

# *Revista del Foro Canario*



JURCOM Y LEGISCOM, S.L.  
Calle Elfo 14, entreplanta C - Madrid - España  
Impreso por Omagraf, S.L.  
I.S.S.N.: 1135-0423  
Depósito Legal: M35579-1994

**EL ABANDONO DE FAMILIA Y EL INCUMPLIMIENTO  
DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA,  
TRASCENDENCIA CIVIL Y PENAL**

**Don Lino Chaparro Cáceres**

*Abogado*

**Don Mario Ghosn Santana**

*Abogado*

# **EL ABANDONO DE FAMILIA Y EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA, TRASCENDENCIA CIVIL Y PENAL**

## **INDICE**

- 1.- DERECHO A LA VIDA, FUNDAMENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA**
- 2.- PROTECCION DE LA TUTELA ALIMENTICIA, EN EL ESTADO SOCIAL**
- 3.- LA FAMILIA, INSPIRADORA DE LA TUTELA ALIMENTICIA ( ASPECTO SOCIAL )**
  - 3.1. Tutela social y económica de la familia
  - 3.2. La familia, cauce de la obligación alimenticia
- 4.- PRINCIPIOS JURIDICOS DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA**
- 5.- CARACTERISTICAS DE LA DEUDA ALIMENTICIA**
- 6.- SUJETOS DE LA OBLIGACION**
  - 6.1. Parámetros generales de la obligación
  - 6.2. Los alimentos entre cónyuges
    - 6.2.1. La separación de hecho, efectos jurídicos de los alimentos
    - 6.2.2. La separación de derecho, efectos jurídicos de los alimentos
  - 6.3. La obligación entre ascendientes y descendientes.
  - 6.4. Los alimentos entre hermanos.
- 7.- ALIMENTOS EN LAS UNIONES DE HECHO: REALIDAD SOCIAL.**
  - 7.1. Alimentos en relación con los hijos comunes
  - 7.2. Alimentos entre compañeros.
- 8.- CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ALIMENTOS. PLURALIDAD DE ALIMENTANTES O ALIMENTISTAS.**
- 9.- CANTIDAD Y VARIABILIDAD DE LOS ALIMENTOS**
- 10.- EXTINCION E INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION**
- 11.- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA FAMILIAR**
  - 11.1. Planteamiento y precedente histórico. La criminalización de la conducta.
  11. 2. Bien Jurídico tutelado.
  11. 3. Estructura del delito y comparativa con el CP de 1973.
    11. 3.1. El art. 226 del CP.
    11. 3.2. El art. 227 del CP. La necesaria intervención del Derecho Penal. Principio de intervención mínima.
  - 11.4. El requisito de instancia de parte y el Perdón del ofendido

## **> BIBLIOGRAFIA**

## 1.- DERECHO A LA VIDA, FUNDAMENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA.

Es incuestionable que los derechos humanos tienen hoy una total aceptación y disfrutan de un universal reconocimiento, otorgándoseles, además, una primacía respecto de cualesquiera otras facultades o derechos que pueda ostentar el sujeto, como queda bien patente en las Constituciones de todos los países, en las que se consagran y reconocen los derechos fundamentales.

El art. 15 CE reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Bajo la aparente simplicidad del enunciado se encierran diversos problemas; entre otros, la conceptualización de la vida como derecho, sus posibles excepciones o límites y el real significado de la integridad moral.

A la hora de argumentar jurídicamente con la vida se observan las dificultades de su calificación. El TC, que mantiene posiciones moderadamente positivas, no encuentra término preciso para definir la vida, denominándola en ocasiones, derecho, valor superior del ordenamiento, valor jurídico fundamental, valor central del ordenamiento, "prius" lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

La Vida, es el bien básico y esencial de la persona, fundamento y asiento de todos los demás. Pero el hombre no tiene un poder sobre su propia vida total y absoluto, que en su formulación consiguiente legitimaría el suicidio. La vida no posee un valor puramente individual, sino familiar y social.

Si toda definición es peligrosa, lo es aún más, cuando el término a definir es el de Vida, por cuanto a las distintas concepciones que tanto desde la óptica jurídica, filosófica o religiosa se podrían dar del mismo.

Siendo el derecho a la vida el fundamento de la obligación alimenticia y el interés que se protege mediante su constitución, puede afirmarse de un modo genérico que para dar cumplimiento a aquella obligación el obligado deberá prestar al alimentario "cuanto es necesario para la vida". Y así es, en efecto, pero conviene precisar más porque esta fórmula genérica y abstracta no es útil por su misma indeterminación.

El deber de prestar alimentos se denomina "obligación" y se configura jurídicamente como tal. La obligación alimenticia tiene, en efecto, la

misma estructura que la relación obligatoria: su contenido se configura como una prestación y es de naturaleza patrimonial; existe un sujeto activo titular de un derecho exigible y ejercitable y un sujeto obligado a cumplir la prestación.

Naturalmente todas las obligaciones son legales desde el momento en que son exigibles y se encuentran reguladas por la ley en sus líneas directrices; pero son libres y voluntarias en su creación, en la determinación de su contenido y en la designación de los sujetos. Mientras que en la obligación alimenticia lo "legal" cubre toda la vida de la obligación sin dejar ningún margen a lo "voluntario". Se trata, pues, de una obligación, no sólo regulada por la Ley, sino, además impuesta y determinada subjetiva y objetivamente por aquella.

El derecho a la vida, cada día más importante, tiene un aspecto civil de profunda raigambre histórica que no es posible olvidar ni desconocer. En el campo de las relaciones privadas el ordenamiento jurídico atiende también a la defensa, conservación y desarrollo del derecho a la vida. A su defensa, consagrando el principio de la responsabilidad por culpa y aun simplemente objetiva por la creación del riesgo cuando sufre o se atenta a la integridad física del ser humano. A su conservación y desarrollo, señalando como limitación general del dominio el estado de necesidad, excluyendo la "condictio indebiti" en el supuesto de prestación alimenticia "officium pietatis" y, sobre todo, estableciendo una obligación legal de alimentos a cargo de determinadas personas y con carácter recíproco.

Sería ilógico pensar que un Ordenamiento Jurídico dentro de nuestro marco socio jurídico permaneciera indiferente ante una cuestión de tal importancia. Por todo ello, las Leyes establecen, preceptos que tiende a asegurar los bienes vitales, satisfacer el interés de ellos y facilitar la obtención de los medios de conservación. Dentro de nuestro ordenamiento el problema se solventa en cierta medida, por lo que la tradición jurídica, y nuestro CC denominan "Alimentos entre Parientes", dicho cuerpo legal dedica un Título completo al tema, el Sexto del Libro I, aunque también no sólo en esta parte, sino en todo el Código se hacen constante referencias a la cuestión.

Así mismo, la institución familiar no fue ignorada por la CE de 1978, si bien no fue considerada como un derecho fundamental, al encuadrarla en el Cap. III del Tit. I, bajo la denominación "De los principios rectores de la política social y económica". La familia, como institución, no sólo es acogida como principio informador, sino elevada al rango de norma de obligado

cumplimiento en diversos textos internacionales, al conceptualizarla como "elemento natural y fundamental de la sociedad" **\*(1)**, reiterándose en los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, o de derechos civiles y políticos.

Adentrándonos en la materia y en una búsqueda intensa de la raíz, seguimos a Diez Picazo y a Gullón para extraer el criterio central que preside la evolución del problema, casi hasta nuestros días, es que cuando la obtención de las prestaciones vitales no es estrictamente individual, se pone a cargo de los miembros de la familia, y, dentro de ella, de los parientes más próximos. La obligación va disminuyendo a medida que el grado de parentesco se aleja, hasta que termina por extinguirse.

Vemos claro que la obligación jurídica de prestar alimentos es una necesidad, más que para una calidad de vida, para la vida misma. Pero llegado hasta este punto, en la doctrina hay diversas líneas de opinión que pueden agruparse en torno a dos polos: el interés de la vida de quien tiene derecho a los alimentos, interés que, por su naturaleza, trasciende de la esfera individual y se inserta en la colectividad, y en el interés superior de la sociedad y el Estado por la vida de los ciudadanos.

Una parte de la doctrina, dejándose llevar por la cualidad de pariente que tienen que tener las personas que recíprocamente se deben los alimentos, postula la tesis de que mediante la obligación de alimentos no se tutela un interés patrimonial del alimentario porque mediante aquella no se protege un interés privado egoísta propio exclusivamente del individuo, sino que se tutela directa y principalmente un interés de orden superior, cual es el interés familiar siendo éste y la cohesión del organismo familiar el verdadero fundamento de la obligación alimenticia. Esta tesis es, la tradicional en las doctrinas italianas y francesas, que contemplan el fundamento del instituto en algunas relaciones (matrimonio, parentesco, etc. ...) el Ordenamiento Jurídico toma en consideración para deducir de ellas el deber de alimentos. Así que, tal deber se basa en la tutela del interés del sujeto de la relación.

Según otra tesis, en el desarrollo y en el orden del derecho a los alimentos hay un interés público. En este sentido manifiestan que, el Estado no puede sustraerse al cuidado de los indigentes y aún cuando la obligación alimenticia se contemple en relación con el obligado y no con el Estado, este tiene un particular interés en su cumplimiento. Esta, popular un tiempo entre

algunos escritores austríacos, apuntan a la existencia de un cierto "officium publicum", es decir, de un deber jurídico general del Estado de cuidar en los límites de lo posible, de que cada uno de los ciudadanos esté provisto de las medidas indispensables para la satisfacción de las necesidades de la existencia.

Para otros autores el fundamento de la obligación alimenticia no radica en razones de estricto derecho, sino en una exigencia de carácter moral y equitativa, o sea, en un deber de recíproca asistencia amorosa entre parientes que casi siempre viene impuesta por sentimientos de reconocimiento. Para esta doctrina el deber moral y la consecuente obligación jurídica de prestar alimentos tiene su germen y está en armonía con el precepto de "honeste vivere".

En realidad y en derecho estricto con la obligación alimenticia se tutela un interés privado, individual, que tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad. Estos no son hoy día una pura aspiración programática colocada a la cabeza de las constituciones políticas, ni una abstracción del individualismo jurídico, ni un producto filosófico de su naturalismo racionalista. Son, además de todo eso, unos derechos jurídicos perfectamente delimitados y elaborados por la dogmática jurídica y que encuentra sanción positiva en los códigos de todas las naciones de nuestro contexto jurídico-cultural.

## **2.- PROTECCION DE LA TUTELA ALIMENTICIA, EN EL ESTADO SOCIAL.**

El término Social alude a una intervención estatal en la sociedad y en la economía para ponerla al servicio de los objetivos de igualdad y de justicia. El estado Social no espera a que el mercado autorregule su funcionamiento, sino que lo dirige el mismo. Como dice García de Enterría:

*"la función del Derecho público ya no se agota en la pura defensa de la libertad y de la propiedad individual, a la cual estaba inicialmente orientado de forma casi exclusiva sino que debe también encauzar adecuadamente la tarea de asistencia vital, de procura existencial, de aseguramiento de las bases materiales de la existencia individual y colectiva, y proporcionar al ciudadano los medios para exigir y obtener de los poderes públicos todo lo*

**\*(1)** Art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 Dic 1948.

*que, siéndole estrictamente necesario para subsistir dignamente, queda fuera de sus posibilidades."*

En un Estado de Derecho, tanto la protección social como la económica deben ser jurídicas, ya que no es posible ningún tipo de protección de los poderes públicos al margen del Ordenamiento jurídico. Si en algo se caracteriza el grupo familiar es en la existencia dentro de él de miembros dependientes, y es este elemento el que, determina la existencia, en su caso, de una protección de la familia.

El principio que inspira al art. 39 CE de 1978, es el de protección social, económica y jurídica de la familia. Por lo que, cada miembro de la unidad familiar, por su condición de ser humano, lleva en si, le acompañan durante toda su vida un conjunto de derechos innatos, originarios, que le corresponden tan sólo por el hecho de ser humano: son los llamados derechos de personalidad. Es por ello que, el hombre, como sujeto de derechos, como ente alrededor del cual gira toda la universalidad o conjunto de derechos y obligaciones, puede ser considerado en si mismo o en sus relaciones con el mundo exterior, con los demás seres. Para ello, y como base, tiene derecho a la vida, a su conservación, a impedir que contra esta atenten los demás hombres.

Como ser racional, tiene perfecto derecho al mejor desarrollo de sus facultades anímicas, como persona, también en su parte corporal, al desarrollo de su organismo, de sus facultades físicas y no puede prohibírsele el caminar hacia ello y alcanzar en lo posible tales perfecciones.

Como individuo social, a la vez que tendrá unos deberes hacia sus semejantes, tiene también el derecho de servirse de la sociedad, de la familia, del Estado, para llegar allí donde sólo no podría llegar.

Para alcanzar tales finalidades necesita de unos bienes materiales, para consumirlos, o para aprovecharse de sus utilidades; unos forman parte de su propia persona, otros están en su mundo exterior; sin el derecho de apropiarnos, con carácter exclusivo, de tantos y tantos bienes materiales, como son los alimentos, no podríamos vivir; por otra parte, sin apropiarnos con carácter exclusivo, de otros tantos bienes materiales, nuestra vida sería miserable en muchos aspectos.

La persona es la gran protagonista del Derecho y de todo lo jurídico. Tal protagonismo

se manifiesta en la calidad de sujeto de todas las relaciones jurídicas y derechos que ostenta, y en la sumisión a ella de todos los demás bienes y valores jurídicos. Por consiguiente, el ordenamiento dispensa una protección que garantiza esa doble realidad jurídica, tanto a la persona en cuanto sujeto de derecho y relaciones, como a su entorno. Pero aún tiene la persona una superior dimensión, especial y diferenciada de las anteriores, donde se manifiesta en su propia entidad y en todo su valor, sencillamente como persona, susceptible en tal calidad de sufrir agresiones físicas o morales desde el exterior, y por tanto, necesitada de protección en esa misma acepción y terreno.

Ya decía Ihering, **\*(2)** con respecto a los llamados derechos de la personalidad, que:

*"cuando el legislador se olvida de hacer desaparecer viejas instituciones, la práctica puede y debe hacerlo por si misma"; y, refiriéndose a la labor de los juristas romanos, añadía que, "supieron satisfacer las necesidades prácticas de la vida. Nunca rechazaron desdenosamente nuevas tendencias, bajo pretexto de que no se conciliaban con la teoría dominante, sino que, por el contrario, se imponían como un deber buscar los medios de realizarla y de facilitar al comercio jurídico las sendas en las cuales quería penetrar".*

Las modernas Constituciones, sensibles a las graves transgresiones y la necesidad sentida en este aspecto, dedican numerosos preceptos a la protección y respeto debido a la persona y a sus libertades y derechos llamados fundamentales o innatos; con visión iuspublicista en general, defendiendo a esa persona y sus derechos contra las injerencias del propio estado. La misma preocupación por los derechos humanos ha motivado Declaraciones universales y Convenios internacionales. **\*(3)**

Concretándonos a nuestro sistema jurídico, la CE de 1978 dedica amplia atención y extensión en el Tit. I "De los derechos y deberes fundamentales", a los derechos de la personalidad, y por más que lo haga desde una consideración iuspublicista, su valor de "norma de normas" da a su regulación alcance informador de todo el ordenamiento jurídico español en esta materia. Como expresión del alto valor que la CE atribuye a estos derechos, el art. 81.1 establece que serán leyes orgánicas "las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas"; que el correspondiente título "vin-

**\*(2)** Espíritu..., II, 258.

**\*(3)** Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 10 Dic. 1948, Declaración de Derechos del niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 Nov. 1959, etc. ...

cula a todos los poderes públicos” y que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Cap. III, que abarca desde el art. 39 hasta el art. 52, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Históricamente, la construcción doctrinal de los bienes de la personalidad y de su defensa es posterior al movimiento codificador del siglo XIX. Por ello dichos bienes no aparecen recogidos en nuestro CC. Al igual que en otros países, en España su reconocimiento es fruto de la doctrina y de la jurisprudencia. Para lo que se recurre al principio general de no causar daño a los demás y a la obligación de indemnización cuando se infringe el mencionado principio.

Lo más notable de nuestra actual situación legal es que, se han ido desarrollando leyes orgánicas “relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, en cumplimiento de la previsión constitucional del art. 81.1. Dentro de estas, nos encontramos con la Ley orgánica de 5 May. 1982, “de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, de particular trascendencia hoy no sólo por ser la primera de esta clase y regular esos derechos de la personalidad, sino porque en ella podemos la mentalidad y filosofía jurídica que subyace en esta materia. La particularidad de estas normas de derecho privado, es que acusan fuerte influencia del Derecho constitucional del que son desarrollo o del Derecho público que les ha precedido. Y constituyen en general, normas de *ius cogens*, con pequeño margen de disposición para las partes, y a veces y en algún aspecto, son de obligado cumplimiento.

Por otro lado, sería de desear una mayor participación del MF en la protección de estos bienes, puesto que su defensa se integra dentro de la protección de la persona. Sólo la incoación de oficio por parte del MF de las demandas correspondientes podría dar lugar a una protección eficaz de los bienes de la personalidad desde el Derecho civil.

En este sentido es muy significativa la S. 23 Jul. 1991 de la AP de Jaén:

*“El art. 92 CC impone de modo imperativo al juzgador de Instancia la obligación de determinar la contribución de los progenitores a los alimentos de sus hijos menores de edad, así como las medidas necesarias o convenientes para asegurar su efectividad y actualización, por lo que, en consecuencia, y como se mantuvo por el TC en S. 12 Dic. 1984, al ser tal medi-*

*da de ius cogens puede decretarse incluso de oficio y a prevención, claro está, de que el obligado viniere a mejor fortuna o pudiere cumplirla en cualquier momento, medidas que, por lo demás, conviene fijarlas en el fallo o parte dispositiva de la resolución para evitar dudas o dificultades de interpretación.”*

El art. 39.1º CE de 1978, consagra el deber de protección de la familia, tanto en su aspecto social, como en su protección económica y su protección jurídica. Por tanto los Poderes Públicos, prestarán a la familia dentro del concierto social, de dotarla de los medios precisos para que la misma se desarrolle o fomente adecuadamente en los núcleos más amplios en que se diversifica el concierto de la comunidad. Así habrá que considerarla, respetarla o tenerla en cuenta, sin más, en cualquier proceso de organización de la sociedad.

En cuanto a la política económica, y su correspondiente protección, exigirá una adecuada redistribución de rentas, una dotación de recursos para la familia más deprimidas o deficitarias y la proyección, en fin, de todos los efectos beneficiosos acordes con los predicados de la justicia distributiva.

Es por ello que, ningún ordenamiento jurídico puede permanecer indiferente ante esta capital cuestión y así las leyes establecen preceptos que tienden a asegurar los bienes vitales, satisfacer el interés en ellos y facilitar la obtención de los medios de conservación. La obligación jurídica es significativamente una obligación familiar. El Estado y los entes públicos organizan medios para atender a los menesterosos o a las personas necesitadas, pero según la tradición jurídica lo hacen así para cumplir una función que tradicionalmente se ha llamado “beneficencia”. Con la CE de 1978 las cosas parecen cambiar. Cuando el Estado se ocupa de los ciudadanos en situación de necesidad no hace beneficencia, sino que cumple rigurosas obligaciones, porque no en vano se define como un Estado Social.

El propio TC ha interpretado el art. 9.2 como proyección del carácter social del Estado, vinculando la efectividad de la igualdad y de la libertad al objetivo de garantizar un bienestar material generalizado. \*(4)

### **3.- LA FAMILIA, INSPIRADORA DE LA TUTELA ALIMENTICIA, ASPECTOS SOCIALES.**

Partiendo de la Norma fundamental, en la CE su art. 39 ha establecido el principio de protec-

\*(4) S.TC 3/1983, de 25 Ene.

ción del grupo familiar. Con los cuatro apartados de que consta dicho artículo se ha pretendido, un tratamiento básico de los aspectos que, han venido considerándose fundamentales de la familia, aunque, no todos ellos se encuentren directamente relacionados con los grupos familiares de hoy, dado que existen en la realidad social, ciertos grupos que podríamos denominar seudofamiliares, como veremos en el desarrollo de este trabajo.

Por ende, no es fácil determinar lo que nuestra Constitución entiende por familia, y lo mismo ocurre, si se pretende la búsqueda del término desde el aspecto del lenguaje coloquial y no desde el término codificado. La primera connotación que de la palabra adquirimos, es a través del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en el se reconoce a la familia como: "Gente que vive en una casa bajo la autoridad del Señor de ella", "Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje", "Parentela inmediata de uno"...\*(5).

Dentro de los términos o definiciones, anteriormente mencionados, podemos apreciar en ellos las distintas connotaciones que históricamente se han observado del término. Tal es así que, la idea de familia denotó en un momento determinado, "la sumisión de la comunidad doméstica a una autoridad o potestad"; este rasgo fue propio del Derecho Romano y de los sistemas que siguieron el sistema patriarcal.

En la historia jurídica no ha sido uniforme el entendimiento de la potestad familiar, porque depende del sentido y organización que tenga la familia; mas siendo preciso limitar el examen del pasado de la patria potestad, diremos que el prólogo del Tit. XVII de la Cuarta Partida y las Leyes I y II de ese título\*(6):

*"Imponían el poder o señorío que los padres tenían sobre sus hijos, cualquiera que fuera su naturaleza, según la razón natural y el derecho; y que la "patria potestad" en latín tanto quería decir en romance como poder que los padres tienen sobre los hijos, atribuyéndosela en cuanto a los hijos legítimos, pero no sobre los naturales "de barragana" ni los demás ilegítimos."*

Es por lo que no hay un concepto intemporal de familia. Es solo a través de las ideas vigentes en cada momento histórico y de las necesidades económicas a las que sirve, donde puede definirse, lo que hay que entender por familia en cada

momento de su evolución, que, partiendo de los grupos tribales, pasó por la familia matriarcal primero y por la patriarcal después, para experimentar en los últimos tiempos una comprensión determinante de la que los autores contemporáneos llaman la "familia nuclear", formada por una pareja y los hijos menores sometidos a su dependencia.

Cabría pensar que, en el momento actual de evolución de las instituciones hay dos significados en la idea de la familia: la familia en el sentido amplio o "familia-linaje", que comprende a las personas ligadas entre si por el vínculo de parentesco del que la ley extrae alguna consecuencia jurídica; y la familia en sentido estricto o "familia-nuclear" en la que se incluyen la pareja y los hijos, con las relaciones interindividuales que entre los elementos del conjunto se pueden dar, esto es, de los componentes de la pareja entre sí.

Se podría concluir que, cuando el art. 39 CE habla de protección jurídica de la familia, esta haciendo referencia a la familia nuclear. Pero la referencia a este tipo o modelo de familia, no nos puede conducir a pensar en una unión estrictamente biológica, pues en la actualidad existen grupos familiares en los que los progenitores no estén casados entre si e incluso familias en las que la descendencia no tenga una relación estrictamente biológica con respecto a los padres. La posibilidad de encontrar diferentes formas familiares en la actualidad es muy amplia y la falta de una definición constitucional hace que sea imposible circunscribirse a una sola de esas formas sin caer en discriminación.

En consecuencia, si fuese posible hablar de familia "legal" o familia "de facto", entendiendo la primera como aquel núcleo clásicamente establecido a través del matrimonio, predominante en nuestra propia idiosincrasia social y, por tanto, recogido en cualquier referencia que la misma se verifique por Derecho Positivo en general, mientras que la segunda puede encontrarse en esa convivencia entre, en su caso, dos seres de distinto sexo surgida espontáneamente sin necesidad del cauce matrimonial, parece claro que, no habiendo otras razones de peso, ha de mantenerse el arraigado criterio de que también en el art. 39.1 la familia retratada es la legal o jurídica, es decir la surgida del matrimonio de los cónyuges, con independencia del dato de la procreación o composición de sus miembros.

La doctrina especializada coincide también con esta caracterización de la familia, al decir:

\*(5) Diccionario Ideológico de la Lengua Española de Julio Casares; Edt. Gustavo Gili S.A. 1975

\*(6) La Patria Potestad, 1960; CASTAN VAZQUEZ, J.M<sup>º</sup>.

*"La protección aquí augurada debe extenderse a la celebración del matrimonio por ser esta la institución que posibilita la creación de una nueva familia. Aunque a esta misma conclusión se llega también parcialmente mediante la puesta en relación del art. 32 con el par. 1º del art. 53; en particular en el art. 32, en donde se consagra formalmente la categoría del matrimonio como fuente de la familia y se alude a su problemática de formas, capacidad, efectos y extinción." \*(7)*

Para cierta parte de la doctrina, cuando el art. 39 habla de protección jurídica y económica de la familia, esta haciendo referencia a la familia nuclear. Y si se ponen en relación los arts. 39 y 32 de su texto, queda claro que no contemplan relaciones jurídicamente organizadas, y por tanto jurídicamente protegidas, más allá de la pareja y los hijos.

En cambio, existe una corriente cada vez mas generalizada que piensa, que el concepto de familia, según los preceptos constitucionales mencionados, no se limita a la familia matrimonial, de lo cual se deduce que no cabe derivar del art. 39.1 "una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales", y por tanto la familia resulta protegida con independencia de la forma de su constitución matrimonial o extramatrimonial.

En este último sentido, la S.TS 18 May. 1992 señaló que:

*"Las uniones libres, aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La CE no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza y así se desprende de la lectura de los arts. 32, en relación con el 39, que proyecta la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho."*

No obstante, tales uniones para que puedan generar aplicación de la normativa legal, deben de cumplir ciertos requisitos que se derivan de su propia naturaleza, a fin de evitar que una interpretación amplia y no debidamente debida, desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho.

La convivencia "more uxorio" ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma

externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar.

### **3.1. TUTELA SOCIAL Y ECONOMICA DE LA FAMILIA.**

Una vez conocido que el art. 39 CE, de acuerdo con su propia colocación sistemática en el contexto de la misma, consagra un "Derecho fundamental de la persona", procede determinar la naturaleza jurídica de la sanción establecida, extrayéndola o individualizándola del conjunto de las ordenadas en su articulado.

De acuerdo con la proclamación en el epígrafe del Cap. III del correlativo "principio rector de la política social", el artículo nominaliza a la "protección social", que, por tanto, se referirá a la tutela que los Poderes Públicos prestarán a la familia dentro del concierto social; o sea, reconocida la familia como realidad indiscutible, dichos Poderes procurarán dotarla de los medios precisos para que la misma se desarrolle o fomente adecuadamente en los núcleos más amplios en que se diversifica el concierto de la comunidad. Así habrá que considerarla, respetarla o tenerla en cuenta, sin más, en cualquier proceso de organización de la sociedad.

Todo plan de reglamentación de las agrupaciones colectivas habrá de contar con la presencia de los intereses de la familia, que no sólo serán respetados, sino se propiciarán para el mejor desenvolvimiento de sus fines peculiares, así como el de sus miembros. El orden social depende en grado sumo de que existan en las familias reglas por las que deban regirse, razón por la cual las leyes civiles, penales o administrativas, dan siempre respecto a la "potestad" que tenga la persona o miembro familiar de la que dependan los restantes miembros de la familia.

Así mismo esa "protección social", encuentra referencia más o menos detallada en la propia CE de 1978; por ello, en el art. 40.1 se establece que:

*"Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico..."*

Las dificultades en este sentido serían enormes si se pretendiera restringir dicha protección al ámbito de la familia nuclear tradicional, ya que otros grupos familiares distintos de este son hoy un hecho absolutamente cierto en la

\*(7) Oscar Alzaga, en "La Constitución española de 1978. Comentario sistemático", pag. 311

mayoría de las sociedades modernas. Si, por el contrario, la acción de los poderes públicos respetara la pluralidad de formas familiares existentes, la protección social abarcaría a tan distintos modos de vida que no sería más que la protección de la libertad individual para establecer las propias relaciones personales.

Consecuentemente con el "principio rector de política económica", se consagra esta otra protección que, simplemente, se reducirá al campo material de provisión de medios o asistencias pecuniarias para que la familia alcance la consecuencia de sus fines propios de desarrollo y supervivencia. Esta política económica y su correspondiente protección exigirá una adecuada redistribución de rentas, una dotación de recursos para las familias más deprimidas o deficitarias y la proyección, en fin, de todos los efectos beneficiosos acordes con los predicados de la justicia distributiva.

Existe un interés en el mantenimiento de la institución familiar, y en que esta posea un determinado sentido que no quede abandonada a sus propias fuerzas e iniciativas. De aquí el hecho notorio de que la intervención de los órganos del Estado sea frecuente en gran número de actos relativos al Derecho de familia y que existan por parte de los Estados una serie de directrices de política familiar.

Parte de la doctrina entiende que, la familia es una unidad de consumo y de disfrute de renta. Gran parte de las adquisiciones de bienes de consumo tienen por destinatario al conjunto de los miembros de la familia. La moderna legislación tributaria ha tomado en consideración este hecho al hablar de la "unidad familiar" como sujeto tributario en el impuesto de la renta de las personas físicas.

Así mismo, la protección jurídica proclamada también en el art. 39, no tiene el correspondiente precedente en un "principio rector" como los anteriores, por lo que surge así por primera vez. Visto que tanto la protección social como la económica son también jurídicas, esta afirmación final del art. 39.1 plantea ciertos problemas de interpretación. Podría pensarse que esta protección jurídica, sinónimo sin dificultad de protección "legal", cierra el marco diversificador de las distintas esferas de la tutela proclamada. O sea, la protección jurídica no hace sino subrayar que la ley ampara a la familia, o que esta estará tutelada por cualquier vehículo de ordenación que emane del estado.

Así como en las anteriores protecciones se asegura la familia y sus intereses en los planes de ordenación de la comunidad que, por ejemplo, el Gobierno o Poder ejecutivo implante, con la protección jurídica se eleva el rango de la tutela proclamada, pues en toda disposición surgida del Poder Legislativo la familia habrá de protegerse, que es tanto como que sus intereses y el cumplimiento de sus fines naturales habrán de respetarse.

En cuanto a la tutela de los hijos, es en los apdos. 2, 3 y 4 del art. 39 donde se consagra la misma; por lo que comienza declarando que los poderes públicos aseguran la protección de los hijos y prosigue con una afirmación innecesaria, como es que todos los hijos son iguales ante la ley. Tal como se establece de forma reiterada por la doctrina, entiende esta, que la referencia que se hace en el art. 39 a los hijos, lo es a la infancia. Sobreentendiéndose por ello que aquella tutela o esta protección recaerá en los hijos que sean menores de edad y que están bajo la custodia de los padres o, en su caso, organismos tutelares.

A tenor de lo reseñado, el profesor Oscar Alzaga afirmó:

*"Si llevamos una lectura conjunta de este par. 2º y 4º del mismo art. 39, observaremos que estamos ante un apartado de redacción no excesivamente feliz. En efecto, la protección que se proclama por parte de los poderes públicos respecto de los hijos sólo tiene sentido en tanto en cuanto que estos son niños, lo que es una reiteración, desde el momento en que a ellos se dedica el par. 4º." \*{8}*

En cuanto a la "igualdad jurídica de todos los hijos", el CC, antes de la reforma, distinguía, aparte de los hijos adoptados, los hijos legítimos, o sea, los nacidos dentro del matrimonio, los hijos ilegítimos que podían ser naturales cuando habían sido concebidos por padres solteros y nacido fuera de matrimonio; o bien ilegítimos propiamente dichos en los demás casos: adulterinos, cuando algún progenitor estuviese casado con otra persona, incestuosos, nacidos de padres que fuesen parientes entre sí, en grado no dispensable, sacrílegos, cuando algún padre estuviese ligado por voto solemne, etc. ...

Es a partir de la reforma de la L 13 May. 1981, quien modifica substancialmente esa legalidad, así, se parte de que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción; la primera o de vínculo de sangre, sólo puede ser matrimonial y

\*{8} Oscar Alzaga, en "La Constitución española de 1978. Comentario sistemático", pag. 311

no matrimonial, según que el padre y la madre estén casados entre sí o no; ahora, pues, únicamente puede hablarse de hijos matrimoniales o no matrimoniales. Consagrándose por tanto, la igualdad jurídica para todos los hijos; la filiación matrimonial, no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, esto es, los hijos tienen iguales derechos con respecto a sus padres, cualesquiera que sea su condición.

Por tanto hemos de afirmar que, todos los derechos y obligaciones que el CC establece en relación con los hijos matrimoniales, son extensivos a los hijos no matrimoniales, en virtud del principio constitucional antes mencionado. Así mismo, el art. 108.2 CC establece que:

*"La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código."*

Por tanto, con respecto a la familia de hecho, y concretamente en la relación de los progenitores con sus hijos, en el sentido de determinar doctrina y jurisprudencia, no existe autonomía de la voluntad concretándose las consecuencias del art. 39.3 CE en los arts. 111.4, 92, 93, 154 CC, es decir, en las normas que configuran las relaciones paterno-filiales se rescinde de que exista o no matrimonio. Por ello los procesos que afectan a estas relaciones no van a regirse por el principio de rogación, sino por la intervención de oficio, tal y como determinan los arts. 92, 93 y ss. para los supuestos en los que se produce separación y divorcio, y hay que adoptar las medidas y determinaciones que regulan la situación de los hijos menores y aseguran su protección.

De este modo en lo relativo a la guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos de los hijos, se aplica lo dispuesto en los arts. 90, 91, 92 y 103, en relación con lo dispuesto en los arts. 154.1, 156, 158.1, 159 y 160 CC, en la medida en que unos y otros preceptos son similares y pueden completarse mediante técnicas ordinarias de interpretación y aplicación.

En este sentido, podría afirmarse que el hijo debe encontrar en sus padres una verdadera familia, protegida por el art. 39.1 CE, pues como establece el profesor Espín:

*"no puede estar reducida a la originada por consecuencia de la procreación dentro del matrimonio, pues ello implicaría una discriminación para la procreación habida fuera del*

*mismo, lo que pugnaría con el derecho fundamental de igualdad ante la Ley."\*(9)*

Es por lo que entiende la doctrina, y admite plenamente, la posibilidad de que los convivientes puedan establecer un convenio entre ellos, en el momento de cesar su vida en común, que desde luego obligará a las partes, aunque no tenga eficacia ante terceros ni pueda hacerse ejecutar sino es previamente validado por un Juez. Y, así mismo, que la homologación de este convenio pueda tramitarse por el procedimiento de común acuerdo de la disp. ad. 6ª de la L 30/1981, siendo indispensable que intervenga el MF siempre que exista un menor a quien afecte alguna de las cláusulas.

Es importante, y en ello hace hincapié la doctrina, que la posibilidad o libertad para establecer pactos entre los convivientes, ha de tener límites respecto de los alimentos. Ya que estos, no son una cuestión susceptible de pacto, sino que su determinación es de orden público y ha de adoptarse en beneficio del menor siempre con intervención del MF.

### 3.2. LA FAMILIA, CAUCE DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA.

Según los profesores Diez-Picazo y Antonio Gullón: \*(10)

*"La familia es el cauce con el que lograr la satisfacción de las necesidades primarias del individuo, sobre todo en aquellos casos en que, por su corta edad o por cualquier otra causa similar, no pueda alcanzar ese resultado por sí solo. En estas ideas tienen su entronque algunas de las instituciones clave del Derecho familiar como es la llamada obligación de alimentos entre parientes: lo que es indispensable para "el sustento, habitación, vestido y asistencia médica", como dice el art. 142, debe obtenerse de la familia. Esta obligación tan reducida (lo indispensable) se amplía significativamente cuando la relación familiar es más estrecha. Así se establece que los menores deben de obtener dentro del marco familiar una formación integral, de modo que la familia es el ámbito dentro del cual se lleva a cabo lo que la CE llama el desarrollo de la personalidad. Sin embargo, no hay que olvidar que en nuestros días se patentiza una tensión entre familia y grupos políticos, en orden a lo que se pueden llamar "Lebenleistungen" o prestaciones vitales."*

\*(9) Diego Espín Cánovas. "Principios de la política social y económica". EDESA 1984, Tomo IV

\*(10) Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón "Sistema de Derecho Civil", Vol. IV. Tecnos

El CC viene a regular obligaciones de sustento entre los sujetos que forman parte de una familia. Esta obligación familiar, se desarrolla a través de diferentes instituciones, vemos que los cónyuges están obligados a atender al sustento recíproco a través de dos vías: la obligación legal de alimentos (art. 142 y ss. del CC) y la obligación de asistencia y socorro mutuo (arts. 67 y 68 del mismo texto legal), pues dentro de esta última se incluye como un aspecto concreto el suministro de alimentos.

Para los autores anteriormente reseñados, cada día es mayor el traspaso de funciones del sector familiar al sector público. El Estado se preocupa de la enseñanza y, por lo menos en el plano de los principios, la proporciona gratuitamente. El llamado Estado del bienestar se cuida de asegurar la persona contra los infortunios. La Seguridad Social garantiza al individuo frente a la enfermedad y al desempleo. Por eso, se puede decir que, se produce una decadencia de las funciones privadas familiares.

Según otra parte de la doctrina, el fundamento objetivo de los alimentos, y por tanto de la deuda alimenticia, es de carácter económico y expresiva de medios materiales de inmediata aplicación a la vida física y de extensión de aquella a la vida psicológica. En esta consideración es como se concibe que las aplicaciones de la doctrina de los alimentos en las leyes, comprendan, no sólo las necesidades de la vida física de alimentación propiamente tal, de vestido, de hogar, de medicina y cuanto sirva a procurar la normalidad fisiológica de la vida física, sino también los fines instructivos educativos y sociales de la vida psicológica.

Para Valverde <sup>\*(11)</sup>, y en respuesta al fundamento de la obligación alimenticia, este cree:

*"que no es el cuasicontrato que para algunos existe entre procreantes y procreados, puesto que se da esta obligación entre personas que no tienen ese vínculo entre sí como son los hermanos y los consortes ni tampoco puede asentarse, según opinan otros, en que es un anticipo de la herencia, porque hay quien tiene derecho a alimentos, y no goza del derecho a suceder a la persona obligada a alimentar. El fundamento de esta obligación está en el derecho a la vida que tienen las personas, del que es emanación la asistencia, como conjunto de prestaciones a que el hombre tiene derecho, que se traduce en el deber de alimentos, y que no se concreta en la sustentación del cuerpo,*

*sino que se extiende al cultivo y educación del espíritu, puesto que el hombre es un ser racional."*

Históricamente, el derecho de familia se ha considerado integrado en el Derecho civil y por tanto como algo que forma parte del Derecho privado. Pero esta idea ha sido cuestionada, entre ellas hay que destacar la tesis del civilista italiano Antonio Cicu. Para este autor, el derecho de familia, más que encuadrarlo dentro del Derecho Privado lo aproxima más al Derecho Público.

Esta idea se obtiene partiendo de varias premisas, la primera de ellas, considerar a la familia como un organismo, en el cual se producen vínculos de carácter orgánico. Otra de las premisas, es el análisis de la relación jurídico familiar; entendida esta como una relación de "superioridad y subordinación", en donde no es la idea de derecho subjetivo lo que impera, sino el deber jurídico.

Por otra parte, Díez-Picazo y Gullón, en comentario a la tesis de Antonio Cicu, exponen que:

*"Sin negar que algunas de estas observaciones son exactas, no creemos que se pueda precorizar un alejamiento del derecho de familia del marco del Derecho privado en pro de una adscripción o de una aproximación del mismo al Derecho público. Seguramente no se puede negar la existencia de un interés público en la organización de la familia o en alguno de los puntos claves de esta, pero no nos parece que este interés público sea distinto del que se observa en el resto de la legislación. La aproximación de la familia a los entes públicos es un punto de vista impregnado por las ideas estamentales o corporativas, que tratan de interponer, entre el Estado y los individuos, cuerpos intermedios, uno de los cuales sería la familia, según una concepción cara al pensamiento fascista y a los postulados de la llamada democracia orgánica, en la que, como se recordará, familia, municipio y sindicato eran los pretendidos cauces de participación social."*

Todo lo anteriormente expuesto, no imposibilita que algunos intereses familiares puedan ser objeto de normas de derecho público. Es el caso, de las normas administrativas sobre protección de las familias numerosas, la legislación sobre subsidios familiares o en la repercusión de las necesidades familiares en la legislación fiscal o tributaria.

<sup>\*(11)</sup> Valverde, "Tratado de Derecho Civil Español-III", 1937.

Parece evidente que, el deber de alimento debe subsistir, aunque no por perjuicios familiares de orden pecuniario, sino por la necesidad de aliviar a esta carga a la colectividad. De manera que parece que el papel subsidiario que a los deberes de alimentos consagrado en el CC, se les asigna para un inmediato futuro, como consecuencia de las tendencias socializadoras, en la realidad ocurre al revés, y por el momento no se vislumbra la posibilidad de que desaparezca el deber legal de alimentos como institución puramente civil. Lo que no significa que la mayor protección del ciudadano, y la cada día más amplia aplicación de la Seguridad Social, no influya en los deberes de alimentos al necesitado, a cargo de la familia. Porque la Seguridad Social se dirige a cubrir aquellas circunstancias que hacen perder la capacidad de trabajo o determinan una mala situación familiar por muerte del trabajador, incluyen un régimen de protección a la familia, prestaciones por desempleo, etc.

Para Antonio Cicu, la deuda alimenticia no puede entenderse como una obligación puramente patrimonial porque su propio fin traspasa el del cumplimiento material de la prestación, habiendo de concebirse en un sentido más amplio, en el sentido ético de la asistencia personal, de la ayuda, de la indisponibilidad del derecho y de la obligación, con relación a las condiciones actuales del patrimonio del deudor y del acreedor.

Para otra parte de la doctrina española, el fundamento objetivo de los alimentos, y por tanto de la deuda alimenticia, es de carácter económico y expresivo de medios materiales de inmediata aplicación a la vida física y de extensión de aquella a la vida psicológica. En esta consideración es como se concibe que las aplicaciones de la doctrina de los alimentos en las leyes, comprenden, no sólo las necesidades de la vida física de alimentación propiamente tal, de vestido, de hogar, de medicina y cuanto sirva a procurar la normalidad fisiológica de la vida física, sino también los fines instructivos, educativos y sociales de la vida psicológica.

También Secco llega a observar que "se trata, en verdad, de un derecho que tiene su fundamento sobre una ley de naturaleza absolutamente inderogable, derecho que existirá también del todo independiente de una explícita disposición de la Ley civil". La Ley no podría dejar de sancionar, aunque fuera en límites restringidos,

el deber mismo, que, concerniendo a la vida de las personas "nullo iure civile dirimi potest".

Queda aquí el planteamiento abstracto con la única pretensión de rendir cuenta de la existencia de la figura y de la bipolaridad doctrinal que preside la cuestión que nos ocupa.

#### 4. PRINCIPIOS JURIDICOS DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA.

Tal como hemos desarrollado en páginas precedentes, la deuda alimenticia, que impone a unos el deber de prestar alimentos y asistencia vital a otros que tienen derecho a ellos, se encuadra entre los derechos privados con entronque en el Derecho natural y político. Es el aspecto político, el que da derecho a obtener alimentos como medio necesario para que pueda cumplirse el derecho a la vida y a la integridad física y moral, para que se realice la dignidad de la persona y su libre desarrollo. **\*(12)**

Pero habiéndonos referido en epígrafes anteriores a un sentido amplio de alimentos, tantos los debidos por el Estado como por instituciones afines, desarrollaremos a continuación la deuda alimenticia entre parientes, que aunque también tiene un aspecto de Derecho constitucional, tal es el caso del art. 39 CE, tiene fundamentalmente un aspecto privado regulado por la Ley de reforma del derecho de familia de 13 May. 1981. **\*(13)**

Los alimentos en sentido legal no sólo son la comida, en el sentido más estricto de la palabra, sino que como dice el art. 142 CC se entiende por este:

*"...todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

*Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable..."*

Siendo el derecho a la vida el fundamento de la obligación alimenticia y el interés que se protege mediante su constitución, puede afirmarse de un modo genérico que para dar cumplimiento a aquella obligación el obligado deberá prestar al alimentista "cuanto es necesario para la vida".

**\*(12)** Art. 15 CE de 1978 "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes..."

**\*(13)** L 11/1981, de 13 May., de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Y así es, en efecto, pero conviene precisar más porque esta fórmula genérica y abstracta no es útil por su misma indeterminación.

El art. 142 define los alimentos diciendo que se incluye dentro de este concepto lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica de una persona. La obligación de alimentos es exigible cuando los necesita para subsistir la persona que tenga derechos a percibirlos, tal como establece el art. 148. Además, no hay obligación de alimentos cuando el alimentista puede ejercer un oficio o una profesión o industria, ni cuando su necesidad proviene de mala conducta o falta de aplicación al trabajo.

Respecto al citado art. 142 CC, se podrían señalar las siguientes observaciones:

a) Que con la reforma de 13 May. 1981, se suprimió al art. 142 CC la alusión al estado social de la familia, por lo que se ha dado más amplitud a las circunstancias o características de la familia, pudiendo así abarcar otros condicionantes de la misma.

b) La obligación alimenticia se extiende después la mayoría de edad del menor, cuando aún no haya terminado su formación por causas que no le sean imputables.

c) Con la reforma, se añadió el par. 3º que no era necesario, dado que los gastos de embarazo y parto se incluyen en la asistencia médica que requiere la madre con derecho a alimentos. Tal como dice Delgado Echeverría **\*(14)** "...haría pensar que la introducción de éste número, par. 3º en el art. 142 es superflua y aún contraria a la verosímil finalidad perseguida por el legislador de proteger a la madre soltera, ya que si es casada estos gastos forman parte de las cargas del matrimonio".

Es por tanto que, la obligación alimenticia de Derecho privado se funda, en el derecho a la vida que por consecuencia del deber de cooperación recíproca existe en la vida social, obligación que se impone con apoyo en la existencia de una relación de parentesco de consanguinidad o de vínculo conyugal. Se concreta, en el deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras, y se integra como toda obligación de un acreedor y de un deudor.

Es indudable que el contenido de la prestación legal de alimentos, esta constituido por una serie de prestaciones de muy variada índole encaminada a satisfacer las necesidades vitales de una persona, algunas de las cuales están señaladas en el art. 142 CC. Pero es imposible a priori y teóricamente indicar el contenido exacto del objeto, en cuanto que este está supeditado a las distintas circunstancias vitales tanto del alimentista como del alimentante. Como así mismo es imposible fijar a priori y en todos los casos la cuantía de las prestación, ya que, por tratarse de una obligación de trato sucesivo, esta legalmente sometida a una cláusula "rebus sic stantibus" **\*(15)** que adapta la cuantía proporcionalmente al caudal o medios de quien presta la obligación y a las necesidades de quien las recibe.

Para De Diego **\*(16)**;

*"alimento viene de alo, nutrir, alimentar, en sentido recto, es lo que sirve para sustento del cuerpo, las cosas aptas para eso; en sentido translativo es lo que se da a una persona para atender a su subsistencia; es decir, que se amplía el sentido comprendido un poco más que el material alimento que entra por la boca. El alimento en sí mismo implica una necesidad física y medio también material, puesto a su servicio y que la satisface. Esta relación es cumplida por el individuo capaz que se provee de alimentos por sí; pero cuando se puede, alguien tiene que alimentarle y este es el caso muchas veces. Cuando un hombre presta a otro lo necesario a su subsistencia, tenemos una relación social entre dos personas, cuyo término objetivo es la prestación de los alimentos o de las cosas que sirven de alimento".*

Actualmente, la doctrina establece diversos conceptos a la hora de definir el término de alimentos, aunque lo más próximo que hacen a la definición es ampliar y desarrollar el concepto que prescribe el art. 142 CC. Prueba de las aportaciones de nuestros autores es la del profesor Manuel Albaladejo **\*(17)**, que se limita a definirlo de la siguiente manera.

*"Se entiende por alimento no únicamente la comida, sino todo lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida"*

En cambio, para otra parte de la doctrina, tal es el caso de Díez-Picazo y A. Gullón **\*(18)**, definen los alimentos conforme a los usos sociales:

**\*(14)** Delgado Echeverría, "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia", II, 1984.

**\*(15)** REBUS SIC STANTIBUS; (En tal situación; Mientras las circunstancias originarias persistan).

**\*(16)** De Diego, Instituciones de derecho civil Español, II, 1930

**\*(17)** Albaladejo, Manuel "Curso de Derecho Civil" IV Dº de Familia. Edt. BOSH, Barcelona 1986

**\*(18)** Díez-Picazo y Gullón "Sistema de derecho civil" Vol. IV. Edt. TECNOS, Madrid 1987

*"...la obligación de alimentos comprende un conjunto de prestaciones cuya finalidad no es sólo la estricta supervivencia, también implica una mayor inserción social."*

De los preceptos el CC, así como de la clasificación realizada por Albaladejo, se deduce que puede hablarse de alimentos en sentido amplio, comprensivos de sustento, habitación, vestido y asistencia médica y de alimentos en sentido estricto, que son los auxilios necesarios para la vida, que es el alcance general de la obligación alimenticia entre hermanos. Se ha observado con acierto que los primeros se fijan teniendo en cuenta la posición de la familia, mientras que los auxilios necesarios para la vida atienden únicamente a las necesidades de subsistencia del alimentista.

Siguiendo esta línea de clasificación de los alimentos, el profesor Albaladejo concluye que:

*Los Alimentos Restringidos: son auxilios estrictamente imprescindibles para proporcionar lo anterior al nivel mínimo aceptable para la conciencia social (art. 143 fine). Estos auxilios, por lo que toca a la educación, alcanzan mientras que sea menor de edad el alimentista, "y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable". Y también lo mismo, que diremos más adelante, para los alimentos amplios, "entre los alimentos restringidos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo". Gastos todos, de educación después de la mayoría de edad y de embarazo y parto, que en el caso de los alimentos restringidos se deben sólo al nivel de los auxilios que tales alimentos consisten.*

*Los Alimentos Amplios: consisten en la ayuda adecuada para proporcionar lo necesario en la satisfacción de las necesidades de la vida, pero no al nivel mínimamente aceptable, como antes se dijo, sino a tenor de lo que pidan las circunstancias del caso (arts. 142, 146 y 147 CC).*

También de los preceptos del CC se deduce que los alimentos pueden ser legales, convencionales o testamentarios, según tenga su origen en el parentesco, en pacto o contrato o en testamento. Respecto de estas últimas clases, las normas de los arts. 142 a 152 CC, tienen carácter supletorio, y en tanto no se opongan a lo acordado en el contrato o lo dispuesto en el testamento, o lo dispuesto por ley especial cuando ésta regula el derecho de alimentos en casos concretos.

La expresión "derecho a alimentos", debe comprender tanto el que en abstracto posee una per-

sona contra los parientes obligados como el ya actual y reconocido por haberse producido las circunstancias para el nacimiento de la obligación de prestarlos. Aquí no cabe ningún acto de disposición sobre el derecho, unido esencialmente a la personalidad del que de ellos esta necesitado. En cambio, las pensiones atrasadas, es decir, las cantidades a las que jurídicamente tiene derecho, ostentan una naturaleza puramente patrimonial desde que no han sido puntualmente satisfechas, y ello porque han perdido obviamente la cualidad de "alimentos futuros", no son ya a priori necesarias para la vida.

Por otra parte, y pese a su nombre, la obligación de alimentos comprende un conjunto de prestaciones cuya finalidad no es sólo la estricta supervivencia, también busca una mejor inserción social. Hay, pues, un conjunto de prestaciones que no son alimenticias en sentido estricto. Las prestaciones englobadas en los alimentos son las siguientes:

a) Prestación de sustento. Comprende, como es lógico, la comida y las ropas y vestidos de uso ordinario.

b) Prestación de habitación. En ella hay que entender incluidos el disfrute del local necesario para vivienda y un conjunto de mobiliario y enseres por sucinto que sea.

c) Prestación sanitaria. El Código habla de asistencia, lo que alude sin duda a la curación de enfermedades, aunque estas sean extraordinarias como dice el art. 1.041 CC.

d) Prestación de educación e introducción. Abarca lo concerniente a la enseñanza y a la formación profesional.

e) Prestación funeraria. Recogida en el art. 1894 CC, los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes por aquellos que en vida habían tenido la obligación de alimentarle.

La L 13 May. 1981 ha introducido en el art. 142 otra novedad importante, ya que del inciso primero se ha suprimido la referencia a la posición social de la familia. Tal referencia era como una especie de medida para calcular la cuantía de las prestaciones a las que se ha hecho referencia. El Proyecto de ley incluía la frase según la posición social de la familia, pero una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista hizo que se suprimiera. La motivación de tal enmienda era que resultaba innecesaria tal frase, pues el criterio para fijar la cuantía de los alimentos está ya expresado en el nuevo texto del art. 146, según el cual la cuantía de los alimentos será

proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

En todo caso sea cual fuere la causa de la supresión de tal frase, es evidente que alguna medida de referencia tiene que existir para medir la cuantía de la prestación alimenticia en cada caso concreto. Esta medida era y sigue siendo el art. 146, que en el fondo quiere decir que los alimentos se prestaran según la posición económica de la familia.

Tanto la doctrina, como la numerosa jurisprudencia, se ha planteado el interrogante de si además de las prestaciones contenidas en el art. 142, de la deuda alimenticia puede constar de algo que no esté expresamente enunciado. Así mismo, la supresión a la referencia de la "posición social de la familia" se ha visto compensada por el art. 146, en este sentido puede considerarse la S. de la AP de Barcelona 7 Ene. 1991 \*(19), quien define con perfecta claridad lo expuesto, estableciendo que:

*"- Prima facie -, para la correcta resolución de este recurso de apelación debemos delimitar el concepto de alimentos. Si bien es cierto que el art. 142 CC, al intentar definir lo que debemos entender por alimentos, efectivamente utiliza la palabra indispensable, como no podría ser menos, su relación con los arts. 146 y 147 del CC que al respecto hablan de caudal o fortuna del obligado a darlos necesidades a cubrir posibilitando el aumento o disminución con arreglo a factores esencialmente relativos y cambiantes en los diferentes concretos supuestos ordenadores totalmente lógicos, pues la norma debe prever una amplísima gama o arco en uno u otro sentido, y en este orden de ideas nos proporciona dos situaciones que debemos tener en consideración: a) Que por alimentos se comprende también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad; b) Que, como ya se decía anteriormente, la pensión por alimentos puede ser aumentada con arreglo al principio de la efectividad.*

Precisamente a tenor del principio de efectividad es por lo que en materia de alimentos no entran en juego las reglas genéricas de actualización, estabilización y corrección del valor dinerario en sí sólo apreciable "cláusula valor" en defensa de la ecuación ingresos del obligado-necesidades del alimentista que llevará a la injusta aplicación del aumento que no tuviera en cuenta el incremento de los ingresos del obliga-

do (como así menciona la S.TS 9 Oct. 1981), sino la norma específica sancionada por el art. 147 del CC que al prever que la contribución en alimentos se reducirá y aumentará proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlas está proclamando, sin ningún género de dudas, que lo que debe tenerse en cuenta no es únicamente las alteraciones del valor monetario sino el de las necesidades del que los reciba y del que haya de abonarlas (como así se pronuncia la S.TS 16 Nov. 1978)."

De acuerdo con el art. 148 CC la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda. La formulación del precepto parece responder a la vieja tradición contenida en el aforismo "in praeteritum non vivitur", lo que conduce a contemplar en el momento de la demanda el punto inicial de la obligación, como si anteriormente esta no tuviera relevancia jurídica. Pero la regla que los alimentos no pueden reclamarse para el pasado, se refiere única y exclusivamente a la obligación alimenticia entre parientes derivada de esa relación familiar. En los alimentos debidos por contrato o por testamento, la cuestión cambia, pues aquí no rige la máxima latina reseñada anteriormente.

Para Antonio de Cicu \*(20), el adagio "in praeteritum non vivitur" por sí misma no significa sino la necesidad de que las prestaciones de alimentos se hagan a tiempo debido y anticipadamente y la inutilidad de que se realicen posteriormente.

Pero tal como establecen los profesores Díez-Picazo y A. Gullón \*(21), que previendo el perjuicio que puede sufrir el alimentista por la natural demora en la tramitación judicial, el par. 3º del precepto antedicho, introducido por la L 13 May. 1981, dispone que el juez, a petición del alimentista o del MF, "ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades". Naturalmente que esos anticipos han de haber sido dados por los terceros sin "oficio de piedad y con ánimo de reclamarlos", utilizando la terminología del art. 1.894.1º, sin que se exija en el art. 148 la falta de conocimiento del obligado a prestarlos, entre otras cosas porque todavía no

\*(19) RJC 1991-IV, p. 1208.

\*(20) Cicu, Antonio "La natura giuridica dell obbligo alimentare fra congiunti", en Rivista de Diritto Civile, 1910

\*(21) Díez-Picazo y Gullón "Sistema de derecho civil" Vol. IV. Edt. TECNOS, Madrid 1987.

hay un "obligado", sino un demandado. Por otra parte, al proveer el juez para las "futuras necesidades", lo que en realidad está ya adelantando el contenido económico del fallo que tendrá que dictar, y si el demandado es condenado, para él la deuda alimenticia habrá nacido mucho antes de que se interponga la demanda, si en medidas cautelares ha dado más que las pensiones que tendría que pagar desde ese momento, salvo voluntariamente deje de pagar en el futuro para que haya "pensiones atrasadas" y así compensarse.

En este sentido, la S.TS 8 Abr. 1995, viene a corroborar lo expuesto hasta este momento:

*"El art. 148.1 CC establecen que no se abonarán los alimentos sino desde la fecha en que se interponga la demanda, la que se concreta a los alimentos que sean solicitados, aunque ya con anterioridad derivaran de una relación de patria potestad reconocida en sentencia firme, puesto que una cosa es que se ha ya reconocido la relación jurídica de que deriva los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos; por tanto, no debe confundirse tiempo del nacimiento y tiempo de la exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto del caso. Y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, éstos, por carecer aquellos de efectos retroactivos, no pueden a pagarlos sino desde la fecha en que se interpuso la demanda, consecuencia todo ello de la regla clásica in praeteritum non vivitur y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas, en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide, prescindiendo de las circunstancias que le rodearon en ese tiempo pretérito, y sin perjuicio de sus derechos hereditarios frente al padre reconocido para en un momento, e incluso de otras acciones que pueda tener contra el mismo, acciones recíprocas entre padres e hijos que se derivan de los arts. 142 y ss. CC, una vez concluida la patria potestad."*

En este mismo sentido la S.TS 1ª 24 Feb. 1984, estableció que:

*"El art. 148 CC sanciona que la obligación de dar alimento será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derechos a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda, teniendo en cuenta que ese módulo temporal exclusivamente se contrae a los alimentos que sean solicitados y, en consecuen-*

*cia, no estén todavía reconocidos, pero no a los que estando devengados, por haberse ya producido su reconocimiento, no hubiesen sido abonados por el obligado a hacerlo, dado que una cosa es la solicitud de alimentos y otra la que se hagan efectivos."*

Todas estas, en definitiva, son cuestiones de una realidad social cambiante. El hecho mismo, del profundo cambio que ha sufrido la familia como institución, es lo que ha producido el dinamismo constante del que viene siendo objeto la obligación alimenticia. En el ánimo del legislador, está en adaptar esta a las necesidades humanas del momento, aunque en ocasiones la realidad social avance más rápido que el legislador, y se lleguen a producir graves perjuicios sociales, por la carencia de normas que se adapten al momento.

## 5.- CARACTERISTICAS DE LA DEUDA ALIMENTICIA.

Cuando el instituto de los alimentos determina una relación de obligación independiente, esta presenta unas características especiales. Se ha puesto en duda que sea de carácter genuinamente patrimonial. Es claro que su contenido último es económico, pues se traduce en un pago de dinero o en la alimentación en la propia casa, pero la finalidad a que se atiende es personal. Aunque patrimonial sea el objeto de la prestación, la obligación se encuentra conexcionada con el desarrollo de la personalidad y de los derechos de este tipo.

Así, para ciertos autores, la deuda alimenticia no puede entenderse como obligación puramente patrimonial, sino en un sentido más amplio y ético, el de la asistencia personal, de la ayuda, de la indisponibilidad y variabilidad del Derecho.

Por otra parte, la doctrina Jurisprudencial, denota cierta contradicción en otorgarle el carácter o definición de "patrimonial" a la deuda alimenticia. En este caso, el TS en S. 7 Oct. 1970, especifica que:

*"... su calidad de institución familiar le priva del carácter patrimonial estricto, otorgándole un matiz alejado del poder dispositivo, típico de la autonomía privada..."*

Naturaleza que impide un sentido patrimonial de la prestación; y así mismo, que es requisito previo para a partir del conocimiento del tipo de obligación determinar unos caracteres peculiares que fundamentan la deuda alimenticia.

Y de la otra, el TS en la S. 11 Oct. 1982, establece que:

*"Si bien el derecho a alimentos no tiene naturaleza patrimonial, si lo tiene su contenido y cuando no se cumple se transforma en obligación pecuniaria (art. 151.2 CC) susceptibles de medidas de actualización para adecuar en el importe de lo fijado en la sentencia o convenio al poder adquisitivo de la moneda".*

Característica notable de la obligación de alimentos, que contrasta con el sentido normal de las relaciones obligatorias, es el intuitus personae que posee. Se da en atención a unas personas determinadas y sólo entre ellas. Entre otras podrá darse una obligación de alimentos distinta, si a su vez se dan las circunstancias o requisitos necesarios, pero podrá trasladarse la anteriormente existente. Significa ello que la obligación no se transmite nunca, que se extingue por la muerte del alimentista o del obligado y que no forma parte de la herencia.

En cuanto a los caracteres de la deuda alimenticia, la doctrina señala los siguientes:

a) Se trata de una obligación personal e intransferible. La obligación de prestar alimentos es de índole personalísima, ya que está fundada en vínculos de parentesco próximo. Basándonos en el art. 151 CC, no es transferible a un tercero el derecho a los alimentos e implica una personalidad cuando dice el art. 150 del citado texto legal, que:

*"La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los preste en cumplimiento de una sentencia firme".*

Del carácter personalísimo del crédito alimentario se deduce que no es capaz de embargo, por cuanto la Ley, a costa del pariente obligado trata de favorecer exclusivamente al alimentista, y no a sus acreedores. En algunos casos el TS no sigue concretamente esta vía, para el cual los preceptos de nuestro Código, que impiden la compensación en la deuda alimenticia, solo tienen por objeto evitar que en virtud de la misma se extinga la pensión.

b) Es una obligación condicional y variable. Como la obligación no subsiste, sino en tanto subsiste la necesidad en una persona, cesa cuando se extingue la misma o no se tiene en su precisa capacidad patrimonial.

Consecuentemente con el anterior carácter, la cuantía de la prestación varía al cambiar las circunstancias, según el art. 147 CC. La modificación dice Hernández Gil, puede presentar difi-

cultades procesales cuando la cuantía se haya fijado en sentencia firme, pero el Derecho Procesal debe plegarse a las exigencias del material en todo en cuanto incumbe determinar a este.

c) Tiene así mismo, la característica de la elegibilidad y la reciprocidad. Al obligado legalmente se le concede el derecho de elección entre la prestación en especie o en dinero. Por otra parte, quien está obligado a prestar alimentos al pariente necesitado, tiene a su vez derecho a obtenerlos de éste si llega a estar necesitado y el alimentista primitivo habiendo mejorado de fortuna, está en situación de socorrerlo. Esta reciprocidad es distinta de la contractual derivada de la bilateralidad de pactos, ya que surge en situaciones en que el que tiene derecho a alimentos puede exigirlos sin que simultáneamente la parte obligada pueda a su vez hacerlos efectivos si no llega a la situación que la ley prevé.

d) La deuda alimenticia no puede ser sometida a transacción. El art. 1.814 CC, dispone que no se puede transigir sobre alimentos futuros y tampoco someterlo a arbitraje tal como señala el art. 1.821 del mencionado texto legal.

e) La obligación alimenticia no es compensable ni renunciable. Estos caracteres tienen una premisa que los une respecto al tiempo que se producen, pues tal como dice el art. 151, fine:

*"podrán compensar y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas y demandadas".*

Al decir que no podrán compensarse las pensiones alimenticias, viene a prohibir la compensación del crédito alimenticio con las deudas que el alimentante tenga frente al alimentista. Semejante prohibición es racional, ya que en caso contrario se desvirtúa la finalidad de la deuda alimenticia. Nos basamos para ello en la S. 2 Mar. 1967, que desdobra el carácter de las obligaciones alimentarias como irrenunciables, incompensables e intransmisibles.

f) Es una obligación imprescriptible, en cuanto el alimentista puede reclamar alimentos futuros en todo tiempo. En cambio, las pensiones alimenticias vencidas prescriben por el transcurso de cinco años desde su vencimiento, tal como señala el art. 1.966 CC.

El derecho a percibir alimentos no prescribe nunca, aun cuando concurran todos los requisitos para su ejercicio y el alimentista no lo ejercite. Y ello por la misma razón de no ser susceptible de renuncia. La duración indefinida del derecho no sólo es consecuencia de su entronque con la personalidad, es decir, con el derecho a la vida, sino también de que su ejercicio constituye una mera facultad. Por mucho tiempo que tarde

en reclamar alimento el necesitado de ellos, siempre tiene abierta la posibilidad de hacerlo.

g) La deuda alimenticia tiene el carácter de insolidaria.: Puede suceder que sean varios los obligados a prestar alimentos a un mismo pariente necesitado, teniendo la misma relación parental. Por ello resulta que, de una interpretación restrictiva y correcta del art. 145 CC en su par. 1º, nos lleva a la conclusión de que, cuando necesariamente la obligación alimenticia sea pluripersonal, la mancomunidad pasiva o de deudores, no se constituye con el carácter de solidaria, sino de simple o prorratea, con la particularidad de que la participación de los deudores mancomunados no es por cuotas o partes iguales, sino "proporcionada a su caudal respectivo".

Entonces la definimos como mancomunada, como deducimos del art. 145 CC, pero en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, puede el juez obligar a una sola de ellas para que lo preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar, de los demás obligados, la parte que le corresponda. A pesar de ello, no es una solidaridad propia, porque el alimentista sólo puede dirigirse contra el alimentante designado por el juez, y si hubiera solidaridad propia, podría dirigirse contra el deudor que quisiera.

h) Aunque tradicionalmente la doctrina no ha incluido esta obligación, la gratuidad se podría señalar como una característica más de la deuda. La idea esencial, es que el derecho a la prestación de alimentos, se sigue como consecuencia inevitable que para obtener esta prestación no haya que realizar ninguna contraprestación. La prestación de alimentos es gratuita y no onerosa.

Es por tanto que, el Derecho de alimentos hasta aquí estudiado, por la propia necesidad vital en que se basa, esta sustraído a la disponibilidad de los particulares; por lo que, la obligación de alimentos de la que nos estamos ocupando en este lugar es una obligación nacida de la Ley. Se constituye ex lege, y de la misma forma se constituye su contenido. Las decisiones judiciales que se puedan dictar no tienen otro fin que aplicar o poner en ejecución la Ley.

## **6. SUJETOS DE LA OBLIGACION.**

### **6.1. PARÁMETROS GENERALES DE LA OBLIGACIÓN.**

Según el art. 143 del CC:

*"Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:*

1) *Los cónyuges.*

2) *Los ascendientes y descendientes.*

*Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesitan por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación".*

El artículo expuesto toma una nueva redacción para adaptarse al art. 39.2 CE, dado que este prescribe que:

*"Los poderes públicos aseguran así mismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil..".*

La igualdad ante la Ley que implica el art. 14 CE y que prescribe también el art. 39.2, eran principios suficientes para reformar y adaptar el antiguo art. 143 CC.

De la lectura del art. 143 resulta, pues, que existe en potencia la obligación legal alimenticia: en el parentesco legítimo, en el parentesco natural, en el parentesco ilegítimo. Pero no todas las personas que pueden formar parte de aquellos círculos familiares pueden ser titulares, en la exigencia o en la prestación, de la obligación legal alimenticia.

Así mismo, antes de tratar esta norma digamos que la existencia de la obligación legal de alimentos entre parientes requiere la concurrencia de tres requisitos:

a) Un vínculo de parentesco o estado de familia que, naturalmente, tiene carácter recíproco.

b) Un estado de necesidad en el alimentista, estado que no debe identificarse en todos los casos con el estado de indigencia; basta que lo sea en relación con las condiciones personales y sociales del alimentista, y en consecuencia, de apreciación judicial.

c) Una posibilidad económica en el obligado a prestar los alimentos.

Pasemos, después de la breve introducción, a estudiar a continuación los sujetos de la obligación legal de alimentos a través de las clases de parentesco que hemos señalado.

### **6.2. LOS ALIMENTOS, ENTRE CÓNYUGES.**

El matrimonio impone a los cónyuges el deber de socorrerse mutuamente. Por lo que en situa-

ciones normales de convivencia conyugal no ha de acudir a la prestación de la obligación legal alimenticia, que únicamente ha de cumplirse en caso de separación legal al decaer aquel socorro mutuo que impone el art. 68 CC.

Sin entrar en el debate sobre la verdadera naturaleza de los deberes impuestos a los cónyuges en los arts. 67 y 68 CC **\*(22)** y dejando igualmente a un lado los problemas derivados de la identidad o diferencia entre los mutuos deberes de ayuda y socorro, nadie duda en considerar que este último presenta un marcado carácter económico que obliga a cada uno de los esposos a atender las necesidades materiales del otro. Desde esta perspectiva se puede afirmar, sin temor a error, que mientras los cónyuges viven juntos el deber de socorro coincide básicamente con el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Por otra parte, en las situaciones de crisis matrimonial derivadas de la separación legal o de hecho el deber de socorro se mantiene, pero se traduce ahora en la obligación legal de alimentos entre cónyuges sancionada en los arts. 142 y ss. CC. Disuelto el vínculo matrimonial por el divorcio o la declaración de nulidad del matrimonio, en el ordenamiento jurídico Español desaparece también el deber de socorro mutuo entre los esposos, aunque, esto no es impedimento para que pueda aparecer otro concepto económico distinto, el de pensión o indemnización, derivado de la quiebra del matrimonio.

Siguiendo a La Cruz Berdejo y a Sancho Rebullida:

*"El deber conyugal de socorro mutuo recogido en el art. 68 CC se reduce al deber de alimentos cuando se rompe la unidad de vida; durante la preparación y sustentación del proceso de separación, divorcio o nulidad".*

Concluimos con que la deuda alimenticia nace como obligación en una situación de crisis matrimonial y no de estado normal del matrimonio, como anteriormente referimos. Veamos ahora como se desarrolla en cada uno de los estados de crisis.

#### **6.2.1. La separación de hecho, efectos jurídicos de los alimentos.**

Según Valpuesta Fernández **\*(23)**, y en refe-

rencia con la reforma del Derecho de familia, operada en el ordenamiento jurídico Español en 1981:

*"La separación de hecho, como presupuesto fáctico de los convenios entre los cónyuges sufre una profunda remodelación en orden a su trascendencia jurídica, a causa de las dos leyes recientemente publicadas en materia de Derecho de familia, cuyos puntos de incidencia lo constituyen, de un lado, las reiteradas alusiones legales a la mencionada separación de hecho y, de otro, la concepción de la familia y el matrimonio que se perfila en la nueva legislación."*

La reforma del Derecho de familia reconoció ciertos efectos jurídicos a la separación de hecho. Consiste esta en la interrupción, por voluntad concorde de ambos cónyuges o unilateralmente decidida por uno de ellos, de la vida en común o, según establece el CC, "en el cese efectivo de la convivencia conyugal".

Tradicionalmente este tipo de separación no sólo se encontraba ausente en nuestros textos legales, sino que era considerada incluso como una situación contraria al orden social. Pero a fuerza de los hechos, y de la realidad social imperante, obligó a reconocer muy pronto cierta trascendencia jurídica a estas situaciones fácticas, planteándose en este punto la posibilidad de que uno de los cónyuges separados pudiera exigir al otro el derecho de alimentos.

Por otra parte, la prestación por alimentos en este caso será en dinero, y serán de aplicación las normas sobre el pago contenidas en el art. 148 CC. Tras lo expuesto, se desprende que, no es aplicable la norma contenida en el art. 149 CC, que permite al obligado a prestar alimentos satisfaciéndolos a su elección, bien pagando la pensión que se fije, bien manteniendo en su propia casa al acreedor.

#### **6.2.2 La separación de derecho, efectos jurídicos de los alimentos.**

La L 7 Jul. 1981 supuso un cambio considerable en lo que al desarrollo jurídico de la separación matrimonial corresponde. Así mismo, esta transformación introdujo dos consideraciones de gran trascendencia:

a) Introducción del divorcio, y manteniéndose

---

**\*(22)** Art. 67 del CC: "El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia."

Art. 68 del CC: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente."

**\*(23)** Valpuesta Fernández, M.R. "Los pactos conyugales de separación de hecho. Historia y presente" Sevilla, 1982

junto a él, la consideración autónoma de la separación legal.

b) Desapareció el criterio de la culpabilidad como eje básico de la crisis matrimonial.

En la regulación actual la separación legal si bien deja incólume el vínculo matrimonial, supone la cesación, jurídicamente sancionada, de la vida en común de los casados y la transformación del régimen jurídico de los derechos y deberes de los esposos.

En este punto, es imprescindible citar los arts. 90.1.c) y 91 **\*(24)** del CC que respectivamente aluden a "la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos" acordadas por los cónyuges en el convenio regulador y a la decisión sobre "cargas del matrimonio" impuesta por el juez en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo.

Cuando el matrimonio se encuentra ante el estado de crisis anteriormente aludido y decide solicitar la separación del vínculo por la vía que les unía, se pueden plantear varias hipótesis o situaciones.

De acuerdo con lo expuesto, hay que señalar que en el régimen del CC, la separación legal hace desaparecer la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, pero deja subsistente el deber de socorro mutuo y autoriza a ambos esposos a solicitar una pensión alimenticia cuando acredite los presupuestos de necesidad y recursos suficientes del obligado que la hacen nacer. Además y como característica notoria de nuestro régimen vigente, la mencionada obligación de alimentos de los cónyuges es generalmente recíproca e independiente de cualquier consideración de culpa o imputabilidad de la separación, puesto que su único fundamento está en el mantenimiento del status del cónyuge. No obstante, cuando la separación legal venga a significar una sanción a la conducta del cónyuge que incumple sus deberes de tal, es probable que la obligación pierda ese carácter de reciprocidad y asepticismo y sólo pueda nacer en beneficio del cónyuge inocente.

El derecho de alimento del cónyuge separado se enmarca en el régimen general de alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss. CC, con las características que le son propias a la obligación alimenticia.

Hay que reseñar que, se debe destacar que la estructura personal entre cónyuges, unida a la

ausencia de un interés público en la atribución, comportan que su reconocimiento judicial este subordinado a la carga de la demanda y de la prueba por parte de quien los solicita. Si, a pesar de ser reconocidos en la sentencia de separación o en la fase de ejecución, se produce un acuerdo posterior entre los esposos sobre la pervivencia o el montante del derecho, estaremos ante un simple reconocimiento extrajudicial de la subsistencia o no de los presupuestos que dan lugar al derecho. Pero ello, no es impedimento que pueda existir una posterior reclamación de alimentos en el caso de que cambien dichos presupuestos. Por tanto, la nueva reclamación puede arbitrase en un nuevo proceso matrimonial, a través del procedimiento dispuesto en la disp. ad. 5ª de la L 7 Jul. 1981.

El contenido de la prestación alimenticia en que nos venimos deteniendo es el señalado en el art. 142 CC, "todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido o asistencia médica" o, lo que es lo mismo, las comunes necesidades de vida del cónyuge necesitado. Se trata, de que la persona que no pueda procurarse los medios para satisfacerse aquellas necesidades, vea asegurada mediante la institución alimenticia las condiciones materiales que le permitan llevar una vida libre y digna, y por tanto avanzar en el libre desarrollo de su personalidad que nuestra Constitución considera fundamento básico del orden jurídico y social.

En referencia a lo citado, hay que señalar que se trata estrictamente de alimentos, sin que haya de atenderse a ninguna consideración de desequilibrio patrimonial derivado de la ruptura del matrimonio ni, en principio, a la finalidad perseguida por normas similares del derecho comparado que tratan de mantener para el acreedor el mismo nivel de vida que tenía durante la ordinaria convivencia del matrimonio. A pesar de la supresión del criterio referencial "según la posición social de la familia", en la reforma de 1981, no falta quien opina que el mismo sigue vigente en la medida en que dentro de la familia y, en particular, entre los cónyuges, las necesidades vienen medidas, conforme a los usos y circunstancias, por la posición socioeconómica de la familia en cuestión, lo que significa que el cónyuge alimentista tiene un verdadero derecho subjetivo a ser tratado según la posición social de la familia a la que sigue perteneciendo.

En cuanto al momento del nacimiento de la prestación, se puede entender aplicable el par. 1º del art. 148 CC **\*(25)**, en el punto que señala

**\*(24)** Art. 90.1.c) "...La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como su base de actualización y garantías en su caso".

que los alimentos no se abonarán sino desde la fecha en la que se interponga la demanda, puesto que el periodo de tiempo que transcurre entre la interposición de la demanda de separación y la sentencia en la que efectivamente se acuerda esta, los alimentos que se deben los cónyuges entre sí son los previstos en las llamadas provisionales y que pueden coincidir o no con los eventualmente decretados en las definitivas. Los alimentos derivados de la separación nacen con la firmeza de la sentencia y no con la interposición de la demanda.

En la línea de lo expuesto, y tal y como señala reiteradamente la jurisprudencia, nos apoyamos en la S.AP de Madrid 18 Mar. 1992, donde se afirma:

*"En los procedimientos de separación matrimonial el pago de la pensión por alimentos obliga desde la fecha de la firmeza de la sentencia y no desde la interposición de la demanda en cuanto que las sentencias de separación y divorcio tienen efectos constitutivos ex nunc, esto es, desde que ganan firmeza, no siendo de aplicación lo dispuesto en el par. 1º del art. 148 CC, que se refiere a las demandas de juicios de alimentos y no a las de separación, en cuyos procedimientos existen unas medidas provisionales de carácter urgente y tramitación independiente."*

En cuanto a la modificación de la cuantía, es admisible el principio de variabilidad propia de todas las prestaciones alimenticias. En efecto, características esenciales de la deuda alimenticia son la relatividad o dependencia de la efectiva necesidad del alimentista, así como de la capacidad del obligado y, coherentemente, variabilidad de su cuantía conforme cambien las referidas circunstancias. Ambos caracteres son perfectamente aplicables a las prestaciones alimenticias entre esposos legalmente separados.

La obligación alimenticia entre esposos legalmente separados se extingue por las mismas causas que el resto de las obligaciones de alimentos, y que se señalan en el art. 152 CC, tal y como se verá en un apartado de este trabajo.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, cabría afirmar que la pensión de alimentos entre cónyuges separados guarda una especie de relación de subsidiariedad con respecto a la pensión compensatoria. Primero se ha de aprobar si se da el supuesto de hecho de la pensión por desequilibrio, únicamente cuando es el caso, cuando

se renuncia a ella o cuando este derecho no es suficiente para satisfacer el mínimo vital del cónyuge necesitado, entra en consideración el derecho de alimentos de los arts. 142 y ss. del CC.

### 6.3. LA OBLIGACIÓN ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES.

Entre las personas recíprocamente obligadas a darse alimentos según el art. 143 CC, figuran después de los cónyuges, los ascendientes y descendientes y este mismo orden es el que hemos señalado al dividir los ordenes familiares dentro del parentesco.

Tienen derecho a los alimentos recíprocos cualquiera que sea la clase de filiación o parentesco que les una. Respecto de los padres para con sus hijos menores de edad, las necesidades de estos se cubren normalmente mediante el cumplimiento del poder-deber de la patria potestad, que incluye, según el art. 154.1 CC, y que determina entre otras que se ha de "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionarles una formación integral". La obligación de alimento tiene lugar cuando los hijos, una vez emancipados y salidos de la patria potestad, se encuentran en un estado de necesidad. Surge así la obligación de alimentos prevista en el n° 2 del art. 143 CC, y cuyo supuesto de hecho esta constituido por los siguientes requisitos:

- a) Emancipación del hijo.
- b) Filiación matrimonial o extramatrimonial.
- c) Posibilidad económica del padre.
- d) Estado de necesidad del hijo.

Ahora bien, la obligación alimenticia que estudiamos en este punto no se circunscribe a los padres, sino que se remonta a los ascendientes en línea recta por lo que, en defecto de los padres, serán los abuelos los sujetos pasivos de aquella obligación según el orden de prelación establecido en el n° 3 del art. 144 en relación con el n° 2 del art. 143 CC. Así mismo, si el hijo necesitado había constituido una familia, y, con posterioridad, se encuentra en estado de necesidad, deberá dirigirse en demanda de alimentos en primer lugar a su cónyuge y después a sus descendientes.

En relación con los ascendientes está claro que comprender toda la extensión de la línea recta de los hijos están obligados respecto a sus

---

<sup>\*</sup>(25) Art. 148 CC "La obligación de dar alimento será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda..."

padres, abuelos o bisabuelos. Por tanto obligará tanto al hijo matrimonial como al extramatrimonial como al adoptado. Esta obligación de descendientes respecto a ascendientes tiene un alto valor moral, porque siendo el derecho a la vida el verdadero fundamento de la obligación alimenticia y siendo necesario para su mejor eficacia y realización práctica la determinación concreta de los sujetos de tal obligación, al vincularse aquella determinación a un estado de familia, nada más natural y equitativo que hacer a los hijos sujetos pasivos del derecho alimenticio de los padres cuando éstos lo necesitan.

#### 6.4. LOS ALIMENTOS ENTRE HERMANOS.

Según establece el par. 2º art. 143 CC

*“Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.*

La obligación alimenticia entre hermanos afecta no sólo a los legítimos o habidos de matrimonio, sino recíprocamente a los habidos de matrimonio y los habidos fuera de él, es decir, cualquiera que sea la clase de parentesco, ya que la ley no restringe este derecho ni hace distinciones.

Por lo demás, cabe seguir atribuyendo a esta obligación legal los caracteres que le viene atribuyendo la doctrina:

a) restringida, pues sólo proporciona, como hemos dicho, los auxilios necesarios para la vida, incluyendo en su caso la educación del alimentista.

b) subsidiaria, pues sólo procede a falta de ascendientes y descendientes.

c) condicional, porque sólo se prestan estos alimentos cuando el hermano los necesite por causa que no le sea imputable.

El TS se ha pronunciado sobre alguno de estos requisitos, estableciendo que la obligación que tienen los hermanos de prestarse auxilios necesarios para la vida es forzoso entender que no sólo se refiere al caso de que el alimentista carezca de ocasión contra su voluntad para encontrar medios con que atender a la satisfacción de sus necesidades, sino que es preciso que el estado de penuria no haya sobrevenido por su mal comportamiento.

Para concluir, debiéramos concretar diferenciando entre alimentos y auxilios necesarios, para una gran parte de la doctrina, establecen

que, los alimentos de acuerdo con el art. 146 CC, se darán en cuantía proporcional al caudal o medios de quien los de, y a las necesidades de quien los reciba, mientras que los auxilios necesarios se circunscriben a los que sean necesarios para sobrevivir.

## 7. ALIMENTOS EN LAS UNIONES DE HECHO: REALIDAD SOCIAL

Las uniones de hecho son un fenómeno en nuestra sociedad, creciente en número y aceptación social. Hasta tal punto ha sucedido así que la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico, tan reacios en otro tiempo a reconocer efectos a las uniones extramatrimoniales, han terminado por plegarse a esta realidad cada vez más presente.

Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad art. 10 CE, y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial art. 39 CE, no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho, no es una situación equivalente al matrimonio y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla, en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes, la normativa regulador de éste.

Nuestro CC no regula de modo específico las uniones de hecho con atribución de un estatuto jurídico concreto, como efectivamente se ha hecho en otros ordenamientos extranjeros, singularmente en países iberoamericanos y de modo más contundente, en la legislación sueca. Sin embargo, esa nueva sensibilidad hacia el nuevo fenómeno sociológico si ha llevado a nuestro legislador a recoger ciertas alusiones a estas situaciones para equipararlas, en ocasiones y como veremos más adelante, a las uniones matrimoniales.

El encuadre normativo legal de la relación patrimonial creada entre dos personas, se presenta dificultosa, y en este sentido, debemos distinguir dos aspectos perfectamente separados con respecto a los alimentos; por un lado los alimentos de los progenitores respecto de sus hijos habidos durante la convivencia paramatrimonial; y de otra parte, los posibles alimentos entre los miembros de la pareja.

### 7.1. ALIMENTOS EN RELACIÓN CON LOS HIJOS COMUNES.

En lo que respecta a la familia de hecho, se produce una distinción entre las relaciones ver-

ticales y horizontales en el sentido de determinar doctrina y jurisprudencia que en las primeras no existe autonomía de la voluntad, concretándose las consecuencias del art. 39.3 CE en los arts. 11.4, 92, 93, 154 CC, es decir, en las normas que configuran las relaciones paterno-filiales se rescinde de que exista o no matrimonio. Por ello los procesos que afectan a estas relaciones no van a regirse por el principio de rogación, sino por la intervención de oficio, tal y como determinan los arts. 92, 93 y ss. para los supuestos en los que se produce separación y divorcio, y hay que adoptar las medidas y determinaciones que regulan la situación de los hijos menores y aseguran su protección.

De este modo en lo relativo a la guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos de los hijos, se aplica lo dispuesto en los arts. 90, 91, 92 y 103, en relación con lo dispuesto en los arts. 154.1, 156, 158.1, 159 y 160 CC, en la medida en que unos y otros preceptos son similares y pueden complementarse mediante técnicas ordinarias de interpretación y aplicación. Razón por la cual hay prácticamente unanimidad en la doctrina a la hora de admitir la posibilidad de aplicar tales preceptos para regular dichas materias cuando se produce la ruptura de las uniones de hecho.

Al establecer el art. 108 CC que la filiación es matrimonial y no matrimonial, estableciendo el par. 2º que la filiación matrimonial y no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este código, quiere decirse que todo lo que hemos indicado sobre el procedimiento de familia y la ejecución de las sentencias en los procesos de alimentos, son perfectamente aplicables al caso de los hijos habidos en una unión paramatrimonial, al tener el carácter de hijos no matrimoniales, pero con iguales derechos que los de tal carácter.

## 7.2. ALIMENTOS ENTRE COMPAÑEROS.

En primer lugar, y dada la redacción restrictiva que el CC hace de la obligación de alimentos entre parientes, recogida en el art. 143 CC, no cabe la exigencia de alimentos más que entre cónyuges, siendo también los cónyuges los obligados a prestarlos.

Esto no quiere decir que en virtud de la libertad de contratación establecida en el CC, los compañeros puedan pactar la obligación recíproca de prestarse alimentos tanto mientras dure la convivencia como una vez terminada ésta por mutuo acuerdo o, incluso, por decisión unilateral de uno de ellos. Así parece desprenderse del art. 153 CC al establecer:

*“que las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por éste Código,*

*por testamento o por pacto, se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate.”*

Estos alimentos pueden pactarse en base al trabajo que uno de los compañeros haya prestado a la unión, como puede ser el trabajo doméstico, o simplemente como manifestación de afecto. No parece, sin embargo, lícita la cláusula en que se establezcan los alimentos teniendo como fundamento la mera relación sexual, que sería equivalente a un pago de servicios muy similar a la prostitución, y por ende, estimarse como causa ilícita.

Lo que parece más normal es que los alimentos se establezcan en beneficio de la madre bajo cuya custodia queden los hijos comunes menores de edad, principio que sería perfectamente válido en relación con el compañero que asumiera dicha guarda y custodia.

Aparte de que los Alimentos nunca se han considerado existentes en el divorcio, la más reciente doctrina jurisprudencial tampoco los admite en los casos de separación matrimonial. Esta tesis es sostenida por la sección 22 de la AP de Madrid que únicamente reconoce la pensión compensatoria; así, en la S. 26 Jun. 1992 se dice que:

*“es improcedente, ya que con la separación matrimonial declarada judicialmente desaparece el deber de socorro previsto en los arts. 67 y 68 CC, y el deber de alimentos es absorbido por la pensión compensatoria regulada en el art. 97, como se infiere de la circunstancia 8 de dicho precepto; y además, porque el deber alimenticio entre los cónyuges, establecido en los arts. 143 y 144 tiene su vigencia mientras que la convivencia matrimonial se desarrolla con normalidad y en situación de ruptura fáctica.”*

Sin embargo, cuando se trata de un convenio matrimonial, esta cláusula de alimentos en favor de uno de los cónyuges es perfectamente válida, por no oponerse ni a la letra de la Ley ni ser contraria al orden público. Lo mismo puede decirse cuando la cláusula se establece en un convenio pactando los efectos económicos de una unión paramatrimonial, con las limitaciones anteriormente expuestas.

También creemos que no existe inconveniente alguno en que en el convenio paramatrimonial se haga constar la ayuda económica que uno de los hasta entonces convivientes quiere prestar al otro, pudiendo tener el carácter de alimentos o de pensión compensatoria, aplicando voluntariamente lo dispuesto en el art. 97 CC.

Mucho se ha discutido si en el Convenio regulador de la separación o divorcio puede establecerse un plazo de duración para el pago de la pensión compensatoria. No parece que exista ningún inconveniente legal para ello, pues ambos esposos pueden pretender que se perciba la pensión durante un determinado tiempo, que se estima suficiente para lograr un trabajo o rehacer la vida en cualquier forma, y por lo tanto, transcurrido dicho plazo, la pensión no tiene por qué ser mantenida. Esta misma opinión puede mantenerse respecto de los alimentos o pensión pactados entre compañeros, y aún con mayor razón, puesto que la obligación de pagarlo no nace de la Ley, sino de la libre voluntad de las partes que establecieron la cláusula y su limitación, pudiendo fijar además cualquier otra condición que no sea ilícita o inmoral.

De este modo y siguiendo la S.TS 11 Abr. 1994, puede afirmarse que ha de acudirse a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados para determinar si existe ya un condominio o una sociedad universal o particular entre los convivientes. A este respecto hay que hacer constar que la recomendación n° R (88)-3, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, fechada el 7 Mar. 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como pareja no casadas o que se regulan las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el periodo ulterior a su cesación, no pueden tenerse como nulos, por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones.

Por tanto, será preciso acudir al caso concreto, y partiendo de aquí sentar los principios que hayan de regir la vertiente patrimonial cuando la unión familiar de hecho o extramatrimonial finalice.

## **8. CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ALIMENTOS. PLURALIDAD DE ALIMENTANTES O ALIMENTISTAS.**

Establece el art. 149 CC, que:

*“El obligado a prestar alimentos, podrá a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.”*

La forma de satisfacer los alimentos queda, en principio, a elección del obligado, que puede optar por recibir y mantener en su propia casa al

que tiene derecho a ellos o pagarle la pensión que se fije.

Esa facultad de elegir la forma de prestar los alimentos es la regla. Pero, por excepción, no se tiene en ciertos casos, en los que el obligado carece de la posibilidad de cumplir recibiendo y manteniendo en su propia casa al beneficiario, y queda reducido a satisfacerlos mediante el pago a éste de la pensión que se haya señalado.

Lo que en todo caso debe quedar descartado es que la elección concedida al deudor se convierta en una posibilidad del mismo para eludir el cumplimiento de la prestación alimenticia ante la negativa razonada y justificada por causas legales y morales del alimentista a recibir alimento en la forma elegida por el alimentante.

La Ley, aparte de dejar, en los términos vistos, libertad al obligado de escoger la forma de prestar los alimentos, lo que desde luego intenta, cualquiera que sea la forma elegida, es que quede asegurado efectivamente que quien los debe los satisfará, con objeto de que no resulte una obligación ilusoria o cuyo incumplimiento se halle siempre a riesgo de que sea buen o mal pagador el alimentante.

Está claro que el cónyuge es preferente, pero tal reclamación al cónyuge sólo se producirá en matrimonios separados de hecho o de derecho. Ya que si se ha dictado sentencia de nulidad o divorcio no podrán reclamarse. Si los cónyuges viven juntos ya hemos visto que no nace una deuda de alimentos propiamente dicha, ya que lo que existe es el deber de mantenimiento.

En cuanto a la obligación de alimentos entre los ascendientes y los descendientes, el Código la determina en toda la extensión de la línea recta cualquiera que sea el grado de parentesco. Existe entre padres e hijos, entre abuelos y nietos o incluso más allá si esto fuera posible, y como toda obligación de alimentos es recíproca.

La obligación de alimentos existe cualquiera que sea la relación paternofilial y, por ende, lo mismo si los hijos han nacido fuera o dentro del matrimonio. No hay tampoco diferencia de extensión de la obligación fundada en el origen de la filiación. El derecho de alimento de todos los hijos es igual. En todo caso la obligación exige, como es obvio, que la filiación se encuentre determinada legalmente. La relación obligatoria de alimentos al ser recíproca, puede presentar un inverso sentido y ser un derecho de los padres frente a los hijos.

La preferencia establecida en el art. 144 CC, plantea algunos problemas interpretativos. La solución a la interpretación de este artículo, es

realmente dudosa. Si se acepta la contribución de todos los descendientes sin mediador sucesorio, se plantea el ulterior problema de saber si contribuyen todos por cabezas, cada uno en proporción a su fortuna y posibilidades, o bien por estirpes, y entonces teniendo en cuenta, además, las cuotas que les corresponderían en la sucesión del alimentista. Problema que no aborda el art. 145 CC, el cual parte, para la distribución de la carga, de unos deudores de alimentos obligados por un grado de parentesco.

Tras los descendientes los obligados a dar alimentos son los ascendientes también de grado más próximo y entre ellos se repite el problema que acabamos de analizar entre los ascendientes de segundo y tercer grado. No obstante a diferencia de la sucesión de los descendientes, en los que no hay derecho de representación, el problema no cabría plantearlo.

En cuanto a la obligación de alimentos entre hermanos, se refiere a ella el párrafo del art. 143 CC, según el cual:

*“los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.”*

Por otra parte, se llama en primer lugar a los hermanos de doble vínculo y posteriormente a los hermanos de vínculo sencillo, sean uterinos o consanguíneos. Está claro que si se tiene que llegar a llamar a los hermanos, éstos sólo están obligados a prestar los auxilios necesarios para la vida. El último inciso dice que entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.

Los alimentos entre hermanos son alimentos reducidos (auxilios necesarios para la vida) y su constitución se encuentra restringida (necesidad por causa que no sea imputable al alimentista).

Quizás, para terminar, tengamos que concretar diferenciando entre alimentos y auxilio necesarios, al respecto y basándonos en la mayoría de los autores, nos dicen que, los alimentos de acuerdo con el art. 146, se darán en cuantía proporcional al caudal o medios de quien se los dé, y a las necesidades de quien los reciba, mientras que los auxilios necesarios se circunscriben a los que sean necesarios para sobrevivir.

## **9. CANTIDAD Y VARIABILIDAD DE LOS ALIMENTOS.**

Según el art. 146 CC,

*“la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.*

Habrà de tenerse en cuenta, en primer lugar, si se trata de alimentos civiles o amplios o sólo de auxilios necesarios para la vida; por otro lado, habrá de compulsarse libremente por los tribunales las necesidades del alimentista y los medios de que dispone el obligado. Todas estas cuestiones son de puro hecho; habiéndose declarado también que la determinación de la cuantía de los alimentos es facultad exclusiva de la Sala de instancia, y su pronunciamiento sólo puede ser atacado por evidente error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.

Aunque el alimentista tenga medios para vivir estrechamente, ello no enerva el derecho a reclamar alimentos cuando esos medios no guardan proporción con la elevada posición económica de la familia.

La apreciación por el juzgador de cuales sean el caudal o los medios del obligado y la necesidad del que pide los alimentos, versa sobre nociones de hecho que se hallan esencialmente en cada situación particular y, por tanto, son apreciables libremente por el juez que forma su convicción por el resultado de las pruebas, empleando las reglas de la lógica y de la experiencia y el conocimiento de la vida. En cambio, la fijación de la concreta cantidad, una vez estimado lo anterior, no consiste en la apreciación libre de un hecho, sino en la delimitación de un quantum, acto que se mueve solamente en los límites de los fines de la norma, aunque el juicio descansa en la libre convicción sobre los hechos básicos en el precepto.

Así, pues, el criterio de proporcionalidad es básico para la determinación cuantitativa de las prestaciones alimenticias. Y la proporcionalidad es doble, tanto en el aspecto pasivo de la relación, como en el activo. Tanto es así, que a estos efectos y sin perjuicio de posterior comentario, hay que tener presente lo expuesto en el par. 2 del art. 152 CC, según el cual cesaría la obligación de prestar alimentos cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlas sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

La cuantía de los alimentos no es fija, sino variable. Así, dice el art. 147 CC, que:

*“los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.”*

Puede variar tanto la posición de la familia como las necesidades del alimentista, y estas variaciones se tendrán en cuenta para aumentar o disminuir proporcionalmente la cuantía de los alimentos, y su fijación en concreto dependerá de cada supuesto de hecho que se contemple. Pero en la actualidad, es preciso tener en cuenta, además, un dato que podría denominarse extrínseco, y es la disminución constante del poder adquisitivo de la moneda, circunstancia a tener en cuenta cuando los alimentos se satisfagan por medio de una suma o pensión en metálico. Al ser la prestación alimenticia en este supuesto de carácter pecuniario, ha de considerarse deuda de valor, y en este sentido ya se ha afirmado, con razón, que nada se opone a que el Juez, al fijar el importe, lo someta a una cláusula de estabilización, a fin de adaptarlo a las variaciones del coste de la vida.

En el supuesto de una variación en la cuantía, sea para aumentar o para disminuir el crédito alimenticio, es importante fijar la fecha a partir de la cual obrará la variación. Esta fecha, en principio, puede ser cuando se produzca de hecho la disminución del capital del alimentante o el aumento de las necesidades del alimentista; o puede ser la interposición de la demanda, o habrá que esperar a la sentencia. En todo caso es interesante, la distinción que se hace, según que la variación sea en alza o sea en baja.

En el primer caso, de ser aplicadas las reglas explicadas anteriormente, para el inicio de la deuda alimenticia, mientras que, en el segundo caso, quizás no sería justo con firmar el fraude del alimentista que oculta una mejora de sus ingresos o una disminución de sus necesidades, permitiéndole retener el mayor importe de las pensiones al amparo de la ignorancia del deudor que desconoce el cambio de circunstancias. En su opinión, tal anterior importe lo ha adquirido sin causa, para la satisfacción de necesidades inexistentes y debe restituirlo.

Por último, la fijación provisional de la cuantía de la deuda alimenticia a través del juicio sumario, llamado de alimentos provisionales, puede mantenerse en juicio plenario posterior sobre alimentos definitivos cuando de los diferentes medios de prueba aportados al juicio no se acredite variación alguna.

## 10. EXTINCION E INCUMPLIMIENTO

El CC plantea en dos artículos la extinción y el incumplimiento de la obligación de suministrar alimentos.

El primero de ellos es el art. 150 que dice:

*“La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme”*

Entiende Sánchez Ramón que este artículo se refiere únicamente a los alimentos legales, o sea, a los establecidos por la Ley independientemente de todo pacto y aun contra la voluntad del alimentante, ya que en relación a los alimentos voluntarios, es indudable que la obligación de suministrar los alimentos, como todas las demás originadas convencionalmente tiene que pasar a los herederos de quien la contrajo, si así se hubiese pactado. Igualmente la impuesta testamentariamente, si así se establece.

En segundo lugar el art. 152 **\*(26)** dice:

Cesará también la obligación de prestar alimentos en los siguientes casos:

a) Muerte, que puede ser tanto muerte del acreedor (art. 152.1) como la del deudor (art. 150)

b) La sobrevenida insuficiencia patrimonial del deudor **\*(27)**, tanto es así que la AP de Murcia ha llegado a estimado en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandado, en el sentido de limitar el pago de la pensión establecida en la sentencia de instancia a aquellos periodos de tiempo en los que la alimentista carezca de trabajo, en base a que entiende este Tribunal que la precariedad del empleo, junto a la personalidad pública del empleador (el INSALUD) y la facilidad para acreditar si la esposa-actora trabaja o no, permiten atemperar las conclusiones radicales que se derivarían de una aplicación meramente formal y rigurosa del art. 152 CC, de tal manera que se compaginen los derechos de las partes y se evite la continua necesidad de acudir a procedimientos cada vez que cesara en su trabajo de auxiliar de clínica en el hospital, con carácter de interino la solicitante de alimentos **\*(28)**.

c) La desaparición de la necesidad del alimentista. Para que se dé esta causa de extinción, no

\*(26) El origen más remoto de este artículo se encuentra en “Las Partidas” de Alfonso X “El Sabio”.

\*(27) Que La Cruz Berdejo entiende, es provisional, hasta que el obligado vuelva a contar con medios suficientes. (art.152.2º).

es preciso que el alimentista esté ya trabajando, o que obtenga frutos de su trabajo, sino que pueda trabajar, entendida como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias. La jurisprudencia ha reiterado que no basta tener aptitud para desarrollar un trabajo si faltan posibilidades de desarrollarlos. (art. 152.3º). En consonancia con ella está la S.TS 5 Nov. 1984 RAJ 1984/5667 que dice:

*"... la estimación por parte del recurrente de que los demandantes se encontraban en situación de poder ejercer un oficio o profesión, razón por la cual no les era necesaria la pensión alimenticia, no puede prevalecer, porque para que cese la prestación es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva..."*

d) La sanción del alimentista por su mala conducta; el que sea o no heredero forzoso, y hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a una desheredación. (art. 152.5 CC)

Esto sería una sanción civil impuesta al alimentista que hubiese incurrido en algunas de las causas de desheredación que alcanza lo mismo al heredero forzoso del alimentante, que al que no lo sea, ya que en este caso la ofensa es la misma.

Ahora bien, si la extinción se da frente a un alimentante concreto, si podrá el alimentista dirigirse entonces contra otro obligado, siguiendo el orden del art. 144 CC.

e) Cuando el alimentista sea descendiente del alimentante, y la necesidad de aquel prevenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa. (art. 152.5º CC)

El incumplimiento del deber de alimentos, como el de toda obligación, constituye una infracción que es sancionada de diversas maneras por la Ley. Cuando la obligación sea pecuniaria cabrá la vía del embargo y de la ejecución forzosa de bienes del deudor. Además, el incumplimiento del deber de alimentos, como el de toda obligación.

Por último cuando la obligación sea pecunia-

ria cabrá la vía del embargo y de la ejecución forzosa de bienes del deudor. Además, el incumplimiento del deber de alimentos puede originar otras especiales consecuencias jurídicas, y entre ellas las siguientes:

1) Puede constituir un delito de abandono de familia y origina una responsabilidad penal. (arts. 226 y 227 CP), que después desarrollaremos.

2) Puede ser causa de suspensión o privación de la patria potestad. (art. 170 CC) **\*(29)**

3) Constituye una justa causa de desheredación de los legitimarios la negación indebida de los alimentos. (art. 854 CC)

4) Constituye una justa causa de la revocación de las donaciones. (arts. del 644 al 651 CC).

## **11. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA FAMILIAR.**

### **11.1. PLANTEAMIENTO Y PRECEDENTE HISTÓRICO. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA CONDUCTA.**

A modo de introducción histórica la figura del abandono de familia es tan antigua como la obligación de los cónyuges a cooperar económicamente con el sustento familiar, pero lo que aquí nos interesa es la traslación penal de las obligaciones civiles, o sea, cuando se comienza a criminalizar las conductas de incumplimiento de las cargas familiares.

En España, el delito de abandono de familia y niños, fue introducido por la L 12 Mar. 1942, parece ser que fue la primera normativa con un ánimo punitivo fue la L 12 Mar. 1942 que a su vez tomó como precedente histórico, la famosa Ley de Divorcio de 2 Mar. 1932. El delito como tal sería reincorporado en la refundición del CP de 23 Dic. 1944.

A pesar del precedente en la Ley de Divorcio referida, tenemos que hacer una salvedad, pues los Códigos Penales posteriores jamás han incluido la penalización del impago de la prestación económica más allá del cónyuge o de los hijos, mientras que el art. 34 de La Ley de Divorcio atribuye la condición de sujeto pasivo

\*(28) Registro de la Jurisprudencia de Editorial "El Derecho" 96/11369 AP Murcia, sec. 1ª S. 29 May. 1996 rec. 279/1995. Pte: Carrillo Vinader.

\*(29) Art. 170 CC "El padre o la madre podrá ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada por causa criminal o matrimonial"

del delito a los descendientes y no únicamente a los hijos.

Todas estas introducciones legislativas tienen como influencia el CP Italiano, que determina el delito de Abandono de Familia como "delito contra los deberes de asistencia familiar", sin hacer distinción entre la ayuda material y la ayuda moral que se deben los miembros de la familia.

Como hemos dicho fue la citada Ley quien criminalizó las conductas de abandono de familia, que en la actualidad siguen vigentes, aunque han sido objeto de diversas reformas y por consiguiente se ha logrado mayor fuerza punitiva y una presencia social cada vez más necesaria.

Reconoce nuestro Ordenamiento Jurídico, que el poder paterno, la tutela y el matrimonio son funciones o posiciones jurídicas, y no potestades; ya que, se alcanza tales condiciones, cumplimentando unos requisitos legales. Es por ello, que los derechos que los caracterizan, vayan acompañados o correspondidos por correlativos deberes.

Como dice Pisapia, "Las obligaciones asistenciales en el seno familiar o tutelar, son una evidente derivación de la situación de las personas que la integran, las que por Ley natural han de adoptar determinadas actitudes para el adecuado cumplimiento de los fines de la institución, considerándose en consecuencia, que la infracción de estos deberes puede ser constitutiva de la infracción penal".

El deber de asistencia está ordenado por las Leyes civiles. Así señala los diferentes preceptos que a continuación detallamos:

a) Art. 154 CC, la obligación del titular de la patria potestad de alimentar, educar, e instruir a los hijos

b) El art. 68 respecto a la obligación de los cónyuges de vivir juntos y socorrerse mutuamente, y el art. 269 CC conforme a las obligaciones del ejercicio de la tutela.

Por lo que, entendemos, que las relaciones de las normas penales y civiles son íntimas. El propio Quintano pone de manifiesto que, "*El Derecho Penal debe agrandar de forma desmesurada el terreno de su jurisdicción como apoyo insustituible de los preceptos civiles, privados y familiares*".

También en este sentido Beltrán de Heredia, dice "El concepto de abandono de familia, desde el punto de vista del Derecho Penal, es una simple consecuencia del concepto civil de asistencia. Su existencia en el campo penal supone la sanción primitiva de la infracción de aquel deber, cosa que no será concebible tratándose de una relación pura del Derecho Privado".

Es inevitable que el Derecho Penal familiar se base, en determinadas ocasiones, en las normas jurídico civiles **\*(30)**. Pero esto, no fue siempre así, pues la criminalización se produce en los tiempos modernos, pero no definiendo penalmente conductas, sino, refiriéndose a las concepciones civiles o a lo más, repitiéndolas.

### 11.2. BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Tenemos que diferenciar el bien jurídico tutelado en el art. 226, del tutelado en el art. 227 CP, pues su naturaleza es distinta, esto conlleva un análisis por separado.

El art. 226 castiga lo que denomina la Doctrina "el abandono de la familia". Para el TS el concepto de abandono es el desamparo, la renuncia o abstención de algo a lo que se está obligado para con su familia **\*(31)**, aunque este mismo Tribunal entiende que el abandono no sólo puede ser económico sino que también lo puede ser moral **\*(32)**. Determinamos que el bien jurídico a proteger en el art. 226 CP es la familia en sus diversas formas de relación con la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar para con sus descendientes, ascendientes o cónyuges que se hallen necesitados.

Respecto al art. 227 CP lo que se pretende en el mismo es crear un cauce dentro del Derecho positivo español con el fin de garantizar el cumplimiento de las prestaciones económica familiares, así como el de facilitar un procedimiento judicial que asegure las resoluciones emanadas en los procedimientos civiles de separación, nulidad y divorcio, tanto contencioso como de mutuo acuerdo.

El art. 227 tiene como fin el garantizar la prestación económica a la que se está obligado por una resolución judicial o convenio a favor del cónyuge o de los hijos, por causa de separación legal, divorcio, nulidad, proceso de filiación o proceso de alimentos.

Como hemos dicho en el apartado anterior fue

\*(30) En principio, el apoyo punitivo se hace necesario.

\*(31) S.TS 10 Dic. 1953.

\*(32) S.TS 20 Ene. 1970.

la citada Ley quien criminalizó las conductas de abandono de familia, que en la actualidad siguen vigentes, aunque han sido objeto de diversas reformas y por consiguiente se ha logrado mayor fuerza punitiva y una presencia social cada vez más necesaria.

Como dice Pisapia: "Las obligaciones asistenciales en el seno familiar o tutelar, son una evidente derivación de la situación de las personas que la integran, las que por Ley natural han de adoptar determinadas actitudes para el adecuado cumplimiento de los fines de la institución, considerándose en consecuencia, que la infracción de estos deberes puede ser constitutiva de la infracción penal".

Hemos visto, que el deber de asistencia está ordenado por las Leyes civiles. Así señala el art. 154 CC, la obligación del titular de la patria potestad de alimentar, educar, e instruir a los hijos; el art. 68 respecto a la obligación de los cónyuges de vivir juntos y socorrerse mutuamente, y el art. 269 CC conforme a las obligaciones del ejercicio de la tutela. Por lo que, entendemos, que las relaciones de las normas penales y civiles son íntimas.

El propio Quintano pone de manifiesto que, "El Derecho Penal debe agrandar de forma desmesurada el terreno de su Jurisdicción como apoyo insustituible de los preceptos civiles, privados y familiares". También en este sentido Beltrán de Heredia, dice "El concepto de abandono de familia, desde el punto de vista del Derecho Penal, es una simple consecuencia del concepto civil de asistencia. Su existencia en el campo penal supone la sanción primitiva de la infracción de aquel deber, cosa que no será concebible tratándose de una relación pura del derecho Privado".

### 11. 3. ESTRUCTURA DEL DELITO Y COMPARATIVA CON EL CP DE 1973

Trataremos la estructura de los delitos que llamaremos del abandono de la familia de manera

separada no sólo por un fin sistematizador sino por su diferencia de contenido.

#### 11.3.1. El art. 226 CP.

Dice el art. 226:

"1.- El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de 8 a 20 fines de semana.

2.- El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de 4 a 10 años."

El antecedente directo de este artículo era el art. 487 del anterior CP **\*(33)**, que para su análisis lo vamos a dividir en dos partes

a) Se requería para la comisión del delito, en primer lugar que el abandono fuera "malicioso", entendido este como ausencia permanente y definitiva, del domicilio familiar, sin causa o razón que justifique o legitime, o, al menos lo explique y disculpe **\*(34)** y en segundo lugar que dicho abandono fuera por una "conducta desordenada", característica, que razona la S.TS 14 Dic. 1975, relacionada con la moralidad sexual, pues entiende la sentencia por conducta desordenada las relaciones carnales extramatrimoniales, la vida licenciosa, la adición alcohólica o a estupefacientes, etc. ...

Este precepto penal se llenó de críticas por su "contenido excesivamente moralizante" **\*(35)**.

Estos delitos, advierte Simonn, tienen un contenido negativo de pasividad, al consistir en la ausencia de la prestación de ayuda material y moral, que los miembros más fuertes de la fami-

**\*(33)** Aquel art. 487 del anterior CP decía que "Será castigado con la penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pts. el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, en los casos siguientes: 1º Si abandonare maliciosamente el domicilio familiar. 2º Si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuvieren por causa su conducta desordenada. El que dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus descendientes menores e incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallen necesitados, a no ser, respecto al último, que estuvieren separados por causa imputable al referido cónyuge, será castigado con la pena de... En todo caso el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de tutela que tuviere el reo. El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del MF. El perdón expreso o presunto del ofendido, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente."

**\*(34)** S.TS 14 Feb. 1974 RJA 1974/757.

lia han de prestar a los más débiles, como exigencia de la propia Ley natural.

El delito de abandono familiar castiga pues, la omisión de los deberes impuestos por la Ley, pero como advierte Rodríguez Devesa <sup>\*(36)</sup>, "No basta con el mero incumplimiento de aquellos deberes de asistencia; es preciso que concurra un abandono malicioso del domicilio familiar o que la falta de asistencia tenga por causa una conducta desordenada. La formulación es alternativa, de suerte que es indiferente el que se dé una de estas circunstancias o conjuntamente las dos".

Para el TS, abandono, quiere decir tanto dejación, desamparo, renuncia o abstención de algo que es obligado referido a la familia y al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la naturaleza, y por la Ley para su sostenimiento y significación (S. 10 Dic. 1953). También el mismo tribunal entiende que no significa la mera ayuda económica el cumplimiento de tales deberes, pues el abandono puede afectar a los aspectos ideales de la asistencia moral tan necesitada de protección como la material (S. 20 Ene. 1970). Por último entiende el tribunal, que se presume abandono malicioso siempre que se perpetre sin causa, razón o motivo que lo explique o justifique (S. 2 Jun. 1982).

Para Devesa, "El abandono malicioso es una ruptura permanente de la conciencia familiar". Por ello, la palabra domicilio no ha de interpretarse en sentido técnico; es el hogar o sitio en que de hecho se desarrolla la vida de la familia. En cambio para Ferrer, el abandono puede tener "Un carácter definitivo o meramente temporal y obedecer a diferentes motivos". Por otra parte Manzanares y Albacar, opinan que: "El abandono puede ir acompañado de una nota de permanencia o bien de continuidad".

En cambio, si el abandono de los deberes legales de asistencia tuviese por causa una conducta desordenada, el núcleo de la actividad se encuentra en una acción opuesta o desacorde con los principios morales que deben imperar en la vida familiar, que acarrea el incumplimiento de los deberes asistenciales. Por su parte Devesa, opta por una línea estricta del término, a la que determina como "Los deberes que impone la vida familiar" y se desentiende de la idea ética, de contrariedad al orden o la Ley moral.

Ciertamente, esta conducta, requiere una cierta continuidad o permanencia en la actitud de la

vida desordenada, sin que sean suficientes meros hechos aislados. Entenderíamos que la antijuricidad se excluye por la concurrencia de cualquier causa de justificación, mereciéndose destacarse el estado de necesidad. Entendiendo que es un delito, de los denominados de resultado permanente, los efectos de la lesión de los intereses familiares subsisten mientras el culpable se mantenga alejado del hogar o entregado a los desórdenes de su conducta.

b) En la segunda parte del análisis que coincide con el par. 2º del artículo del anterior Código ya no se precisaba el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio de una manera puramente formal, dándose por supuesto los requisitos de "malicioso" y "vida desordenada" sino la dejación o la omisión de los deberes para con sus obligados que precisen su auxilio, que agravaba el tipo penal que la doctrina calificaba como un "delito permanente de omisión". En este sentido tenemos diversas sentencias como la S.TS 15 Oct. 1991 RJA 1991/7264 y la de 13 Jul. 1983 RJA 1983/4168.

En cuanto a la agravación a nuestro modo de ver resulta clara, como comete este delito el que conviviendo con su familia y observando una conducta normal externa, no alimenta a los miembros necesitados que menciona expresamente nuestro legislador. Devesa anota, que el CP admite poner en duda que se trate de un tipo cualificado, porque establece, por la vía indirecta de castigar su incumplimiento, unos deberes de asistencia que no coinciden ni en su extensión, ni por los beneficiarios, con los consignados en el par. 1º. No obstante, como enlaza gramaticalmente con él, suponiendo que el sujeto activo ha de reunir las condiciones indicadas, antes cree que, con la reserva apuntada puede sostenerse, que estamos ante una cualificación de las conductas antes descritas en el tipo básico.

Respecto al delito en la actualidad coincide con su precedente en ser una ley penal en blanco por ser un artículo incompleto que precisa integrarse con figuras jurídicas civiles como la patria potestad, tutela, etc. ..., pero abandona los requisitos moralizantes como "malicioso" y "vida desordenada" impropios de la sociedad en que vivimos.

El art. 226 CP respecto a su estructura se divide en dos partes:

<sup>\*(35)</sup> Que diría José M. Prats. Canut en su obra editada por ARANZADI.

<sup>\*(36)</sup> En su obra "Derecho penal Español, Parte Especial" de la Edit. DYKINSON.

1ª.- Es el delito en si que consiste en la dejación de deberes legales que tienen un desarrollo civil y que en la primera parte de este estudio ya hemos tratado y cuyo sujeto activo será el que ejerza la patria potestad o pasivo lo puede ser cualquiera de los hijos o descendientes menores o incapacitados y los pupilos en tutela o acogimiento familiar.

El actual precepto amplía las instituciones jurídicas e introduce la guarda o acogimiento familiar que se refiere el art. 173 CC, ya que esta institución jurídica según la resolución de la dirección general del registro y notariado de 10 Nov. 1990 "produce la plena integración del menor en la vida familiar" entendemos que quedan incluidos los sometidos a curatela y a la defensa judicial.

Por otro lado el art. 226 amplía el concepto de asistencia de un mero sustento y educación "indispensable" a cualquier deber de asistencia que emanen de las instituciones que actúan como sujetos pasivos. Aunque hemos de entender que los deberes para con ellos han de circunscribirse a aquellos más básicos y que generan derechos más identificados con el menor, como son los de alimentación, educación y custodia. Al respecto la S.TS 29 Oct. 1991 RJA 1991/7461 determina que por incumplimiento debe entenderse "la dejación directa de las mínimas o esenciales obligaciones diarias que la propia naturaleza de la célula familiar exige a los directamente responsable de su mantenimiento".

Tocante a la comisión del delito entendemos que los requisitos esenciales son:

a) La omisión del deber de asistencia para con los descendientes, ascendientes o cónyuges.

b) La posibilidad de cumplir con dichos deberes.

c) Que la situación que produce la asistencia tenga cierta permanencia.

2ª.- La segunda parte del art. 226 trata de la posible imposición como pena de la inhabilitación especial en los casos de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar. Forma clásica en los casos de delitos referidos a la vulneración de los derechos subjetivos que nacen de la relaciones familiares.

Ahora bien, el juez o tribunal deberá "motivar" su resolución, aunque no entendemos cual es el caso en que aquellos no han de motivar sus resoluciones. Pero en un sentido más consonante con la idea habremos de comprender que se exige una especial motivación por parte de los juzgadores que limite la potestad sancionadora penal.

### 11.3.2. El artículo 227 del Código Penal. La necesaria intervención del Derecho Penal. Principio de intervención mínima.

Dice el art. 227 CP:

*1.- El que dejare de pagar durante 2 meses consecutivos o 4 meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de 8 a 20 fines de semana.*

*2.- Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.*

*3.- La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adecuadas."*

Este artículo, al igual que el 226 tenía como precedente histórico el 487 del CP, lo tiene en el art. 487 bis del CP anterior **(37)** aporta verdaderamente pocas novedades, aún así analizaremos las existentes.

En esta nueva regulación se modifica el periodo de incumplimiento del pago de la pensión acordada judicialmente, se pasa de 3 meses seguidos o 6 alternos a 2 meses seguidos o 4 alternos en el CP de 1995, lo que implica una rigurosidad en el cumplimiento aún mayor.

En la segunda parte del artículo se introduce la sanción de cualquier otra prestación económica de las que se establecieron en la primera parte del artículo, eso implica, que se permite reclamar muchas de las pensiones que en el anterior CP se impedían, como las que prescribe

\*(37) Aquel art. 487 bis del CP anterior decía que: "El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pts."

el art. 99 CC en relación con el 87 **\*(38)**. Claro está que aquí el incumplimiento se produce de una sola vez.

Verdaderamente novedoso a la vez que atractivo nos parece el último apartado del art. 227 que precisa que la reparación del daño implica el pago de las cuantías adeudadas anteriormente. Esto implica que la víctima del delito no tiene que dirigirse a la vía civil con el fin de reclamar la cuantía de las pensiones anteriores que se le adeudaban sino que en el mismo procedimiento de salvan la responsabilidad penal y civil.

Este art. 227, a diferencia del 226 lo que pretende es garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, y establecer el cauce jurídico ante el incumplimiento, al respecto la S.AP de Badajoz de 13 Mar. 1991 que dice "... que el fundamento del precepto en es el encarcelamiento del deudor, sino al, contrario, sancionar la negativa a cumplir con un mandato judicial..." **\*(39)**

Por otra parte la reparación del daño económico antes del Juicio Oral permite al que cometió el delito alegar como atenuante de su responsabilidad penal la reparación del daño causado, con lo que queda bastante diluida la punibilidad de la acción.

Este artículo desde su introducción por LO 3/1989 de 21 Jun. con el 487 bis del anterior CP, ha planteado diversas críticas por parte de la mayoría de los sectores doctrinales. Según el Profesor José Miguel Prats Canut **\*(40)**, las críticas se centraron en que dicha tipicidad no respondía a los principios que informan el Derecho Penal, en especial el de intervención mínima **\*(41)**, y que suponía recuperar una denostada forma de "prisión por deudas". Este tipo de prisión se encuentra expresamente vedada por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de Nueva York celebrado el 19 Dic. 1966 que determina que "... nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual...".

Desde nuestro punto de vista a pesar que nos confesamos partidarios de que el Estado, así como su derecho penal tenga una intervención mínima en las relaciones personales hemos en multitud de ocasiones de requerir una intrusión amparadora de ciertas relaciones jurídicas en que su incumplimiento pone a la víctima en una situación de desamparo que la Justicia Civil pocas veces resuelve. También creemos que el ordenamiento jurídico posee otros medios coercitivos para hacer cumplir o acordado judicialmente, prueba de ello es el art. 91 CC **\*(42)** que determina los medios de coerción en caso de incumplimiento en base al art. 2.1 LOPJ.

Todo este enfrentamiento hace que en verdad la aplicación del derecho penal se produzca cuando en verdad se presente una situación de auténtica subsistencia en que los beneficiarios de una asistencia familiar carezcan los bienes suficientes para existir.

Verdaderamente cuesta explicar desde este punto de vista, ya que no existe criterio de primacía o jerarquía normativa entre normas civiles y penales en que se precise el contenido del art. 227, con el fin de caucionar la ejecutoriedad de las resoluciones en el ámbito familiar y máxime cuando el Derecho Penal ha de limitarse a la mínima expresión.

No olvidemos que premisas tales como "que se hallen necesitados" del art. 226 o "el poder cumplir" del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de Nueva York, hace que la intervención del derecho Penal se produzca ante casos de necesidad del receptor y siempre que el obligado a la prestación económica pueda realizarla.

La supletoriedad del Derecho Penal en estos temas ha sido reiterado por nuestra Jurisprudencia que aboga por una interpretación restrictiva de lo que supone el incumplimiento y por el principio de intervención mínima. Ejemplo de ello es la S.TS 18 Dic. 1990 (RAJ 1990/9553) que dice que

---

**\*(38)** Art. 99 CC "En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al art. 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero."

**\*(39)** Actualidad Penal, nº. 8, agosto de 1991.

**\*(40)** En su participación de "Comentarios al nuevo Código Penal" de Edit. ARANZADI.

**\*(41)** Respecto a dicho principio nos recuerda el Profesor Francisco Muñoz Conde en su obra "DERECHO PENAL, parte general" que "El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del Ordenamiento Jurídico".

**\*(42)** Art. 91 CC: "... el juez,...determinará...las medidas..."

"... debe obviarse la incriminación de conductas para reservar la jurisdicción penal en los casos graves dignos de repulsa social y acreedores por eso de una sanción penal..."

Con esta referencia la Jurisprudencia más actual ha querido subrayar el carácter estrictamente subsidiario del derecho Penal en el ámbito de las relaciones familiares y las consiguientes exigencias legales que condicionan la aplicación del precepto penal.

#### 11. 4. EL REQUISITO DE INSTANCIA DE PARTE Y EL PERDÓN DEL OFENDIDO

Según el art. 228 CP:

"Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el MF".

Como siempre intentamos buscar un precedente y lo encontramos en el art. 487 del anterior CP **\*(43)**, copiándose casi literalmente el espíritu del anterior precepto.

Del propio precedente advertimos que la condición de delitos semi-públicos en el abandono de familia, menores e incapaces se sigue manteniendo el nuevo articulado del CP de 1995. Las razones de mantener dicho carácter se deben a diversos criterios, pero preferimos pensar junto a Prats Canut que ha sido dos fundamentales, razones de oportunidad y conveniencia familiar.

Estos delitos en sus orígenes fueron de naturaleza pública, pero la reforma penal de 1961 por la L 79/1961 y la de 1963 por el D 24 Ene. 1963 fue la que introdujo el inciso de "...El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del MF...".

Respecto al perdón por parte del ofendido que se introduce más tarde con la reforma del CP de 1983 **\*(44)** posee para su aplicación los requisitos siguientes: en primer lugar, se admite el perdón del ofendido, tanto expreso como presunto; en segundo lugar dicho perdón podría extinguir la acción penal, pero no la pena ya impuesta y en tercer lugar si el perdón se producía, una vez oído al MF, precisaba la aprobación del tribunal.

Al respecto la S.AP de Murcia **\*(45)** dice que:

"... ha de rechazarse toda la argumentación vertida en el escrito de recurso, en cuanto a la extinción de la responsabilidad criminal por perdón del ofendido, puesto que el n.º. 5º del art. 112 CP sólo permite aquella consecuencia cuando el delito sea perseguible mediante denuncia o querrela del agraviado, pero ello no es aplicable al supuesto de autos, ya que el delito de impago de prestaciones económicas, derivadas de procesos matrimoniales, no tiene aquella consideración, al no precisar ese requisito de procedibilidad; previsto, sin embargo, de manera expresa, para el delito de abandono de familia "estricto sensu", tipificado en el art. 487 CP..."

---

**\*(43)** Aquel inciso del art. 487 decía: "...El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del MF..."

**\*(44)** LO 25 Jun. 1983

**\*(45)** AP de Murcia, sec. 2ª, S. 5 Dic. 1995, recurso. 103/1995. Registro de la Jurisprudencia de Editorial "El Derecho" 95/10035.

## BIBLIOGRAFIA

- Albaladejo, Manuel. "Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales" Tomo III, Vol.2, Edit. Revista de Derecho Privado 1978.
- Almagro Nosete, J.; Cortés Domínguez, V.; Gimeno Sendra, V.; Moreno Cátena, V. "Derecho Procesal, Proceso Civil y Penal" Tomos I y II Edito. Tirant lo blanch. Valencia 1990.
- Ara Pinilla, Ignacio. "Las transformaciones de los derechos humanos", Edit. TECNOS. Madrid 1990
- Borrell Macía, Antonio. "La persona humana", Edit. BOSCH. Barcelona 1954.
- Cobacho Gómez, José Antonio. "La deuda alimenticia", Edit. MONTECORVO, S.A. Madrid 1990.
- Corona Quesada. "Derecho de familia, Vol. I" Edit. PPU, Barcelona 1992
- Cuesta y Aguilar, Joaquín. "La tutela familiar y disposiciones a favor del menor e incapaz", Edit. BOSCH. Barcelona 1994
- Díez -Picazo, Luis - Gullón, Antonio. "Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia y sucesiones" Vol. IV, Edit. TECNOS. Madrid 1978
- Fernández Del Torco Alonso, Juan M. "Análisis Penal de los Delitos de Abandono de Familia. El caso Español", Edito. Edersa, Madrid 1994
- Fernández Galiano, Antonio. "Derecho Natural, Introducción Filosófica al Derecho" Madrid 1983.
- Gallego Domínguez, Ignacio. "Las parejas casadas y sus efectos patrimoniales".
- Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Obra 5862).
- García Rubio, María Paz. "Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho" Edit. CIVITAS. Madrid 1995
- Hijas Palacios, J. "El delito de abandono de familia" Edito. Revista La Ley, Tomo I. 1986.
- Lacruz Berdejo, José Luis - Sancho Rebullida, Fº de Asís. "Parte General de Derecho Civil", Edit. BOSCH. Barcelona 1983
- López Muñoz Goñi, Miguel. "Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia", Edit. COLEX. Madrid 1994.
- López- Muñoz Goñi, Miguel. "El procedimiento contencioso de separación y divorcio". Edit. COLEX, Madrid 1994.
- Manzanares de Samaniego, J.L. y Albacar López, J.L. "Código Penal, comentarios y jurisprudencia".
- Martínez Calcerrada, Luis. "El nuevo derecho de familia" Edit. No Tiene. Obra 1803 del Colg. de Abogados de L.P.
- Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal, Parte Especial". Edito. Tirant lo blanch. Valencia 1996.
- Puig Peña "Derecho Penal" Edito. Revista del Derecho Privado. 1968.
- Rodrigo Bercovitz - Rodríguez Cano. "Derecho de la persona" Edit. MONTECORVO, S.A. 1976
- Quintero Olivares, Gonzalo y Valle Muñoz, José M. y otros "Comentarios al nuevo Código Penal". Edito. Aranzadi. Pamplona 1996.
- Rodríguez Devesa "Derecho Penal español, parte especial" Edito. Dickinson. 1989.
- Santos Briz, Jaime. "DERECHO CIVIL, Teoría y práctica V" Edit. Revista del Derecho Privado. Madrid 1982.
- Torres del Morral, Antonio. "Principios de Derecho Constitucional Español". Edit. ATOMOS EDICIONES. Madrid 1985
- Vázquez Pichart, José. "Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados". Edit. Colg. de Abogados de Madrid, 1971
- Von Hentig Hans "El Delito" Edito. Espasa-Calpe. 1967.