



UNIVERSIDAD
CIENFUEGOS
Carlos Rafael Rodríguez

Universalización de la Educación Superior

Sede Universitaria Municipal

Aguada de Pasajeros.

"Licenciatura en Derecho"

***Título: Obligación de dar alimento al
Concebido.***

Autor: Yosdanky Filgueiras Díaz.

Tutor: Lic. Yankiel Areán López.

Centro de trabajo: Trabajador Social.

***Aguada de Pasajeros, ____ de junio de 2009.
"Año del 50 Aniversario del Triunfo de la Revolución"***

Agradecimientos

- Agradezco a la Revolución por haberme dado la oportunidad de ejercer en esta noble profesión y a la vez poder estudiar una carrera profesional.
- Agradezco a todas aquellas personas que de una forma u otra contribuyeron con la realización de este trabajo que con esmero me apoyaron en todo momento y me alentaron a ser lo que soy.

Dedicatoria

Dedico este trabajo a:

- ❖ A mi mamá que ha confiado una vez más en mí y siempre me ha apoyado.
- ❖ A mi papá que me supo guiar por el camino correcto con su ejemplo y dedicación en formarme como hombre de bien.
- ❖ A mi hermana, a mi esposa, a mi sobrina y a mis abuelos que nunca han dejado de apoyarme.

Resumen

La obligación de dar alimentos viene regulada en el Código de Familia en el Capítulo I del Título III y presupone su necesidad por un sujeto que lo requiere para subsistir, y la existencia de vínculos parentales consanguíneos sin límites en la línea recta y hasta el segundo grado en la colateral, o de un vínculo matrimonial entre el sujeto que los necesitare y el compelido por ley a suministrarlos. 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.

La madre que lleva en el vientre al concebido no podrá exigir a su esposo la pensión alimenticia a favor del este y es por esto que nos hemos trazado como problemática la del perfeccionamiento de las normas referidas a la obligación de dar alimentos a ese concebido que lo necesita para su subsistencia y siendo su madre su representante a la hora de exigirla.

Con los instrumentos aplicados en el transcurso de la investigación se pudo comprobar que ya existen pasos de avance en cuanto a esta problemática pues ya se han dictado sentencias en otros tribunales que de una u otra forma benefician al concebido. Debido a la necesidad de favorecer al concebido con estas normas referidas a la obligación de dar alimentos es que nos hemos propuesto como objetivos de la investigación además de hacer un análisis minucioso de la legislación civil cubana demostrar que existen lagunas en cuanto a este tema.

Índice

	Págs.
Introducción	
Desarrollo	
Capítulo 1- Los alimentos.	
Generalidades.....	5
1.1- La obligación de dar alimentos en Cuba.....	6
Capítulo 2- Obligación de dar alimentos al concebido.....	10
2.1- Representación materna.....	13
2.2- Posibilidad de exigir alimentos al concebido fruto de una unión de hecho.....	17
2.3- Frustración del embarazo en el orden jurídico.....	19
Conclusiones.....	21
Bibliografía.	
Anexos.	

Introducción

Para el Derecho Romano hombre es el que ha de nacer, el límite inicial del nacimiento resultaba ampliado hasta el momento de la concepción para proteger al futuro hijo, ser ya concebido pero no nacido. La sabia regla romana, que se vislumbraba como principio básico y general, expresaba al nacido se le tiene por nacido a todos los efectos que le sea favorables.

La posición romana en relación con el concebido nos llega a través de ULPIANO, quien pensó que el concebido era víscera de la madre, que formaba parte de ella y que por tanto no se le consideraba persona; no obstante se le protegía jurídicamente ya que constituía una esperanza de hombre, que normalmente llegaría a serlo, por ello la ley teniendo en cuenta su futura humanidad le dispensaba una anticipada protección en su propio y exclusivo beneficio.

En la época de JUSTINIANO se hace notar el cambio fundamental que se opera en la concepción de los posibles derechos del concebido, así los efectos que antes se esperaban solamente cuando el hijo había sido concebido en el legítimo matrimonio, se hacen extensivos también a los procreados fuera de éste. Se cambia el centro donde se apoyaba la figura del concebido que ahora no gravita en la institución del matrimonio, sino en la naturaleza misma de la persona humana, que se considera ya existente para lo que le sea favorable.

Contrario sensu para los Germanos al "Infans in útero matris" no se le reconocía como sujeto de derechos, debiendo considerarse al nasciturus privado de toda capacidad, aunque la existencia de un hijo concebido y aún no nacido haría que se tuviese en cuenta su posible nacimiento a efectos hereditarios, produciéndose el aplazamiento de la división de la herencia hasta el momento del nacimiento.

En el Derecho Histórico Español se destaca que la protección dispensada al concebido se desdobra en una serie de disposiciones en las que se castiga el aborto y en las que se conceden derechos hereditarios al hijo que aún no ha nacido en el momento de la muerte del padre. Estas disposiciones reconocen la existencia del concebido y le garantizan protección jurídica para salvaguardar su

vida y sus futuros derechos patrimoniales.

Las Siete Partidas retoman el espíritu romano al exigir solamente que el concebido naciera vivo y que tuviera forma humana, desechando los requisitos de término y el bautismo.

La Leyes de Toro al regular la tutela al concebido, precisa como elementos necesarios para adquirir la capacidad jurídica que el producto de la concepción naciera vivo, fuera viable, contemplando como término de viabilidad las 24 horas, bautizado y con figura humana.

De todo este Derecho Histórico se desprende cómo se van exigiendo una serie de aspectos, alguno de los cuales como el bautismo desaparecen en ciertos cuerpos legales, otro se mantienen constantes, como el nacer vivo y la figura humana que trascienden desde el Derecho Romano.

Hurgar tras las huellas del tratamiento jurídico de la institución de Alimentos dentro del Derecho de familia, es un reto profesional de gran aplicación práctica para sus operadores.

En nuestro Código Civil en su artículo 25 regula que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables a condición de que nazca vivo estableciendo así que existe la obligación material de los padres de dar alimento al concebido.

El tratadista español José Castán Tobeñas, lo define como la relación jurídica en virtud de la cual, una persona, alimentante, está obligada a prestar a otra, llamada alimentista, lo imprescindible para su sostenimiento; abarcando en su concepto todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación del alimentista cuando es menor de edad.

Por todo lo antes expuesto en nuestro Código de Familia se regulan las personas obligadas a dar alimento que son las siguientes:

- Los cónyuges.
- Los ascendientes y descendientes.
- Los hermanos.

En nuestro país es recogido este instituto en el Título III, Capítulo II del Código de Familia, que en la doctrina y la compilación universal versa su contenido en

presupuestos, sin embargo nos condujo esta labor indagatoria al problema, punto de partida en la indagación de comprobar si lo regulado en su texto es suficiente para resolver todas las situaciones de hecho que pueden presentarse partiendo de que la reglamentación del Código de Familia no es suficiente para garantizar la obligación alimentaria porque no protege todas las posiciones de hecho que se presentan.

En el marco del Derecho Civil los alimentos consisten en la facultad que tiene una persona, que se encuentra en estado de necesidad, de reclamar a determinados parientes que le proporcionen aquello que precisa para satisfacer sus carencias vitales por lo que nuestro trabajo trata sobre cómo enriquecer las normas referidas a la obligación de dar alimento a esa persona que lo necesitare en este caso la madre y por consiguiente el concebido por tanto nos hemos trazado como problema científico el siguiente.

Problema científico: ¿Cómo contribuir al perfeccionamiento de las regulaciones relativas a la obligación de dar alimentos a los concebidos en la legislación civil cubana?

Nos proponemos en esta investigación los siguientes **objetivos:**

- Realizar un análisis de la legislación civil cubana referente a la obligación de dar alimento al concebido.
- Demostrar la existencia de lagunas en normas que establecen las obligaciones de dar alimentos.

La **hipótesis** de este trabajo es la siguiente:

- Resulta necesario perfeccionar la legislación civil cubana vigente referente a la obligación de dar alimento al concebido.

Para el desarrollo se utilizaron los siguientes métodos:

Métodos del nivel empírico:

- Encuesta a embarazadas para determinar cuáles son sus hábitos alimenticios y la importancia del cumplimiento de una dieta balanceada.
- Revisión de documentos para extraer los diferentes elementos que aportan los documentos consultados.

- Entrevista a los jueces para constatar los conocimientos que estos poseen sobre las normas referidas a dar alimentos a favor del concebido.

Métodos del nivel teórico:

- Analítico-Sintético: se utilizó con el objetivo de fundamentar la información obtenida teniendo en cuenta el tema de la investigación así como el procesamiento e interpretación de los datos después de aplicados los documentos.
- Inductivo-Deductivo: su empleo permitió realizar la bibliografía y hacer razonamientos lógicos sobre la eficacia de la interpretación de las normas referidas a la obligación de dar alimentos a favor del concebido.

Métodos del nivel estadístico:

- Análisis porcentual: su aplicación permitió cuantificar, comparar, analizar y procesar los datos obtenidos al inicio y al final de la investigación.

Capítulo 1- Los alimentos. Generalidades.

Podemos señalar que alimento es todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación y vestido, y en el caso de los menores de edad, también los requerimientos para su educación, recreación y desarrollo.

El concepto de alimentos no se reduce a la pensión, por lo tanto todo aquello que el obligado de al necesitado, que pueda incluirse en el concepto de alimentos, por ejemplo, ropas, zapatos, comestibles, etc. debe tenerse en cuenta al momento de fijar el monto de la pensión, en estos casos la cuantía de la pensión puede ser disminuida.

Se entiende por alimento en el lenguaje común lo que el hombre necesita para su nutrición, este concepto simplemente biológico se limita a expresar aquello que nos nutre.

En derecho el concepto alimentos implica en su origen semántico aquello que una persona requiere para vivir como tal, se dice no solo de pan vive el hombre, la persona en derecho necesita un elemento económico que le sirva de sustento en su aspecto no solo biológico sino social, moral y jurídico, por lo tanto el hombre por sí mismo se procura lo que necesita para vivir, la casa, el vestido y la comida.

Los alimentos en derecho comprenden la comida, el vestido la habitación la asistencia en caso de enfermedad y tratándose de menores la educación del acreedor alimenticio y la obligación de proporcionarle un arte, un oficio o protección adecuada a la condición del menor.

La prestación de los alimentos tiene límites.

1. No ha de exceder de las cantidades necesarias para que el acreedor alimenticio pueda vivir decorosamente, esto comprende solo las cantidades para vivir.
2. Tampoco ha de estar en desproporción con la posibilidad económica de quien debe darlos, su cuantía en cantidad liquida debe ser fijada por el juez según las circunstancias personales del acreedor, ajustadas a lo que este necesite. Para

subsistir decorosamente y de acuerdo del deudor. Los alimentos no comprenden la obligación de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio arte o protección a que se hubiera dedicado.

1.1- La obligación de dar alimento en Cuba.

Esta obligación de dar alimentos toma su fuente de la ley, nace directamente de las disposiciones contenidas en la ley sin que para su existencia se requiera de la voluntad del acreedor ni del obligado.

El acreedor, que tiene derecho a pedir alimentos está obligado a darlos en su caso al deudor alimentista cuando este se encuentre en necesidad. Quien ahora es el acreedor se encuentra en la posibilidad de darlos en crédito. Las deudas por alimentos son recíprocas por lo tanto el deudor de hoy puede ser el acreedor de mañana.

Se puede definir la deuda alimenticia como el deber que corre a cargo de los miembros de una familia, de proporcionarse entre los elementos necesarios para la vida, la salud y en su caso la educación.

La obligación que existe entre parientes próximos de presentarse recíprocamente ayuda en caso de necesidad, es una obligación de orden a la vez social, moral y jurídico, es social, porque la subsistencia de los individuos del grupo familiar, interesa a la sociedad misma y puesto que la familia forma el núcleo social primario, es de los miembros de ese grupo familiar a los que les corresponde en primer lugar velar porque los parientes próximos no carezcan de lo necesario para subsistir.

La deuda alimenticia ente consortes y concubinos forma parte del deber que asumen el varón como el de la mujer de contribuir al sostenimiento de la familia según las posibilidades de cada uno de ello, puesto que la ayuda mutua es uno de los fines primordiales del matrimonio que se manifiestan en una distribución equitativa entre los consortes, de las cargas del hogar.

Es una obligación de orden moral, porque de los lazos de sangre derivan vínculos de afecto que impiden a quienes por ellos están ligados, abandonar a los parientes que necesitan ayuda y socorro a fin de no dejarlos perecer por abandono.

Es finalmente una obligación de orden jurídico, porque incumbe al derecho haber coercible el cumplimiento de esa obligación el interés público (el interés social) demanda que el cumplimiento de este deber efectivo y de verdadera caridad. Se encuentre garantizado en tal forma que el acreedor que necesita alimentos pueda recurrir en caso necesario al poder del estado para que realice la finalidad y se satisfaga el interés del grupo social en la manera que el derecho establece.

En la línea colateral los hermanos entre si deudores y acreedores alimentistas los tíos lo son de los sobrinos, los sobrinos de los tíos y así hasta el cuarto grado en línea colateral. Por esto la persona que se encuentre hoy en la necesidad de pedirlos puede estar mañana en la posibilidad de prestarlos a sus parientes pobres.

La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad. La obligación de dar alimentos a los hijos no cesa ni aun cuando las necesidades de ellos provengan de su mala conducta.

El derecho a solicitar alimentos va mucho más allá de la relación entre padres e hijos. Aunque los primeros facultados a pedirlos son los hijos menores de edad, en cualquier caso. Los hijos tienen derecho a recibir alimentos de su padre o madre hasta que cumplen la edad laboral y no estuviere incapacitado ni incorporado a institución nacional de enseñanza que le impida dedicarse regularmente al trabajo remunerado según se regula en el art. 135.4 del Código de Familia.

Puede interponer la demanda la madre en representación de los hijos o la persona que los tenga bajo su cuidado, si estos son menores de edad, y los hijos por si mismos cuando son mayores de 18 años.

Están obligados a darse recíprocamente alimentos las siguientes personas:

- Los cónyuges.
- Los ascendientes y descendientes.
- Los hermanos.

En estos casos no se pueden pedir siempre los alimentos. Es indispensable que estas personas carezcan de recursos económicos y estén impedidos de obtener los alimentos por sí mismos, por razón de edad o incapacidad.

En el caso de que existan varios parientes obligados a dar alimentos todos deben satisfacerlos, pero el pago de la pensión será proporcional a los ingresos económicos de cada uno. Ahora bien, si la necesidad del que debe recibir los alimentos es sumamente urgente o se presentan circunstancias especiales se puede obligar a uno solo de los obligados a que pague la pensión en su totalidad, pero le asiste el derecho de reclamar a los demás obligados la parte que ellos debían pagar.

Esa decisión depende de la capacidad económica del obligado. Si posee recursos suficientes debe pagar a todos. Si no los posee se decidirá a quien los paga, según el siguiente orden:

- ⇒ Al cónyuge.
- ⇒ A los ascendientes del grado más próximo.
- ⇒ A los descendientes del grado más próximo.
- ⇒ A los hermanos.

No obstante si concurrieran el cónyuge y un hijo menor de edad o mayor de edad incapacitado, los hijos tendrán preferencia sobre el cónyuge.

La Ley no establece ningún tipo de cuantía en relación con la pensión alimenticia, ni mínima ni máxima. Al momento de fijar la pensión, el Tribunal debe tener en cuenta la capacidad económica del obligado a dar los alimentos y las necesidades del que tenga derecho a recibirlos. Es importante aclarar que debe en todo momento, considerar la situación del obligado, pues la cuantía de la pensión fijada no puede afectar sus propias necesidades ni las de otras personas que también dependan de él, como pueden ser su cónyuge y sus hijos menores.

Como se observa la cuantía de la pensión es variable y depende de cada caso.

Esto lo reafirma el hecho de que esa cuantía, una vez fijada por el Tribunal, puede aumentarse o disminuirse, también por el Tribunal si se demuestra que variaron las circunstancias que dieron lugar a su adopción. Este aumento o disminución será proporcional al aumento o disminución de las necesidades del que tenga derecho a los alimentos y la capacidad económica del obligado a prestarlos.

Se ha dicho que la pensión es la forma más común de dar los alimentos, pero no es la única. Por el amplio concepto de alimentos, antes expuesto, el obligado a

darlos, podrá elegir entre el pago de la pensión o recibir en su casa y mantener al que tenga derecho a recibirlos. Pero en este caso debe tenerse presente que esta forma no puede ir en contra de lo que el Tribunal haya establecido en relación con la guarda y cuidado del necesitado. Así si con motivo de un divorcio se estableció que la guarda y cuidado de un hijo menor la tenga la madre, el padre sólo podrá satisfacer los alimentos en forma de pensión, pues tener al menor en su casa iría en contra de lo establecido por el Tribunal.

La obligación de dar alimentos termina por las causas previstas en el art. 135 del Código de Familia que son las siguientes:

⇒ Muerte del obligado a darlos.

⇒ Muerte del que tiene derecho a recibirlos.

⇒ Cuando los recursos económicos del obligado se hubieren reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades o las de su cónyuge, hijos menores o mayores de edad incapacitados, que dependan económicamente de él.

⇒ Cuando el que tenga derecho a recibirlos arribare a la edad laboral (en nuestro caso 17 años de edad) y no estuviere incapacitado ni incorporado a institución nacional de enseñanza que le impida dedicarse al trabajo remunerado.

⇒ Cuando cese la causa que hizo exigible la obligación de suministrar los alimentos.

Es importante aclarar que, aunque se presente una de estas causas, la obligación legalmente establecida no cesa automáticamente, sino que se hace necesario que la persona interesada en que cese la pensión debe solicitarle al Tribunal que establezca su fin. Así si un Tribunal estableció que un padre debe pagar una pensión a su hijo menor de edad, y éste al cumplir la edad laboral no se encuentra estudiando, ni trabajando, el padre debe pedir a ese mismo Tribunal que de por finalizada la obligación de dar alimentos, de lo contrario ésta persiste.

Esta posibilidad esta prevista por la Ley por lo que para llegar a ella debe primeramente instarse al Tribunal para que fije legalmente la pensión, bien sea mediante un proceso de divorcio o un proceso sumario de alimentos. Una vez fijada la pensión, lo normal es que esta se satisfaga voluntariamente, pero de no

ser así, el representante del menor puede pedir al Tribunal que decrete el embargo salarial. Una vez decretado el embargo se remite oficio al centro de trabajo del obligado donde se le descuenta a éste, de forma automática, la parte del salario necesaria para satisfacer el monto de la pensión fijada.

Capítulo 2- Obligación de dar alimentos al concebido.

La existencia de una vida en el vientre materno ha sido fuente de preocupación para los legisladores a lo largo de la historia, en tanto se han visto precisados en brindar una tutela jurídica a ese ser que de nacer irrumpiría en el mundo terrenal y en las relaciones sociales que el Derecho regula y norma.

La concepción abre un amplio espectro de consecuencias legales y de respuestas jurídicas que se imponen con el objetivo de asegurar a ese engendro, continuación de la estirpe y del género humano, todos los derechos y prerrogativas de que goza una persona natural siempre que le represente un beneficio.

La tutela del concebido a partir del clásico principio al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables ha sido plasmada en la preceptiva de los Códigos Civiles clásicos y contemporáneos y bajo su proyección hoy presentamos la tesis a través de la cuál es viable la exigibilidad de alimentos a favor del concebido, tesis que elaboramos bajo los postulados éticos que informan al Derecho de Familia, pero con una línea de pensamiento y desde una óptica civilista.

En el orden doctrinal los autores se debaten en derredor de la naturaleza jurídica de la protección al concebido, para unos el concebido tiene ya una personalidad provisional o condicional; para otros, aún sin ser persona se le concede una capacidad jurídica condicional según Canovas cuya capacidad jurídica está condicionada al hecho del nacimiento con los requisitos legales, otros piensan en la existencia de derechos con sujeto indeterminado o sin sujetos, o de derechos futuros o condicionales o de una expectativa de derecho. Este último criterio ha sido el sostenido por CLEMENTE DE DIEGO que llega a ver en el concebido una esperanza de hombre, de suerte que las relaciones jurídicas que le van a afectar sean una expectativa a su favor, expectativa que se convertirá en derecho perfecto tanto como llegue a existir y constituir por el nacimiento un verdadero

sujeto de derecho.

Para ALBADALEJO el concebido carece de personalidad y por ello de capacidad ahora bien su protección se realiza no mediante la creación de una personalidad o de una capacidad condicionada o ficticia sino haciendo simplemente que todos los derechos o relaciones, que serían favorables al concebido, perteneciéndole si ya fuera persona queden en situación de pendencia, pero sin modificarse su titularidad actual hasta ver si el concebido llega o no a ser persona. Como bien expone el autor con este criterio se pretende dar eficacia posterior y retroactiva al nacimiento, de manera que solo se tiene por nacido al concebido si nace y cuando nazca con dichas condiciones, aunque se le tiene por nacido desde que fue concebido, lo que es sin dudas, al decir de dicho tratadista, preferible a la de dar a la concepción eficacia anterior pero sometida a eventual resolución.

Si bien los autores clásicos y los contemporáneos han expresado sus disímiles consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de la protección legal al concebido, en lo que si no hay dudas es que históricamente esta protección civil se ha visto vinculada a posibles o eventuales derechos sucesorios; y/o a posibles donaciones de las que resultare éste favorecido. Sin embargo no consideramos que esa haya sido la esencia de la tutela legal al nasciturus, lo que demuestra la genérica formulación del artículo 25 de nuestro Código Civil y de sus predecesores, de manera que su aplicabilidad es posible a otros efectos que le resultaren beneficiosos.

A pesar del silencio en la mayoría de los autores, somos del criterio de que el aludido artículo 25 sería aplicable por imperio del artículo 8 y de la Disposición Final Primera, ambos del Código Civil, en sede de alimentos. Por ejemplo, el propio DIEZ PICAZO en sus comentarios al artículo 29 ya citados se esboza el alcance de la protección al concebido, sostiene esa posición que defendemos y en la misma línea de principios, considera “debe entenderse también que el favor o el carácter favorable ha de ser para el concebido y no para tercero”. Sin embargo, cabe admitir siguiendo al autor “que, aunque el efecto se produzca directamente para terceros, puede ser indirectamente beneficioso para el concebido”. (5) Así cita como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo Español de 5 de Junio de

1926 que aplica el artículo 29 del Código Civil para entender que a los efectos de aplicar la legislación sobre accidentes de trabajo debe considerarse como viuda con hijos a la viuda encinta, de manera que la indemnización reconocida como consecuencia del accidente sufrido por el padre no beneficia directamente al hijo, no era un efecto directamente favorable a él, sin embargo, puede entenderse que, al beneficiar directamente a la madre, quedaba también indirectamente beneficiado el hijo.

Como se constata el propio DIEZ-PICAZO, tratadista de afamado renombre en España, es partidario de la tesis de la aplicación con carácter extensivo del precepto 29, de manera que con su cita de la referida sentencia, tanto el catedrático como el propio Tribunal Supremo Español dejan abierta la posibilidad de aplicación del multicitado precepto a situaciones como la exigencia de alimentos, aunque expresamente no se pronuncien al respecto.

Otros autores sostienen el criterio de que sería defendible que el nacido pudiera sustentar la reclamación del resarcimiento por las lesiones que fueren causadas estando en el claustro materno y cuyos efectos persistan después del alumbramiento, al amparo precisamente de la tutela legal al concebido.

Esta novedosa incursión de la doctrina con cierto respaldo jurisprudencial no hace más - a nuestro criterio - que dar un recto sentido al sabio principio romano devenido precepto legal, cuya formulación, como hemos expresado con anterioridad está permeada por razones de equidad con una dimensión demasiado universal para situarlo en los estrechos cánones de las donaciones y las sucesiones mortis - causa.

Sin homologar la situación que venimos analizando con lo preceptuado en el artículo 964 del Código Civil Español, no puede soslayarse que la doctrina española concibió los llamados alimentos civiles temporales, uno de cuyos supuestos lo constituía aquellos que recibía la viuda encinta, claro está en su concepto de viuda y no como representante del concebido, la que con independencia de su condición económica tenía derechos a ser alimentada, alimentos que se detraen del haber hereditario habida consideración a la parte que en ellos podría tener el concebido.

Ahora, ¿cómo sostener la tesis de exigibilidad de alimentos a favor del concebido? Si el concebido se tiene como heredero, legatario, y puede incluso ser beneficiario de una donación, ¿por qué no puede en su nombre su progenitora (que aún lo lleva en su vientre) exigir alimentos?

Si seguimos la línea de pensamiento del ilustre profesor aragonés, mucho menos serían exigibles los alimentos, sin acaecer el nacimiento. Sin embargo el propio Código Civil Cubano se aparta de la posición asumida por su predecesor y en sede sucesoria en su artículo 535-2, abre paso a la partición hereditaria con la única cautela para los herederos que la de imponerles la obligación de reservar la porción del concebido, luego entonces la existencia de éste en modo alguno suspende o dilata la partición del caudal relicto.

La obligación de alimentos se constituye ex lege y ex lege queda determinado su contenido, amén de que el hecho causal productor directo lo sea el parentesco consanguíneo o el matrimonio, según sea el caso, pero no olvidemos que en sede de fuentes de las obligaciones ésta, o sea, la ley, tiene valor supletorio o indirecto pues es el tapiz en el que se reconocen y a través del cuál se le confiere valor de fuente a los hechos o actos jurídicos causantes directos de las obligaciones.

2.1- Representación materna.

Concebida así la obligación que venimos analizando podría entonces al amparo del artículo 25 del Código Civil sostenerse el criterio, siempre discutible, de que la progenitora en el Proceso Especial de Divorcio por Justa Causa interese en su demanda como medida provisional alimentos para el concebido y no nacido fundamentando tal pretensión en la necesidad perentoria y urgente de costear lo que ha dado en llamarse “canastilla del futuro bebé”, gastos por concepto de medicamentos, gastos por conceptos de alimentos y demás, todo en bien del concebido, que por lógica, más que por técnica jurídica necesitan estar dispuestos o utilizarse según el caso, antes del momento del nacimiento.

Muy discutida ha sido en la doctrina la supuesta representación materna, negada por DE CASTRO, para quién “la mecánica de la presentación legal y la de la protección del concebido son dispares; el concebido carece hasta su nacimiento de un patrimonio, y la especial protección que se le otorga es para remediar su

falta de personalidad (...) los derechos patrimoniales que estén en situación de pendencia, en lo que no están paralizados, serán ejercicios por cada titular provisional, pero ni en nombre del concebido ni de los otros posibles interesados, sino con la condición jurídica de titular provisional. Consecuencia inevitable será que el concebido no puede ser parte en un proceso ni ser condenado como tal. Hay sólo personas obligadas unas a solicitar se organicen, otras a defender y; en general, a respetar las situaciones de pendencia que origine la existencia del concebido”.

A pesar del criterio del profesor DE CASTRO de indiscutible rigor técnico sostenemos una tesis contraria, inspirada precisamente en el status sui generis que la condición de concebido genera a fin de defender los eventuales y perentorios derechos de alimentos, razón que motiva a su impostergable defensa por quien si estuviera nacido fuera su representante legal; de manera que no haremos sino dar a la concepción eficacia anterior pero sometida a eventual resolución si el concebido no llega efectivamente a nacer. Luego entonces, si antes del alumbramiento pudiera tenerse por nacido al concebido a los efectos que le sean favorables pudiera también al sólo extremo de hacer valer esos derechos que le sean favorables, admitirse su eventual representación por su progenitora. Téngase en cuenta que nos apartamos de la teoría de la situación de pendencia, que parece prevalecer en la doctrina para fundamentar la tutela legal al concebido, y que lo hacemos inspirados por las razones de equidad que en todo caso han primado en la esencia de dicha tutela.

Esta Tesis es la sustentada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de la Habana que en su sentencia No. 79 de 18 de Mayo de 1995 por la que ratifica la sentencia No. 147 del 17 de Abril de 1995 de la Sección Civil del Tribunal Municipal Popular de Isla de la Juventud considera “que del análisis de los autos incoados del Tribunal Municipal, así como de los motivos en que se funda el recurso se concluye que éste no puede prosperar habida cuenta que el Tribunal a quo en la sentencia interpelada, hizo una correcta interpretación de lo que con claridad meridiana se preceptuó en el artículo 25 del principal cuerpo de normas civiles, así como de lo establecido en el artículo 121

del Código de Familia, toda vez que con tal acierto fijó una pensión alimenticia para el concebido a los efectos de satisfacer la necesidad vital de su sustento, que aún cuando todavía se encuentra en el claustro materno, de hecho fue engendrado por las partes durante su unión matrimonial, lo que quiere decir procrear, dar la existencia, producir, dar nacimiento, y con ello se origina la inmediata responsabilidad de ambas partes sobre el concebido, desde el momento mismo de su engendro, valorándose además por esta instancia que lejos de ser futura e incierta resulta elemental la condición de nacer vivo del concebido que en letra de ley se establece, toda vez que de ocurrir cosa contraria no tiene razón de ser lo legislado en tal sentido ya que simplemente no existiría, todo lo que obliga en base a los elementos ya enunciados desestimar el recurso en examen con cuantos más pronunciamientos procedan”.

Podría por otra parte considerarse que la solución más ajustada a Derecho es la que prevé el Código de Familia en su artículo 56, de suerte que el cónyuge podría interesar pensión alimenticia a su favor y aprovecharse de su estado de gestación para exigir un aumento en su cuantía, pero resulta que para ello tendría que cumplir con los requisitos que contiene el precepto enunciado dentro de los que se citan la convivencia marital por un término superior al año, o la procreación durante el matrimonio (que enervaría el requisito de tiempo), de lo que se colige que retornamos a la situación enunciada ab initio, o sea, extender los efectos favorables enunciados en el artículo 25 para que el concebido se favorezca indirectamente a través de la pensión que se le concede a su progenitora en atención a su existencia.

Precisamente el amparo del artículo 56 la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Camagüey ha concedido pensión alimenticia a la mujer embarazada en atención a la existencia del hijo procreado (concebido). Así en sendos CONSIDERANDOS de su sentencia No. 121 de 15 de Octubre de 1993 expresa:

“No estamos en presencia de un asunto cuyo fondo está dirigido a ventilar los posibles derechos del concebido en virtud de las disposiciones de los artículos 25 y 535-2 ambos de la ley No. 59 de 16 de Julio de 1987, actual Código Civil, sino

que nos encontramos ante cuestiones distintas en la cual se debate si la ahora recurrente está o no asistida por lo preceptuado en el artículo 56-1 de la Ley No. 1289 de 1975 vigente Código de Familia, único extremo de interés al proceso y por consiguiente atendible.

Dos son los requisitos subsumidos recíprocamente por la conjunción “o” en el texto o redacción del último de los preceptos citados: haber convivido por más de un año o procreado durante el matrimonio, de ahí que su interpretación jurídica no se logra de forma aislada a la obligada interpretación gramatical por la acepción del verbo “procrear”, que es igual a engendrar, sinónimo de concebir, y es erróneo confundir el término procreado con el nacimiento del hijo, pues si bien el concebido desde el punto de vista jurídico no se puede reputar hijo hasta ver la luz, que es el momento en que emerge del vientre materno, desde el punto de vista gineco - obstétrico la multiplicación de la especie tiene su origen en el momento mismo de la fecundación del óvulo y estimar en justicia cosa distinta, no solo lesiona la riqueza de nuestro lenguaje, sino que resulta atentatorio a los derechos de la mujer grávida que estaría evidentemente fuera de la protección legal, que en aras de la justicia social concibió el legislador”.

Por dicha sentencia al declarar CON LUGAR EN PARTE la apelación interpuesta por la mujer embarazada, se fijó pensión, que su cónyuge debía satisfacerle en la cuantía que estimó la Sala.

Tal criterio fue ratificado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo que en sentencia No. 631 de 30 de Diciembre de 1993 expuso “que procrear no es sinónimo de nacimiento como por error el recurrente aduce en el concepto de infracción del Primer Motivo del Recurso y vale aclarar que la sentencia recurrida establece de manera clara y precisa el concepto de procrear el que en consecuencia no merece otros comentarios.

Al parecer la tesis que intentamos esbozar es compartida por los autores del proyecto de Código de Familia cubano en su versión de 1995, quienes en su artículo 109 han regulado que “toda mujer embarazada tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, sin perjuicio del derecho que asiste a éste de impugnar

la paternidad conforme lo establece este Código”.

Glosando el enunciado del precepto se deduce que es intención de los autores del Proyecto de Código de Familia, otorgar eficacia anterior pero sometida a resolución al nacimiento, de manera que la madre del concebido pueda interesar alimentos a favor de éste, los que serán exigibles antes del parto, sin embargo, suponemos que el Proyecto se constriñe a los casos de hijos concebidos y no nacidos frutos de un matrimonio, porque en otra situación sería imposible legalmente tal exigencia, dado que la condición de padre, supone una relación paterno - filial con el hijo la que se probaría en Derecho únicamente a través de la certificación de nacimiento del hijo, a menos que opere la presunción iuris tantum de paternidad prevista en el artículo 74 del Código de Familia con eficacia únicamente para los hijos concebidos y nacidos frutos de un matrimonio formalizado.

No obstante podría inferirse otra interpretación del precepto anotado, pues téngase en cuenta que se dispone que tal exigencia tendría como sujeto interpelado al padre de la criatura y no al cónyuge de la interpelante; quien vendría obligado por ley al pago de la obligación de alimentos, amén de las acciones que podría establecer, una vez acontecido el parto, para impugnar la paternidad imputada.

2.2- Posibilidad de exigir alimentos al concebido fruto de una unión de hecho.

De lo que hemos expuesto se infiere que la posibilidad de obtener alimentos a favor del concebido sólo cabe en el supuesto fáctico de que ambos progenitores hayan estado casados entre sí durante la época de la concepción. Hemos venido haciendo referencia al Proceso Especial de Divorcio (pudiera también como es lógico hacerse extensivo al Divorcio Notarial y consignarse como una de las convenciones a que arriban los cónyuges de común acuerdo. , lo que documentalmente se expresa en la Escritura pública de Divorcio) y no así al Proceso Sumario en Caso de Alimentos, contemplado también en la preceptiva de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico y la razón, a nuestro juicio, está dada en que según dispone el artículo 74 del Código de

Familia opera la presunción iuris tantum de paternidad a favor del cónyuge de la mujer encinta, quien vendrá obligado a proporcionar alimentos, con independencia de que por la vía judicial establezca las acciones pertinentes para destruir tal presunción. Si la mujer ha decidido optar por ser madre sola, no cabría y además estamos seguros, no reclamaría alimentos para el concebido; si estuviera unida de hecho con un hombre, fruto de cuya unión lo es el concebido, antes del nacimiento tampoco podría interesar alimentos a favor de éste, pues no estaría constituida legalmente la relación filiatoria, la que se prueba, (como antes apuntamos) según dispone el artículo 55 de la Ley del Registro del Estado Civil con la certificación de la inscripción de nacimiento del hijo, que sólo después de su nacimiento podría reclamar alimentos, salvo que reuniendo dicha unión los requisitos de singularidad y estabilidad con aptitud legal de los miembros de la pareja, a que se contrae el artículo 18 del Código de Familia pueda reconocerse judicialmente como matrimonio, trámite procesal por se bastante dilatado, que dado el tiempo de duración del embarazo, sería lo más común que no pudiera concluirse antes del parto.

Sin embargo parece que el criterio tenido en cuenta por los autores del Proyecto del Código de Familia, ya referido, dista del nuestro, en el sentido de que legitima a la madre del concebido para reclamar alimentos a favor de éste contra su padre, aún cuando el concebido no haya sido fruto de un matrimonio formalizado, estando compelido el padre al pago de la obligación de alimentos con independencia de las acciones que después del parto pudiera establecer para impugnar la paternidad imputada. Nos parece que esta solución es muy discutible en sentido técnico pues en más de una oportunidad conllevaría al pago inexorable de una deuda alimenticia a quién jurídicamente no estaría compelido a ello por no ser el progenitor del concebido, quien por demás, según el espíritu del precepto 109 (Código de Familia de 1995) no podría negarse a cumplimentar tal prestación bajo excusa de no ser el verdadero padre, pues la ley no ofrece oportunidad para su defensa. En el mejor de los casos podría dirigirse al verdadero progenitor una vez determinado judicialmente (si fue necesario recurrir a un proceso filiatorio) para exigirle el reembolso de lo pagado bajo imperio del artículo 134 del actual

Código de Familia. Al parecer razones de justicia y equidad a favor del concebido, cualquiera sea el estado civil de sus progenitores, decidieron que los autores del tantas veces citado Proyecto tutelarán los derechos de dicho concebido por encima de los de terceras personas que pudieran resultar afectadas por el pago de una deuda, que en Derecho no les era exigible.

2.3- Frustración del embarazo en el orden jurídico.

¿Que sucedería en el orden jurídico si el embarazo de frustra? Si fatídicamente el concebido no llega a nacer nos encontramos con que la progenitora ha exigido, utilizado y dispuesto de valores patrimoniales desembolsados por su ex cónyuge en su condición de presunto padre al desvanecerse los eventuales derechos del concebido por no operar la “conditio iuris” de la que pendían, y dado que se ha anticipado con carácter excepcional su ejercicio por razones de necesidad perentoria, operaría una atribución patrimonial injustificada a favor de quien le llevaba en su vientre, luego podría ejercitarse una acción de repetición por el presunto padre fundamentando su ejercicio en que la causa de dicha atribución, o sea el nacimiento del concebido, no se ha producido, a tenor del artículo 101-2 del Código Civil, sin embargo en el orden ético o moral consideramos demasiado egoísta: mezquina, por no conferirle otros adjetivos, la actuación de quien siendo alimentante en tales circunstancias, viendo frustrado el embarazo, con la afectación psicológica que ello provoca sobre todo para la madre, ejercitare tal acción en pos de obtener una suma de dinero prácticamente irrisoria, aunque nada obsta legalmente a su ejercicio. En la Viña del Señor hay de todo.

Sin embargo en buena técnica jurídica y dado los postulados éticos que informan al Derecho y muy en especial al Derecho de Familia, el menos jurídico de todas las ramas del ordenamiento legal, podría aplicarse por analogía al supuesto de frustración del embarazo lo preceptuado en el artículo 131 del Código de Familia que legitima a los herederos del alimentista a retener lo que por concepto de pensión alimenticia habían recibido anticipadamente del alimentante.

Expresamos aplicación por analogía, porque el supuesto fáctico que venimos analizando no puede subsumirse sin más en la hipótesis normativa contenida en el citado artículo 131 del Código de Familia que legitima a los herederos del

alimentista a retener lo que por concepto de pensión alimenticia habían recibido anticipadamente del alimentante primero porque el concebido no falleció, sino no llegó nunca a nacer; segundo, porque consecuentemente la madre no es heredera ya que si no nació, no adquirió derechos y si no adquirió derechos no los llegó a transmitir, de ahí que lo más acertado en el orden técnico - jurídico, sería posibilitar la exigencia de alimentos a favor del concebido que de no llegar a tener lugar el parto por frustración del embarazo, la madre no estaría compelida a devolver al padre lo que por concepto de alimentos recibiera a favor del concebido; solución a nuestro juicio dotada de un profundo sentido ético, y que en buen Derecho impediría el ejercicio de la acción de repetición o reembolso por pago de lo indebido previamente apuntado.

Conclusiones

En la aplicación del Derecho se debe ser lo estrictamente técnico porque ello confiere la elegancia y el virtuosismo jurídico que nuestra profesión exige, pero la interpretación y aplicación del Derecho y las nuevas formulaciones legislativas deben ir acompañándose a las realidades que nuestra época impone, sin que con ello se abandone ese tecnicismo al que hacemos referencia por lo que llegamos a las siguientes conclusiones:

- El Derecho crece y evoluciona en manos de los prácticos y al compás de las nuevas necesidades gracias a que, en contra de lo que tantas veces se ha pretendido, la interpretación supone muchas veces una verdadera actividad creadora o de política jurídica y no de aplicación automática de reglas ya establecidas. Es decir, todo lo que suele colocarse tras la fértil palabra interpretación, no estriba en descifrar lo que ha querido decir el legislador a través de la expresión empleada, sino en saber si también hubiese querido proteger la situación que no pudo prever, en el caso de haberla efectivamente previsto. De esto se trata, de saber si cabe proteger jurídicamente más intereses de los previstos de manera expresa en la descripción de los supuestos de hecho de la norma.
- En el estado actual del Derecho se deduce con toda evidencia que la aplicación de la norma supone una actividad creadora, por lo que el que interpreta da sentido, desarrollo y completa la ley. La función del juez rebasa el ámbito de subsunción lógica del hecho controvertido en la norma aplicable, pues con la interpretación de ésta, individualiza el Derecho, lo completa con soluciones nuevas y lo adapta a la realidad de la vida, realizando así una labor creadora, o más exactamente, una elaboración reconstructiva del Derecho.

Conclusiones

Con este trabajo solo pretendemos hacer una recomendación referida a la inserción de normas relacionadas con la obligación de dar alimentos al concebido en un nuevo Código de Familia.

Bibliografía

- Albadalejo García, Manuel. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forades/ Manuel Albadalejo García.. –Jaen: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.—tomo 1.
- Almagro Nosete, José. Derecho Procesal Civil/ José Almagro Nosete..—Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1988.—412 p.
- Arrellano García, Carlos. Derecho Procesal Civil/ Carlos Arrellano García..— Mexico: Editorial Porrúa S.A.,1987.—325 p.
- Clemente, Tirso. Derecho Civil/Tirso Clemente..—La Habana: Editorial Félix Varela, 1985.—5 T.
- Cuba. Constitución de la República.—La Habana: Editorial Pueblo y educación, 2002.—92 p.
- Cuba. Ministerio de Justicia. Ley 59/1987. Código Civil.—La Habana,1988.—95 p.
- Cuba. Ministerio de Justicia. Ley 1289/1975. Código de Familia.—La Habana, 1987.—93 p.
- Cuba. Ministerio de Justicia. Ley 7/1977. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.—La Habana, 1983.—58 p.
- Cuba. Ministerio de Justicia. Ley 51/1985. Ley del Registro del Estado Civil.—La Habana, 1986.—132 p.
- Díaz Pupo, Ambar. El concebido: reflexiones acerca de esta figura/Ambar Díaz Pupo, Dayami Hernández Jiménez.—La Habana:..[s.n.], 1993.—213p.
- España. Ministerio de Justicia. Código Civil/1889.—Madrid, 1993.—[s.p.]
- Grillo Longoria, Rafael. Derecho Procesal Civil II.. –La Habana: Editorial Félix Varela, 2004.—55p.