

Concurso Estudio Científico “Marta Mattera”

Primera edición – 2024

El derecho de alimentos como cuestión pública: justicia distributiva y solidaridad familiar en el derecho privado. Una aproximación iusfilosófica

por **Nicolás Malla Castelló**

Resumen: Este trabajo tiene por objetivo reflexionar, desde una perspectiva iusfilosófica, sobre el fundamento valorativo del derecho de alimentos e identificar el tipo de exigencias de justicia que implementa este instituto de derecho privado. Se muestra que dicho fundamento no es otro que la solidaridad familiar y que las exigencias de justicia que implementa son de carácter distributivo, lo cual permite advertir que el derecho de alimentos constituye una cuestión pública. Caracterizado el derecho de alimentos como una cuestión pública, se revisan dos tensiones y dos desafíos que se siguen de tal caracterización. Para desarrollar este trabajo se utilizó una metodología hipotético-deductiva, empleando métodos procedimentales de investigación literaria, basados en la revisión y análisis de diversas fuentes en el ámbito jurídico, filosófico e, inclusive, sociológico.

Palabras clave: Derecho privado; derecho de alimentos; solidaridad familiar; justicia distributiva; respeto, dignidad y autonomía.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Anatomía del derecho privado y anatomía del derecho de alimentos: ¿una pareja dispareja?.- 3. La solidaridad familiar como el fundamento valorativo del derecho de alimentos.- 4. Dos tensiones y dos desafíos del derecho de alimentos como cuestión pública.- 5. Recapitulación y consideración final.- 6. Referencias.-.

1. Introducción

Un estudio panorámico del derecho de alimentos lleva a advertir tres cosas. De un lado, que este instituto pertenece al campo del derecho de familia. De otro, una

desatención respecto de su fundamento valorativo. Y por último, que, pese a ello, como se trata de un instituto iusfamiliar, el derecho de alimentos involucra una cuestión capital para la vida de muchas personas en situación de necesidad. Ahora bien, concebir al derecho de alimentos solo en tales términos, lleva a desatender algunas cosas y, de consiguiente, a tener una mirada estrecha del instituto.

Existen tres cuestiones que no deben preterirse al reflexionar sobre el derecho de alimentos. Primero, que el derecho de alimentos forma parte del sistema de derecho privado y que su fin último es el mismo al que propenden los demás institutos del sistema. Segundo, que pese a esto, el valor moral que inspira sus reglas es distinto que el de otros institutos del sistema privatista, y, por lo mismo, que el tipo de exigencias de justicia que implementa también es distinto con relación a otros institutos privados. Tercero, que el derecho de alimentos no es una cuestión privada sin más; es una cuestión pública que plantea al menos dos tensiones y dos desafíos de cara a su configuración institucional y a su aplicación en sede jurisdiccional. Arrimarse iusfilosóficamente al análisis de estas tres cuestiones puede enseñar un par de cosas acerca del derecho privado, de la justicia y de la solidaridad familiar.

2. Anatomía del derecho privado y anatomía del derecho de alimentos: ¿una pareja dispareja?

La anatomía es la disciplina que estudia, entre otras cosas, la estructura y caracteres de algunos entes. Más allá de las particularidades de cada ente, podría decirse que, en general, existe una relación simétrica entre la estructura y los caracteres de los entes de un mismo género. Así, si el derecho de alimentos forma parte del derecho privado, debería existir una relación simétrica entre la estructura y caracteres de este último y su estructura y caracteres; de lo contrario, o el derecho de alimentos no pertenece al derecho privado, o la anatomía del derecho privado merece ser repensada.

La obra iusprivatista contemporánea más señera, *La idea de derecho privado*, de E. J. Weinrib, ha caracterizado al derecho privado a partir de una serie de rasgos distintivos: (i) internalismo; (ii) formalismo; (iii) monismo; (iv); coherencia; y podría

agregarse, (v) individualismo¹. Según WEINRIB, el derecho privado se torna inteligible cuando se mira a la relación bilateral que liga a sus partes, la que da cuenta de una estructura de derechos y deberes correlativos. Así, ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde el agente dañador está vinculado jurídicamente con la víctima, teniendo el deber de reparar los perjuicios causados a esta y a nadie más, en tanto que esta tiene el derecho de exigir la reparación de dichos perjuicios a aquel y a nadie más. En el derecho privado, a diferencia del derecho público, la interacción *inter partes* es directa y el derecho implementa exigencias de justicia correctiva, corrigiendo interacciones injustas entre personas iguales cuando sus derechos y deberes han sido infringidos, lo cual lo dota de una racionalidad inmanente². Esto porque los derechos expresan libertades que las partes igualitariamente se tienen entre sí en el contexto de sus interacciones recíprocas en tanto agentes libres³.

Por esto, el fin del derecho privado, la justicia correctiva, es interno a él mismo y se desprende de la relación directa de las partes. Además, el derecho privado es formal, pues las partes están vinculadas por estructura formal de derechos y deberes correlativos que se tienen entre sí dada su posición de igualdad formal, estructura que se presenta idénticamente en los distintos institutos y prácticas de derecho privado, de la cual se colige su monismo⁴. Consideraciones distintas a la justicia correctiva, por presentes que estén en algunas instituciones iusprivatistas, solo alejarían al derecho privado de sí mismo y de su fin. Esta manera de entender el derecho privado supone una separación tajante entre los intereses de las personas como la primacía del interés propio de cada agente al interior de la relación jurídica, con prescindencia del interés de los demás miembros de la comunidad, es decir, es individualista⁵, y ello no debería parecer extraño si se recuerda el influjo filosófico que ejerció el iluminismo en la codificación civil⁶. He aquí la anatomía del

¹ PEREIRA FREDES, 2021: 134.

² WEINRIB, 2017: 43-50.

³ *Ibid.*: 113-144.

⁴ *Ibid.*: 54.

⁵ KENNEDY, 1976: 1713.

⁶ SOLARI, 1946: 78.

derecho privado según una de las reflexiones iusprivatistas más influyentes a esta parte. Empero, la anatomía del derecho de alimentos no se aviene a esta conceptualización del derecho privado, y ello causa cierta perplejidad.

La doctrina ha indicado que el derecho de alimentos, en los términos en que es concebido contemporáneamente por la mayoría de los sistemas jurídicos, corresponde a un derecho que asiste *ex lege* a determinadas personas para reclamar a otras con las que están vinculadas por lazos iusfamiliares lo necesario para la satisfacción de sus necesidades vitales, en la medida en que aquellas no puedan satisfacer por sí mismas esas necesidades y que estas últimas dispongan de los medios para prodigarles asistencia. El derecho de alimentos da origen a una obligación legal de contenido patrimonial, y se caracteriza principalmente por: (i) comprender dentro de su ámbito de aplicación a personas de distinta índole que comparten vínculos de familia; (ii) su carácter recíproco, que implica que las personas que revisten la calidad de titulares del derecho también pueden revestir la calidad de deudoras de la obligación alimenticia; (iii) establecerse y cuantificarse sobre la base de las necesidades del acreedor y las facultades económicas del deudor; (iv) la mutabilidad de la obligación alimentaria, que puede aumentar, variar o inclusive extinguirse por circunstancias ajenas a la relación jurídica de las partes; (v) estar fijada su procedencia a partir de un orden de prelación entre los distintos familiares del alimentario; (vi) la circunstancia de que en algunas situaciones más de un familiar puede resultar obligado para con el alimentario; (vii) originar un crédito en dinero, por regla general; (viii) la particular tutela procesal que algunos sistemas jurídicos confieren al crédito alimenticio⁷.

Ciertamente lo anterior dista de la conceptualización del derecho privado trazada por WEINRIB, pues el derecho de alimentos no gira directamente en torno la rectificación de una interacción injusta entre partes iguales en la que se haya vulnerado derechos y deberes correlativos predefinidos, y, por lo mismo, no implementa consideraciones de justicia correctiva en el marco formal de una relación bilateral directa. Por el

⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, 2006: 743-758.

contrario, el derecho de alimentos, cuando se configura jurídicamente, fija *ex lege* un marco de derechos y deberes correlativos entre algunos familiares y para ello atiende a la situación de varias personas y no solo a la del alimentario y de su concreto alimentante. Esto muestra que el derecho de alimentos no gira en torno a consideraciones individualistas, sino que en torno a unas de otra índole. Por otro lado, puesto que el derecho de alimentos pertenece al derecho privado, esta pertenencia trastoca el monismo y, correlativamente, la coherencia del sistema de derecho privado en los términos descritos por el autor. Y así y todo, el lugar que el derecho de alimentos ocupa en el sistema de derecho privado es incuestionable y es incuestionable también que el derecho de alimentos implementa algunas exigencias fundamentales de justicia.

Pensadas las cosas con mayor cuidado y siguiendo a ARISTÓTELES, el derecho de alimentos implementa exigencias de justicia no solo correctivas, sino también distributivas, pues se encarga de asignar bienes y cargas al interior de la familia a partir del mérito de las personas que componen el grupo familiar, donde el mérito pasa por: (i) por la clase de vínculo existente entre las personas, (ii) sus necesidades y (iii) sus facultades. Así, el derecho de alimentos enseña que el derecho privado, del cual el derecho de familia forma parte, es algo más que justicia correctiva. En todo caso, dentro del mismo derecho de familia también existen serias exigencias de justicia correctiva; piénsese, por ejemplo, en los deberes que los cónyuges se deben entre sí y en cómo opera el derecho privado cuando uno de estos deberes ha sido ilícitamente conculcado por uno de los consortes⁸. De manera que toca repensar al derecho privado y no así suponer que el derecho de alimentos es ajeno a él, lo cual sería francamente absurdo.

La reflexión iusfilosófica ha sugerido repensar al derecho privado desde tres perspectivas. Primero, haciendo presente que el derecho privado es pluralista respecto del tipo de compromisos que abraza y de las exigencias de justicia que implementa, indicando que ello no es óbice para su coherencia interna, solo que

⁸ ARISTÓTELES, 2001: 155-160.

esta debe ser reevaluada a la luz de la experiencia de los mismos participantes de la praxis iusprivatista⁹. Segundo, abogando por atenuar su formalismo y por abrir el derecho privado a consideraciones sustantivas respecto de las partes, para fortalecer su compromiso con la libertad y la igualdad y posibilitar que la interacción privada sea justa y respetuosa¹⁰. Tercero, mostrando que incluso en el ámbito privado patrimonial la justicia distributiva opera significativamente, al fijar un marco previo de derechos y deberes de indemnidad (bienes primarios, en términos rawlsianos) sobre el cual posteriormente opera la justicia correctiva¹¹; también se ha denunciado que la aplicación de las reglas del derecho de daños tiene efectos perniciosos para algunos grupos desaventajados y se ha propuesto la implementación de una agenda igualitaria a través de la aplicación de dichas reglas¹².

Pues bien, si el derecho privado distribuye derechos y deberes de indemnidad a través del derecho de daños, o bienes y cargas a través del derecho de alimentos, es evidente que lo que hace es distribuir riqueza entre las personas que forman parte de una comunidad o de una familia. Y si contemporáneamente se ha entendido que esto es una cuestión pública, por corresponder a una labor del Estado¹³, ciertamente el derecho privado en general¹⁴ y el de familia en particular a través del instituto del derecho de alimentos, constituyen una cuestión pública. Es más, el derecho de alimentos constituye una cuestión pública especial, por cuanto el grado de intensidad con el que operan las exigencias de justicia distributiva es significativamente mayor frente a otros ámbitos del derecho privado, dado que asiste a personas en situación de necesidad, y porque satisfacer dichas necesidades es lo que posibilita que esas personas interactúen entre sí y con otras

⁹ PEREIRA FREDES, 2021: 150-166.

¹⁰ DAGAN y DORFMAN, 2016: 1397.

¹¹ PAPAYANNIS, 2016: 203-211.

¹² KEREN-PAZ, 2016: 33.

¹³ RAWLS, 1995.

¹⁴ PAPAYANNIS, 2021: 89-94.

de forma justa y respetuosa, pese a que dicha interacción se dé en un marco privado, en el que su dignidad podría ser soslayada¹⁵.

Entonces, cuando el derecho privado es debidamente repensado, se aprecia una relación de simetría con el derecho de alimentos. El derecho privado y el derecho de alimentos son una pareja armoniosa, y lo son porque ambos tienden a lo mismo: a posibilitar que las personas lleven una vida autónoma, ora implementando exigencias de justicia correctiva, ora implementado exigencias de justicia distributiva. Por cierto, en el derecho de alimentos esta última clase de exigencias de justicia desempeña un rol central.

3. La solidaridad familiar como el fundamento valorativo del derecho de alimentos

El origen del derecho de alimentos se remonta al derecho romano, particularmente al de la época imperial. Inicialmente, la patria potestad no generaba obligaciones para el *pater familias* respecto de las personas sometidas a él, al punto de que inclusive tenía frente a ellas un derecho de vida y muerte. En la época imperial se transita desde las relaciones de patronato y clientela hacia las propiamente familiares, y estas se tienen respecto de los hijos y nietos y entre cónyuges, para posteriormente extenderse a los descendientes emancipados y ascendientes. Luego, en la época justiniana, las relaciones iusfamiliares se extienden hacia los hermanos. Recién en la edad media se establece la obligación de los hijos de alimentar a sus padres y hermanos ante una situación de necesidad. Y es en las Siete Partidas cuando el derecho de alimentos alcanza una configuración similar a la actualmente vigente en los sistemas jurídicos, al fijarse el deber de alimentos recíproco entre padres e hijos y al extenderse el deber respecto de los abuelos y otros descendientes¹⁶.

Evidentemente, las condiciones sociales, políticas y económicas de aquellas épocas distan bastante de las de la contemporaneidad, y, sin embargo, desde

¹⁵ MICHELON, 2020: 14-15.

¹⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, 2006: 744-745.

antiguo los familiares se han socorrido recíprocamente ante situaciones de necesidad. Empero, hoy el derecho de alimentos tiene un impacto trascendental en la vida de muchas personas, entre otros motivos, porque la población ha envejecido sobremanera, porque las generaciones más jóvenes tienen dificultades de variada índole para independizarse de sus padres y porque en no pocos países existen graves problemas de acceso a la vivienda¹⁷.

Si el derecho privado implementa exigencias de justicia distributiva a través del derecho alimentos, distribuyendo bienes y cargas al interior de la familia, es menester preguntarse acerca de cuál es el valor moral que subyace a esta institución, más allá de que los ordenamientos jurídicos la consagren positivamente. Y esta pregunta es relevante por dos razones. Primero, porque aquello sería una tarea de cargo del Estado, y así y todo los titulares del derecho de alimentos están habilitados *ex lege* para exigir directamente asistencia a sus familiares cuando están en una situación de necesidad. Segundo, porque las sociedades contemporáneas son individualizadas, y ello implica que las personas tienden a concebirse como artífices de su identidad y como principales responsables de las consecuencias de sus actos y decisiones, de modo que en no pocas ocasiones tienden a pensar sus condiciones de vida familiares como negociables. Esto lleva a entender a la familia de una forma distinta a ataño; hoy la familia no es concebida como una unidad diferente de sus miembros a cuyo interés estos han de propender, sino que, por el contrario, hoy la familia está al servicio de ellos y ha de propender a la satisfacción de sus intereses¹⁸.

Pues bien, la cuestión atinente al fundamento valorativo del referido instituto no es un asunto que, en verdad, haya preocupado a toda la doctrina iusfamiliar. Para una parte de la doctrina, el fundamento del derecho de alimentos pasa por la protección del derecho a la vida o al libre desarrollo de la personalidad del alimentante. Empero, esta tesitura debe ser descartada, pues confunde el fundamento del instituto con su finalidad, es decir, con aquello hacia lo cual propende el

¹⁷ IGLESIAS DE USSEL y FLAQUER VILARDEBÓ, 1993: 64-67.

¹⁸ BAUMANN, 2001: 87-98.

establecimiento del deber de alimentos; porque no es capaz de explicar por qué dicho deber se establece en los familiares del alimentante y no en otros particulares o en el Estado; y, además, porque tampoco es coherente con la anatomía y caracteres del derecho, que entrañan límites a la obligación alimenticia y que atienden a la situación de personas distintas del alimentante. De ahí que, acertadamente, otra parte de la doctrina haya indicado que el fundamento valorativo del derecho de alimentos corresponde a la solidaridad familiar¹⁹.

Perfilar a la solidaridad familiar como el fundamento valorativo del derecho de alimentos presenta algunos problemas: unos ligados a la noción misma solidaridad *qua* valor moral y a su pertinencia en el marco de sociedades individualizadas, y otros referidos a la especificidad de la solidaridad familiar en sede de alimentos. Estos últimos problemas por cuanto una parte de la doctrina ha puntualizado que la solidaridad familiar constituye un principio general del derecho familiar que inspira variados institutos y que tiene incidencia en la adjudicación iusfamiliar²⁰, y porque otra parte de la doctrina ha proyectado a la solidaridad familiar al ámbito del derecho sucesorio para repensar el instituto de las asignaciones forzosas y su fundamento ante los importantes cambios sociológicos que han tenido la estructura familiar y los roles de género²¹

Respecto de los primeros problemas, pensar a la solidaridad como el fundamento de obligaciones jurídicas *inter privatos* que implementan exigencias de justicia distributiva en el seno de la familia es algo complejo en el marco de las sociedades contemporáneas, pues la noción misma de solidaridad no es unívoca, tiene dimensiones que exceden el campo jurídico y porque alberga importantes tensiones. En efecto, desde una óptica estrictamente jurídica, la misma etimología de la voz solidaridad se remonta a las obligaciones *in solidum* del derecho romano, conforme a las cuales “*uno es responsable de todos y todos lo son de cada uno*”²².

¹⁹ RIBOT IGUALADA, 1998: 1109-1111

²⁰ GURIDI RIVANO, 2022: 17-39.

²¹ ESPADA MALLORQUÍN, 2021: 113-140.

²² AMENGUAL, 2023: 219, énfasis agregado.

Desde luego, la solidaridad familiar en el ámbito del derecho de alimentos no puede ser entendida de esta manera, y esto por dos razones. Primero, porque el derecho de alimentos no da origen a una obligación meramente patrimonial y esta no es contraída voluntariamente. Segundo, en razón de que la noción misma de solidaridad familiar no puede desestimar el entendimiento contemporáneo de la estructura familiar, en función del cual la familia no constituye una unidad distinta y superior a sus miembros, sino que se debe exclusivamente a los intereses de estos últimos. Por ello, la noción jurídica de solidaridad familiar debe ser inteligida a partir de las funciones que desempeña la familia en tanto estructura social: fijar un marco de protección, cuidado y sustento para personas unidas por vínculos de parentesco o afectivos reconocidos por el derecho privado²³.

De otro lado, sin perjuicio de que hoy se discute intensamente si la solidaridad *qua* valor moral debe tener una dimensión comunitaria o universal, si forma parte o no de la justicia y si debe de ser unilateral o recíproca²⁴, la solidaridad familiar en el derecho de alimentos tiene una especificidad que a estas alturas debería resultar prístina. De un lado, en este contexto la solidaridad familiar es localizadísima, toda vez que involucra a personas determinadas que se encuentran vinculadas en términos iusfamiliares, con prescindencia de una realidad biológica subyacente o de cuestiones estrictamente afectivas. De otro, en el derecho de alimentos la solidaridad familiar no está situada extramuros de la justicia, sino que sirve de fundamento para implementar exigencias de justicia distributiva al interior de la familia, fijando de hecho un marco bajo el cual luego podría operar la justicia correctiva de incumplirse la obligación alimenticia, pero sin imponer cargas supererogatorias a los miembros de la familia. La solidaridad familiar es recíproca, ya que quienes revisten la calidad de titulares del derecho de alimentos también pueden, en su caso, revestir la calidad de obligados. Y, por último, la solidaridad familiar legitima la imposición de la obligación alimenticia con independencia de la motivación afectiva que tengan las personas obligadas a asistir al alimentario, es

²³ GURIDI RIVANO, 2022: 21.

²⁴ AMENGUAL, 2023: 227-239.

decir, se trata de una solidaridad cuyas exigencias no operan a nivel motivacional, sino a nivel conductual.

Sobre la base de esto y teniendo presente que a esta parte la configuración institucional del derecho de alimentos, en general, vincula: (i) a los cónyuges entre sí, (ii) a los descendientes para con los ascendientes, particularmente a los padres para con sus hijos, (iii) a los descendientes para con los ascendientes, especialmente a los hijos para con sus padres y (iv) a los hermanos entre sí, cabe preguntarse acerca del porqué de ello, pues si bien todas estas personas están ligadas por lazos iusfamiliares, dichos lazos son de distinta naturaleza y contenido normativos. Y una forma hacerlo podría ser apelando a una comprensión formal, es decir, entendiendo que el derecho familiar reconoce y regula distintos tipos de vínculos entre las personas por la vía de la atribución de determinados *status familiae* a los que les indexa funciones que comportan deberes positivos de actuación en favor de otras personas con las que comparten dicho *status*²⁵. Empero, esta alternativa no explica convincentemente el *quid* de la cuestión. Por lo mismo, quizá convenga recordar que la familia constituye un marco de protección, cuidado y sustento para sus miembros y, sobre la base de ello, pasar a revisar la consideración normativa que subyace a cada uno de dichos vínculos.

Vistas las cosas a vuelo de pájaro, entre cónyuges, la solidaridad familiar descansa en la obligación que impone el deber de socorro que se tienen recíprocamente, que implica que, desde la génesis del matrimonio hasta su término, con independencia del régimen matrimonial existente y de su obligación de contribuir a los gastos familiares, cada consorte debe proveer al otro de auxilios materiales para el sustento vital, y esto se explica porque el consentimiento nupcial da origen a una alianza en la que los esposos se deben el uno al otro y que, en razón de ese preciso vínculo, pasan a formar una comunidad de vida única²⁶. En tanto, respecto de los padres para con los hijos, la solidaridad familiar tiene una justificación evidente: el hijo precisa, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, de protección y

²⁵ PIÑA ROCHEFORT, 2019: 257-260.

²⁶ BARRIENTOS GRANDÓN, 2011: 519-521 y 229-230, respectivamente.

asistencia, pues tal es su interés superior, y dado que la familia es la estructura socializadora por excelencia, el derecho fija en los padres una función orientada a satisfacer dicho interés dentro de cuyos deberes está aquel en orden a preocuparse por su realización material y espiritual; así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 27 de la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante, “CDN”). Pero, para el derecho privado el compromiso de los padres para con el hijo puede perdurar luego de que este haya alcanzado la mayoría de edad o una profesión u oficio si por una situación de discapacidad o por una circunstancia calificada no puede subsistir por sí mismo; esta proyección de la solidaridad familiar respecto del hijo mayor, podría, a su turno, justificarse por la circunstancia de que fueron los padres quienes trajeron al hijo a la existencia y crearon aquellas necesidades²⁷. Por su parte, respecto de los hijos para con los padres, la solidaridad familiar se asienta en la función familiar de equidad generacional, conforme a la cual ascendientes y descendientes son corresponsables entre sí a lo largo del tiempo²⁸. Entre hermanos, empero, la solidaridad familiar no encuentra una consideración sustantiva en la que asilarse inequívocamente y quizá se explique históricamente por la importancia que el derecho medieval atribuyó a esta relación iusfamiliar en particular.

Ahora bien, todas estas consideraciones normativas en las que se asienta la solidaridad familiar en el ámbito del derecho de alimentos, con independencia de sus particularidades, pueden ser aunadas a partir de un parámetro antropológico común que explica el valor de la solidaridad en la sociedad y en la familia en tanto estructura social específica: la teoría del don. Siguiendo la senda reflexiva inaugurada por MAUSS, la exigencia normativa en orden a asistir a los otros descansa en un proceso de intercambio de regalos, donde el “regalo” genera derechos y obligaciones recíprocos entre las personas implicadas, y, de la mano de ello, vínculos de solidaridad, ayuda mutua y cooperación. Desde esta óptica, el acto del regalo crea y mantiene los vínculos sociales y familiares al hacer, en este último caso, que los miembros de la familia se conciban mutuamente obligados a dar algo

²⁷ ALTMAN, 2003: 176-178.

²⁸ DEL PICÓ RUBIO, 2011: 38.

a cambio. Ahora bien, el elemento fundamental de la teoría del don no pasa por aquello que concretamente se intercambia, que pueden ser bienes de distinta índole, sino por la relación que se establece a partir del objeto dado²⁹. La teoría del don opera incluso en sociedades estatales como las nuestras, pues en no pocos casos el Estado es incapaz de componer directamente la sociedad y las familias y de reducir las tensiones que atraviesan estas estructuras. Ante esa insuficiencia estatal, la sociedad y la familia retornan a su célula: la solidaridad basada en el don.

Con todo, cabe hacer algunas puntualizaciones, pues entender a la solidaridad familiar a partir de la teoría del don de ninguna manera implica reducirla a una cuestión mercantil o de altruismo. Primero, porque el sistema de intercambio de regalos al interior de la familia no constituye un trueque ni un intercambio mercantil, sino que se rige por tres obligaciones: dar, recibir y devolver. Los regalos familiares generan deudas familiares, y los contra-dones con los que se responde a estas deudas crean otras deudas que equilibran a aquellas, de modo que las deudas sustentan permanentemente obligaciones recíprocas que generan flujos de asistencia al interior de la familia. El intercambio de regalos dentro de la familia se rige por el principio de reciprocidad, y esta clase intercambio puede operar así dado que sus involucrados están insertos en una relación social continua y dinámica; de ahí su diferencia con el intercambio mercantil, que nace y desaparece con la transacción misma y que está formalizado en cuanto a su contenido y modalidades. Segundo, porque la solidaridad familiar así entendida opera *intra* familia e *inter* familiares. Los derechos y obligaciones son recíprocos para los miembros de la familia, y no se trata de un simple dar por parte de un familiar privilegiado en favor de un familiar vulnerable sin expectativa de retorno, pues la solidaridad familiar no opera unilateral ni unidireccionalmente. La solidaridad familiar se asienta y consolida en el regalo, mas no en el “puro regalo”, que opera bajo la égida del altruismo; la reciprocidad de la solidaridad familiar pasa por la triple obligación que entraña el don: dar, recibir y devolver en el contexto familiar. De ahí que, valorativamente hablando, lo haya detrás la reciprocidad familiar no sea otra cosa

²⁹ MAUSS, 2009.

que la debida gratitud. Por esto mismo, el derecho de alimentos es sensible a situaciones en las cuales, razonablemente, la gratitud no está ni debería estar presente entre algunos familiares, dispensándolos de la obligación alimenticia –vgr. casos de injuria atroz o de abandono del hijo por parte de uno o ambos padres. En suma, la dinámica de “regalar” en la que el derecho de alimentos descansa y que instituye, es obligatoria, forzada e interesada, mas no por ello insolidaria, y la reciprocidad que subyace al sistema de intercambio de dones puede ser asimétrica en este ámbito, inclusive³⁰.

En fin, la solidaridad familiar como el fundamento valorativo del derecho de alimentos importa una cuestión de reconocimiento recíproco entre las personas que forman parte de un grupo familiar, sin que ello lleve a imponerles un “interés familiar común” por encima de sus intereses particulares; se trata, pues, de una cuestión de respeto y justicia en el ámbito privado. Quien reniega de la dinámica del don que involucra la solidaridad familiar, es decir, quien se niega a dar (y a recibir) o a devolver, comete una doble injusticia, pues, de un lado, excluye a un otro familiar y, de otro, reniega de la familia en tanto estructura social de protección, cuidado y sustento³¹.

4. Dos tensiones y dos desafíos del derecho de alimentos como cuestión pública

Pensar al derecho de alimentos como una cuestión pública que desde la solidaridad familiar implementa exigencias de justicia distributiva en el ámbito privado presenta al menos dos tensiones y dos desafíos respecto de su configuración institucional y de su aplicación en sede jurisdiccional.

La primera tensión dice relación con su configuración institucional sustantiva. En general los sistemas jurídicos prevén a los hermanos como titulares del derecho de alimentos y, como se dijo, respecto de esta clase de familiares la solidaridad no encuentra una consideración normativa en la cual asilarse de buenas a primeras.

³⁰ PÉREZ DE LA FUENTE y VALLÉS, 2023: 161-169.

³¹ *Ibid.*: 171-173.

Entre hermanos, la dinámica de regalar, que explica la teoría del don, no se presenta con la misma fuerza que respecto de los demás familiares. En este sentido, si la realidad familiar contemporánea muestra que los hijos, una vez que crecen, pasan a formar sus propias familias, la cuestión se torna problemática, pues estos también habrán de cumplir con las exigencias que la solidaridad familiar prescribe respecto de sus nuevos familiares, pudiendo generarse efectos regresivos para algunas personas³².

De otro lado, la solidaridad familiar entendida de la forma antes expuesta, pareciera vedar la justificación de la imposición de la obligación alimenticia entre ex cónyuges, pues el divorcio disuelve el matrimonio y extingue el deber de socorro que los cónyuges se tenían recíprocamente, haciendo desaparecer la comunidad de vida que se originaba y mantenía con el matrimonio y que justificaba normativamente a las exigencias de la solidaridad familiar entre esas personas. No obstante lo anterior, esto no implica sostener que la solidaridad familiar no pueda justificar otro tipo de exigencias para gestionar una situación de necesidad. Si uno de los cónyuges contribuyó a las labores de la familia y la disolución del matrimonio le genera un menoscabo económico que se proyectará en el futuro, ello debe ser agenciado con otra institución iusfamiliar –vgr. pensión compensatoria o compensación económica–, pues la dinámica del don supone una relación social continua que ya no existirá. De ahí que también sea problemática la aplicación del derecho de alimentos frente al quiebre de otras relaciones afectivas, formalizadas o no ante el Derecho, que no entrañen un deber como el de socorro; allí, ante una situación de necesidad la solidaridad familiar podría justificar otra clase de exigencias, pero no unas que precisan de una relación social especial y continua en el tiempo³³.

Dado que el derecho de alimentos se ocupa de la situación de necesidad de algunas personas y que dicha situación es expresiva o derechamente generativa de vulnerabilidad en ellas, el primer desafío que atraviesa el derecho de alimentos pasa

³² RIBOT IGUALADA, 1998: 1152-1160. Esto sin perjuicio de los órdenes de prelación que establecen los sistemas jurídicos y de la forma en que se regula la determinación de la obligación alimenticia.

³³ En contra, GARCÍA JIMENO, 2018: 177-198.

por su configuración institucional adjetiva. Para cumplir con su cometido asistencial, y, en consecuencia, para posibilitar que los titulares del derecho interactúen entre sí y con otras de forma justa y respetuosa *qua* personas dignas, la obligación alimenticia requiere ineludiblemente de un régimen de tutela efectivo, pues en este ámbito el acreedor de la obligación es la parte débil de la relación jurídica. El incumplimiento de esta obligación genera, en todos los casos, efectos irreversibles en la esfera personal del alimentario, y bien puede agravar o producir una situación de pobreza, aun cuando el cometido del derecho de alimentos no sea *per se* luchar contra la pobreza. Cuando un familiar deja de asistir a otro a quien debe asistir a la luz de este derecho, lo priva de la satisfacción de no pocos derechos de los cuales este último es titular, y, desde una perspectiva amplia, esta privación puede ser concebida como constitutiva de una situación de pobreza. La no satisfacción de importantes derechos implica la no satisfacción de capacidades humanas esenciales para el desarrollo de la personalidad, y ello genera una cruenta precariedad vital³⁴. Por esto, de ninguna manera el régimen de tutela del cumplimiento de la obligación alimenticia puede ser articulado bajo los mismos términos que los regímenes que tutelan el cumplimiento de otra clase de obligaciones. Sin entrar a detallar copiosamente esta cuestión, un régimen de tutela adecuado debe cumplir con al menos cuatro condiciones: (i) contar con múltiples medidas que prescindan de la voluntad del deudor para efectos de concretar el pago de la obligación; (ii) prever, como aliciente al cumplimiento de la obligación, sanciones que alcancen incluso la libertad personal del deudor; (iii) contar con mecanismos de tutela que permitan asegurar razonablemente el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación; y (iv) ser sensible al contexto social, cultural y económico en el participan las personas que persiguen el cumplimiento de la obligación. Esto, por cierto, puede concretarse institucionalmente de distintas formas por los sistemas jurídicos, pero si no se cumple con estas condiciones mínimas, el derecho de alimentos será solo una *mortua littera*, con todo lo que ello implica para la persona del alimentario. Dicho en otros términos, la ejecución de los

³⁴ FERNÁNDEZ BLANCO, 2021: 26-43.

alimentos no está desanudada del derecho a la tutela judicial efectiva³⁵ y debe ser diseñada y aplicada desde una perspectiva de derechos humanos³⁶. Justamente por esto y sin preterir tampoco del interés de la persona del alimentante, los sistemas jurídicos deberían contemplar la posibilidad de cumplir con la obligación alimenticia por alguna modalidad alternativa a una prestación dineraria, permitiendo, por ejemplo, que el alimentante pueda recibir y mantener en su propia casa al alimentario en los casos en que ello sea jurídicamente procedente³⁷.

Este desafío está asociado a una segunda tensión de la que el derecho de alimentos no puede rehuir: el interés de los niños y de las mujeres que persiguen el cumplimiento de la obligación. El de los primeros, por cuanto están en una especial situación de necesidad que genera vulnerabilidad y cuya satisfacción es menester asegurar para su íntegro desarrollo. El de las segundas, en tanto que, pese a los loables avances en materia de justicia social, el talante de las sociedades actuales sigue siendo patriarcal, y esto implica que no son pocos los hombres que no asumen sus responsabilidades parentales, descargándolas en las mujeres madres de sus hijos, o sus responsabilidades conyugales, incumpliendo el deber de socorro. Esta conducta por parte de los hombres genera una doble injusticia para con las mujeres, primero en su calidad de tales, toda vez que precariza su situación vital y las priva de distintas oportunidades en el ámbito social, económico, educacional y laboral, privación esta última que perpetua esa precarización vital, y segundo, en su caso, en su calidad de madres, pues deben cargar con todos los compromisos que implica la función parental respecto del hijo, tanto a nivel de cuidados como a nivel económico. No prestar atención a esto supone aceptar abiertamente la violencia económica del hombre contra la mujer³⁸. Por ello, la normativa de los alimentos debe ser no solo diseñada, sino que, más importante aún, aplicada con perspectiva de género. Y esto ha de ser relevante en sede jurisdiccional a la hora de: (i) fijar el alcance la prestación alimenticia para el padre o marido, (ii) reaccionar (oportuna y

³⁵ VARGAS PÁVEZ, 2023: 1-18.

³⁶ PÉREZ AHUMADA, 2023: 24-30.

³⁷ MENDER, 2020: 37-38, haciendo presente esto desde antiguo.

³⁸ ZAVALA OSPINA, 2018: 19-44.

eficazmente) a las reclamaciones judiciales que realicen las mujeres como alimentarias directas o como madres de un alimentario menor de edad, y (iii) evaluar los términos de las negociaciones de alimentos cuando las mujeres persigan el cumplimiento de la obligación, dado el riesgo latente de abuso por parte del hombre³⁹.

Finalmente, el segundo desafío que enfrenta el derecho de alimentos dice relación con el posicionamiento que ha de tener el Estado al respecto. Este desafío es complejo, pero plantea una pregunta ineludible: ¿el rol del Estado se agota con la provisión de una normativa sustantiva y adjetiva adecuadas, o debería ir más allá, para el caso de que las necesidades del alimentario no queden totalmente cubiertas? Que el derecho de alimentos sea una cuestión pública especial no implica que sea la única cuestión pública, y ciertamente el Estado juega un rol central en la distribución de bienes y cargas. Por otro lado, formar parte de una familia es, hasta cierto punto, una cuestión azarosa, pero que determina sobremanera las oportunidades de desarrollo humano de las personas. Y participar en una organización familiar comporta exigencias de solidaridad para con los miembros de la familia, y cumplir con dichas exigencias es una responsabilidad que atañe a las personas en el ámbito familiar. Con todo, aunque se trate de un interrogante cuya respuesta deba ser materializada por cada Estado sobre la base de sus recursos y prioridades políticas, respecto de los niños al menos la respuesta habría de ser la siguiente: cada Estado ha de garantizarles todo aquello que sea menester para su adecuado desarrollo espiritual y material, con independencia de su azarosa coyuntura familiar, pues tal su interés superior. Así fluye de lo preceptuado en el artículo 27 No. 1 CDN⁴⁰. En efecto, atender debidamente a los intereses de los niños es algo de suma importancia para el futuro de toda comunidad política.

5. Recapitulación y consideración final

³⁹ BUCHELY IBARRA y FIGUEROA PUENTES, 2018: 131-132, con relación a este último aspecto.

⁴⁰ VALENZUELA RIVERA, 2023: 41-56, en este mismo sentido.

El derecho de familia no ha sido una preocupación de primer orden para la reflexión iusprivatista. Esto es paradójico, pues el derecho de familia forma parte del derecho privado y contribuye, como sus demás institutos, a posibilitar interacciones justas y respetuosas entre las personas, es decir, al reconocimiento de su dignidad. Un examen del derecho de alimentos confirma esto último y enseña también que en este confluyen consideraciones de solidaridad que implementan exigencias de justicia distributiva. Este *modus operandi* del derecho de alimentos se torna inteligible cuando se tiene a la vista la función de la familia en tanto estructura social y la dinámica del don que subyace a la familia y que esta instaure entre sus integrantes, aun cuando las sociedades actuales sean individualizadas.

Hoy, parafraseando a Caín, un alimentante podría preguntarse si acaso él es el guardián de su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermano. Y la respuesta sería negativa. Empero, ello no implica que no haya de comportarse solidariamente para con estos familiares, ya que después de recibir, toca devolver, y no necesariamente en los mismos términos en que se haya recibido e, incluso, en otras ocasiones, toca primero dar.

Vayan estas reflexiones en memoria de la profesora Marta Mattera y de su legado en el ámbito iusfamiliar.

6. Referencias

- ALTMAN, S., 2003: "A Theory of Child Support", *International Journal of Law, Policy and The Family*, 17 (2): 173-210.
- AMENGUAL, G., 2023: "Las tensiones del concepto "Solidaridad"", en Esteban PEREIRA y Natalia RUEDA (eds.), *La idea de solidaridad en el derecho*, Bogotá: Universidad Externado: 217-244.
- ARISTÓTELES, 2001: *Ética a Nicómaco*, traducción de J. L. Calvo, Madrid: Alianza Editorial.
- BARRIENTOS GRANDÓN, J.: 2011: *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*, Santiago de Chile: AbeledoPerrot. LegalPublishing Chile.
- BAUMANN, Z., 2001: *La sociedad individualizada*, traducción de M. Condor, Madrid: Ediciones Cátedra.
- DAGAN, H. y DORFMAN, A., 2016: "Just Relationships", *Columbia Law Review*, 116 (6): 1395-1460.

DEL PICÓ RUBIO, J., 2011: "Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la Reforma del Derecho Matrimonial chileno", *Revista Ius et Praxis*, 17 (1): 31-56.

ESPADA MALLORQUÍN, S., 2021: "Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 36: 113-140.

IGLESIAS DE USSEL, J. y FLAQUER VILARDEBÓ, L., 1993: "Familia y análisis sociológico: el caso de España", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 61: 57-76.

FERNÁNDEZ BLANCO, C., 2021: "El déficit de derechos como pobreza y el Estado de Derecho como superador de la pobreza", en Esteban PEREIRA y Carolina FERNÁNDEZ (eds.), *Derecho y pobreza*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 21-48.

GARCÍA JIMENO, L., 2018: "De la culpa a la necesidad: hacia el reconocimiento del ejercicio de las labores de cuidado por medio del decreto de alimentos", en Isabel JARAMILLO y Sergio ANZOLA (comps.), *La batalla por los alimentos*, Bogotá: Universidad de los Andes: 177-198.

GURIDI RIVANO, M., 2022: "Reconocimiento del concepto de *solidaridad familiar* como principio en el derecho de familia chileno", en Catherine VALDEBENITO y Jonathan MARTÍNEZ (eds.), *Intervenciones sociojurídicas en familias*, vol. 1, Santiago de Chile: RIL Editores: 17-39.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., 2006: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, 59 (2): 743-792.

KENNEDY, D., 1976: "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, 89 (8): 1685-1778.

KEREN-PAZ, T., 2016: *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, traducción de G. Perrota, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

MAUSS, M., 2009: *Ensayo sobre el don*, traducción de J. Bucci, Buenos Aires: Katz Editores.

MENGER, A., 2020: *El derecho civil y los pobres*, traducción de A. Posada, Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

MICHELON, C., 2020: "La naturaleza pública del derecho privado", *Latin American Legal Studies*, 7: 3-17.

PAPAYANNIS, D. M., 2016: *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

____ 2021: "¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?", en Esteban PEREIRA y Carolina FERNÁNDEZ (eds.), *Derecho y pobreza*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 81-128.

PEREIRA FREDES, E., 2021: "¿Cómo repensar la pobreza desde el derecho privado?", en Esteban PEREIRA y Carolina FERNÁNDEZ (eds.), *Derecho y pobreza*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 129-170.

PÉREZ AHUMADA, P., 2023: "La ejecución de alimentos desde la perspectiva de los derechos humanos", en Macarena VARGAS y Paz PÉREZ (coords.), *Nueva institucionalidad en la ejecución de alimentos*, Santiago de Chile: Thomson Reuters: 19-35.

- PÉREZ DE LA FUENTE, O. y VALLÉS, M. H., 2023: "Solidaridad: aspectos filosóficos, jurídicos, políticos, sociológicos y antropológicos", en Esteban PEREIRA y Natalia RUEDA (eds.), *La idea de solidaridad en el derecho*, Bogotá: Universidad Externado: 125-183.
- PIÑA ROCHEFORT, J. I., 2019: "La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico penal", *Política Criminal*, 14 (27): 242-276.
- RAWLS, J., 1995: *Teoría de la Justicia*, traducción de M. D. González, México: Fondo de Cultura Económica.
- RIBOT IGUALADA, J., 1998: "El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, 51 (3): 1105-1178.
- SOLARI, G., 1946: *Filosofía del derecho privado*, vol. 1, *La idea individual*, traducción de O. Caletti, Buenos Aires: De Palma.
- VALENZUELA RIVERA, E., 2023: "Derecho de alimentos de niños, niñas y adolescentes a la luz de los principios fundamentales de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño", en Macarena VARGAS y Paz PÉREZ (coords.), *Nueva institucionalidad en la ejecución de alimentos*, Santiago de Chile: Thomson Reuters: 37-58.
- VARGAS PAVEZ, M., 2023: "La ejecución de los alimentos como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva", en Macarena VARGAS y Paz PÉREZ (coords.), *Nueva institucionalidad en la ejecución de alimentos*, Santiago de Chile: Thomson Reuters: 1-18.
- WEINRIB, E. J., 2017: *La idea de derecho privado*, traducción de E. Páez, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- ZAVALA OSPINA, L., 2018: "¿Es la materialización del derecho de alimentos para los menores de edad un asunto de género en Colombia?", en Isabel JARAMILLO y Sergio ANZOLA (comps.), *La batalla por los alimentos*, Bogotá: Universidad de los Andes: 19-44.