

Obligación alimentaria internacional en el marco convencional latinoamericano

International food obligation in the latin american conventional framework

Remberto Antonio Sánchez Martínez*
Rafael Andrés Velázquez Pérez**

RDP

RESUMEN

Las obligaciones alimentarias internacionales esbozan inconvenientes jurídicos de índole práctica, cuyo procedimiento de solución compromete examinarse preferentemente a través de instrumentos jurídicos internacionales; su propósito es establecer una eficaz protección al elemento subjetivo más frágil y propenso a transigir con relación a su crédito. Las derivaciones de tales condiciones han resultado en la necesidad de disponer de instrumentos normativos independientes en el ámbito espacial americano, para examinar las situaciones que se plantean con mayor intensidad en las relaciones privadas internacionales y la importancia de que esos instrumentos no sean representativos, sino que tengan eficacia operativa. El perfeccionamiento metodológico en ese aspecto se debe, fundamentalmente, a las necesidades del tráfico jurídico internacional, al añadir agentes axiológicos en el vínculo o localización de la relación jurídica internacional, y tener en cuenta las

* Profesor de derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.

** Profesor de derecho internacional privado en la Facultad de Ciencia Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo, España.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

políticas gubernamentales regionales y la justicia sustantiva en el caso concreto; o al abandonar la neutralidad típica de las concepciones formalistas. En sentido opuesto, la heterogeneidad de estos instrumentos jurídicos internacionales en el entorno territorial americano y la no coincidencia de sus signatarios en su pluralidad, presenta indudablemente disparidades en el orden empírico.

PALABRAS CLAVES: obligaciones alimentarias internacionales, marco convencional americano.

ABSTRACT

International food obligations outline legal problems of a practical nature, the solution procedure of which is to be examined preferably through international legal instruments; Its purpose is to establish an effective protection to the subjective element more fragile and prone to compromise in relation to its credit. The derivations of such conditions have resulted in the need for independent normative instruments in the American space to examine the situations that are most strongly posed in international private relations and the importance that these instruments are not representative, Operational efficiency. The methodological improvement in this aspect is due to the needs of international legal traffic, adding axiological agents in the link or location of the international legal relationship and taking into account regional government policies and substantive justice in the specific case; Or by abandoning the neutrality typical of formalist conceptions. On the other hand, the heterogeneity of these international legal instruments in the American territorial environment and the non-coincidence of their signatories in their plurality undoubtedly presents disparities in the empirical order.

KEY WORDS: alimentary international obligations, conventional american frame.

Sumario:

1. Introducción.
2. Generalidades de la obligación alimentaria en el derecho internacional privado contemporáneo.
 - A. Definición.
 - B. Consideraciones en torno a su autonomía.
3. Sistema convencional americano relativo a la obligación alimentaria internacional: entre contrastes y asimetrías.

- A. Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940.
 - B. Código de Derecho Internacional Privado de 1928 o Código Bustamante.
 - C. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias del 15 de julio de 1989.
4. Conclusiones.
 5. Bibliografía y hemerografía.

1. Introducción

Un axioma jurídico romano expresa: “Necare videtur qui alimonias denegat” (niega la vida al niño quien le niega el alimento).¹ Este apotegma demuestra que desde tiempos remotos ha sido una preocupación del derecho la protección de los sujetos más vulnerables por su situación de dependencia en las relaciones jurídicas; en especial las cuestiones relativas a los alimentos.² Dentro del lenguaje común, este concepto se aplica a los nutrientes en sentido general, que pueden sostener al organismo en las necesidades y satisfacer sus desgastes. Sin embargo, el término tiene jurídicamente una connotación más extensa de la que le asigna el lenguaje ordinario y su misma esencia, cuestión que suscita polémica respecto a la denominación de esta sui generis obligación.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los alimentos se conciben como lo indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido y la asistencia en casos de enfermedad, sin asumir una posición de *numerus clausus*.³ Respecto a los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para su educación,

¹ Pérez Echemendía, Marcio Luis y Arzola Fernández, José Luis, *Expresiones y términos jurídicos*, Santiago de Cuba, Oriente, 2009, p. 76.

² La obligación alimentaria se introdujo en el derecho romano primitivo con un alcance sumamente restringido; sólo comprendía lo que era estrictamente necesario para vivir. Incluso parece que en los primeros tiempos se usaba la palabra *victus* en lugar de *alimenta*, con lo que se expresaba un concepto rigurosamente limitado a las necesidades vitales. Véase Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. II, p. 193.

³ López del Carril, Julio, *Derecho y obligación alimentaria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, p. 13.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

recreación y desarrollo, así como proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos, adecuados a su sexo y circunstancias personales. Pese a lo anteriormente expuesto, existe una disparidad en este sentido, lo que conlleva a la consideración de una circunstancia de incompatibilidad entre diferentes sistemas jurídicos.⁴

La doctrina civilista moderna reconoce este deber, y al derecho que le es correlativo, como independiente de sus “fuentes tradicionales”.⁵ Estas consideraciones encuentran soporte en las dimensiones social, moral y jurídica que califica a esta figura. Es social, por el interés de la manutención de los sujetos del conjunto familiar; moral, pues es en las relaciones afectivas entre ciertos individuos donde se perfecciona el fundamento excepcional de cuidar por quienes requieren asistencia; y jurídico, porque a través del derecho se procura hacer coercible la observancia de esta obligación.⁶

En consonancia, para el derecho internacional privado contemporáneo, la institución de las obligaciones alimentarias internacionales cobra un carácter autónomo como relación jurídica, aunque parte de la doctrina se exprese en sentido opuesto, pues su propia definición en el sistema normativo interno constituye un punto de conflicto de calificaciones. Este impulso en su beligerancia doctrinal resulta producto del franco desarrollo del proceso de internacionalización, que a su vez ocasiona el resguardo de la continuidad jurídica que trasciende los límites de un Estado y se presenta como una necesidad cada vez más imperiosa, dado el progresivo y continuo movimiento de las personas y las familias en el ámbito internacional.⁷

Por último, pese a que el régimen internacional relativo a alimentos posee caracteres que son semejantes, dígase su condición personal,

⁴ Alcaraz Varó, Enrique y Hughes, Brian, *Diccionario de términos jurídicos (español/inglés/español)*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 81.

⁵ La doctrina clásica siempre ha considerado a la asistencia como una institución dependiente del matrimonio, relaciones de parentesco, filiación, divorcio, donación, relaciones contractuales o sucesorias, etcétera. Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Guatemala, Datascan, 2003, p. 65.

⁶ Pérez Duarte, Alicia Elena, *La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral*, México, Porrúa, 1989, *passim*.

⁷ Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 31-42.

irrenunciable, inalienable, inmedible, inembargable, imprescriptible, incompensable y no susceptible de transacción ni arbitraje; presenta disparidades que resultan fundamentales entre las distintas legislaciones, toda vez que la legitimación procesal activa para reclamar los alimentos, la determinación de los sujetos de la obligación, la divisibilidad de la deuda cuando hay varios obligados y las modalidades de prestación, son aspectos medulares no coincidentes entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, y que deben encontrar efectiva solución mediante un coherente régimen convencional.⁸

2. Generalidades de la obligación alimentaria en el derecho internacional privado contemporáneo

A. Definición

El presupuesto que las obligaciones alimentarias internacionales, al ser situaciones privadas internacionales, relacionan distintos sistemas jurídicos nacionales, a partir no sólo de una realidad social o económica, sino también de un contexto jurídico plural mediante la presencia de un elemento extranjero o internacional, establece un franco determinante en su definición. Dicha internacionalidad puede estar dada tanto por elementos objetivos como por elementos subjetivos, y, a tenor de la doctrina iusprivatista contemporánea, debe gozar de cierta relevancia o relatividad en el contenido de la relación jurídica.⁹

Se coincide, por ende, con García Altolaquirre,¹⁰ al definir que la relación alimentaria es internacional cuando contiene un elemento de extranjería relevante conforme al orden jurídico de referencia. En general, los factores que internacionalizan la relación alimentaria son, que el deudor y el acreedor de alimentos tengan su residencia habitual en

⁸ Dávalos Fernández, Rodolfo *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, La Habana, Félix Varela, 2006, p. 87.

⁹ Fernández Arroyo, Diego (coord.), *Derecho internacional privado de los países del Mercosur*, Buenos Aires, Zavallía, 2003, pp. 47 y 48.

¹⁰ García Altolaquirre, Carlos, "Las obligaciones alimentarias en el derecho internacional privado interamericano", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, 1990, *passim*.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

Estados diferentes, o que aun cuando residan en el mismo Estado, el deudor tenga bienes o ingresos en otro Estado. Pero no son los únicos; otros factores que pudieran internacionalizar estas relaciones jurídicas serían: el reembolso de los alimentos, el acrecentamiento de familias cuyos miembros tienen distinta nacionalidad o son doble nacionales de los Estados de origen y residencia, el incremento de conflictos matrimoniales internacionales, las heterogéneas concepciones jurídicas de la familia y del matrimonio, así como las divergencias entre los derechos sustantivos de los diferentes Estados y el surgimiento de nuevas solidaridades alimenticias (por ejemplo, el deber de asistencia recíproca respecto de uniones estables fuera del matrimonio).¹¹

Un contexto como el descrito, al que se le añaden los desplazamientos transfronterizos, puede representar un obstáculo adicional para el cobro de los alimentos y ser un factor que permita al deudor sustraerse con mayor facilidad de sus obligaciones, lo que justifica (tanto en el plano interno como en el internacional) una mayor intervención de los poderes públicos en un campo tradicionalmente reservado a la esfera privada familiar.

B. Consideraciones en torno a su autonomía

La determinación del supuesto de hecho de la existencia de una obligación de alimentos internacional plantea indefectiblemente reflexiones en torno a su consideración como una categoría independiente, o como mera consecuencia de una relación jurídica que la origina y le da sentido. Al respecto, se reitera la consideración de que la deuda alimentaria internacional es completamente autónoma de cualquier otra categoría jurídica en el supuesto de la obligación alimentaria estrictamente configurada por instituciones del derecho de familia. En estos casos, el derecho aplicable y la competencia judicial internacional quedarán regidos por cuerpos normativos concretos (en específico, y para esta institución, por el marco convencional).¹² Por el contrario, los alimentos

¹¹ *Idem.*

¹² El sector doctrinal mayoritario señala que por encima de eventuales argumentos favorables a someter la prestación internacional de alimentos a los tribunales y a la ley

conformados en torno a una donación, contrato, una relación sucesoria, etcétera, habrá que determinar si están regulados por los mismos cuerpos normativos de estas instituciones.¹³

La directriz doctrinaria, expresada en los modernos tratados internacionales sobre la materia, es considerar los alimentos como categoría autónoma en el derecho internacional privado.¹⁴ En este sentido, y a manera de ejemplo, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, del 15 de julio de 1989, da una regulación independiente a la deuda alimentaria internacional en toda su extensión.¹⁵ Se está así ante una normativa convencional aplicable exclusivamente a la obligación de alimentos, desvinculadas de otras cuestiones o supuestos de hecho.¹⁶

competente respecto de la institución en función de la cual son debidos, en tanto la ratio de la obligación es proteger al beneficiado respecto a una situación de desamparo, la solución no nos parece feliz. No siempre la sede llamada a conocer de la filiación o de los efectos el matrimonio, ha de coincidir con la judicatura del país donde el reclamante se encuentre efectivamente radicado, ni tampoco dichas leyes han de ser necesariamente las más protectoras de sus intereses. Cfr. Tellechea Bergman, Eduardo, *Derecho internacional privado de familia y minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores. Bases para futuras convenciones interamericanas*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño de la Organización de Estados Americanos, 1988, *passim*.

¹³ Al respecto, se destaca que uno de los temas de derecho internacional privado que desde hace bastantes años ha sido objeto de tentativas de codificación internacional por parte de instituciones y organismos internacionales por consideraciones humanitarias es el de las obligaciones alimentarias establecidas en torno a razones ajenas al derecho de familia internacional. Cfr. Viñas Farré, Ramón, "Convenios multilaterales sobre obtención de alimentos: necesidad de una reforma", *Revista de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, núm. 8, 2002, p. 845.

¹⁴ En este sentido enuncian sus posiciones Alfonsín, Opertti, Herbert, Tellechea, García Altolaquirre, Jure. Cfr. Fernández Arroyo, Diego (coord.), *Derecho internacional privado de los países del mercosur*, Buenos Aires, Zavallá, 2003, p. 810.

¹⁵ Un distinto tratamiento a este le otorgan a la relación alimentaria internacional, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 y el Código Bustamante.

¹⁶ En este sentido, se establece la autonomía de la obligación alimenticia respecto de las instituciones de derecho que le dieron origen, al establecer que las decisiones adoptadas en aplicación de la convención no prejuzgan acerca de las relaciones de filiación y de familia entre el acreedor y el deudor de los alimentos; no obstante, podrán servir de elemento probatorio, en caso de ser necesario. Asimismo, se le reconoce al derecho alimentario una categoría autónoma del derecho familiar, considerando que los alimentos forman parte del derecho de la persona, y como tales merecen una regulación

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

El vínculo entre la obligación alimentaria y otras instituciones jurídicas convergentes puede esbozar de manera eventual una controversia de calificaciones, y ciertamente un problema de cuestión previa, en cuya solución el factor axiológico puede jugar un rol preponderante sobre normas generales de derecho internacional privado. Este punto es de primordial valor, toda vez que la eficacia de la relación jurídica adyacente determina la presencia misma de la obligación alimentaria, aun cuando ésta sea considerada como una categoría autónoma. Por consiguiente, si el derecho alimentario se basa en otra categoría, esta última operaría como condición de validez de la obligación alimentaria. En el caso de la filiación alimentaria, tanto la cuestión previa como la principal se registrarán por la ley que regula los alimentos.

En contraposición, se esgrime que si se exceptúan, como se ha planteado, los supuestos de alimentos entre parientes, incluidos los cónyuges convivientes o separados de hecho, susceptibles de conformar una categoría autónoma, las obligaciones alimenticias pueden derivar y conectarse directamente con instituciones jurídicas específicas, dotadas de su propio régimen legal: responsabilidad extracontractual, contrato, legado sucesorio, etcétera. En estos casos, el principio de base apunta a una aplicación de las normas de derecho internacional privado referidas a las instituciones causales de la obligación alimentaria, de forma que deberán aplicarse los foros de competencia y las normas de conflicto referidas a los contratos, la responsabilidad extracontractual, las sucesiones, etcétera.

Sin embargo, el principio transcrito sufre excepciones a partir de la delimitación del propio ámbito de aplicación material de las normas reguladoras. En mayor o menor medida, las reglas de derecho aplicable, competencia judicial internacional y el reconocimiento de decisiones incorporan al régimen específico de los alimentos, las obligaciones de tal naturaleza que afectan no sólo a las personas vinculadas por parentes-

específica por un derecho extranacional, que puede producir efectos extraterritoriales independientemente de la solución que se dé, de acuerdo con el derecho interno. Asimismo, la determinación de los deudores alimentarios fue motivo de un gran debate al elaborarse el proyecto de convención. *Cfr.* Álvarez de Lara, Rosa María, "Introducción a la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias", *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 7, 1995, p. 105.

co o matrimonio, sino también a los cónyuges separados judicialmente, divorciados o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo.

3. Sistema convencional americano relativo a la obligación alimentaria internacional: entre contrastes y asimetrías

Como se ha expresado, las obligaciones alimentarias internacionales plantean problemas jurídicos prácticos cuya solución debe buscarse preferentemente a través de convenciones internacionales.¹⁷ Al respecto, plantean Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo que el amparo del acreedor de alimentos en las situaciones privadas internacionales no queda adecuadamente salvaguardado con mecanismos, incluso tuitivos, de determinación de derecho aplicable, competencia judicial internacional o reconocimiento de decisiones si no existe un régimen convencional propicio para la protección del crédito alimentario.¹⁸

La obtención segura de los medios económicos atribuidos requiere acreditar instrumentos de cooperación internacional que garanticen la seguridad de los derechos concedidos al acreedor de alimentos, mediante la introducción de demandas de solicitud o reconocimiento en otros Estados, la adopción de medidas de ejecución, la remoción de los límites a las transacciones económicas impuestas por las normas sobre circulación de divisas y capitales, etcétera.¹⁹ De esta situación,

¹⁷ Al respecto, conviene apuntar que la aplicabilidad de los convenios es el examen de los criterios acumulativos que hacen posible la aplicación de un instrumento convencional. Se debe partir de que todo convenio posee tres ámbitos de aplicación, a saber: el material-personal, el espacial y el temporal (los cuales serán utilizados operacionalmente como criterios de comparación). La existencia y cumplimiento en una determinada relación jurídica de estos tres requisitos determina la suerte aplicativa de este instrumento. La falta de uno o varios criterios determina la aplicación del cuerpo normativo autónomo, que entra con carácter supletorio a rellenar la inaplicabilidad de un convenio. Cfr. Rodríguez Jiménez, Sandra, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 54.

¹⁸ Fernández Rozas, José Carlos, y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 518.

¹⁹ Pérez Beviá, José Antonio y García Cano, Sandra, "Hacia un nuevo instrumento internacional en materia de alimentos", en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 633-652

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

debe desprenderse como consecuencia, el interés estatal de adhesión a instrumentos jurídicos internacionales relativos a esta materia para la mayor protección de sus nacionales.

A. *Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940*

Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940²⁰ carecen de regulación específica de los alimentos como categoría autónoma. No obstante, ambos contienen normas cuyo ámbito de aplicación puede extenderse a las obligaciones alimentarias. En su marco regulador, las obligaciones alimentarias entre cónyuges pueden calificarse como relaciones personales (artículos 12 del Tratado de 1889 y 14 del Tratado de 1940, respectivamente), y no como relaciones patrimoniales, toda vez que, a su *ratio*, el derecho alimentario es independiente al régimen patrimonial a que se someta el matrimonio. Además, en sus disposiciones, el derecho alimentario no puede ser objeto de un régimen convencional, propio de quienes celebraron capitulaciones matrimoniales, ni puede permanecer petrificado por la ley del primer domicilio matrimonial.

Para estos tratados internacionales, las obligaciones alimentarias entre cónyuges se rigen por la ley del domicilio conyugal. Este criterio también se utiliza para determinar la jurisdicción internacional, según los artículos 62 y 59 de 1889 y 1940, respectivamente. Si los cónyuges se domicilian en el mismo Estado, resulta aplicable la ley de dicho estado, y son competentes sus magistrados, porque es ahí donde se localiza el punto de conexión. Cuando los cónyuges están domiciliados en distintos Estados, el punto de conexión se ha definido como de realización imposible. La conclusión podría ser que el tratado carece de

²⁰ En el caso del Tratado de 1889 rige para Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia y Ecuador; y en el caso de 1940 rige para Argentina, Paraguay y Uruguay. Para examinar los textos de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, *cfr.* Ley 33, del 30 de diciembre de 1992, publicada en el *Diario Oficial de la República de Colombia*, núm. 40.705, del 31 de diciembre de 1992, y Decreto-Ley 10.272, publicado en el *Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay*, 10877, del 22 de diciembre de 1942.

solución, y en consecuencia debe aplicarse el derecho internacional privado autónomo.

También, podría recurrirse a mecanismos subsidiarios a través de una interpretación teleológica de la norma, que es brindar al cónyuge necesitado los instrumentos necesarios para hacer efectivo su derecho alimentario. Esta vía podría conducir a una interpretación flexible y amplia del punto de conexión. En sentido estricto, el punto de conexión “domicilio conyugal” se realiza allí donde ambos cónyuges viven juntos. En sentido amplio, puede interpretarse que se realiza en el Estado donde ambos viven separados.

Pero cuando cada uno ha fijado su domicilio propio en Estados diferentes, se podría flexibilizar aún más la interpretación del punto de conexión jurídico “domicilio conyugal” y concluir que se realiza allí donde se domicilia el actor, por ser éste el Estado más interesado en solucionar el problema del que tiene derecho a percibir los alimentos. Esta solución es ajustable tanto a la determinación de la ley aplicable como a la de la jurisdicción competente. Serán los tribunales del domicilio del actor los más accesibles para éste. Pero también podría recurrirse, en materia de jurisdicción, al criterio general y universal *actor sequitur forum rei*, que habilita al actor a reclamar alimentos ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado, el deudor alimentario.

La calificación de las obligaciones alimentarias entre padres e hijos ha dado lugar a distintas posiciones doctrinarias. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que los Tratados de Montevideo no regulan en forma genérica la categoría filiación, sino que identifican distintos tipos filiatorios, y los regulan en forma autónoma. Se sostiene que los alimentos entre padres e hijos no están condicionados por el ejercicio de la patria potestad, sino por la filiación, por lo que concluye que en cuanto a la filiación legítima, los tratados carecen de solución. Con respecto a la filiación ilegítima, en cambio, éstos se regulan por la ley del estado donde hayan de hacerse efectivos (artículos 18 y 22 de 1889 y 1940, respectivamente).

Goldschmidt, por su parte, sostiene que los alimentos deben ser calificados como relaciones personales y regulados por la ley del Estado en el que se ejercita la patria potestad (artículos 14 y 18 de 1889

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

y 1940, respectivamente).²¹ Las obligaciones alimentarias entre padres e hijos adoptivos se rigen, conforme el artículo 23 del Tratado de 1940, por las leyes de los domicilios de adoptante y adoptado en cuanto sean concordantes. Además, tendrán competencia para entender en las reclamaciones alimentarias entre padres e hijos legítimos, los jueces del Estado donde se ejerce la patria potestad (artículos 56 y 14 de 1889 y 56 y 18 de 1940), entre padres e hijos ilegítimos, los del Estado donde se pretenda hacer valer el derecho alimentario (artículos 56 y 18 de 1889 y 56 y 22 de 1940). Entre padres e hijos adoptivos, tendrán competencia tanto los jueces del Estado del domicilio del adoptante como los del adoptado (artículos 56 y 23 de 1940; el Tratado de 1889 no regula la adopción).

El artículo 38 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, que refiere a las obligaciones que nacen sin convención, resulta inaplicable a las obligaciones alimentarias, pues no se refiere a las obligaciones *ex lege*, sino a los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. En cambio, su correlativo del Tratado de 1940, en su artículo 43, sí regula las obligaciones *ex lege*, pero las somete a la ley que regula las relaciones jurídicas a que corresponden, lo cual equivale a no decir nada.

De todas formas, la falta de disposiciones específicamente referidas a los alimentos ha dado lugar a vacilaciones interpretativas en la determinación del régimen al cual se encuentra sometida la categoría, particularmente por parte de la jurisprudencia, muchas veces vacilante, y aun francamente injusta, que ha llegado a rechazar demandas, en razón de entender que las sedes ante las cuales se han deducido carecían de competencia internacional; o que no ha reconocido sentencias extranjeras sobre el tema, por considerar que no habrían sido dictadas por tribunales poseedores de jurisdicción internacional.

Las medidas conservatorias o de urgencia, por las que se fijan alimentos provisionalmente, con carácter territorial y al margen de las reglas de competencia internacional, se rigen por la ley del lugar en que residen los cónyuges, padres, tutores o curadores (artículos 24 y 30 de

²¹ Goldschmidt, Wemer, *Derecho internacional privado*, 7a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1990, pp. 328-331.

1889 y 1940, respectivamente). Tienen competencia de urgencia para fijar dichos alimentos provisionales, los jueces del Estado donde residen los arriba mencionados (artículo 56 de 1889 y 1940).

Dentro del artículo 24 del Tratado de Montevideo de 1889, sólo pueden calificarse los alimentos entre cónyuges cuando son solicitados como medida urgente y excepcional, pero no entre padres e hijos, pues estos alimentos no dependen de la patria potestad. Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, regulan, con alcance general, incluyendo por tanto el caso de los alimentos, lo relativo a los exhortos, medidas cautelares y reconocimiento, y ejecución de sentencias extranjeras.

B. *Código de Derecho Internacional Privado de 1928* o *Código Bustamante*

Otro de los instrumentos convencionales de especial significación por el papel que desempeñó en el proceso codificador progresivo del derecho internacional privado en América es el Código Bustamante,²² en el cual la regulación del tema de los alimentos padece de indefiniciones e insuficiencias. Es de destacar que éste no sigue la línea doctrinaria expresada en los modernos tratados internacionales sobre la materia, pues no considera los alimentos como categoría autónoma en el derecho internacional privado, independientemente de su relación jurídica generante.

En el título primero, “De las personas”, capítulo VI, “Alimentos entre parientes”, se precisan las reglas conflictuales en esta materia. Los

²² Si bien todos los países de Latinoamérica lo suscribieron, no todos lo han ratificado. Lo han ratificado sin reservas: Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú. Lo hicieron con reservas parciales: Brasil, República Dominicana, Haití y Venezuela. Lo ratificaron con reservas generales, que equivalen a la no ratificación, toda vez que impiden la determinación del ámbito del compromiso asumido: Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador y El Salvador. No lo han ratificado: Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay. Para un estudio más profundo de este Tratado internacional véase Sánchez de Bustamante y Sirvén, Antonio, *Manual de derecho internacional privado*, 3a. ed., La Habana, Talleres Tipográficos “La Mercantil”, 1943. Para consultar el texto de este tratado internacional, véase *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba*, núm. 16, del 20 de mayo y 10 de noviembre de 1928.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

artículos 67 y 68 disponen que la ley aplicable (personal del alimentado) regirá lo relativo al concepto legal de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión de ese derecho; precisan que son de orden público internacional las disposiciones que establecen el deber de prestarlos, su cuantía, reducción y aumento, la oportunidad en que se deben y la forma de su pago, así como las que prohíben renunciar y ceder ese derecho.²³ Se afilia así a una noción apriorística y de amplio espectro de orden público internacional, que reduce significativamente y en aspectos fundamentales la actuación de la ley personal ajena al foro.

Este importante instrumento codificador considera a la obligación alimentaria como un efecto del matrimonio o del parentesco, y se regula por la ley personal del acreedor alimentario, por considerarse una consecuencia directa del estado de las personas. La ley personal es la del domicilio o la de la nacionalidad, o la que haya adoptado o adopte en el futuro la legislación interna (artículo 7o.).

Se considera que en el tema del conflicto de leyes, este cuerpo normativo internacional se afilió a un modelo de solución rígido, toda vez que establece un único criterio de conexión aplicable, lo que trae como consecuencia la improcedencia de reclamación alimentaria si no existiera el derecho a obtener alimentos conforme al ordenamiento de referencia. Si se compara este modelo de solución con los otros instrumentos jurídicos internacionales que conforman el sistema convencional regulador de la obligación alimentaria internacional, tendientes a utilizar más de una conexión a los fines de favorecer el cumplimiento de esta obligación, resulta evidente la carencia técnico-legal al respecto.

Las regulaciones del Código Bustamante en materia de competencia judicial internacional aplicables a las relaciones obligatorias alimentarias de carácter internacional establecen dos criterios de conexión (voluntad y domicilio; subsidiariamente, a este último se le aplica la residencia) con una prelación regulada taxativamente:

²³ En igual sentido se expresan los artículos 59 (alimentos a hijos) y 76 (alimentos a adoptados).

Artículo 318 establece que será competente el tribunal ante el cual se inicia la acción si existe sumisión expresa (Artículo 321) o tácita (Artículo 322) de las partes, siempre que exista vinculación respecto a la nacionalidad de al menos una de las partes, o el domicilio en el lugar del foro y salvo Derecho local contrario. En torno a la sumisión, dispone el Artículo 319 que sólo podrá hacerse al juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de igual clase de negocios y en el mismo grado. Para los recursos las partes deberán someterse, expresa o tácitamente, al juez o tribunal al cual esté subordinado, según las leyes locales, el que haya conocido en primera instancia (Artículo 320).

Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo que el Derecho local establezca otra cosa, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados y, subsidiariamente, el de su residencia.

En el título X del Código Bustamante, relativo a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales foráneos, se establece el propósito para conceder efectos ejecutivos a las resoluciones pronunciadas en el extranjero, y se dispone que tal procedimiento se aplicará no sólo a decisiones dictadas en materia mercantil, sino también a sentencias civiles que se refieran a personas o intereses privados.

Los requisitos exigidos por este tratado internacional para la ejecución de sentencias extranjeras civiles en general, entre las que se incluyen las de alimentos, son: a) que haya sido dictada por un tribunal competente según el mismo Código; b) que las partes hayan sido citadas; c) que no contravenga el orden público ni el derecho público del Estado requerido; d) que el fallo esté ejecutoriado en el Estado que lo dictó, y e) que esté traducida y legalizada. La autoridad competente para entender en la ejecución es la que determine la ley del Estado requerido, según regula el artículo 424. Establece, asimismo, un procedimiento para el *exequatur* en los artículos 425 a 427, y la ejecución se realiza según la ley procesal del juez, a tenor del artículo 430.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

C. *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias del 15 de julio de 1989*

Los trabajos preparatorios a la Cuarta Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado tuvieron su colofón cuando la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, a través de su Consejo Permanente, convocó a su celebración a verificarse en Montevideo durante el mes de julio de 1989. En el temario aprobado incluyó dos materias de gran importancia para la protección del menor: 1a. Secuestro y restitución de menores, y 2a. Obligaciones de alimentos.

El Instituto Interamericano del Niño, con la participación técnica del Comité Jurídico Interamericano y de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, promovió una reunión de expertos, que se verificó en San José durante el mes de mayo de 1989. En dicha reunión se analizaron dos anteproyectos: uno preparado por el doctor D. Operti Badán, de Uruguay, y otro elaborado por el doctor R. Abarca Landero, de México. Dentro de las premisas de los mencionados anteproyectos se aprobó el Proyecto de Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, del que fue relator el doctor Abarca Landero. Su texto, dividido en cinco capítulos (ámbito de aplicación, derecho aplicable, competencia en la esfera internacional, cooperación procesal internacional y disposiciones generales), fue la base para las discusiones en la Conferencia celebrada en Montevideo en julio de 1989.

La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias fue suscrita el 15 de julio de 1989.²⁴ Este instrumento jurídico de carácter internacional posee un carácter tripartito, al reglamentar tres cuestiones cardinales del derecho internacional privado contemporáneo: el derecho aplicable, la competencia judicial internacional y la cooperación procesal internacional. De lo anterior sobreviene la imposibilidad de segmentación de cuerpos normativos para establecer una contestación a estas tres secciones en caso de aplicar dicho instrumento jurídico internacional.²⁵

²⁴ OEA/Serie de Tratados Doc. núm. 71/89.

²⁵ Esta amplia regulación contenida en apenas 33 artículos le ha valido el hecho de que la doctrina afirme que “se trata, en suma, de una pequeña codificación internacional

En términos generales, la Convención de Montevideo mantiene la misma estructura y principios aprobados en la Reunión de Expertos de San José, y dentro de las disposiciones finales se dispone que entre los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos que fueren partes ratificantes del Tratado de Montevideo de 1889 y de los Convenios de La Haya de 1973 rige este tratado internacional (artículo 29). Sin embargo, añade que los Estados partes podrán convenir en el reconocimiento y aplicación prioritaria de los citados convenios de La Haya del 2 de octubre de 1973.

La tónica general de la Convención es la aplicación del derecho que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del menor. En materia de competencia en la esfera internacional, se deja a la opción del acreedor el instaurar su reclamación alimentaria ante el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor, o la del deudor o del juez del Estado con el cual el último tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos.

En materia de cooperación procesal internacional, se regula la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias, normando las medidas provisionales o de urgencia que tengan como finalidad garantizar el resultado de una reclamación de alimentos pendiente o por instaurarse. Sin embargo, las disposiciones de este instrumento no podrán ser interpretadas de modo que restrinjan los derechos que el acreedor de alimentos tuviera conforme a la ley del foro.

Uno de los aspectos que se le critica a este tratado internacional es que el concepto de “alimento” no aparece definido en su texto; por consiguiente, se afirma que no aporta una calificación autárquica de este término. En consecuencia, apunta la doctrina que se está en presencia de una norma producto de una técnica de reglamentación indirecta; que da absoluta libertad a las normativas materiales estatales para que determinen el alcance de dicho concepto. Además, se

en materia de alimentos”. Para ver otros aspectos históricos de la elaboración de esta convención, *cfr.* Santos Belandro, Rubén, “Reclamaciones de alimentos en el ámbito iberoamericano”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Castellanos Ruiz, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 775 y 776.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

expresa que dicha ausencia de conceptualización puede suscitar una cuestión de calificación debido a la concreción en el sentido del término “alimento”, de conformidad con la normativa material del Estado que se declaró con competencia, de conformidad con lo establecido en su *lex fori*.²⁶

Respecto a este problema de determinación y calificación, la doctrina ha señalado que

...cuando las Convenciones no califican de una manera autónoma una relación jurídica, entre todas las vías posibles goza de gran predicamento la calificación realizada sobre la base de los conceptos que suministra la ley del foro. Como la Convención de Montevideo de 1989 no ha buscado definir los alimentos, sin duda que una calificación sobre la base de la ley del juzgador es posible, sin embargo, debemos advertir que ese camino no puede ser recorrido en su totalidad debido a que exista en ella una dislocación profunda entre juez competente y derecho aplicable.²⁷

²⁶ Si bien es cierto que eso sería lo más lógico y evitaría completamente la aparición de un conflicto de calificaciones, resulta cuestionable a la vista de la estructura de la Convención qué ocurre cuando el punto de conexión de la norma de conflicto contenida en la Convención nos envía a la aplicación de una norma material que no es la *lex fori*; a *contrario sensu*, nos envía el punto de conexión a la aplicación de un derecho extranjero. A la hora de aplicarla, la situación imperante es que la normativa extranjera ofrece un concepto de “alimentos” completamente diferente al mantenido en la *lex fori*. Dos son las posibilidades: primera, puede ocurrir que la normativa extranjera sea más benévola que la *lex fori*; segunda, por el contrario, que la *lex fori* sea más generosa en el concepto de alimentos que la normativa de un tercer Estado. Ante este panorama, cabe preguntar si se opta por la primera opción, aplicación simplista de la *lex fori*, o si, por el contrario, se da paso a la opción de aplicar la *lex fori* o derecho extranjero. Se considera que la respuesta debe encaminarse a abogar por el mantenimiento del principio del *favor creditoris*. En este sentido, la primera opción es clara y sencilla, pero no se sabe si materializa dicho principio debido a que no se conoce que pudiera haber deparado la aplicación del derecho extranjero. La segunda, más compleja que la anterior desde que requiere el estudio de dos normas materiales, se considera que da mayor cobertura al principio del *favor filii* desde que se aplicará la más favorable. Cfr. Rodríguez Jiménez, Sandra, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 58.

²⁷ Santos Belandro, Rubén, “Reclamaciones de alimentos en el ámbito iberoamericano”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Castellanos Ruiz, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 776.

El término “menor”, por su parte, y a diferencia con lo anterior, resulta definido por esta Convención señalando “a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años” (artículo 2o.). En este sentido, se distingue por una norma de contenido material, una técnica de reglamentación directa, que evita el planteamiento de la problemática de calificación. Sin perjuicio de lo anterior, los beneficios de esta Convención se extenderán a quien, habiendo cumplido dicha edad, continúe siendo acreedor de prestaciones alimentarias. Este último enunciado representa una clara intención de otorgar cobertura a las personas discapacitadas y a los estudiantes una vez que han superado el límite de los 18 años.²⁸

Un cuestionamiento que se puede presentar a la hora de leer este artículo convencional y aseverar que insta un tope máximo de edad, pero no un mínimo, es si los alimentos pueden ser reclamados desde el momento de producirse el nacimiento o se pueden reclamar incluso antes, en la etapa de gestación; si la mujer embarazada puede reclamar alimentos, para su hijo *non nato*; si se determinarán por la *lex fori* o por la normativa extranjera los derechos de alimentos del *nasciturus*.²⁹ Estas preguntas deben ser resueltas a nuestro parecer por la *lex fori* si ésta resulta más favorable a la protección del *nasciturus* o por el derecho extranjero si fuera ésta la más beneficiosa para dicho acreedor de alimentos.

El artículo 5o. confirma el carácter de categoría autónoma y singular de las obligaciones alimentarias con relación a las relaciones de filiación y de familia entre el acreedor y el deudor de alimentos. Si bien esta fórmula acoge el criterio de no prejuzgamiento de La Haya, ello no

²⁸ Landoni Sosa, Ángel, “Las Convenciones Interamericanas sobre Obligaciones Alimentarias y Restitución Internacional de Menores aprobadas en la CIDIP IV celebrada en Montevideo del 9 al 15 de julio de 1989”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, 1989, p. 145. Señala este autor las ventajas de esta calificación material del término “menor”. Así, afirma que “...tiene la ventaja de recurrir a las legislaciones nacionales, siempre disímiles en este punto, y permitir que los Estados parte tengan claro, al momento de ratificar o aplicar la Convención, quiénes son mayores o menores a los solos efectos alimentarios”.

²⁹ Para una mejor perspectiva del tema véase Pérez Gallardo, Leonardo y Nuñez Travieso, Belkis, “Una visión reflexiva acerca del derecho de alimentos a favor del concebido”, en Mesa Castillo, O. (coord.), *Temas de derecho de familia*, Universidad de La Habana, 1998, p. 54.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

impide reconocer que el supuesto más normal del derecho alimentario es la filiación o vínculo de familia jurídicamente establecido con alcance general.

En materia de derecho aplicable, la Convención adopta una solución particularmente flexible, orientada materialmente por el resultado, en la que se otorgan a la autoridad competente amplias facultades de decisión, y puede ésta optar entre puntos de conexión alternativos: el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor o el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor (artículo 6o.). No obstante, esa discrecionalidad tiene un límite fundamental, que constituye el criterio rector de la Convención: el interés del acreedor de los alimentos.³⁰

Herbert se ha manifestado partidario de esta flexibilización metodológica, a través de la introducción de criterios teleológicos y un mayor margen de atribuciones a la actividad del juez, por entender que éstos “...pueden reeditar, aun dentro de una metodología conflictualista previsible, beneficios notables en la operatividad de las convenciones”. Pero advierte que

...la flexibilización del punto de conexión —que se manifiesta por la postulación de alternativas e interpretaciones amplias— sólo se justifica en la medida en que exista un criterio rector básico (factor teleológico), que permita el manejo de esas alternativas o interpretaciones en forma razonable, con criterio unívoco y no arbitrario (función del decisor).³¹

³⁰ Se observa aquí una clara influencia de Cavers, quien plantea la necesidad de flexibilizar el sistema de conflicto clásico, de justicia formal y abstracta, *a priori* del caso concreto, con el objetivo de alcanzar la justicia sustantiva en el caso a resolver. Su máxima *look before you leap* es descriptiva de su teoría. Nótese que si bien la determinación de cuál es la ley más favorable al menor queda “a juicio de la autoridad competente”, esto no obsta a que el actor haga expresa invocación de ella a ese título, sin perjuicio de la aplicación de oficio del derecho extranjero correspondiente. *Cfr.* Fernández Arroyo, Diego (coord.), *Derecho internacional privado de los países del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 826.

³¹ Herbert, Ronald., *Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado. Su temática de menores*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño de la Organización de Estados Americanos, 1988. (Doc. OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV/Doc.16/89). En este sentido, Operti considera, en el documento de trabajo

La Convención no limita la elección del derecho aplicable a los de Estados parte de la misma; por el contrario, de acuerdo con el artículo 6o., podría resultar aplicable el derecho de un Estado no parte si la conexión elegida se realizara en un Estado no signatario. Sería el caso, por ejemplo, que el menor tuviera su residencia habitual en un Estado parte, el deudor la tuviera en un Estado no parte, pero a su vez este último tuviera bienes o ingresos en un Estado parte. El derecho que resulte aplicable regirá: “a) el monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo; b) la determinación de quiénes pueden ejercer la acción alimentaria a favor del acreedor; y c) las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos” (artículo 7o.).

El artículo 8o. incluye una serie de jurisdicciones alternativas entre las cuales puede optar el acreedor alimentario:

- a) el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) el del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o c) el del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos. Se le brinda también al actor la posibilidad de la prórroga, a condición que el demandado en el juicio comparezca sin objetar la competencia.³²

La Convención incluye normas que regulan la cooperación procesal internacional en la materia específica de alimentos, con soluciones armónicas con las de las convenciones interamericanas que regulan la cooperación en forma general. El artículo 11 establece la eficacia extraterritorial en los Estados parte de las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias, expresión amplia que incluye tanto las que fueron

mencionado, que el empleo indistinto del domicilio o de la residencia habitual tanto del menor como del deudor alimentario sólo busca conciliar posturas adversarias sobre la conexión, expresadas de modo particular en la defensa por cierta parte de la doctrina de la sobrevivencia de los llamados domicilios del representado, legales o forzados.

³² Es decir, que a diferencia de lo establecido en el artículo 56 del Tratado de Montevideo de 1940, se acepta la sumisión tácita a la prórroga de jurisdicción. Cfr. Fernández Arroyo, Diego (coord.), *Derecho internacional privado de los países del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 827.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

dictadas en procesos de fijación de alimentos como en los revisivos, así como las resoluciones interlocutorias, medidas provisionales y aquellas dictadas en juicios de nulidad, divorcio o separación (artículo 17).

Por su parte, el artículo 17 no trata de atribuir jurisdicción en materias de familia, sino de reconocer competencia indirecta a estos jueces para ejecutar sus decisiones en materia de alimentos. La regulación de la cuestión principal no se confunde con la categoría alimentos y, en consecuencia, la autonomía entre las categorías en juego permite que la pensión alimentaria tenga efecto al atribuirle a texto expreso por lo menos carácter de ejecutables a las sentencias interlocutorias.³³

No obstante, los Estados podrán declarar, al suscribir, ratificar o adherir a la Convención, “que será su derecho procesal el que regulará la competencia de los tribunales y el procedimiento de reconocimiento de la sentencia extranjera” (artículo 18). No se exigirá ningún tipo de caución al acreedor, por tener éste nacionalidad extranjera o residencia habitual en otro Estado; además, se establece la obligación del Estado requerido de reconocer el beneficio de pobreza declarado por el requirente a favor del acreedor, y aquél deberá prestarle asistencia judicial gratuita.

Se incluye también una norma material, cuyo antecedente es el artículo 10 de la Convención de Nueva York de 1956, que establece el compromiso de los Estados parte, de facilitar la transferencia de fondos

³³ Se exige que las sentencias extranjeras cumplan con ciertos requisitos formales y procesales, los cuales fueron tomados del artículo 2o. de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales de la II Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado. Estos son que el sentenciante tuviera competencia en la esfera internacional conforme a las reglas de la propia Convención, que la sentencia y los documentos adjuntos estén legalizados, traducidos y revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de procedencia, que se haya cumplido con las garantías del debido proceso, equivalentes a las del Estado requerido, y que la sentencia tenga el carácter de firme en el Estado donde se dictó. Este último requisito responde a que la sentencia extranjera no puede tener, en el Estado donde se pretende hacer valer, mayores efectos que en el Estado donde se dictó. Se utilizó la expresión “firmes” en vez de ejecutoriados o con carácter de cosa juzgada en virtud de las características propias de las sentencias de alimentos, que no revisten la calidad material de fallos con autoridad de cosa juzgada (informe del relator). Si existiera apelación, ésta no tendrá efecto suspensivo. Se trata esta última de una norma sustantiva de derecho uniforme, consagrada en todas las legislaciones, que tiene por finalidad proteger al acreedor.

que procediera por aplicación de la Convención (artículo 20). Tiene por finalidad evitar las trabas en la percepción de las pensiones y mantener el *quantum* de la moneda reclamada, lo que resulta fundamental cuando en el Estado que se trata hay control de cambios o restricciones a las transferencias de fondos al exterior.

El artículo 21 prioriza la *lex fori* cuando ésta sea más favorable al acreedor, a través de la prohibición de interpretar las disposiciones de la Convención de modo que restrinjan los derechos que tenga el acreedor de alimentos conforme a la ley del foro. Esta convención se caracteriza por dos aspectos; primero, por cubrir en su ámbito personal no sólo a los menores, sino también a los cónyuges y a los que han sido tales; lo anterior lo separa y diferencia de otras convenciones interamericanas, donde el único ámbito de aplicación personal son los menores. En lugar, porque si bien contempla la obligación de los padres para con los hijos (línea descendente), no lo hace en el caso inverso; es decir, de hijos respecto a los padres (línea ascendente).

Lo anterior resulta un punto de partida para analizar los supuestos en los que un Estado parte realizara una declaración interpretativa y aumentara el número de obligados alimentantes.³⁴ El artículo 22 señala: “podrá rehusarse el cumplimiento de sentencias extranjeras o la aplicación del derecho extranjero previstos en esta Convención cuando el Estado parte del cumplimiento o de la aplicación, según sea el caso, lo considerare manifiestamente contrario a los principios fundamentales de su orden público”. La doctrina a este respecto ha cuestionado si se podría rehusar aplicar el derecho extranjero un magistrado de un Estado miembro de la Convención cuando éste resulte ser la norma material de otro Estado parte, y, si una vez dictada la sentencia con ese derecho material como base, con el consiguiente gasto de tiempo y dinero, podría no reconocerse en el caso contrario.

³⁴ Un ejemplo, en este caso sería México, cuando afirma: “...el gobierno de México, declara de conformidad con el artículo 3o. de la Convención que reconoce como acreedores alimentarios además de los señalados, a los concubinos, a los parientes colaterales dentro del cuarto grado menores o incapaces y al adoptado en relación con el adoptante”. Véase Rodríguez Jiménez, Sandra, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 63.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

La cuestión se complica y adquiere mayor relevancia desde que el artículo 22 prevé dos posibles declaraciones de orden público en dos momentos procesales distintos: la primera, respecto al derecho aplicable, y la segunda, respecto al reconocimiento y ejecución de las sentencias. Lo anterior supone un doble control por los órganos judiciales respecto a este correctivo de la norma de conflicto.

Respecto al ámbito de aplicación espacial de esta Convención, la doctrina no ha dudado en afirmar su trascendencia debido al creciente número de países que lo han ratificado,³⁵ afirmación con la que coincidimos debido a las consecuencias inevitables que dicho éxito detona. En primer lugar, la armonización y unificación que en materia de alimentos se tiene en la actualidad en gran parte de países latinoamericanos. La segunda, por la seguridad que produce el conocer de antemano la legislación aplicable.

Al hilo de lo anterior se debe recalcar que éste es un instrumento de carácter *inter partes*, basado en la reciprocidad.³⁶ En este sentido, se refiere que, de conformidad con el artículo 1o.: "...el acreedor de alimentos debe tener su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor de alimentos su domicilio o residencia habitual,³⁷

³⁵ Los Estados parte de esta Convención son: Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Uruguay. Cfr. Buis, Emiliano *et al.*, "La República Argentina y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV)", en Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Castellanos Ruiz, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 84.

³⁶ Respecto a este punto, la doctrina se pregunta si el Convenio Interamericano es un convenio abierto o cerrado. En este sentido, afirma que "...la distinción entre una Convención con efectos *erga omnes* o *inter partes* tiene su importancia debido a que el Estado ratificante de una Convención debe aplicar siempre, en el primer caso, y en primer lugar, hayan los Estados vinculados ratificado la Convención o no, al texto convencional y sólo en ausencia de regulación se podría recurrir al derecho interno... Tradicionalmente se reconoce mayores posibilidades de confeccionar una Convención con efectos *erga omnes* sobre la ley aplicable que en materia de conflicto de jurisdicciones, debido a que esta última funciona generalmente sobre la base de criterios de reciprocidad". Cfr. Santos Belandro, Rubén, "Reclamaciones de alimentos en el ámbito iberoamericano", en Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Castellanos Ruiz, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 776.

³⁷ La introducción del factor de conexión "residencia habitual" con respecto al menor responde a la filosofía de la Convención, que apunta a la protección del menor; a esos efectos cobra importancia la no dependencia del domicilio forzoso en el de su representante legal. Soluciona en la materia los problemas que plantea la Convención interame-

bienes o ingresos en otro Estado parte”. Por consiguiente, se erige como requisito, que los dos Estados implicados (el del acreedor y el del deudor) sean Estados parte de la Convención.³⁸ Lo anterior, permite la afirmación de que es un instrumento que no tiene aplicación *erga omnes*, aun cuando reconocemos, como cierto sector doctrinal, que “todas las Convenciones de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado han descuidado este aspecto”.

En pos de una superior certidumbre hubiera sido aconsejable la determinación, de modo expreso, del ámbito de aplicación espacial de esta Convención. Se señala que “...esta situación lacunaria puede llevar a que cada Estado ratificante adopte una posición independiente sobre el tema, con los consiguientes perjuicios a una interpretación uniforme debido a los aspectos tan variados que comprende el Tratado”.³⁹

Respecto al ámbito de aplicación temporal de esta Convención, se señala que no se indica explícitamente su carácter retroactivo o irroactivo. Esta situación ocasiona que ante la falta de señalamiento

ricana sobre domicilio de las personas físicas (CIDIP II), en especial su artículo 3o. La residencia habitual constituye el “verdadero asiento real del menor”, su “centro de vida”. La falta de una definición autárquica de “residencia habitual” en la Convención sobre alimentos no impide “...examinar de modo pragmático, en cada caso —buscando la solución del caso concreto— para establecer dónde tiene su residencia habitual el menor, con un criterio realista que contemple el carácter esencialmente fáctico de la situación y objetivice los elementos exigibles y comprobables —v. gr. la duración—, alejándolos así del *animus*, concepto no tasado en términos de precisión suficientes. En suma, la adopción del criterio de la residencia habitual obedece a fundadas razones de evolución de las ideas, orientadas hacia fórmulas más realistas”. Cfr. Opertti Badán, Didier, Exposición de Motivos del Proyecto de Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño de la Organización de Estados Americanos, 1988, *passim*. (Doc. OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV-/Doc.7/88.).

³⁸ Aun en el caso de que el acreedor y el deudor tuvieran su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado parte, se internacionaliza la relación por el mero hecho de que el deudor tenga bienes o ingresos en un Estado parte distinto de aquél. Sostiene Opertti, que el objetivo de esta norma es ampliar el ámbito de aplicación de la Convención y con ello extender las posibilidades de protección del menor, agregando un factor de localización de cosas materiales, independiente de las tradicionales conexiones domiciliarias. Estarían también comprendidos los casos en que el acreedor tuviera su domicilio o residencia habitual en un Estado parte, el deudor lo tuviera en un Estado no parte, pero a su vez este último tuviera bienes o ingresos en otro Estado parte.

³⁹ Santos Belandro, Rubén, “Reclamaciones de alimentos en el ámbito iberoamericano”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Castellanos Ruiz, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 777.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

expreso de su retroactividad se debe mantener su carácter irretroactivo, lo que significa que todas aquellas solicitudes presentadas con anterioridad a esta fecha deberán efectuarse de conformidad con la normativa de derecho internacional privado autónomo, y aquellas solicitudes de prestación de alimentos realizadas con posterioridad a esa fecha se podrán basar (a reserva del cumplimiento de los otros requisitos aplicativos *cumulativos*) en el contenido de la Convención Interamericana. Esta fórmula resulta uniforme para todas las convenciones interamericana.⁴⁰ Lo anterior deriva en la afirmación de que es una “cláusula tipo”, del foro de codificación de las conferencias interamericanas de derecho internacional privado.

Respecto al examen de la relación entre el foro de codificación de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado y la Convención de Naciones Unidas sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, puesto que levanta la dialéctica entre universalismo-regionalismo,⁴¹ resalta la existencia de dos convenios que se superponen materialmente y que derivan de dos foros distintos y con diferente alcance.

Para la determinación de la compatibilidad entre dos instrumentos convencionales se debe acudir al último en el tiempo, el cual, se presume, resolverá, a través de su cláusula de compatibilidad, qué instrumento se debe aplicar. Esta idea remite a los artículos 29 y 30 del instrumento interamericano, que se refieren a la compatibilidad de este instrumento con otros.

Se refleja nuevamente aquí, el principio del *favor creditoris*, que debe ser el principal punto de referencia. Lo anterior deriva en que no deroga las disposiciones convencionales habidas antes de su en-

⁴⁰ Fernández Arroyo, Diego, *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 194.

⁴¹ Se ha constatado en el ámbito americano una disparidad de opiniones acerca de la conveniencia de esta diversidad de fuentes a dos niveles, universal y regional. Mientras algunas voces (Fernández Arroyo) consideran que se deberían propugnar los foros universales, como la Conferencia de La Haya, otros defienden que los espacios y la fenomenología del derecho internacional privado no pueden ser área exclusiva de un solo foro. Cfr. Siqueiros, José Luis, “La Conferencia de La Haya y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado”, en *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, t. I, pp. 96 y 97.

trada en vigor aun cuando prevé la aplicación prioritaria de sus disposiciones. Más que una aparente falta de compatibilidad entre estos artículos, se afirma que ambos dan respuesta a la compatibilidad con distintos instrumentos que sobre la materia de alimentos se pronuncia. Así, mientras el artículo 29 menciona específicamente los instrumentos convencionales con los que se compatibiliza, el 30 lo hace de manera más general, y da una mayor cobertura y previene a futuro la posible realización de tratados sobre esta materia y sobre los que se da ya una respuesta a la compatibilidad.

Sin embargo, se puede mencionar que no hay una compatibilidad expresa en los dos convenios. Lo anterior supone el mantenimiento de la cuestión de qué instrumento convencional se aplicará entre dos Estados que han firmado y ratificado ambos instrumentos. Se aboga por la aplicación prioritaria del instrumento interamericano en cuanto procede de un foro de codificación regional y es un instrumento posterior.

Criterios de especialidad y posterioridad inclinan a pensar que este es el instrumento más correcto para dar respuesta a un supuesto de alimentos internacional. De cualquier forma, y con carácter general, la doctrina se expresa en el sentido de que

...a nuestro juicio, el interés del menor o del débil jurídico, en general, debe ser el norte que guía la prelación de los instrumentos internacionales, sin descuidar su congruente aplicación. En este sentido y, especialmente, en materia procesal, las Convenciones han incluido cláusulas que consagran la vigencia de todos los tratados suscritos o que se suscribieren en el futuro o las prácticas más “favorables” que se pudieren observar en una determinada materia. Esto también refleja la tendencia hacia la solución más equitativa de cada caso.⁴²

4. Conclusiones

La necesidad de garantizar adecuadamente el cobro de las deudas alimenticias y la incidencia que el defecto de pago puede tener, no sólo

⁴² Maekelt, Tatiana *et al.*, *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, t. I, pp. 96 y 97.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

en el seno familiar correspondiente, sino también en el equilibrio social y económico de la colectividad entera, son premisas que justifican, en las soluciones de tráfico externo, una regulación especial y distinta de la adoptada en otros ámbitos del derecho de familia. Este escenario resulta consecuentemente en una característica de las relaciones de tráfico externo alimentarias: su regulación preeminente por un marco convencional. Resulta relevante que la pluralidad de fuentes de producción normativa, unidas a la heterogeneidad de regímenes en cada una de las dimensiones objeto de regulación, pueden plantear problemas de concurrencia normativa. La determinación del instrumento normativo concreto aplicable no es una operación sencilla en toda circunstancia.

No obstante esta afirmación, cabe apreciar dos elementos que comparte el tratamiento legislativo de las obligaciones de alimentos con otras cuestiones del derecho de familia internacional. En primer lugar, las soluciones de las normas de derecho internacional privado en materia de obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar se orientan hacia la protección de la parte más endeble y requerida de tutela jurídica, o sea, el acreedor alimentario. En segundo lugar, la intervención de los poderes públicos, con el fin de dar cobertura y solución a posibles situaciones de desatención económica, se refuerza mediante el mecanismo de cooperación administrativa de autoridades centrales, y, materialmente, con el establecimiento de un fondo de garantía del pago de alimentos.

En el ámbito latinoamericano se aprecia un marco convencional diverso y anticuado en cuanto a la regulación jurídica de las obligaciones alimentarias internacionales: coexisten simultáneamente instrumentos de codificación del derecho internacional privado con tratados internacionales del sistema regional interamericano. Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante de 1928 y los diferentes instrumentos jurídicos internacionales emanados de las conferencias interamericanas de derecho internacional privado, conforman un entorno convencional regional extremadamente difuso y poco adecuado a la realidad y necesidades regionales.

5. Bibliografía y hemerografía

- ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, “Introducción a la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 7, 1995.
- ÁLVAREZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian, *Diccionario de términos jurídicos (español/inglés/español)*, Barcelona, Ariel, 1999.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil-familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. II.
- BUIS, Emiliano et al., “La República Argentina y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV)”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo et al., *Derecho internacional privado. Parte especial*, La Habana, Félix Varela, 2006.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (coord.), *Derecho internacional privado de los países del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001.
- GARCÍA ALTOLAGUIRRE, Carlos, “Las obligaciones alimentarias en el derecho internacional privado interamericano”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, 1990.
- GOLDSCHMINDT, Wemer, *Derecho internacional privado*, 7a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1990.
- HERBERT, Ronald, *Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado. Su temática de menores*, Instituto Interamericano del Niño de la Organización de Estados Americanos, Montevideo, 1988.
- LANDONI SOSA, Ángel, “Las convenciones interamericanas sobre Obligaciones Alimentarias y Restitución Internacional de Menores aprobadas en la CIDIP IV celebrada en Montevideo, 9-15, julio de 1989”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, 1989.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho y obligación alimentaria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ / VELÁZQUEZ PÉREZ

- MAEKELT, Tatiana de et al., *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, t. I.
- OPERTTI BADÁN, Didier, *Exposición de Motivos del Proyecto de Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño de la Organización de Estados Americanos, 1988.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Guatemala, Datascan, 2003.
- PÉREZ BEVIÁ, José Antonio y GARCÍA CANO, Sandra, “Hacia un nuevo instrumento internacional en materia de alimentos”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003.
- PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral*, México, Porrúa, 1989.
- PÉREZ EHEMENDÍA, Marcio Luis y ARZOLA FERNÁNDEZ, José Luis, *Expresiones y términos jurídicos*, Santiago de Cuba, Oriente, 2009.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo y NUÑEZ TRAVIESO, Belkis, “Una visión reflexiva acerca del derecho de alimentos a favor del concebido”, en MESA CASTILLO, O. (coord.), *Temas de derecho de familia*, Universidad de La Habana, 1998.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sandra, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio, *Manual de derecho internacional privado*, 3a. ed., La Habana, Talleres Tipográficos “La Mercantil”, 1943.
- SANTOS BELANDRO, Rubén, “Reclamaciones de alimentos en el ámbito iberoamericano”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003.
- SIQUEIROS, José Luis, “La Conferencia de La Haya y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado”, en *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora*

Tatiana B. de Maekelt, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, t. I.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *Derecho internacional privado de familia y minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores. Bases para futuras convenciones interamericanas*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño de la Organización de Estados Americanos, 1988.

VIÑAS FARRÉ, Ramón, “Convenios multilaterales sobre obtención de alimentos: necesidad de una reforma”, *Revista de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, núm. 8, 2002.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año V, núm. 14, julio-diciembre de 2018