justa distribución, cualquiera sea el crecimiento o decrecimiento”.**

**Armando Uribe**

## RESUMEN

Si bien el derecho de alimentos tiene una indiscutible posición dentro del derecho civil, sus implicancias están por sobre éste y cubren todo el espectro jurídico, desde su ubicación dentro del Código Civil y la ley, hasta los más esenciales principios de derechos humanos cristalizados largamente en una serie de tratados internacionales y convenciones que han crecido con fuerza desde la segunda mitad del siglo XX. Por esa trascendencia del concepto, éste no puede circunscribirse íntegramente a la esfera del Derecho Civil y, aun cuando quisiera considerársele autónomo o independiente de las ramas que lo sostienen, se encontraría en una problemática respecto de su misma definición.

En el uso diario, el concepto de alimentos está relacionado a la nutrición, en términos simples a la comida y dentro del marco amplio de las ciencias sociales a la reproducción de la sociedad y su orden, en cambio, jurídicamente la situación es distinta, ya que el derecho de alimentos comprende una serie variable de prestaciones que por lo general los padres deben a los hijos, dentro de las cuales se consideran de primera importancia la alimentación propiamente tal, las prestaciones necesarias en el área de la salud y cierto grado de instrucción, el vestuario y la vivienda.

Por otra parte, las normas del derecho constitucional y el derecho internacional juegan un papel muy importante y, aunque se discute profusamente respecto del alcance que pueda tener una norma internacional, pocos juristas estarían en desacuerdo en que esta norma podría, al menos teóricamente, romper con una norma constitucional y con una norma legal, para así modificar un ordenamiento jurídico actualizando sus presupuestos y expulsando leyes que ya no se condicen con lo que la misma humanidad ha dispuesto para sus miembros, por más eficaces que hayan sido en otro momento.

## INTRODUCCIÓN

El derecho de alimentos pertenece a esa rama del conocimiento jurídico que, por estar expuesta a una cotidianeidad tan abrumadora, no se le observa con detención, esto es, se le conoce pero no se le *reconoce* en términos que puede ser hasta cierto punto eficaz y tratarse como algo fijo, usándosele mecánicamente por el operador jurídico sin cuestionar los principios que le inspiran ni la pertinencia de esos principios, más aun cuando las necesidades sociales se van renovando a una velocidad acelerada.

Y si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de alimentos está ubicado dentro del derecho civil y, en particular, dentro del derecho de familia, esta institución podría estar ubicada – y de hecho así sucede en ciertas legislaciones – sin problema dentro del derecho constitucional o incluso dentro del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la esencialidad del derecho de alimentos trasciende en importancia a muchos de los *atributos de la personalidad*<sup>1</sup> puesto que constituye, en sí mismo, la condición de posibilidad de toda existencia. Una persona podría sobrevivir si se le priva de una nacionalidad, de un domicilio e incluso de un nombre, pero no podría sobrevivir más que unos pocos días sin alimentarse, es más, el ser humano a diferencia de otras especies de animales, se multiplica en proporción a los medios de subsistencia, siempre existe demanda, en mayor o menor medida, de productos alimenticios y así los países no se pueblan de una manera proporcional al número de habitantes que pueden vestir y alojar sino en proporción al número de habitantes que puedan alimentar<sup>2</sup>.

La actual situación del derecho de alimentos a nivel nacional se ve condicionada por tres factores fundamentales: por un lado, las exigencias jurídicas propias del ordenamiento interno; por otro lado, las normas de derecho internacional y las múltiples exigencias de los tratados internacionales y regionales que resguardan los derechos de niños, niñas y adolescentes, cuando nos referimos a la infancia; y por último, la insuficiencia práctica del

---

<sup>1</sup> Los atributos de la personalidad han sido definidos por la doctrina como aquellas propiedades o características inherentes a toda persona, sea natural o jurídica, la personalidad es la aptitud para tener la calidad de titular de derechos y obligaciones, estos atributos son: Nombre, capacidad de goce, nacionalidad, domicilio, estado civil, patrimonio y derechos de la personalidad.

<sup>2</sup> SMITH, Adam. Ensayo sobre la riqueza de las naciones, Alianza Editorial, Madrid, España, Pp. 317 -324.

ordenamiento jurídico en su conjunto para hacer cumplir este derecho. Debe destacarse el hecho de que la naturaleza del derecho de alimentos si bien, como ya señalamos con anterioridad, está incluida dentro del derecho civil, ésta se engarza indefectiblemente con el derecho internacional de los derechos humanos y que, para efectos del análisis de este trabajo, hemos decidido ocupar la tradicional clasificación que se hace de ellos, según la cual se dividirían (para algunos autores) en hasta cuatro generaciones distintas de derechos humanos<sup>3</sup>.

En este orden de ideas, tal como se encuentran instituidos, la primera generación de derechos humanos (en adelante “DDHH”), incluye los derechos civiles y políticos. Estos derechos fueron los primeros en ser reconocidos legalmente a finales del siglo XVIII, se les asocia históricamente a la Independencia de los Estados Unidos de América y a la Revolución Francesa. Se trata de derechos que garantizan estándares básicos de la libertad individual de las personas en sentido positivo y también negativo, es decir mediante la abstinencia del Estado en las esferas personales de las personas que conforman la sociedad, en relación con este tema Bailón indica:

“cabe señalar que algunos autores dividen esta llamada primera generación de derechos en dos generaciones (con lo que los derechos se dividirían en cuatro generaciones). En la primera estarían aquellos derechos vinculados a la concepción liberal de las libertades negativas, junto al principio de igualdad ante la ley, es decir los derechos civiles individuales: la libertad, el derecho a la vida, la propiedad, a la seguridad (...) En esta visión, el llamado Estado liberal de derecho sería el primer tipo de estado de derecho. Políticamente corresponde a un estado pre democrático e históricamente a los regímenes liberales del periodo *laissez faire* que se sustentaron en las visiones económicas de David Ricardo y Adam Smith, que creían que las fuerzas del mercado eran tan poderosas que por sí solas regulaban el mercado, y que el Estado no debería intervenir, que su actuación tendría que ser la ajustada a la visión liberal de libertades

---

<sup>3</sup> BAILÓN, Moisés. Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales. Colección de textos sobre Derechos Humanos, Primera edición, 2011, en línea, fecha de consulta 20 de febrero de 2019, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>

negativas, en las que al lado de la igualdad ante la ley se establece la prohibición al estado para violarlas.<sup>4</sup>

La función principal de los DDHH de primera generación consiste en limitar la intervención del poder estatal en la vida privada de las personas, así como garantizar la participación de éstas en todos en los asuntos públicos de su incumbencia. Los derechos civiles más importantes son: el derecho a la vida, el derecho a la libertad ideológica y religiosa, el derecho a la libre expresión o el derecho a la propiedad. Algunos derechos políticos fundamentales son: el derecho al voto, el derecho a la huelga, el derecho a asociarse libremente para formar un partido político o un sindicato u otra forma de organización.

La segunda generación recoge los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos fueron incorporados poco a poco en la legislación a finales del siglo XIX y durante el siglo XX. Tratan de fomentar la igualdad real entre las personas, ofreciendo a todos las mismas oportunidades para que puedan desarrollar una vida digna. Su función consiste en promover la acción del Estado para garantizar el ejercicio de libertades políticas que están aparejadas a una evolución de la vida en la ciudad, en este sentido el acceso de todos a unas condiciones de vida adecuadas, estos derechos están históricamente asociados a un estadio posterior del desarrollo de las sociedades occidentales, al respecto el Moisés Bailón señala:

“(…) en una segunda generación de derechos sería la correspondiente a lo que conocemos como derechos políticos, es decir derechos de participación o de ejercicio colectivo, como el del voto, la libertad de imprenta o de reunión y que difieren en su funcionalidad y estructura de los derechos individuales de las primeras declaraciones. Los primeros coinciden con el ascenso de la burguesía en su lucha contra la nobleza, como respuesta a un liberalismo que aún no se ha desprendido de sus tintes privatista e individualistas (vida, propiedad, seguridad, libertad de comercio, etc.). Los segundos coinciden con el movimiento obrero, y con amplios y no siempre incruentos procesos de reforma electoral para lograr la progresiva ampliación del sufragio hasta llegar a su carácter universal masculino primero y luego femenino. Él mismo modelo de Estado liberal de derecho tuvo que abrirse al reconocimiento de nuevos derechos, derechos de participación, como el de la soberanía popular y el sufragio universal masculino, que se

---

<sup>4</sup> ibíd., pág. 9

implantaría en Europa hasta finales del siglo XIX y principios del XX, el de asociación, y algunas libertades públicas como la de prensa. Como quiera que sea, estos dos grupos de derechos, que algunos autores agrupan en una primera generación de derechos, se corresponden históricamente con el llamado Estado liberal de derecho”<sup>5</sup>

La tercera generación de DDHH ha ido incorporándose paulatinamente a las leyes desde el siglo XX y comienzos del siglo XXI y tienen como particularidad la de ser exigibles al Estado. Estos derechos tienen su origen en las múltiples luchas y conquistas de la clase obrera ya constituida como un estamento social con cierto nivel de auto consciencia y son, por tanto, más sociales que individuales, van un paso más allá de la simple participación en la vida de sociedad y deben propender al desarrollo equitativo de la sociedad en su conjunto, evitando las desproporciones exageradas y las asimetrías en las prestaciones de ciertos servicios considerados como básicos, al respecto Bailón señala:

“Estos están relacionados con la necesaria obligatoriedad del Estado para que todos los ciudadanos disfruten, por ejemplo, de salud, de educación, de trabajo, de un pedazo de tierra en algunos casos, etcétera. Aunque aparecen seminalmente en la Alemania de Bismarck su desarrollo ocurre sobre todo en el siglo XX. En 1917, antes que la constitución soviética, la mexicana fundamenta importantes derechos sociales a profundidad, como el de la educación laica, obligatoria y gratuita (...) Por eso algunos autores hablan de derechos de prestación”<sup>6</sup>.

Según esta clasificación y para no forzar interpretaciones menos evidentes, ubicaremos al derecho de alimentos dentro de los derechos de segunda generación, más conocidos como derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, veremos más adelante que el uso extensivo de la categoría de derecho de alimentos termina mezclando derechos de segunda generación con derechos de tercera, lo que indica un cierto nivel de incoherencia lógica y, por tanto, una deficiencia estatal en la garantía de ciertos derechos. En la actualidad, es evidente que estos derechos son exhibidos de una manera más nítida en los países de capitalismo más avanzado o de industrias de punta, países nórdicos y países donde se ha instalado desde al

---

<sup>5</sup> Ibid., Pág. 10

<sup>6</sup> Ibid., Pág. 11



menos el fin de la segunda guerra mundial un estado benefactor o *welfare state* cuyo nivel de prestaciones públicas están por sobre el nivel de la media en el mundo, pero que sirven como referente a países en vías de desarrollo que buscan acercarse a estándares de vida más elevados para sus poblaciones.

Este trabajo tiene como finalidad explorar, por una parte, la conceptualización que el ordenamiento chileno ha otorgado al derecho en cuestión, la manera en la que asegura su exigibilidad y su efectividad o ineficacia, y por otra parte, examinar el estado actual del derecho de alimentos en algunos países de la región y así establecer una comparación de dicho panorama con la legislación chilena para – a modo de proposición – entregar herramientas, introducir instituciones y adentrarse en mecanismos que ciertas legislaciones comparadas usan para dotar de eficiencia y exigibilidad al derecho de alimentos de los menores de edad.

## CAPITULO I: El derecho de alimentos en sí y el ordenamiento interno.

### 1.1 ¿De qué hablamos cuando hablamos de alimentos?

En nuestra tradición de derecho continental<sup>7</sup>, claramente hemos asistido a una incoherencia lógica y a la consiguiente desnaturalización del concepto del derecho de alimentos, esto tiene razones históricas, pues los romanos también le daban al derecho de alimentos una naturaleza extensiva a variadas necesidades de la persona, a este respecto Antonio Vodanovic señala:

“Mucha aplicación tenían en el Derecho Romano los alimentos voluntarios. Se hacían a través de fideicomisos, donaciones y, sobre todo, legados. Estos comprendían la alimentación, vestido, habitación y, en general, todo lo necesario para la subsistencia, pero no los gastos de educación, salvo voluntad expresa del disponente. Los legados a favor del hijo duraban toda la vida, a menos que se hubieran dejado hasta la pubertad. En esta hipótesis, por analogía con la norma que imperaba respecto de niños atendidos por la beneficencia pública, el jurista Ulpiano era de parecer que los alimentos se extendían hasta los dieciocho años en el caso de los hombres y a los catorce en el caso de las mujeres (...) Los romanistas no dudan que, desde la Época Clásica, existió incluso la obligación recíproca de alimentos entre la madre natural y su descendencia (...) había obligación recíproca de alimentos entre patronos y libertos y entre patronos y clientes ”<sup>8</sup>

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, la pregunta que debiésemos formularnos es ¿si es que acaso tiene hoy algún tipo de importancia esa extensión del concepto o simplemente debemos aceptarla, puesto que siempre ha sido así?

---

<sup>7</sup> En la tradición del *Common Law* no existe el derecho de “alimentos” como tal, en su lugar existe un derecho prestacional llamado *Child Support* y que extiende la protección legal nominal no solo al ámbito de los alimentos sino que con justicia establece una obligación de manutención en un sentido amplio a quien corresponda, en contraste con la impronta asistencialista con la que es tratado por el derecho continental y por cierto, chileno. Al respecto véase infra 34.

<sup>8</sup> VODANOVIC, Antonio. Derecho de Alimentos, editorial jurídica, Santiago de Chile, 1987, pp. 5-6

Según nuestra visión, darle al concepto de alimentos una extensión tan amplia tiene importantes consecuencias, pues existen implicancias políticas actuales que, según el paradigma económico dominante, el Estado no está en condiciones de asumir ciertas responsabilidades que en el pasado le fueron propias, y esto ha conspirado junto a otras causas para que hoy en Chile, bajo la figura del derecho de alimentos se hayan aglutinado una cantidad amplísima de prestaciones (como por ejemplo la educación que como vimos más arriba cae dentro de la conceptualización de derechos humanos de tercera generación) debidas históricamente no solo por los padres y madres a los hijos, sino también por la sociedad en general *típicamente* a través del Estado, aun cuando la mutación filantrópica de la economía actual quiera desligar al ente estatal y poner a la caridad como el centro asignador de recursos, cuestión muy debatible desde el punto de vista ético y político.

Este desborde del concepto de alimentos debe ser analizado desde una doble perspectiva, puesto que, tal como podemos hablar de un crecimiento desmedido de éste, tenemos que necesariamente referirnos a su fenómeno opuesto, en el fondo ¿Qué subyace detrás de este entendimiento extensivo del derecho de alimentos?, ¿acaso, esconde una realidad que tiene que ver con una serie de garantías de nivel constitucional que los países desarrollados exhiben con mucho mayor vigor puesto que han asumido un rol preponderante en garantizar y consagrar ciertos derechos económicos, políticos y sociales que los corrientes hoy en nuestro país?, ¿son suficientes las razones técnicas que esgrimen ciertos economistas para desligar al Estado de entregar estas prestaciones o existe la posibilidad de enmendar el curso de las cosas sin dejarle al mercado la responsabilidad de lo que históricamente le correspondió a la política?<sup>9</sup>

De todas formas, la naturaleza pendular del desarrollo de las sociedades con todas sus luchas, dinámicas y debates internos, sugieren que ninguna situación histórica ni legal está

---

<sup>9</sup> La tesis del fin de la política puede ser rastreada e identificada con el libro de Francis Fukuyama “El fin de la Historia y el último hombre”, que data de 1992, sin embargo esta tesis ha caído rápidamente en descredito por una serie de sucesos políticos que contradijeron la inmutabilidad ahí proyectada, de todas formas su publicación dio paso a una amplia y constructiva discusión teórica muy importante en el ámbito de la Historia universal, “La tesis sociológica del fin de la política plantea simétricamente la existencia de un tal estado de lo social, que la política ya no tiene más razón de ser, sea porque haya cumplido sus fines trayendo consigo precisamente este estado (versión exotérica americana, hegel-fukuyamesca), sea porque sus formas no están adaptadas a la fluidez y a la artificialidad de las relaciones económicas y sociales actuales (versión esotérica europea, heideggero-situacionista). La tesis se resume en declarar que el capitalismo proseguido hasta el fin de su lógica acarrea la caducidad de la política”, Ranciére, Jacques, Política, policía, democracia, LOM ediciones 2006, Santiago, Chile, Pág. 79.

destinada a permanecer incólume por mucho tiempo, en este sentido el cambio es permanente y los tiempos del derecho no coinciden siempre con los tiempos sociales, es por esta razón que siempre hay proyectos de reforma, nuevas codificaciones, enmiendas o indicaciones a las leyes. Por lo mismo, y más allá de formular un juicio político respecto a la situación, uno debería situarse en la posición del analista y por tanto aceptar lo que aparece como objetivo más allá de consideraciones particulares, ya que en la realidad y de todas formas, más allá de toda consideración teórica en la práctica forense de las corporaciones de asistencia judicial, las causas de cumplimiento de alimentos constituyen testimonios que no reflejan en el mundo material la eficacia de la norma y del sistema de cobros de pensión como un todo, sino por el contrario, su ineficacia, la que analizada desde el punto de vista social se traduce en innecesarias precariedades sufridas por niñas, niños y sus padres, esta situación, tristemente normalizada, no solo va en contra de sociedades que poseen para una parte de los suyos lo superfluo, sino que va en contra de todo el bloque de derechos humanos políticos, sociales y económicos y por tanto son – bajo nuestro punto de vista - reductos en los cuales el desarrollo no es una meta alcanzable, en este sentido las sociedades desarrolladas parecieran enfrentar el tema de una manera más estratégica.

Para el pretor Ulpiano<sup>10</sup>, la justicia era la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que le corresponde. Esta definición ha sobrevivido varios siglos y nada indica que haya perdido su vigencia, en este sentido plantear una diferencia tremenda entre el “cada quien” de Ulpiano y la sociedad democrática occidental del siglo XXI sería anacrónico y supondría creer hoy en la teoría religiosa económica de la predestinación, base del protestantismo, y en la idea de que algunas personas merecen mucho menos que otras por el solo hecho de haber nacido bajo ciertas condiciones, pues ya adentrados en el siglo XXI no hay base científica, dogma religioso o máxima moral que pueda justificar que solo una parte de la sociedad de un mismo país tenga acceso a una ingesta adecuada de nutrientes, colegiaturas privilegiadas y modos de vida exclusivos en desmedro de otros que nacieron en condiciones bastante más desfavorables. En este contexto, aquéllos que formulan la ley

---

<sup>10</sup> “Hay una definición celebre, la de Ulpiano, jurisconsulto del periodo clásico del Derecho Romano, profesor de Derecho, Consultor y Ministro del Emperador Alejandro severo y asesinado por los pretorianos a causa de su misma devoción a la justicia. Esa definición dice: *Justitia est constants et perpetua voluntas jus suun cuique tribuendi*. Este texto latino es el de Cujas según advierte el autor francés, de quien lo ha tomado M. Blondeau”. En: Anales de la Facultad de Derecho Vol. X – Enero – Diciembre de 1944, n\*37 al 40.

debiesen tender a dar una respuesta a la pregunta por la concentración económica que cruza todo el imaginario político de nuestra época, o al menos actuar en términos de evitar la producción y reproducción de las condiciones de posibilidad necesarias para exacerbar aún más el fenómeno de la concentración económica y las asimetrías cualitativas que ésta genera.

Tomando en cuenta este contexto, tanto en Roma como hoy en día, la voluntad de la que habla el pretor no es por cierto una voluntad abstracta, sino una voluntad soberana y, por tanto, más sujeta a la autonomía de la voluntad y su ejercicio de decisión consciente que la imposición de una agencia independiente que se sitúe por sobre o fuera de ésta, como podría ser por ejemplo, el mercado. La constatación más inmediata y evidente es que, sin duda, el estado actual del derecho de alimentos es aquel que el soberano considera pertinente y que, por tanto, no altera, lo que es igual a decir que el concepto de derecho de alimentos es el consagrado en las leyes vigentes. En este contexto, la pregunta que enseguida aparece es si es que acaso ¿puede prolongarse excesivamente en el tiempo esta situación de incompatibilidad del derecho chileno respecto del derecho internacional en relación a los alimentos, considerando los parámetros que obligan a Chile desde los tratados de derecho internacional?

La teoría política clásica de los siglos XVIII y XIX estaría de acuerdo en que el soberano era, hasta ese momento, el pueblo, por lo que el contrato social de entonces era bastante claro y la organización del gran poder económico era aún larvaria y no conocía las asimetrías cuantitativas ni cualitativas que los países del centro generarían en las semi periferias y las periferias del actual sistema mundial<sup>11</sup>. Sin embargo, transcurrido ya el siglo XX y entrando al siglo XXI, en un mundo que hoy ya tiene una dimensión virtual desarrollada<sup>12</sup>, las cosas han cambiado sustantivamente, lo que inutiliza gran parte de la vieja dogmática política iluminista propia del siglo XVIII y que, en consonancia con fenómenos

---

<sup>11</sup> Al respecto el historiador económico estadounidense Immanuel Wallerstein, ha propuesto la nomenclatura del Sistema Mundo Moderno, como un sistema económico integrado que se inició durante la baja edad media en las ciudades estado italianas y que desde aquel momento se expandió política, militar y culturalmente hacia el resto del mundo, generando ya desde el siglo XVI un mercado mundial complejo e interconectado, al respecto véase: “El moderno sistema mundial: la agricultura capitalista y los orígenes de la economía – mundo europea en el siglo XVI”, editorial siglo XXI, Primera edición, Madrid, España, 1979.

<sup>12</sup> La dimensión virtual se refiere básicamente a todas aquellas actividades que se realizan en línea, no solo de carácter personal o comercial, sino que también por ejemplo la de recaudación de tributos electrónica, en Ecuador por ejemplo existe un sistema interconectado de pensiones alimenticias con información inmediata en que no existen trámites como la liquidación de las pensiones adeudadas, que en Chile debe ser ordenada por el tribunal. Al respecto consúltese el Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA) ecuatoriano en <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>

como la globalización, han modificado la división tripartita clásica del poder (ejecutivo, legislativo y judicial) derogando las antiguas formas y creando de facto un nuevo orden.

En este nuevo orden de ideas, tenemos, por una parte, el poder económico que hoy se encuentra transnacionalmente organizado y, por otra parte tenemos que los flujos de información llegan a las personas corrientes a una velocidad impensada en épocas pretéritas, por tanto podríamos decir con toda seguridad que el campo político y cierta doctrina contemporánea<sup>13</sup> admiten – a diferencia de la teoría política decimonónica - una reorganización amplia de grupos de interés (principalmente económicos) que, en la práctica disputan, con resultados favorables cuotas tremendas de soberanía e iniciativa legislativa que en tiempos pasados pertenecieron a los ciudadanos, cuyos representantes podían e, incluso, debían legislar en el interés de la nación. No obstante hoy, políticamente por ejemplo sabemos que estos grupos organizados de poder financiero pueden perjudicar la esencia representativa de la democracia y que ésta no está a salvo de terminar cautiva de grupos de influencia que legislan en su interés particular<sup>14</sup> y si bien – legitimando el vicio - puede decirse que el poder de mercado compra voluntades, existen estratégicamente ciertas materias que requieren de una atención especial por diversas razones como por ejemplo la seguridad nacional, porque tratan acerca de grupos vulnerables o porque están relacionadas con temas sensibles para la sociedad.

Más allá del contexto político global, en lo tocante a la responsabilidad de las familias en la cría y manutención de sus hijos las cosas no han cambiado dramáticamente, en este sentido sigue vigente la fórmula que en el siglo XIX Hegel entregaba, en la cual se pone sin duda a la familia por delante de esta responsabilidad, al respecto el autor señaló:

“Los hijos tienen el derecho a ser *alimentados y educados* con los bienes de la familia. El derecho de los padres a los *servicios de sus hijos*, como servicios se fundamenta y se limita a la comunidad en el cuidado de la familia en general. Igualmente el derecho de los progenitores se decide por encima del capricho de los hijos, con el fin de mantenerlos en la disciplina y de educarlos. La finalidad de los castigos no es la

---

<sup>13</sup> En este punto nos remitimos principalmente a la obra de los teóricos políticos Michael Hardt y Antonio Negri, cuya obra ha sentado las bases de una nueva conceptualización política fruto tanto de la globalización de los mercados como de las comunicaciones a nivel planetario.

<sup>14</sup> De la observación de este fenómeno es que, principalmente, el derecho de la regulación de los servicios públicos haya adoptado como tópico fundamental dentro de su estudio a la captura del regulador. Apuntes personales de la cátedra de regulación de servicios públicos del profesor Francisco Agüero.

justicia como tal, sino que es de naturaleza moral, subjetiva; intimidación a la libertad aún asida a la naturaleza moral y elevación en la conciencia y voluntad de lo universal”<sup>15</sup>

Dentro de la doctrina nacional que prefiere ocuparse siempre de cosas específicas y especialísimas, a veces se da espacio para la reflexión en este mismo contexto, Claro Solar indica que:

“Todo hombre, por el hecho de existir tiene un derecho esencial e imperioso, el derecho mismo de vivir; y de aquí emana para la sociedad o el Estado el deber de socorrer a aquellos que se encuentran en la imposibilidad física o moral de proveer a sus necesidades; de aquí también, el deber de caridad del hombre para con sus semejantes. Mas, si este derecho del hombre a la vida, se traduce en la asistencia social en asilos, hospicios y hospitales en las relaciones del individuo con la sociedad y en el deber moral de auxilio personal en las relaciones del individuo con sus semejantes, es natural que engendre obligaciones más estrechas en las relaciones del individuo con los miembros de su propia familia. Antes de apelar al deber moral que obliga a todos los hombres a prestarse recíproca ayuda, o de reclamar de la sociedad una asistencia que ha llegado a ser necesaria, lo natural es que cada uno se dirija, desde luego, a su familia como un centro particular”<sup>16</sup>

En el mismo sentido, Hegel señala que:

“El derecho que le corresponde al individuo – sobre la base de la unidad familiar, y que, sobre todo constituye su vida en esa misma unidad - , resalta en la forma de lo que es jurídico, como momento abstracto de la individualidad determinada, sólo cuando la familia entra en disolución y los que deben ser sus miembros llegan a ser en su condición y realidad como personas independientes, y lo que en determinado momento

---

<sup>15</sup> HEGEL, George. Lecciones sobre la filosofía del derecho, Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina, pág. 167

<sup>16</sup> CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Editorial Jurídica Chilena, Pág. 391.

constituyeron la familia, ahora en la separación solo conservan sus circunstancias externas (bienes, alimentación, gasto de educación y demás).<sup>17</sup>

Tanto Claro como Hegel están de acuerdo en el rol que le corresponde a la familia y a la destinación de los bienes en la provisión necesaria para realizar el devenir del individuo, sin embargo, la familia no siempre funciona y en muchos casos ésta incluso no existe (todo esto sin tomar en cuenta las justas críticas que pueden hacerse al modelo de familia que refleja la época de dictación del Código Civil chileno del siglo XIX) y es para estos casos que la norma debe considerar, al menos de forma especial, una solución social, puesto que debiese ser del interés general que en la sociedad no se generen asimetrías tales entre aquéllos que tienen la fortuna necesaria para proveerse de los medios de subsistencia contra aquéllos que no, de tal manera que es impensable en las sociedades modernas el hecho de que un individuo deba ser doblemente castigado por no tener para sí el apoyo de una familia en primera instancia y por el abandono del Estado en segunda.

Uno de los mitos más esparcidos desde, probablemente, la década de 1970 es que, en términos económicos, manda el aforismo según el cual los bienes son escasos y las necesidades ilimitadas, ésta, en apariencia, inocente proclama neoliberal, si bien ha tendido a crear riquezas aceleradamente también ha creado un imaginario anómalo respecto a las reales necesidades que una persona podría enfrentar durante su existencia, a éste respecto si bien la economía neoliberal y su econometría han mostrados más solidez política que fáctica, no han cesado las críticas respecto a lo destemplado que resulta imaginar un sistema finito cuya sociedad tendría una ilimitada gama de necesidades, en este sentido David Harvey, geógrafo y crítico intelectual, que ha visitado varias veces nuestro país, ha señalado :

“Las contradicciones políticas y económicas internas de la neoliberalización son imposibles de contener excepto a través de crisis financieras. Hasta el momento, éstas se han rebelado dañinas a escala local, pero manejables a escala global. El grado en que se puede manejar una crisis depende naturalmente, de la capacidad para apartarse de manera sustancial de la teoría neoliberal (...) Esto no impedirá que continúe desplegándose como una retórica adecuada para apoyar la restauración/creación del poder de clase en la elite. Pero cuando las desigualdades en la renta y en la riqueza

---

<sup>17</sup> *Ibíd.* Pág. 159



alcanzan un nivel próximo al que precedió a la crisis de 1929 – como ocurre hoy – los desequilibrios económicos se vuelven tan crónicos como para que se corra el peligro de generar una crisis estructural”<sup>18</sup> .

Por más que puedan variar de una época a otra, seguir sosteniendo el dogma relativo a la infinitud de las necesidades humanas y la finitud de los recursos más allá de ser un acto de fe, resulta evidentemente espurio a la luz de cualquier investigación seria, en este sentido son muchos los economistas que han llamado a la racionalidad al respecto, por ejemplo el economista chileno Manfred Max – Neef<sup>19</sup> en su ya clásico texto *Economía a Escala Humana* propuso una matriz de necesidades y sus satisfactores, incluyendo dentro de aquella matriz necesidades materiales e inmateriales, dentro de esta última, por ejemplo, la necesidad de cariño y trascendencia, cuadro matriz que se adjunta a continuación:

---

<sup>18</sup> HARVEY, David. Breve historia del neoliberalismo, ediciones Akal, Madrid, España, Pág. 207.

<sup>19</sup> MAX-NEEF, Manfred. Desarrollo a Escala Humana, Editorial Nordan-Comunidad Avda. Millán 4113 – Montevideo, Uruguay, 1993.

**Cuadro Matriz de necesidades y satisfactores de Max Neef *et al.***

Necesidades según categorías axiológicas	Necesidades según categorías existenciales			
	1. Ser	2. Tener	3. Hacer	4. Estar
1. Subsistencia	Salud física, salud mental, equilibrio, solidaridad, humor, adaptabilidad	Alimentación, abrigo, trabajo	Alimentar, procrear, descansar, trabajar	Entorno vital, entorno social
2. Protección	Cuidado, adaptabilidad, autonomía, equilibrio, solidaridad.	Sistemas de seguros, ahorro, seguridad social, sistemas de salud, legislaciones, derechos, familia, trabajo	Cooperar, prevenir, planificar, cuidar, curar, defender	Contorno vital, contorno social, morada
3. Afecto	Autoestima, solidaridad, respeto, tolerancia, generosidad, receptividad, pasión, voluntad, sensualidad, humor	Amistades, parejas, familia, animales domésticos, plantas, jardines	Hacer el amor, acariciar, expresar emociones, compartir, cuidar, cultivar, apreciar	Privacidad, intimidad, hogar, espacios de encuentro.
4. Entendimiento	Conciencia crítica, receptividad, curiosidad, asombro, disciplina, intuición, racionalidad.	Literatura, maestros, método, políticas educacionales, políticas comunicacionales	Investigar, estudiar, experimentar, educar, analizar, meditar, interpretar.	Ámbitos de interacción formativa, escuelas, universidades, academias, agrupaciones, comunidades, familia
5. Participación	Adaptabilidad, receptividad, solidaridad, disposición, convicción, entrega, respeto, pasión, humor	Derechos, responsabilidades, obligaciones, trabajo	Afiliarse, cooperar, proponer, compartir, discrepar, acatar, dialogar, acordar, opinar.	Ámbitos de interacción participativa, partidos, asociaciones, iglesias, comunidades, vecindarios, familias
6. Ocio	Curiosidad, receptividad, imaginación, despreocupación, humor, tranquilidad, sensualidad	Juegos, espectáculos, fiestas, calma	Divagar, abstraerse, soñar, añorar, fantasear, evocar, relajarse, divertirse, jugar.	Privacidad, intimidad, espacios de encuentro, tiempo libre, ambientes, paisajes.
7. Creación	Pasión, voluntad, intuición, imaginación, audacia, racionalidad, autonomía, inventiva, curiosidad.	Habilidades, destrezas, método, trabajo	Trabajar, inventar, construir, idear, componer, diseñar, interpretar	Ámbitos de producción y retroalimentación, talleres, ateneos, agrupaciones, audiencias, espacios, de expresión, libertad temporal
8. Identidad	Pertenencia, coherencia, diferenciación, autoestima, asertividad.	Símbolos, lenguajes, hábitos, costumbres, grupos de referencia, sexualidad, valores, normas, roles, memoria histórica, trabajo	Comprometerse, integrarse, confrontarse, definirse, conocerse, reconocerse, actualizarse, crecer	Socio-ritmos, entornos de la cotidianidad, ámbitos de pertenencia, etapas madurativas
9. Libertad	Autonomía, autoestima, voluntad, pasión, asertividad, apertura, determinación, audacia, rebeldía, tolerancia.	Igualdad de derechos	Discrepar, optar, diferenciarse, arriesgar, conocerse, asumirse, desobedecer, meditar	Plasticidad espacio-temporal.

Fuente: Max Neef *et al.*, *Desarrollo a escala humana*, p.42.

En nuestra opinión, creemos que la legislación no debe entramparse en una retórica específica, y debe poder adaptarse a la sociedad, más que ésta a aquélla, es por eso que la crítica debe ir encaminada a encontrar vías de desarrollo creativo de las cuales la legislación no debe quedarse afuera, a este respecto Amartya Sen nos recuerda que existe una relación

simbiótica entre la reforma institucional y el cambio de conducta y que la ley tiene un poder performativo para distribuir tanto la justicia como la injusticia:

“Como se ha visto hay una relación bilateral entre el estímulo dado a la reconsideración sobre las bases de justicia social y la necesidad institucional de impulsar la búsqueda de la justicia social, dentro de los parámetros de una sociedad” por lo tanto no se puede sobre determinar el hecho de que la practica vaya antes que la norma y se cristalice en ella, es importante entender que en cuanto a la justicia distributiva, las normas respectivas a alimentos y educación sean probablemente de las representativas en el sentido de pavimentar el camino para un desarrollo armónico de la sociedad sin siquiera intentar alcanzar un igualitarismo común homogéneo, sino simplemente la posibilidad de intentar crear una base más sólida para que los menos privilegiados tengan la posibilidad de participar útilmente en la sociedad sin que esto se convierta en sinónimo de explotación y expoliación”<sup>20</sup>.

## 1.2 Los alimentos en sí

El uso jurídico del derecho de alimentos tiene, entre nosotros, un sentido amplio y no tan bien definido, sin embargo, se ha construido hasta cierto punto una definición operacional que sirve para darle contenido a dicho concepto:

“Es el que la ley otorga a una persona para demandar a 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, y aprendizaje de alguna profesión u oficio ”<sup>21</sup>

Esta construcción, encuentra su sustento legal en la relación entre los artículos 323 y 329 del Código de Bello, por su parte, la Real Academia de la Lengua Española define a los alimentos como el “conjunto de cosas que el hombre y los animales comen o beben para

---

<sup>20</sup> SEN, Amartya. La idea de la justicia, Editorial Taurus, Buenos Aires, Argentina, pág. 141

<sup>21</sup> RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, tercera edición actualizada, Tomo II, pág. 499

subsistir”, para nosotros la constitución material de un animal de la especie humana, descartando factores genéticos y muchos otros de carácter antropológico, tiene que ver en buena medida con la ingesta de alimentos, pues es solo a partir de éstos que los procesos vitales son posibles, sin éstos la continuación de la vida se torna imposible.

Por otra parte, la especialización del mercado alimentario ha experimentado un notorio avance en el último siglo y las amplísimas bases de datos hoy permiten realizar estudios logísticos avanzados, no solo de los stocks sino también de la especialización en el consumo geográfico de tal o cual alimento, existiendo estadísticas y estudios completos respecto de la realidad alimentaria en el planeta. Existe también una forma en la cual el sistema internacional organiza sus intercambios de alimentos, y así mismo cada cierto tiempo las hambrunas – tanto las de origen climatológico como también las de origen político - ocupan alguno que otro párrafo de la prensa, de manera que muchas veces bajo el rotulo de ayuda humanitaria se lleva alimentos a poblaciones que por distintos motivos se ven en la imposibilidad de procurárselos<sup>22</sup>.

En la otra vereda, el mundo más desarrollado debe vérselas con problemas de salud pública relacionados con el exceso de alimentación, la obesidad y el sedentarismo, y en el sentido inverso, los tópicos asociados a la vida sana, a la alimentación orgánica y saludable toman cada vez más fuerza en las sociedades que han logrado superar cierto nivel de ingresos. Hoy más que nunca antes en la historia del género humano no admite excusa el hecho de que no seamos capaces de determinar exactamente, es decir a nivel científico, una cantidad de calorías y una tabla base de nutrientes y alimentos que una persona debiese consumir diariamente, si bien pueden ser discutibles casos en los que la ingesta sea mayor para ciertas personas por razones deportivas o profesionales por ejemplo, por lo que debiese existir una política tendiente a buscar un estándar alimentario, el cual ya existe de facto, pero podría proyectarse en un futuro no muy cercano una planificación más acabada a este respecto.

---

<sup>22</sup> “La política anti política puramente humanitaria de simplemente evitar el sufrimiento se suma efectivamente de este modo a la prohibición implícita de elaborar un proyecto colectivo de transformación sociopolítica (...) de modo que para ponerlo en una manera leninista: lo que significan efectivamente los derechos humanos en el discurso que predomina hoy en occidente, es el derecho de las potencias occidentales a intervenir – política, económica, cultural y militarmente - en los países del Tercer Mundo que elijan en nombre de la defensa de los derechos humanos” ZIZEK, Slavoj. La suspensión política de la ética, primera edición, Buenos Aires, pp. 194-197.

Sin embargo, en materia jurídica, cuando nos estamos refiriendo a los alimentos, no solo nos estamos refiriendo a la comida y la consecuente ingesta de nutrientes, ¿A qué se debe esta amplitud del concepto? La respuesta no es absoluta, pues es fruto de una convención histórica y tal vez se podría argumentar que tradicionalmente ha sido así, pues existen ciertas tendencias que pueden darnos señales del camino recorrido hasta aquí y si bien esta tesis no pretende ser histórica en el sentido de escrutar arqueológicamente el concepto de alimentos, sin duda la primera apreciación que uno debería hacer es aquella que dice relación con el hecho de que cuando hablamos del derecho de alimentos, estamos hablando de un derecho que excede largamente la cuestión alimenticia propiamente tal y que se expande hoy en día a no solo otras necesidades como el vestir o el techo, sino también a procesos complejos como los educativos y aquéllos relacionados con la salud.

Con el paso del tiempo las sociedades empiezan a volverse más complejas y sus necesidades empiezan a expandirse, y si teniendo los recursos o las condiciones de posibilidad disponibles, una sociedad en el siglo XXI no es capaz de asegurar para todos sus integrantes un piso mínimo acorde con los tiempos, esa sociedad vive en una especie de injusticia, más aún cuando parte importante de su población ya ha superado ciertos umbrales de desarrollo y también de expectativas de acumular más de lo necesario, en el fondo la justicia distributiva es otra forma de interpretar las palabras de Ulpiano.

Junto con este proceso de complejidad y especialización de las sociedades, el derecho, desde la retaguardia, empieza a recoger y prescribir ciertas fórmulas consensuales que permiten resolver los problemas de manera pacífica, sin tener que recurrir a las antiguas formas de justicia por mano propia, de esta forma los marcos jurídicos empiezan también a volverse más complejos y a prever situaciones que antes no cabían dentro del ámbito de la regulación legal que rige los comportamientos al interior de las sociedades.

Solo a partir del siglo XX, se empieza a dar el fenómeno de la normativa internacional de alcance planetario y ya no sólo regional, fenómeno que suele pasar desapercibido puesto que la mayor parte de las personas vivas al día de hoy en el mundo nacieron cuando esto ya era una realidad y no conocieron el mundo previo en el cual, por ejemplo, no existía un órgano como la Organización de Naciones Unidas, por tanto es bastante difícil abstraerse de aquello realmente existente hoy en día y retroceder a un mundo que, si bien no era anárquico

propriadamente tal, carecía de ciertos órganos regulatorios que en la actualidad se dan por sentados.

La transición no ha sido pacífica, los ordenamientos nacionales, siguiendo una concepción soberana propia del siglo XVIII, son hasta el día de hoy renuentes a aceptar que organismos internacionales regulen ciertas materias que habían sido vedadas a la voluntad soberana, sin embargo y paralelamente, las fuerzas de los mercados internacionales han ido entrelazando al mundo de una manera que difícilmente podía imaginarse hace doscientos años atrás, y tampoco debería olvidarse el hecho de que la institucionalidad con la que hoy contamos ha sido fruto de conflictos bélicos mundiales, de tal manera que, la complejidad jurídica del mundo es en parte voluntaria y también en parte ha nacido de la necesidad de adaptarse a la historia corriente.

Uno de los problemas que más ocupa a los intelectuales contemporáneos, tanto en el ámbito del derecho como en el ámbito de la filosofía política, es la falta de coerción de la normativa internacional, el que ha sido sin duda su más crítico talón de Aquiles y por lo mismo, muchas veces las declaraciones de principios cristalizadas en los instrumentos internacionales, no pasan de ser recomendaciones de conducta para los Estados y las sociedades. De todas formas, se debe insistir en la gran diferencia de su existencia y su ausencia, pues la sola existencia de estas declaraciones contienen en sí, lineamientos, recomendaciones y también ciertos parámetros que nos muestran hasta qué punto la humanidad ha sido capaz de pensarse a sí misma y de esta forma entender que la sociedad internacional ha acordado en su conjunto que existen ciertos mínimos que merecen ser respetados, en este sentido, Enrique Barros plantea:

“El estudio de la persona humana desde una perspectiva jurídica no es una materia de la exclusiva incumbencia del Derecho Civil. Debido a la trascendencia que importa para el ordenamiento jurídico preocuparse de ella, es en la propia Constitución, norma fundamental de la república, donde encontramos los elementos que deben tenerse presentes al momento de establecerse regulaciones que le atañen. Por ello es que la legislación civil no puede desconocer que existe un marco ya fijado por la Constitución, en donde además de establecerse las reglas fundamentales a las que debe adecuarse el Estado, el cual tiene precisamente como fundamento central a la persona

humana, se expresan cuáles son los derechos fundamentales que a ésta le deben ser asegurados (...) estos derechos emanan del Derecho Internacional de los derechos humano, el cual impone a los Estados obligaciones al respecto”<sup>23</sup>.

Dentro de este contexto normativo, la niñez ha sido pensada como un estadio del desarrollo del ser humano que requiere especial atención y cuidado, y aun cuando en el día de hoy subsistan formas de explotación infantil de las más diversas índoles, podría decirse que existe, al menos, la conciencia en gran parte de la humanidad acerca de los valores que deben ser protegidos para que la niñez pueda desarrollarse de una manera sana. Dentro de esta concepción acerca de la protección que la infancia merece, existen ciertos principios consagrados en diversos instrumentos internacionales, dentro de los cuales el respeto por el principio de igualdad de los niños queda plasmado, entre otros textos en la Convención sobre los Derechos de los Niños, como se puede leer en su artículo 2°:

"Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la 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 del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

### **1.3 Análisis del Artículo 323 del Código Civil**

Quizás una de las prescripciones más anómalas de la legislación chilena respecto de los alimentos dice relación con que estos alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir **modestamente de un modo correspondiente a su posición social**. Además, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiocho años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio. Los alimentos que se concedan según el artículo 332 al descendiente o hermano mayor de veintiún años comprenderán también la obligación de

---

<sup>23</sup> BARROS, Enrique et al. Familia y persona, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1991, pp.151-152

proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio.

Sin querer practicar una profunda exegesis del artículo 323, la primera pregunta que debe saltar a la vista es sin duda: ¿Cómo se subsiste modestamente de acuerdo a la *posición social*? El abanico de respuestas es tan amplio como el número de alimentados que existan<sup>24</sup>, ¿es este punto baladí?, no lo es, de hecho subsistir modestamente en un caso puede significar la supervivencia estrictamente alimenticia y en otros casos la diferencia de algunas UF de tal o cual *College*, al respecto se ha pronunciado la sentencia de 22 de enero de 2014 (Rol 6.112-2013) al acoger el recurso de casación en el fondo deducido por el padre demandado contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que confirmaba la sentencia del Tribunal de Familia, y aumentaba la pensión alimenticia que debía pagar el demandado en favor del alimentario, fijada inicialmente en \$660.000 a \$1.000.000. Al respecto la abogada y doctora en Familia, Marcela Acuña comenta:

“En estos autos el alimentario es un menor de 15 años que vive junto a su madre en un departamento de ella, estudia en un establecimiento privado mensualmente pagado por el padre (considerando matrícula, mensualidad y centro de padres); no padece de problemas de salud y es carga de su padre en una Isapre y en el Estadio Español. El alimentante, su padre, es un médico cirujano que no ejerce como tal, desempeñándose como empresario; vive junto a dos de los cuatro hijos que tuvo con la demandante, de 22 y 21 años, estudiantes universitarios cuyos gastos mensuales son solventados en su totalidad por el padre. La demandante por su parte, es enfermera con ingresos

---

<sup>24</sup> La historia fidedigna de la ley señala que la obligación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación y asistencia médica del alimentario, de un modo correspondiente a su posición social. La Comisión estuvo de acuerdo con suprimir la distinción entre alimentos congruos y necesarios, que contempla hoy este artículo, **pero no fue partidaria de enumerar las necesidades que deben satisfacer los alimentos, por estimar que corresponde determinarlas a los tribunales, a la luz del mandato legal.** Por ello, resolvió mantener, como definición de alimentos, la que tienen los alimentos congruos. Esta fórmula recoge la idea que el mismo proyecto contempla a propósito del artículo 330 del Código, que se remite a la subsistencia del alimentario de un modo correspondiente a su posición social, para determinar el alcance del derecho de alimentos. Con todo, la circunstancia de que el inciso segundo del artículo 323 vigente comprenda, dentro de los alimentos que deben proporcionarse al menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio, la inclinó a respetar ese criterio. Consiguientemente, agregó un nuevo inciso segundo, que señala que, tratándose de alimentarios menores de veintiún años, los alimentos comprenden la enseñanza básica y media y la de alguna profesión u oficio, y, cuando los alimentos se extienden más allá de esa calidad a descendientes y hermanos, comprenden también la obligación de proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio. - Con las modificaciones señaladas se aprobó por unanimidad, con los votos de los HH. Senadores señores Hamilton, Larráin y Otero. Historia de la Ley N° 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en Materia de Filiación, Diario Oficial 26 de octubre, 1998.



mensuales derivados del ejercicio de su profesión; habita un departamento propio y percibe arriendo de otro y no realiza aporte económico a la manutención de los hijos que viven con el padre (...) los hechos establecidos y lo dispuesto en los artículos 323 y 330 del Código Civil permitieron concluir a la Corte Suprema que la regulación de los alimentos que estableció el fallo recurrido, no satisface las exigencias que el estatuto regulatorio impone, *al no considerar las reales necesidades del alimentario* que lo habiliten para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, apareciendo la decisión desprovista de la razonabilidad y proporcionalidad debida. La Corte resalta que *el nacimiento, subsistencia y/o extinción de la obligación alimenticia, se encuentran determinadas por la justificación de la necesidad de reclamarla; así aunque la persona obligada a prestar alimentos tenga elevados medios económicos, no se le podrá exigir el pago de una pensión alimenticia que supere dichas necesidades*; por tanto las necesidades del alimentario como su posición social fuera de lo ordinario, deben probarse de una manera específica y concreta. Por otro lado, y no menos importante, la Corte hace presente que *no es posible obviar el deber que recae sobre la demandante, atendida la calidad de madre del alimentario de contribuir también a su mantención, en proporción a sus facultades económicas*, de conformidad a lo dispuesto por el Código Civil<sup>25</sup>.

Lo interesante en el fallo comentado es que fija una suma de dinero bastante elevada por el caso de un menor cuyas necesidades están absolutamente cubiertas en lo referente a salud, educación, vivienda, alimentación y servicios básicos, estableciendo de manera bastante particular una cantidad de dinero cuyo destino no puede ser razonablemente previsto, sea cual sea el juicio que a uno le merezca tanto en la primera instancia como en la casación, debe tenerse en cuenta que llamar “modestamente” a una situación así sería darle una interpretación absurda al concepto. Sin embargo me parece aún más llamativo que no se comente respecto de la excepcionalidad de la situación en tanto se trata de un caso en que se manejan cifras bastante elevadas de dinero que son en primera instancia insuficientes sin justificarse en que gastos habría de incurrir la madre del menor, de esta forma y tal como quedó establecido en la historia fidedigna de la ley, es el juez quien legisla para el caso particular, regulando según su

---

<sup>25</sup> ACUÑA, Marcela, Criterios para la regulación de la pensión de alimentos, en: El Mercurio Legal, viernes 31 de enero de 2014.

parecer lo que de otra forma debiese estar establecido por la ley aplicando una simple matriz de necesidades como la citada de Max – Neef, de lo contrario se está estableciendo una razón desproporcionada al ejercicio de la justicia redistributiva, entre aquellos menores privilegiados y todos aquellos que son objeto de la presunción del 40% del Ingreso Mínimo Remuneracional Mensual y que paradójicamente son quienes más recursos necesitan para lograr de cierta forma subsistir muchas veces bajo condiciones en extremo adversas, en este sentido las madres chilenas han sabido hacer de la necesidad virtud, sacando adelante por si solas y muchas veces sin ningún tipo de apoyo económico a sus hijas e hijos.

La cara menos amable de la lucha contra la pobreza, sugiere que en ciertos casos es una lucha contra los pobres de carne y hueso. Detrás de todos los discursos que abogan por la caridad o la filantropía como sucedáneo de la distribución política de los recursos ¿Dónde puede percibirse que haya un real esfuerzo por emparejar la cancha en el derecho de alimentos? La verdad es que consagra una forma abierta de discriminación hacia aquellos que *realmente* solo pueden subsistir modestamente, lo grave es que lo hace contraviniendo abiertamente el artículo N°2 de la citada convención de los derechos del niño. Esta observación, ya está ampliamente desarrollada por la profesora Claudia Schmidt en su libro “Del derecho alimentario familiar en la filiación”, dentro de las observaciones más críticas se encuentra la contravención explícita que “la posición social” juega dentro del ordenamiento jurídico, siendo esta evidentemente contraria al principio de igualdad consagrado en la ley fundamental de la república, haciendo subsistir de facto lo que doctrinariamente se conocía hasta hace algún tiempo como Alimentos Congruos, al respecto Schmidt señala:

“(…) ¿es admisible jurídicamente que el juez de familia deba considerar en la actualidad, en la regulación de una pensión alimentaria, la posición social del alimentado? La respuesta jurídicamente es negativa, pues estamos frente al derecho fundamental a una vida digna, y la posición social o el rango social de quienes son titulares de derecho alimentario son factores discriminatorios que hacen de la normativa legal una regulación inconstitucional. En efecto suficientemente ilustrativa a este respecto es la convención sobre los derechos del Niño, que dado su rango constitucional incuestionable, prescribe imperativamente en su artículo segundo, apartado número 1 que los Estados Partes, y Chile lo es, “respetaran los derechos

enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la 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 del niño, de sus padres o de sus representantes legales”<sup>26</sup>

En el derecho de alimentos, y particularmente en el artículo 323 del Código Civil, se puede interpretar un anacronismo que ya no tiene cabida en nuestros tiempos o al menos no debiese tenerlo, es aceptable que en una sociedad fuertemente estratificada como la chilena decimonónica pueda haber existido tal diferenciación, sin embargo, que subsista “la posición social” como factor determinante del quantum de una pensión de alimentos es no solo discriminador sino contrario incluso a la norma constitucional, y si bien existe una realidad objetiva, el derecho no debe anclarse a una estructura social ya caduca, consagrándola legalmente y de paso contrariando así todo el bloque de derechos que la protege.

En la actualidad ya no puede explicarse de manera racional una asimetría legalizadas así, sin a la vez negar la evolución a las que el país está sometido no solo por el transcurso del tiempo, sino que principalmente por el hecho de ser este país un objeto del discurso de la modernización, este concepto abstracto, pero de uso corriente en los discursos políticos de la posdictadura, sugiere una optimización de los recursos estatales en pos de un funcionamiento más dinámico de la economía en general. Sin embargo, es legítimo preguntarse si ¿podría acaso existir una modernización tan solo burocrática en una sociedad pre moderna? De buena fe, diremos que no y que la sociedad chilena con todos los vaivenes propios del progreso, ha evolucionado, es por eso que ciertos procesos migratorios propios de las sociedades pre industriales ya se han completado y han empezado otros nuevos, dentro de este nuevo orden social la cobertura en salud y educación si bien se reparte entre ámbitos públicos y privados con distintos grados de eficiencia, también debiesen universalizarse, por tanto queda por concluir a este respecto que no se puede establecer una discriminación arbitraria en los ámbitos del derecho de alimentos, sin negar a la vez la evolución de la sociedad chilena y que la subsistencia de tal discriminación, no es tan solo ilegal e inconstitucional, sino que va a

---

<sup>26</sup>VELOSO, Paulina y SCHMIDT, Claudia. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2001, pp. 54-55.

*contrapelo* con el devenir y no tiene por tanto, razón lógica ni política para subsistir el día de hoy.

#### **1.4 Acerca del derecho a la educación como parte del derecho de alimentos.**

¿Es pertinente incluir dentro del derecho de los alimentos a la educación? Sin ser objeto de una crítica mayor, la profesora Schmidt<sup>27</sup> se hace cargo tímidamente de la cuestión, en este punto vale la pena hacer la siguiente reflexión, si la educación forma parte de uno de los pilares del desarrollo de una persona, es altamente probable – y así queda demostrado en el derecho comparado - que el derecho a una educación de calidad recaiga no solo en las familias, puesto que existe un interés público en hacer de ésta la base del desarrollo de la subjetividad, a este respecto, podría acusarse de estatismo a cualquier tentativa que intentara desplazar a la familia como la responsable de la educación.

En nuestro parecer, la tarea es dual y comprende una parte que está relacionada directamente con las familias y la crianza, pero es al Estado a quien corresponde llevar a cabo la planificación, el acceso y la garantía de una educación estandarizada, en resumen definir una política educacional determinada. Así como Schmidt califica de subsistentes los alimentos congruos por el hecho de atenderse textualmente a la posición social del niño o niña, en Chile sin que exista una fuente formal que así lo proclame, hoy más que nunca antes en su historia existen varios tipos de educación, siendo evidente que su democratización no está en ninguna agenda política objetiva.

En la experiencia histórica del siglo XX, desde las propuestas y reformas de los gobiernos radicales (1937-1952) hasta la ENU (Escuela Nacional Unificada) la política educacional del Estado tendió a subsanar esta diferencia que se venía gestando desde los albores de la república, sin embargo el fin abrupto de la Unidad Popular relegó la experiencia al museo de las buenas intenciones, desde la dictadura en adelante, la brecha educacional no ha hecho sino ampliarse cada vez más, al respecto el profesor Carlos Ruiz Schneider de la

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pág. 65

facultad de derecho de la Universidad de Chile ha expresado:

“Las teorías del mercado y la privatización son aplicadas en Chile en el contexto de un sistema educacional marcado por el modelo desarrollista resultante de la Reforma Educacional de Frei en 1965. La política educacional del Gobierno de la Unidad Popular que cristaliza en el proyecto de Escuela Nacional Unificada no alcanza prácticamente a ser llevado a la práctica, aunque las ideas que lo sustentan influyen poderosamente en la conciencia social de una parte importante del magisterio. De este modo entre 1970 y 1973, lo que se pone en práctica sigue estando enmarcado en las concepciones educacionales del desarrollo. A partir de 1970, hay, por ejemplo, una importante ampliación de la cobertura en educación parvularia, en educación media (tanto en el científico-humanista, como en la técnico-profesional) y en el tramo de educación superior.

Sin embargo, Las medidas democratizadoras de la Unidad Popular no se agotan en la ampliación de la cobertura. Hay también un desarrollo muy importante de la participación de los actores sociales fundamentales (profesores, estudiantes universitarios y secundarios, funcionarios) en la gestación de las políticas del sector. Aunque se trata sobre todo de una participación encauzada por los partidos políticos, ello no impide que las grandes líneas de las políticas sean fruto de una deliberación y de unos procesos de decisión que implican la participación masiva de los sectores involucrados.

En todo caso es indiscutible que, tanto el proyecto político-social de la Unidad Popular, como el modelo desarrollista de reformas estructurales implican un elemento democratizador fuerte y en ascenso. Es finalmente ese contenido democratizador sustantivo el que es desarticulado por la dictadura militar de la década de los 1970.

En cierto sentido, las dictaduras latinoamericanas y muy especialmente la dictadura chilena, conforman una avanzada en un movimiento general de regresión política y social que lleva primero al reemplazo de las experiencias de reformas más radicales por regímenes autoritarios y luego, en Europa y América del Norte, sobre todo con posterioridad a la crisis del petróleo de 1973, a la desarticulación de los Estados de

Bienestar y su reemplazo por políticas de inspiración neo-liberal.”<sup>28</sup>

La educación no es en ningún caso para el Estado una prestación facultativa que pueda integrarse en la medida de lo posible en la vida de los ciudadanos, es una obligación que se encuentra consagrada en declaraciones e instrumentos internacionales de público conocimiento y la contravención de este imperativo es una violación a los derechos Humanos, por lo que no es suficiente tratarla como un elemento perteneciente a un bloque, su importancia es fundamental y la realidad indica que hoy está dividida, existiendo claramente polos de educación para ricos y otros para pobres, cada uno con sus matices evidentemente. Esto se ve reflejado no solo en la educación universitaria en donde la estratificación es evidente, sino que también en un examen transversal del sistema educacional chileno, del cual es una característica demasiado importante como para ser pasada por alto. Al respecto el economista Patricio Meller, señala que en los países latinoamericanos se pueden distinguir hasta tres brechas distintas en el ámbito de la educación:

“La primera brecha educacional, la absoluta, es la que muestra el porcentaje de estudiantes que está bajo el nivel básico mínimo de conocimientos. La prueba PISA (2015) muestra para ocho países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú y Uruguay) que entre el 50% y el 70% de los estudiantes latinoamericanos quedan bajo el nivel básico en matemáticas. Por otra parte, en el tramo de los niveles máximos solo alrededor del 1% de los estudiantes logra estar en los niveles superiores. (...) La brecha educacional interna es la que concentra el foco del debate en los países latinoamericanos, es decir, la diferencia en el desempeño educacional entre los estudiantes de las familias de altos y bajos ingresos. La prueba PISA con los puntajes promedios a nivel de decil para los ocho países latinoamericanos muestra que a medida que aumenta el nivel de ingresos, aumenta el puntaje. Hay países latinoamericanos en los que este diferencial educacional entre el decil más rico respecto del más pobre es superior a 135 puntos.

La brecha educacional externa constituye un factor crucial para el futuro de los jóvenes y la competitividad de los países. En consecuencia, la comparación educacional

---

<sup>28</sup> RUIZ, Carlos. Educación, Mercado y Privatización. En: <http://web.uchile.cl/facultades/filosofia/Editorial/documenta/reflexunive/08.htm>

relevante para saber “cuán bien o cuán mal” está el nivel de la educación local es la “distancia” existente respecto al nivel de los países líderes en educación escolar.

Singapur supera a los ocho países latinoamericanos por un rango de 142 a 187 puntos (matemáticas). Aún más, ni siquiera los mejores estudiantes latinoamericanos (percentil 95) logran niveles similares al de la mitad inferior de los estudiantes de Singapur. Dado el desempeño histórico observado, recién en el año 2047 varios países latinoamericanos lograrían el nivel actual de Singapur.”<sup>29</sup>

La cifra bruta es ya de por sí dramática sin siquiera aplicar la división entre los colegios públicos y los colegios privados en donde solo las condiciones objetivas de espacio por alumno o de profesor por cantidad de alumnos, áreas verdes, dotación profesional no tiene ningún tipo de comparación, creando de facto un “apartheid educacional” que se perpetúa en todas las etapas del ciclo productivo, terminando con toda ilusión de movilidad social o meritocracia.

De esta manera, estamos ante una nueva forma abierta de discriminación, una nueva ilegalidad y una nueva inconstitucionalidad. De esto no conviene hablar directamente, puesto que se ha normalizado la estratificación educacional, asumiendo que algunos merecen más en detrimento de otros que por algún motivo contrario a toda lógica merecen una educación precaria en un ambiente precario. Evidentemente, incluir al derecho a la educación dentro del derecho de alimentos en un contexto histórico de alta concentración del ingreso no tiene ningún sentido político, lógico e incluso estético, pues implica, por una parte, minimizar e incluso hacer invisible la sensible área de la educación (que quizás sea la cartera que más ministros ha visto de caer de manera dramática) y, por otra, una sutil forma de desligar al Estado de un deber consagrado en la constitución y ,de manera más clara y diáfana, en los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, por tanto su subsidiaridad no debiese correr del lado del Estado, sino al revés, entendiendo que en un esquema político desarrollado es el Estado el principal obligado y solo de manera subsidiaria lo son las familias. En este sentido, la garantía constitucional que consagra la libertad educacional, sola interpretada en

---

<sup>29</sup> MELLER, Patricio. La triple brecha educacional Latinoamericana, (en línea) fecha de revisión 25 de Febrero de 2019, disponible en: [https://elpais.com/internacional/2017/09/15/america/1505509761\\_417906.html?id\\_externo\\_rsoc=TW\\_CC](https://elpais.com/internacional/2017/09/15/america/1505509761_417906.html?id_externo_rsoc=TW_CC)

una clave ideológica perversa puede restringirse a la libertad de los padres de elegir un colegio para sus hijos, cuando sabemos que hay quienes no tienen opción.

La concepción de alimentos puede tener un alcance amplísimo, sin embargo, la educación bien merece un apartado, pues su carácter es complejo y su desarrollo tiene un fin general de carácter social que está estrechamente ligado a los índices de desarrollo y, por tanto, a la ubicación del país dentro del sistema productivo mundial, lo que no calza bajo ningún punto de vista con la lógica asistencialista que el derecho de alimentos actualmente ostenta. En este sentido, una reforma educacional e incluso una reforma legal o constitucional debiesen derogar de manera orgánica cualquier mención a la educación ligada al derecho de alimentos puesto que su importancia excede por mucho el contenido que este derecho es capaz de abarcar, estamos, en el fondo, hablando de distintas áreas cuyo desarrollo no puede integrarse la una en la otra sin entrar en conflicto con los tratados internacionales y, más aún, con la realidad de un mundo que exige una especialización cada vez mayor desde el punto de vista de la educación y la producción. En este contexto, ni el decimonónico sistema civil de Bello, ni tampoco las sucesivas reformas que éste ha sufrido son capaces de abordar con la seriedad pertinente la educación como un derecho autónomo que tiene que ser garantizado seriamente por el Estado, en esto no habría innovación alguna y tan solo se seguiría las tendencias internacionales de los países que han alcanzado grados de desarrollo que funcionan como reflejo de lo que Chile pretende alcanzar en algún momento. Si a principios del siglo pasado gobernar era educar, esa misión lejos de cumplirse se decidió tercerizar de manera bastante poco óptima para el interés social, por más que en los intereses del mercado calce de manera perfecta como un negocio cualquiera, en un futuro, tarde o temprano, deberá decidirse si se legisla para el interés de las corporaciones o de la nación, y la educación es un tema tanto o más delicado que los alimentos y la salud, por tanto cada uno merece el tratamiento especializado correspondiente ya que siendo tratados como un bloque pierden su sustancia y terminan por perjudicar aún más a las poblaciones más vulnerables.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> No solo las dificultades para el cumplimiento, sino también la exigüidad de las pensiones alimenticias son una razón más que suficiente para pensar en legislar todos estos tópicos de manera independiente. En primer lugar la presunción del 40% del Ingreso Mensual Remuneracional que es el índice que se ocupa para fijar las pensiones de alimentos, actualmente está cerca de los \$115.000 pesos, equivalentes aproximadamente a U\$170 dólares, lo que resulta absolutamente insuficiente no solo para una alimentación balanceada y óptima sino que deviene imposible de compatibilizar con gastos de salud y educación, en nuestro país, un simple arancel de una carrera de



## 1.5 Una forma especial y específica de discriminación contra la mujer

La institución de la compensación económica recogida dentro de la ley de divorcio vigente de alguna forma reconoce el derecho que asiste al cónyuge más débil (que en la mayor parte de los casos es la mujer) a ser compensado por lo que dejó de percibir por el hecho de dedicarse a los cuidados y las atenciones de la familia. Esta institución, reciente en nuestro ordenamiento de justicia, es un mecanismo que da cuenta de la necesidad de llevar a cabo el mandato de derecho internacional cristalizado en la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>31</sup> cuyo artículo 16 prescribe:

“Los estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

c) los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos, en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”

Si se pudieran estudiar detallada y pormenorizadamente los daños o el menoscabo económico que sufre la mujer como garante del funcionamiento del hogar y del cuidado de los hijos en última instancia, se advertiría rápidamente que concurren una serie de daños patrimoniales que van desde el evidente lucro cesante hasta los perjuicios de agrado e incluso

---

educación superior puede superar esa cifra mensualmente en tres o cuatro veces en una universidad tradicional. La imposibilidad es evidente más aún cuando se le suma a este desembolso en educación los gastos derivados de salud, pues existen prestaciones de salud que también superan largamente aquella cifra. Lo anterior no quiere decir que no existan del todo salud ni educación para quienes no pueden costearse, sin embargo esas prestaciones básicas solo existen de manera indirecta, deficiente y extemporánea.

<sup>31</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Publicada en Chile en el Diario Oficial el día 9 de noviembre de 1989.

estéticos. Es por esto que la maternidad llevada a su extremo puede ser considerada como un abuso social, en este sentido la profesora Laura Albornoz Pollmann explica en detalle esta situación:

“Uno de los factores estructurales que explican la existencia de relaciones de inequidad entre hombres y mujeres, deriva de la radicación exclusiva en ellas de la responsabilidad por la gestión del hogar y la familia, ya se trate de trabajo doméstico, cuidado de las niñas y niños, personas enfermas, u otras tareas. Esta situación se agrava cuando se presentan rupturas en la situación conyugal o de pareja, las que suelen resultar en un elevado incumplimiento de las responsabilidades parentales del hombre con relación a sus hijas e hijos”<sup>32</sup>.

Evitando cualquier alarmismo innecesario, lo que queda de manifiesto es que la situación de asimetría, tanto al interior de la sociedad en términos económicos y de oportunidades, tiene una expresión al interior de las familias o de los resultados de la división de éstas, cuando las demandas por pensiones alimenticias se hacen más evidentes, al respecto Laura Albornoz indica que:

“Otra dimensión del mismo problema lo constituyen los obstáculos que las mujeres encuentran para hacer cumplir la obligación alimentaria cuando recurren a los tribunales de justicia. En el año 2002 el 58% de las órdenes de arresto diligenciadas por la Policía de investigaciones concluyeron sin resultados, lesionándose severamente el principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo relativo a la distribución de las responsabilidades familiares”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Derecho de Alimentos. Compendio de Normas Nacionales e Internacionales, Gobierno de Chile, Servicio Nacional de la Mujer, editado por el Diario Oficial de la República de Chile, 2007, pp. 3 – 4.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

## CAPÍTULO II. El problema del Incumplimiento y el Derecho Comparado

La situación respecto de la exigibilidad del derecho de alimentos se limitaría, desde un punto de vista reduccionista, a una cuestión de mecánica jurídica, entendiéndose como un mecanismo para hacer valer un deber pecuniario<sup>34</sup> (en el fondo, la forma de hacer valer una obligación). Sin embargo, lo que la hace absolutamente apremiante, es el problema social que ésta conlleva en caso de incumplimiento, que se traduce, en términos simples, en personas a las cuales se les están negando prestaciones consideradas en su conjunto como derechos fundamentales, y esto por supuesto, está no solo en contravención con los tratados internacionales firmados y ratificados por Chile, vigentes en todo caso, sino con las garantías fundamentales que la misma constitución – más allá de todos los cuestionamientos al texto y de su particular ideología – asegura a todos los ciudadanos. El problema social que generan los incumplimientos repercute en la sociedad, de distintas formas en todos los ámbitos del desarrollo de ésta, en este sentido la profesora Laura Albornoz explica:

“Durante el año 2004 se registraron 240.000 nacimientos y paralelamente, ese mismo año, fueron interpuestas 110.000 demandas a padres por incumplimiento de sus responsabilidades económicas. Es una tendencia que debería preocupar al país entero. En razón de lo anterior, muchas mujeres deben asumir solas el compromiso con la crianza y educación de sus hijas e hijos, como también solventar los gastos de vivienda, vestuario, salud y recreación a la vez que desempeñar un trabajo y dedicar el tiempo necesario al cuidado de su familia”<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> “Si bien algunos autores discrepan con la idea de que los alimentos constituyan en sí una obligación, entre ellos Claudia Schmidt, quien postula que son un deber de corte asistencial, entendiéndose que se está en presencia de un derecho humano fundamental, el cual debe ser protegido, promovido y garantizado por el Estado, el que si bien tiene consecuencias pecuniarias, no se habla de una obligación propiamente tal. Otros como Vodanovic y Maricruz Gómez de la Torre, indican que en conformidad al trato legislativo de los alimentos, estos deben considerarse como “obligación alimenticia”, ya sea de tipo legal o voluntaria”. MORALES, Victoria. “El derecho de Alimentos y compensación económica: La excepción en la forma de pagar estos derechos”, Tesis para optar al grado académico de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2015, Pp. 36-40.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

Este problema que tendría que afectar en condiciones normales a la sensibilidad del ser humano, es una cuestión de estricta supervivencia. En la práctica, el hecho de que las muertes por inanición sean patrimonio de lugares críticos o estados fallidos, de África particularmente, pero también de otras partes del mundo, no debiese minimizar la sensación que se tiene respecto de los efectos perniciosos que genera en las familias la realidad del incumplimiento, es decir, el no tener certeza del sustento necesario para necesidades básicas no puede menos que generar ansiedad, trastornos, inseguridad y sensación de vulnerabilidad en quienes son objetos de él, pero el daño es mayor si se tienen en cuenta los efectos fisiológicos de la nutrición incorrecta, una deficiente educación y una incertidumbre constante en el ámbito de la salud y todos los gastos imprevistos que se generan a diario por el solo hecho de participar activamente de la sociedad. Una de las particularidades de las pensiones alimenticias es que estas deben ser pagadas con anterioridad al periodo que cubren, en este sentido, los atrasos, que son también una forma de incumplimiento, son bastante generalizados y no reciben una sanción eficaz.

“Todos los mecanismos de aseguramiento para el cumplimiento de las pensiones alimentos, a excepción de la constitución de prenda o hipoteca, encuentra lugar *a posteriori*, sólo pueden invocarse una vez comprobado el incumplimiento de pago en tiempo y forma por el alimentante y sólo a través de uno de ello puede obtenerse efectiva y directamente el pago monetario de los montos adeudados (ejecución del alimentante), el resto de ellos son simplemente apremios al alimentante para “incentivar” el pago directamente de él. Por otro lado, el procedimiento para ser decretados los apremios es de carácter engorroso y muchas veces tardío, no debemos olvidar que la cuota alimentaria debe ser oportuna y continua, no siendo posible “suspender” el alimentarse el día de hoy y alimentarme retroactivamente dentro de un mes mientras dure la tramitación de liquidar la deuda y posterior resolución de arresto nocturno, arraigo u otro apremio”<sup>36</sup>

Aún así, ni siquiera la existencia de los apremios asegura que la obligación se haga efectiva, de hecho lo que se

---

<sup>36</sup> GUARACHI, Loreto. Retención Judicial por Empleador: Modalidad y Garantía de Pago en Derecho de Alimentos, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, facultad de derecho, Santiago, 2015, Pp. 44 - 46

verifica es lo contrario, al respecto existe entre los abogados de familia y los operadores del sistema en general la sensación de hastío y vano esfuerzo por perseguir estas deudas, en lo doctrinario esta sensación ha sido comprendida desde un punto de vista científico y por tanto estudiada en detalle, llegando a la conclusión que el principal problema al respecto es sin duda el del incumplimiento, puesto que sobrepasa cualquier consideración doctrinaria o académica y se sitúa como un comportamiento endémico en aquellos obligados que no prestan el debido cumplimiento al derecho – deber u obligación. En este sentido existe una completa revisión de los modos de cumplimiento y su ineffectividad, como muestra del interés que ha suscitado el tema, el año 2015 se escribieron al menos dos tesis relacionadas con el incumplimiento de la obligación alimentaria, en la facultad de derecho de la Universidad de Chile, el respecto Leonel Leal, autor de una de ellas escribió:

“El derecho de alimentos encuentra sus fundamentos en principios robustos, como son la solidaridad y la responsabilidad familiar, y se vincula con derechos fundamentales y derechos humanos, garantizados tanto por la constitución como por tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes. Estos fundamentos han sido la razón de la especial regulación que el legislador ha dado al derecho de alimentos, que resulta mucho más agresiva contra el deudor moroso que las provenientes de una obligación común. Estas medidas, sin embargo, no han resultado eficaces, no obstante su agresividad, que puede llevar al deudor incluso a prisión. La falta de eficacia de medidas tan fuertes hace necesario plantear la necesidad de una reforma a la legislación vigente, un golpe de timón que desvíe del curso de colisión a la normativa actualmente vigente sobre el derecho de alimentos”.<sup>37</sup>

De esta forma queda expuesto objetivamente el hecho de que ni siquiera el endurecimiento con el que es tratado el deudor en este tipo particular de obligaciones ha funcionado como incentivo para un cambio de conducta social, lo que de hecho termina por aceptar la práctica del incumplimiento, en este sentido el profesor Mauricio Tapia señala que incluso la aplicación del apremio más grave, tiene tan solo una relación marginal con el cumplimiento del pago:

---

<sup>37</sup> LEAL, Leonel. Cumplimiento e Incumplimiento de la Obligación de Alimentos, Tesis para optar al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2015, pág. 15.

“El profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile don Mauricio Tapia, manifiesta que no es claro que el apremio de arresto sea una medida efectiva para lograr el cumplimiento de las órdenes del tribunal, dado que, de las 15.000 órdenes de arresto emitidas en promedio anual, sólo 239 son dejadas sin efecto por pago efectivo de lo adeudado.”<sup>38</sup>

## 2.1 El caso de Estados Unidos: El punitivismo como respuesta al no pago de alimentos.

La pensión alimenticia o de manutención, conocida en inglés como *child support*, es la cantidad de dinero que un padre o una madre que no vive con sus hijos deben pagar al progenitor que sí convive con ellos para su mantenimiento. Lo primero que salta a la vista en el tratamiento de este tema, es que su ubicación no se encuentra directamente relacionada con el derecho de familia, sino que por ser un tema de interés social es tratado dentro de las llamadas *social security acts*,<sup>39</sup> veremos que de igual forma la regla general es que las pensiones se paguen a un ente federal y que solo subsidiariamente pueden existir acuerdos bilaterales entre los padres para realizar así un pago directo. Ésta en apariencia pequeña diferencia respecto de a quién debe hacerse el pago, muestra ya un involucramiento estatal y por tanto un control más estricto en los casos de incumplimientos, al igual que en Chile, en el caso de que los padres no estén ni hayan estado casados, la paternidad deberá probarse o existir un reconocimiento voluntario.

La cantidad que se debe pagar depende de diversas circunstancias, como las necesidades del menor, el costo del seguro médico, los ingresos de cada uno de los padres, la existencia de más hermanos u otras obligaciones familiares y el tiempo que el menor pasa con

---

<sup>38</sup> *Ibidem*

<sup>39</sup> La Ley de Seguridad Social, promulgada por el presidente Franklin D. Roosevelt en 1935, creó la Seguridad Social, una red de seguridad federal para ancianos, desempleados y estadounidenses desfavorecidos. La estipulación principal de la Ley de Seguridad Social original era pagar beneficios financieros a los jubilados mayores de 65 años en base a las contribuciones de impuestos de nómina de por vida. La Ley también estableció la Junta de Seguridad Social, que más tarde se convirtió en la Administración de Seguridad Social, para estructurar la Ley de Seguridad Social y determinar la logística de su implementación. Véase al respecto: Breve Historia de la Seguridad Social en los Estados Unidos, disponible en: <https://www.ssa.gov/espanol/brevehistoria.htm>

cada uno de los padres. Puede haber un acuerdo entre los padres o, a falta del mismo, seguir las reglas de cómputo del estado en el que reside el menor, el sistema federal de Estados Unidos reconoce una autonomía legislativa a cada Estado y por lo tanto cada uno de los cincuenta estados de la unión tiene distintas reglas<sup>40</sup>.

Como regla general, se tiene en cuenta el salario bruto de los padres, es decir, incluidos los impuestos que se le retienen o paga, sin embargo en los casos en los cuales este salario no puede probarse, ya sea en casos de ocultación de información, de ingresos informales o de migrantes indocumentados, la cantidad se estima según su ingreso potencial, lo que se conoce en inglés como *potential income*, y que aplica para todos los casos en que resulte dudosa la veracidad de la declaración de los ingresos por ser notoriamente inverosímiles.

En contraste y dependiendo de los estados de que se trate, si uno de los padres recibe ayuda económica del estado podría considerarse que sus ingresos equivalen a cero, fuera de esto, para llevar a cabo este cálculo no se tienen en cuenta los gastos del demandado. Según los últimos datos proporcionados por la oficina del Censo de los Estados Unidos, la cantidad media que se recibe en concepto de *child support* por niño por mes es de USD\$329.

Como regla general la cantidad a pagar se fija en el mismo momento en que se establecen los derechos de visita del progenitor que no vive con el infante o adolescente. Posteriormente – tal como ocurre en el sistema chileno – cualquiera de las partes puede solicitar una revisión de la cantidad fijada por el tribunal o acordada entre las partes si es que hay un cambio en sus ingresos, el derecho de pedir esta revisión asiste a ambos padres. Las consecuencias de la falta de pago varían según la jurisdicción de cada Estado, la cantidad de tiempo que el padre no ha cumplido y la cantidad adeudada. Las sanciones típicas incluyen el embargo de salarios y la denegación o suspensión de licencias de conducir, licencias de caza y licencias profesionales. En los Estados Unidos, a los padres que no cumplan con los atrasos de más de USD\$ 2500 se les pueden negar los pasaportes del Programa de Denegación de Pasaportes.

---

<sup>40</sup> Si se desea obtener una idea de la cantidad que podría corresponder a un niño se puede utilizar una calculadora online en la cual es necesario elegir la del estado que corresponde, disponible en: <https://supportpay.com/resources/child-support-calculator/>

En ciertas jurisdicciones como Australia y también Chile, no se encarcela a personas por no pagar los atrasos de manutención de los hijos. En los EE. UU., en contraste, la falta de pago de la manutención de menores puede tratarse como un delito penal o civil, y puede dar lugar a una pena de prisión. En Nueva York, la falta continua de prestación de manutención infantil es un delito mayor punible con hasta 4 años de prisión. Además, los deudores de manutención infantil están sujetos a multas y confiscación de propiedad. Dado que el deber de proporcionar manutención de los hijos está separado del requisito civil de obedecer una orden judicial con respecto a las visitas, es excepcionalmente raro que un padre sea encarcelado por violar esa parte de la orden judicial.

## **2.2 El caso de Ecuador: protección integral desde la constitución**

La legislación ecuatoriana ha tenido siempre una fijación especial con la responsabilidad de proteger que compete al Estado respecto de la niñez y la juventud, esto se vio reflejado en el hecho de que, por ejemplo, varias materias hayan sido reguladas dentro del temprano código de Menores de 1938 que unificó varias materias de juzgamiento de los menores de edad y asimismo sentó el estándar de cuidados que correspondió al Estado mantener en favor de éstos. Posteriormente en 1998 quedó consagrado constitucionalmente el derecho al bien superior del menor – que a diferencia de la consagración simplemente legal que tiene en Chile – ha tenido drásticas consecuencias y en 2003 entraron en vigencia un nuevo código de la niñez y la juventud. Sin embargo, los cambios más drásticos en lo relativo a los alimentos<sup>41</sup> y el derecho a éstos, tienen su fuente en el cambio constitucional de 2008, texto en el cual se consagra no solo un marco de protección en lo respectivo a la garantía de nutrición y salud, sino que lo extiende y configura por parte del estado la protección integral de niñas, niños y adolescentes:

“Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 1. Atención a menores de seis años, que garantice su

---

<sup>41</sup> Art. 3, Constitución del Ecuador- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.



nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos. 2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral. 3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad. 4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. 5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo. 6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias. 7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos. 8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad. 9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas”<sup>42</sup>.

Llama la atención entre otras cosas el hecho de que el manto protector que tiende la constitución ecuatoriana se extienda de manera pormenorizada a muchos de los derechos que en Chile se aglutinan así sin más al derecho de alimentos, que como sabemos, en nuestra legislación forma parte del derecho privado, por ejemplo el derecho a una salud integral y nutrición están garantizados por el Estado, sin entrar en trampas leguleyas que terminan por desplazar la responsabilidad de proteger del Estado, dando paso a la mercantilización de facto y a la tercerización de servicios otrora considerados como públicos, en este sentido la

---

<sup>42</sup> Artículo 46, Constitución de la Republica de Ecuador, promulgada en 2008.

constitución ecuatoriana no deja dudas al respecto, por ejemplo en su artículo 49, va más allá y consagra el derecho de niños y adolescentes, a educación, cultura y deportes, entre otros:

“Art. 49.- Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley”<sup>43</sup>

### **2.3 Argentina y la reforma surgida del nuevo Código Civil y Comercial.**

La situación argentina representa un interés especial para el análisis puesto que más allá de la vecindad geográfica y cultural existieron hasta hace poco tiempo muchas similitudes entre ambos sistemas, sin embargo en el país trasandino operó una reforma que derogó el Código Civil anterior, sin por ello terminar con muchas de las similitudes entre ambos ordenamientos puesto que muchas de las reformas recogidas por la nueva legislación argentina ya se encuentran de alguna forma integradas al sistema chileno, lo que de todas formas no hace del ordenamiento chileno un entramado vanguardista en estas materias. El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CCyC”) es el cuerpo legal que reúne, desde 2015, las bases del ordenamiento jurídico en materia civil y comercial en la Argentina. Fue redactado por una comisión de juristas designados por el Decreto N°191 de 2011. El texto final fue aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014, mediante la Ley N°26 994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año. El Código entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, reemplazando al Código

---

<sup>43</sup> *Ibíd.* Artículo 49.

Civil de 1869, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y al Código de Comercio de 1862, redactado por Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield.

Y si bien la entrada en vigencia reciente de ese cuerpo legal no permite analizar con distancia sus efectos, lo que sí puede destacarse es que la situación anterior de Argentina era muy similar a la chilena, y es por eso que la experiencia argentina ofrece al derecho chileno una muestra en tiempo real de cómo puede operar una reforma completa del sistema civil y en este caso, al sistema de reclamación de pensiones alimenticias, al respecto, Guarachi observa:

“El fenómeno de incumplimiento, total o parcial, se observa en medida similar a la situación en Chile. Según la autora trasandina Mariel Molina a lo largo del tiempo se han ensayado diferentes estrategias para garantizar al acreedor alimentario la realización de su derecho, se ha buscado vías rápidas, expeditas y eficaces, sin embargo, los resultados no fueron siempre los esperados”.<sup>44</sup>

Para hacer frente a esta situación de anacronismo y desbalance del derecho interno con los tratados vigentes en materia de DDHH, el cambio de legislación argentino no innovó respecto de la nomenclatura y siguió refiriéndose al pago de pensiones como una obligación alimentaria, sin embargo, adecuó el paradigma bajo el cual se trataba la materia, en cuanto a la incorporación de principios inspirados en el respeto a los DD.HH, al respecto Mariel Molina de Juan reflexiona:

“El nuevo Código Civil y Comercial regula las relaciones familiares en el Libro Segundo. Se ocupa específicamente de los alimentos debidos por los padres a los hijos en el Capítulo 5° del Título VII (Responsabilidad Parental). La nueva ley realiza cambios significativos en la relación alimentaria entre padres e hijos, que recogen los mandatos del sistema de derechos humanos con una clara vocación por recuperar la coherencia del derecho privado con el sistema constitucional – convencional. Algunas de las novedades normativas reflejan la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, otras implican una toma de posición frente a los debates planteados. El derecho alimentario es valorado como un derecho fundamental que exige una atención urgente y oportuna, más aún cuando se trata de niños y adolescentes, cuyo interés superior es guía y norte

---

<sup>44</sup> GUARACHI, Loreto, Op. Cit., pág. 67

en la aplicación e interpretación de todo el articulado. La prestación debida a los hijos integra el cuadro de las relaciones alimentarias que derivan de la vida familiar junto con las que nacen del parentesco, del matrimonio y de la unión convivencial”<sup>45</sup>

Uno de los aspectos más innovadores introducidos en esta nueva legislación argentina, tiene que ver con la inclusión de políticas de género que buscan situar a la mujer en un plano de igualdad, respecto de cómo históricamente se ha tratado a los hombres, en este sentido el artículo 455 del Código Civil y Comercial reconoce al trabajo doméstico como contribución a las cargas<sup>46</sup>. De igual forma y en consonancia con la incorporación de medidas de ajuste legal a los tiempos contemporáneos, el nuevo Código se hace cargo del tratamiento del derecho de alimentos, en una perspectiva inspirada por la constatación de la calidad de DDHH que tiene la alimentación en particular y el derecho a una manutención adecuada como derecho más amplio, al respecto se ha observado que el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Familiar se refleja sin dudas en la inspiración del nuevo Código, puesto que al introducir una mirada de género concreta y actualizar la inspiración de sus instituciones deja atrás una lógica provinciana y una lógica patriarcal<sup>47</sup> que de todas formas subsiste pero cuyo futuro ya no parece inexpugnable, en este sentido, por ejemplo, los hijos podrán llevar como apellido tanto el de su madre como el de su padre. Si los progenitores no se ponen de acuerdo, el asunto se dirime por sorteo en el Registro Civil, los padres podrán decidir si sus hijos llevarán como segundo apellido el de uno de ellos. También el interesado, con edad suficiente, podrá solicitar que se sume a su nombre el segundo apellido, al respecto el artículo 64 del CCyC prescribe lo siguiente:

---

<sup>45</sup> MOLINA DE JUAN, Mariel, Claves para entender las principales reformas del derecho alimentario de los hijos en el Código Civil y Comercial argentino. Revista de Derecho de Familia. Volumen I, 2015, N° 5. Thomson Reuters. Pág. 126. Versión en línea, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/Claves-para-entender-las-reformas-en-alimentos-a-los-hijos-por-Mariel-F.-Molina-de-Juan.pdf>

<sup>46</sup> Artículo 455. “Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”. En el mismo sentido el artículo 520. “Contribución a los gastos del hogar. Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455”.

<sup>47</sup> Al menos así lo plantea la jueza de la corte suprema argentina Helena Highton de Nolasco, aun cuando considera que el sistema judicial argentino sigue siendo machista, en: <https://www.pagina12.com.ar/31095-el-sistema-judicial-sigue-siendo-machista>

“Artículo 64. Apellido de los hijos. El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro. Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos. El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño”<sup>48</sup>

De igual Manera, a la figura del matrimonio igualitario, que está incorporada en el CCyC, se suma la de unión convivencial<sup>49</sup>, que también está regulada y otorga a sus partes derechos similares a los del matrimonio, por último y también en consonancia con la perspectiva de género el nuevo código modifica el estatuto de la adopción, permitiendo el acceso al derecho de personas solas o que no estén legalmente casadas. El juez debe resolver sobre la situación de adopción en noventa días, al respecto Romina Méndez explica:

“El art. 599 del CCyC dispone que los pretensos adoptantes pueden ser un matrimonio, o integrantes de una unión convivencial o una única persona, estableciendo como requisito para la adopción la existencia de una diferencia de edad de 16 años entre adoptante y adoptado, salvo que se trate del caso de una adopción integrativa. El principio general es que las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente, (art. 602). No obstante, conforme lo dispone el art. 603, lo podrán hacer de manera unipersonal en las siguientes hipótesis; a) el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto (debe oírse al Ministerio Público y al curador o apoyo) o b) los cónyuges están separados de hecho.

Por otro lado, el CCyC posibilita la adopción conjunta por parte de aquellas personas que estuvieron unidas en matrimonio o unión convivencial. Es decir, se prevé que las

---

<sup>48</sup> Artículo 64, CCyC.

<sup>49</sup> Regulada orgánicamente entre los artículos 509 al 528.

personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptar conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión si dicha situación representa el interés superior del NNyA”.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> MENDEZ, Romina, El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación, JURISPRUDENCIA ARGENTINA 2016 - III, fascículo n. 8 Abeledo Perrot S.A.

### **CAPITULO III: Nuestra propuesta para hacer frente al problema del incumplimiento, lecciones del Derecho Comparado.**

En nuestra opinión existe una realidad que no puede ser soslayada y es que desde el punto de vista de la legislación vigente, el análisis nos enfrenta a una incoherencia lógica respecto de lo que se refiere no solo a las materias relacionadas con alimentos, sino respecto del trato de la infancia como sujeto de derechos. Especificando en esta misma línea de pensamiento, nuestra principal hipótesis es que si bien, existe una regulación legal respecto de los alimentos en sí, esta legislación es insuficiente e inconexa con todo el bloque legal existente y, nos referimos a un bloque, porque no existe un sistema legal propiamente tal y esto último está ligado a una insuficiencia en el Estado de Derecho, el que pudiendo ser vigoroso y preventivo, ataca al problema de las pensiones alimenticias de una manera reactiva y a todas luces insuficiente. Esta insuficiencia del Estado de Derecho se debe a factores históricos estructurales y a factores políticos coyunturales, que ya han sido expuestos en esta investigación. Sin embargo, el mismo hecho de que una institucionalidad no funcione, abre una serie de posibilidades creativas para intentar solucionar la carencia que esta situación genera. De todas formas, es solo la voluntad soberana la que puede revertir esta tendencia.

Por otra parte, la racionalidad legisladora se ha visto impregnada por la falsa creencia de que en materia económica, los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas, la matriz de Max Neef que hemos expuesto solo a modo de ejemplo, nos demuestra que aquello no tiene asidero hoy en la realidad. Nuestra visión nos sugiere que debe integrarse a la materia de alimentos una forma de repartición geométrica que contemple el todo y las partes y no solo una lógica aritmética que considere nada más que la magnitud de cada caso particular, sin tomar en cuenta el todo. En este sentido las posibilidades de determinar una cantidad o índice alimentario que tuviese que ver solo con alimentos y la cantidad óptima de estos con el desarrollo de la persona en *relación* con la producción y *stock*, podría ser un buen comienzo, por supuesto, no todo el mundo tiene idénticas necesidades alimentarias, sin embargo debe inquirirse la existencia de una base común a todo animal humano y desde aquella derivar otras más específicas.

Al comienzo establecimos que la situación relacionada con el derecho de alimentos estaba condicionada fundamentalmente, por las exigencias jurídicas propias del ordenamiento interno; tanto a nivel constitucional como legal, y por otro lado, las normas de derecho internacional y los diversos tratados e instrumentos relacionados con la protección de la infancia. Estos tratados como sabemos, son irrenunciables en su mayoría y establecen un estándar internacional, que si bien es referencial, es extremadamente importante. Este marco normativo no es modificable y por tanto, si se quiere solucionar el ajuste de la legislación interna a estos parámetros, es exactamente esta legislación interna, la que debe ser, revisada, modificada y dado el caso, derogada toda o en parte. El caso chileno representa una oportunidad única para llevar a cabo una modificación a escala mayor, esto es, incluso abrirse a la posibilidad de establecer una nueva constitución y un nuevo código civil.

En nuestra opinión, no existe una salida a la situación imperante dentro de las coordenadas que ya se han venido ensayando, por el solo hecho de que ya no se puede seguir modificando el Código Civil existente con leyes anexas, puesto que esta forma de introducir instituciones y enmendar los vacíos legales existentes, atenta en contra del espíritu sistemático de todo Código, ya que las lógicas en las cuales están formulados no solo son diferentes, sino muchas veces, incompatibles. En 1857 era impensable un mundo con un sistema legal internacional acabado y muchas de las prescripciones legales internacionales tenían más que ver con la costumbre comercial, que con la protección de lo que hoy conocemos como derechos fundamentales o derechos humanos, nuestro código fue pensado e instituido cuando aún no acaecían las guerras mundiales europeas, y cuando aún no existía si quiera la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por otro lado, en Chile el factor legitimidad de la constitución, debe ser considerado, por ser principalmente una constitución política promulgada por un gobierno dictatorial y enmendada en reiteradas ocasiones, pero sin alterar su estrecha concepción respecto de los derechos humanos, a los que la constitución ni siquiera se refiere de esa forma, por motivos políticos e ideológicos de sus redactores. Esta falta de legitimidad constitucional, es sin duda, un factor pernicioso para la estabilidad legal del país, no en el sentido de que esté en juego la estabilidad política, pero si en retrasar los cambios que tienen que ser hechos, esto es, la



adaptación del sistema o marco legal chileno a los estándares internacionales más exigentes, al menos en la órbita de los países desarrollados.

El caso ecuatoriano resulta ilustrativo de la decisión política que implica generar un cambio mayúsculo, pero respetando una institucionalidad que siempre fue protectora de la infancia, asumiendo el Estado el rol activo de garante de sus derechos, sin embargo el cambio constitucional que operó en aquel país, consagró en la ley fundamental, una estrategia nacional alimentaria e incluyó dentro de aquella lógica la protección de la alimentación para los niños de hasta 6 años. Fuera de aquella protección específica, es evidente que en el analizado artículo 42 de la citada ley fundamental, se va más allá de la básica protección alimentaria, para ampliar la protección hacia otras áreas correspondientes a derechos económicos y sociales más avanzados. Por tanto el caso ecuatoriano muestra como un país dotado de un código civil, inspirado en el chileno de Bello, puede seguir vigente si es que se le implementan cambios y si además, se refuerza la protección de la infancia desde la ley fundamental, adaptando a esta última los tratados internacionales vigentes.

Por su parte el caso argentino resulta de un interés particular, por haber operado allí una nueva codificación, opción que bajo nuestro punto de vista resulta la más ventajosa en tanto, aquel trabajo, supone la creación de un sistema nuevo y por tanto de una lógica propia, que será implementada y por supuesto, complementada y reformada en el tiempo. El derecho de alimentos que hemos analizado, está estrechamente unido a los derechos humanos y aquella simbiosis debe ser debidamente implementada y cristalizada en normas que den cuenta de un compromiso social tendiente a la protección de los menores de edad con menos recursos y posibilidades. Fuera de esto, resulta verdaderamente beneficioso que ciertos principios, como por ejemplo, el esfuerzo por emparejar la situación de discriminación de género estén recogidos en este nuevo Código Civil. Es muy distinto crear un sistema con un espíritu determinado que intentar mediante reformas insuflar de tal o cual lógica un sistema fundado por ejemplo en la discriminación de género, como si lo es el Código de Bello, quien lejos de ser una mente cerrada simplemente fue hijo de su tiempo y plasmó sin duda, el espíritu de su época en su creación.

Estados Unidos por su parte, bajo las Social Security Acts, creó ya en la década de 1930, un sistema de protección social, que hoy aun parece vanguardista frente a la situación

chilena, puesto que ligó el derecho de exigir y percibir alimentos a una función estatal, en la que de no haber pago de la pensión, el Estado se hace cargo y posee luego un crédito en contra de quien corresponda, protegiendo así de manera absoluta el derecho humano a la alimentación, lo que bajo cualquier parámetro de justicia distributiva o de redistribución de los ingresos, parece ser justo y también necesario.

Bajo nuestro punto de vista, llevar el tema a una esfera punitiva, ha demostrado no tener la eficacia necesaria para recaudar lo debido y es de hecho un camino oblicuo de obtenerlo, una persona privada de libertad difícilmente podría producir, por otra parte, existen factores culturales estructurales que demuestran que en Chile la realidad de los niños en abandono paterno ha venido conjunta al desarrollo de la república, en este sentido los clásicos libros del historiador Gabriel Salazar y la antropóloga Sonia Montecinos, han historizado el fenómeno de los niños huachos en Chile; tomando en cuenta aquella situación, es sin duda el Estado quien está llamado a intervenir y hacerlo mediante un ente caritativo o trámite en la corporación de asistencia judicial es azaroso e insuficiente.

## CONCLUSIONES

Una de las consecuencias psicológicas y jurídicas de la dictadura militar fue la de reducir el respeto a los derechos humanos a la ausencia de la persecución, la tortura y el asesinato selectivo. Los derechos humanos van, afortunadamente más allá. Esta breve investigación ha intentado dar fe de aquello. Países con historias similares a la nuestra, como Ecuador y Argentina, han dado el paso decisivo entre reformar sus estatutos y crear otros nuevos con un espíritu más acorde a la época y una impronta marcadamente progresista. En este mismo sentido el progreso de las sociedades está absolutamente asociado al trato que estas son capaces de brindarle a la infancia. La proscripción del trabajo asalariado de los menores de edad y el fin de la explotación infantil, representan tan solo un eslabón de una cadena de necesidades, que lejos de ser infinitas, pueden y deben ser satisfechas por la sociedad, son por tanto un principio y no un fin. Sin embargo, cuando se trata de la niñez, tal como Gabriela Mistral lo señaló, nunca se está a tiempo, siempre es tarde. Lo que puede representar el simple atraso respecto de un cambio legislativo puede condenar a generaciones enteras de niñas y niños de escasos recursos a la inutilidad, a la servidumbre, a la delincuencia y al vicio.

Los tiempos del derecho y los tiempos de los seres humanos difieren, los primeros prestan una utilidad que traspasa el tiempo de una vida humana y por tanto tienen la facultad de moldear el futuro, los seres humanos en cambio, somos transitorios. Convivir con legislaciones atrasadas genera una falta de correspondencia entre los tiempos corrientes y las sociedades, haciendo que una parte de la población viva desfasada de su tiempo, condenándoles a soportar el peso de estructuras jurídicas inútiles y que terminan beneficiando matrices productivas que mantienen al país en el pasado, mientras generan utilidades para sectores reducidos que no están comprometidos ni con la historia del país ni a los que menos podría pedírseles coherencia con el espíritu de progreso. Esta tesis no ha pretendido ser minuciosa en términos de proponer soluciones ni esquematizar instituciones, sin embargo ha intentado dar luces de una problemática social compleja, que muchas veces pasa desapercibida por la abrumadora cotidianeidad de su insistencia, para una dogmática más acabada en la

materia, me remito a los excelentes trabajos presentados por Loreto Guarachi y Leonel Leal, que están citados en esta tesis y en general a los manuales de familia de uso corriente.

Los muchos errores, son responsabilidad del autor, sin embargo, si se ha logrado al menos fijar la idea de que la infancia menos favorecida debe ser sujeto de un cuidado por sobre nuestros estándares corrientes y que la legislación de alimentos es tan solo un síntoma de una desprotección evidente, esta tesis ha cumplido su objeto.

## Bibliografía

### Libros y otras publicaciones

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, Vol. X, n\*37 al 40, Santiago de Chile, Enero – Diciembre de 1944.

BARROS, Enrique et al. “*Familia y persona*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991

CLARO SOLAR, Luis, “*Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chilena.

GUARACHI, Loreto. “*Retención judicial por empleador: modalidad y garantía de pago en derecho de alimentos*”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2015

HARVEY, David, “*Breve historia del neoliberalismo*”, Madrid, España, Ediciones Akal.

HEGEL, George. “*Lecciones sobre la filosofía del derecho*”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Claridad.

LEAL, Leonel. “*Cumplimiento e Incumplimiento de la Obligación de Alimentos*”, Tesis para optar al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015.

MAX-NEEF, Manfred. “*Desarrollo a Escala Humana*”, Montevideo, Uruguay, Editorial Nordan-Comunidad, 1993.

MENDEZ, Romina, “*El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, JURISPRUDENCIA ARGENTINA - III, fascículo n. 8 Abeledo Perrot S.A., 2016

MORALES, Victoria. “*El derecho de Alimentos y compensación económica: La excepción en la forma de pagar estos derechos*”, Tesis para optar al grado académico de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2015.

RANCIÈRE, Jacques. *Política, policía, democracia*. Santiago de Chile, LOM ediciones, 2006

RAMOS PAZOS, René. “*Derecho de Familia*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada, Tomo II, 2000.

SEN, Amartya. *“La idea de la justicia”*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Taurus.

SMITH, Adam. *“Ensayo sobre la riqueza de las naciones”*, Madrid, España, Alianza Editorial.

VELOSO, Paulina y SCHMIDT, Claudia. *“La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia”*, Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2001.

VODANOVIC, Antonio. *“Derecho de Alimentos”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1987.

WALLERSTEIN, Immanuel, *“El moderno sistema mundial: la agricultura capitalista y los orígenes de la economía – mundo europea en el siglo XVI”*, Madrid, España, Editorial siglo XXI, Primera edición, 1979.

ZIZEK, Slavoj. *La suspensión política de la ética*, Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2003, primera edición.

## **Normativa**

### **I. Nacional**

DIARIO OFICIAL, Historia de la Ley N° 19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en Materia de Filiación, Santiago de Chile, 26 de octubre, 1998.

SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER, Gobierno de Chile, *Derecho de alimentos. Compendio de normas nacionales e internacionales*, editado por el Diario Oficial de la República de Chile, 2007.

### **II. Internacional**

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE ECUADOR, 2008.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979.

## **Artículos**

ACUÑA, Marcela, *“Criterios para la regulación de la pensión de alimentos”*, en: El Mercurio Legal, viernes 31 de enero de 2014.

## **Textos Electrónicos**

BAILON, Moisés. *“Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales”*. Colección de textos sobre Derechos Humanos, Primera edición, 2011 [en línea], <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>> [consulta 20 de febrero de 2019]

MELLER, Patricio. *La triple brecha educacional Latinoamericana*, [en línea] <[https://elpais.com/internacional/2017/09/15/america/1505509761\\_417906.html?id\\_externo\\_r\\_soc=TW\\_CC](https://elpais.com/internacional/2017/09/15/america/1505509761_417906.html?id_externo_r_soc=TW_CC)> [consulta 25 de Febrero de 2019]

MOLINA DE JUAN, Mariel, *“Claves para entender las principales reformas del derecho alimentario de los hijos en el Código Civil y Comercial argentino”*. Revista de Derecho de Familia. Volumen I, N° 5. Thomson Reuters, 2015. Versión en línea, disponible en: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/Claves-para-entender-las-reformas-en-alimentos-a-los-hijos-por-Mariel-F.-Molina-de-Juan.pdf>>

RUIZ, Carlos. *Educación, Mercado y Privatización*, [en línea], <<http://web.uchile.cl/facultades/filosofia/Editorial/documenta/reflexunive/08.htm>>

## **Sitios Web**

CONSEJO DE LA JUDICATURA, Ecuador. Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA) <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>>

PÁGINA 12: *“El Sistema Judicial sigue siendo machista”*, en línea, 11 de Abril de 2017 <<https://www.pagina12.com.ar/31095-el-sistema-judicial-sigue-siendo-machista>>

SUPPORT PAY, Child Support Calculator, <<https://www.supportpay.com/resources/child-support-calculator/>>