

El Protocolo de La Haya de 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, un importante instrumento para la prestación transnacional de alimentos

The 2007 Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations, an important instrument for the transnational provision of maintenance obligations

Por Eduardo Tellechea Bergman*

Fecha de recepción: 05/04/2019

Fecha de aceptación: 06/05/2019

Resumen: Los crecientes desplazamientos internacionales de personas, en ocasiones masivos, producto del desarrollo de los medios de comunicación y en especial del transporte y de la mayor flexibilización de las fronteras nacionales, así como de la incidencia de distintas variables sociales, políticas y económicas, han propiciado en las últimas décadas una creciente internacionalización y aún una dispersión internacional de la familia. Consecuencia de la realidad descrita, hoy se constata un significativo incremento de actuaciones judiciales referidas, entre otras, a cuestiones de familia y minoridad planteadas entre progenitores radicados en distintos Estados.

En este contexto resulta de conveniente, tanto por la efectiva fuerza vinculante de los Convenios elaborados por la Conferencia de la Haya, cuanto por el número e importancia de los Estados Partes de los mismos, la aprobación, por los países del continente que no lo hubieren hecho, entre ellos, nuestro país, del Convenio de 2007

* P Prof. Titular de Derecho Internacional Privado. Antiguo Director del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado y Miembro de Honor del Instituto. Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado - ASADIP. Antiguo Director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay, 1985 - 2012.

sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

Palabras Clave: Obligaciones Alimentarias; Derecho Internacional Privado; Protocolo de la Haya.

Abstract: The increasing international displacements of people, sometimes massive, as a result of the development of the media and especially of the transport and the greater flexibility of national borders, as well as the incidence of different social, political and economic variables, have led to a growing internationalization and even an international dispersion of the family in the last decades. As a consequence of the reality described, there is a significant increase in judicial proceedings referring, among others, to family and minority issues raised between parents based in different States.

In this context it is convenient, both for the effective binding force of the Conventions elaborated by the Hague Conference, and for the number and importance of the States Parties to them, the approval, by the countries of the continent that haven't made it, among them, our country, of the 2007 Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

Key Words: Maintenance Obligations; Private International Law; Hague Protocol

Sumario: I. Apreciaciones liminares. II. El Protocolo de La Haya de 23.11.2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. 1. Antecedentes. 2. Las soluciones consagradas: A) Título del Protocolo. B) Ámbito de aplicación, artículo 1: a) Obligaciones alimenticias contempladas, artículo 1.1. b) Alcance de las decisiones adoptadas en aplicación del Protocolo, artículo 1.2. C) Aplicación universal, artículo 2. D) Norma general sobre ley aplicable, artículo 3. E) Normas especiales en favor de determinadas categorías de acreedores, artículo 4: a) Situaciones contempladas. b) Conexiones subsidiarias, artículo 4, numerales 2, 3 y 4. F) Norma especial para cónyuges y ex cónyuges, artículo 5. G) Defensa del deudor, artículo 6. H) Elección de la ley aplicable: a) Elección de la ley aplicable a efectos de un procedimiento específico, artículo 7. b) Elección de ley aplicable no limitada a un procedimiento específico, artículo 8: b. 1) Leyes que pueden ser elegidas, artículo 8.1. b.2) Modalidad de elección,

artículo 8.2. b.3) Restricciones en la elección de la ley. b.4) Cuestiones referidas a la existencia y validez del acuerdo. I) Sustitución de la conexión nacionalidad por la conexión domicilio, artículo 9. J) Derecho de los organismos públicos a reembolsos, artículo 10. K) Ámbito de la ley aplicable, artículo 11. L) Exclusión del reenvío, artículo 12. LL) Orden público, artículo 13. M) determinación de la cuantía de los alimentos, artículo 14. N) Aplicación del Protocolo a sistemas jurídicos no unificados: a) sistemas no unificados de carácter territorial, artículo 16. b) sistemas no unificados de carácter personal, artículo 17. O) Coordinación con anteriores Convenios de La Haya en materia de obligaciones alimenticias, artículo 18. P) Coordinación con otros instrumentos, artículo 19. Q) Interpretación uniforme, artículo 20. Bibliografía.

I. Apreciaciones liminares

Los crecientes desplazamientos internacionales de personas, en ocasiones masivos, producto del desarrollo de los medios de comunicación y en especial del transporte y de la mayor flexibilización de las fronteras nacionales, así como de la incidencia de distintas variables sociales, políticas y económicas, han propiciado en las últimas décadas una creciente internacionalización y aún una dispersión internacional de la familia¹.

Consecuencia de la realidad descrita, hoy se constata un significativo incremento de actuaciones judiciales referidas, entre otras, a cuestiones de familia y minoridad planteadas entre progenitores radicados en distintos Estados; disolución de sociedades conyugales de bienes con patrimonio disperso en diferentes países; procedimientos atinentes a visitas internacionales o a la guarda o custodia de menores; reclamos de pronta restitución internacional de niños ilícitamente retenidos o trasladados fuera del Estado de su residencia habitual; y casos de requerimientos de

¹ Panorama anticipado, hace décadas, con su secuela de refugiados, familias separadas, etc., por Von Steinger, W. E. "La protection des mineurs en droit international privé". Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1964, tomo. 112, pp. 498 - 499. En similar sentido, Simon Depitre, M. "La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt Ball de la Cour Internationale de Justice". Travaux du Comité Français de Droit International Privé. 1963, pp. 109 - 138. Ídem, Rapallini, L. Cobro de Alimentos en el Extranjero. Perspectivas de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. Seminario de Derecho Intencional. Cooperación Jurídica en Materia de Derecho de Familia y Niñez, OEA/Sec. General, DDI/doc.13/11, 11.10.2011; Azcárraga Monzonís, C. "El Nuevo Convenio de La Haya Sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia". Revista Española de Derecho Internacional, volumen LX, no.2, 2008, pp.491, 492.

alimentos en los que el reclamante tiene su centro de vida, residencia habitual, en un país y el obligado a prestarlos está radicado en otro o percibe ingresos o posee patrimonio en un Estado distinto a aquel en el que reside el acreedor (Tellechea Bergman, 1993, p. 45; Scotti, 2017, p. 541; Pérez Vera, 1990, p. 209).

En materia de prestación internacional de alimentos, Uruguay, al igual que otros países del continente, es Estado Parte de distintos tratados internacionales sobre el tema. Tales, las Convenciones Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias (aprobada por Uruguay por Ley 17.334 de 17.5.2001) y de Naciones Unidas, de Nueva York de 1956, sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero (aprobada por Uruguay por Ley 16.447 de 4.5.1994), así como del texto básico en materia de protección internacional del niño, la Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país por Ley 16.137 de 26.9.1990, que atiende la prestación internacional de alimentos en el art. 27². Tratados a los que corresponde añadir, en el caso de Uruguay, los Convenios bilaterales vigentes con España sobre Conflictos de Leyes en Materia de Alimentos para Menores y Ejecución de Decisiones y Transacciones Judiciales en Materia de Alimentos (aprobado Uruguay por Ley 15.987 de 16.11.1988, en vigor desde el 29.2.1992); y con Perú sobre Reclamación Internacional y Ejecución de Sentencias en Materia de Alimentos (aprobado por nuestro país por Ley 15.721 de 7.1.1985, en vigor desde el 2.2.1989). Regulaciones convencionales que en su aplicación práctica no muestran en nuestra jurisprudencia un volumen de aplicación acorde con el creciente planteo sociológico de casos que ameritan reclamos internacionales de alimentos.

La situación descripta denota la necesidad de una adecuada divulgación entre los operadores de la justicia de soluciones convencionales que como la de la

² Especialmente en su apartado 4, "Los Estado Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que reside el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados".

Convención Interamericana, dan respuesta a las tres cuestiones básicas que plantean las relaciones privadas internacionales y en especial, las referidas a alimentos: la determinación de la ley aplicable; la jurisdicción internacional competente; y todo lo concerniente a la cooperación judicial internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros. Cabe resaltar, igualmente, la importancia de la Convención de Naciones Unidas de 1956, en tanto instrumento destinado a facilitar el cobro de alimentos en los casos en que el demandante se encuentre en territorio de una Parte contratante y el demandado esté sujeto a la jurisdicción de otra Parte, art. 1, previendo a tales efectos la actuación de autoridades remitentes e instituciones intermediarias y consagrando, de manera innovadora para la época, el ágil diligenciamiento de los exhortos, así como la obligación de la autoridad requerida de explicar a la requirente eventuales demoras en la tramitación de la cooperación o las razones de su no prestación, artículo 7.c; consagrando asimismo, el principio básico de igualdad de trato procesal en favor del reclamante ajeno al foro, artículo 9. Cabe resaltar, además, que las soluciones de la Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero suponen procedimientos susceptibles de ser invocados en calidad de adicionales a otras regulaciones sobre el tema, artículo 1.2, tal, vr.gr., en todo lo relativo a la ejecución en un Estado Parte de una sentencia de condena dictada en otro.

En el contexto descripto ha de resultar de conveniente, tanto por la efectiva fuerza vinculante de los Convenios elaborados por la Conferencia de la Haya, cuanto por el número e importancia de los Estados Partes de los mismos, la aprobación, por los países del continente que no lo hubieren hecho, entre ellos, nuestro país, del Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, que instituye procedimientos tendientes al reconocimiento y ejecución de las decisiones sobre las obligaciones alimenticias, así como del Protocolo de la misma fecha sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, en tanto ambos conforman un marco convencional aprobado, entre otros, por Estados europeos como España, Italia, Francia, etc., con los cuales se plantean con frecuencia situaciones que hacen a la protección internacional del niño, y en el ámbito interamericano, por

Estados Unidos de América, Estado ratificante del Convenio y Brasil, Parte de ambos textos.

II. El Protocolo de La Haya de 23.11. 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias

1. Antecedentes

La XXI Sección Diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado aprueba el 23.11.2007 dos instrumentos destinados a facilitar la percepción de alimentos más allá de fronteras, el Convenio sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y el Protocolo sobre la Ley Aplicable a la Obligaciones Alimenticias, en adelante, el Protocolo.

El tema de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias figuró desde un inicio en el mandato de la Comisión Especial sobre el cobro internacional de alimentos respecto a menores y otros miembros de la familia, que elaborara los anteproyectos del Convenio y el Protocolo. La Comisión Especial en abril de 1999 dispuso que los trabajos futuros de la Conferencia otorgaran atención prioritaria a la elaboración de una regulación completa en materia de prestación internacional de alimentos con propósito de mejorar los convenios existentes³.

Conforme a la decisión adoptada, el Secretario General convoca a una Comisión Especial que se reunió en La Haya del 5 al 16 de mayo de 2003 y luego del 7 al 18 de junio de 2004; 4 a 15 de abril de 2005; 19 a 28 de junio de 2006; y 8 a 16 de mayo de 2007. Fausto Pocar es elegido Presidente de la Comisión Especial y Alegría Borrás y Jennifer Degeling son designadas Relatoras, constituyéndose un Comité de Redacción

³ Convenio de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores; Convenio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias; Convenio de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Relativas a las Obligaciones Alimenticias; Convenio de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.

presidido por Jan Doogue. El trabajo de la Comisión Especial se vio facilitado por distintos documentos preliminares y, en especial, por el aporte de W. Duncan, "Hacia un nuevo instrumento mundial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a menores y otros miembros de la familia"⁴. En la reunión de mayo de 2003 la Comisión Especial analizó si el nuevo instrumento debía contener disposiciones sobre ley aplicable. El debate permitió apreciar la existencia de dos posiciones. Las delegaciones de los países de derecho civil se pronunciaron mayoritariamente en favor de la inclusión de tales normas, en tanto que aquellas pertenecientes al *common law* en general mostraron reservas, dado que en dichos ordenamientos los tribunales tradicionalmente adoptan decisiones en la materia en base a lo dispuesto por la *lex fori*. La Comisión concluyó finalmente que la reglamentación de la ley aplicable debía ser materia de un Protocolo formalmente separado del Convenio, acordando la elaboración de un anteproyecto sobre el tema. El anteproyecto, acompañado de un Informe Explicativo, redactado por Andrea Bonomi, sirvió de base a los trabajos de la XXI Sesión de la Conferencia celebrada del 5 al 23 de noviembre de 2007. El Proyecto de Protocolo fue aprobado formalmente en la Sesión de Clausura, el 23 de noviembre.

2. Las soluciones consagradas

A) Titulo del Protocolo

Enfatiza el objeto del Protocolo, consistente en la concreta y específica regulación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y recoge en tal sentido la denominación del Convenio de 1973 que tiene la misma finalidad. El texto en examen, a diferencia de la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, no contiene normas sobre autoridades competentes ni sobre cooperación judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones. Parte de estas cuestiones (cooperación administrativa anterior y simultánea, proceso de cobro

⁴ Doc. Prel. No 3, abril de 2003, disponible en la pág. web de la Conferencia en www.hcch.net, bajo los epígrafes "Convenios" y "Documentos preliminares".

internacional de alimentos y reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras), son abordadas por el Convenio aprobado en la misma fecha.

La denominación de Protocolo fue materia de análisis por la Comisión II de la Sesión Diplomática como consecuencia de la decisión de independizar formalmente dicho texto respecto del Convenio, pues como surge del artículo 23, “El presente Protocolo está abierto a la firma de todos los Estados”, y algunas Delegaciones propusieron modificar su nombre por el de Convenio, en tanto el término “Protocolo” constituía una denominación excepcional para un instrumento aprobado por la Conferencia, habiéndose finalmente optado por mantenerlo dado los vínculos existentes entre ambas regulaciones y su finalidad común, facilitar la prestación internacional de alimentos (Bonomi, 2007, p. 7). Este vínculo funcional es explicitado en el Preámbulo del Protocolo, que destaca el deseo de “desarrollar normas generales sobre ley aplicable que puedan constituir un complemento útil del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros Miembros de la Familia”.

B) Ámbito de aplicación, artículo 1

De acuerdo al apartado 1, el Protocolo determina la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que deriven de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad. En tanto su objeto es determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, no trata acerca de la jurisdicción, la cooperación internacional y el reconocimiento de las decisiones adoptadas en la materia, cuestiones, como se indicara, parcialmente abordadas por el Convenio.

Si bien el Protocolo no contiene un texto que precise de manera expresa, como el artículo 2 del Convenio sobre Obligaciones Alimenticias de 1973, que “sólo regula los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias”, la categoría alimentos es su objeto específico. Ámbito confirmado por el apartado 2 del artículo en estudio, que dispone: “Las decisiones dictadas en aplicación del presente Protocolo no

prejuzgan la existencia de alguna de las relaciones previstas en el apartado 1". Enunciado que es corolario del tratamiento autónomo de la categoría⁵.

En el caso de plantearse la existencia o no de una relación de familia, filiación o matrimonial como cuestión previa en un proceso cuyo objeto principal sea el reclamo de alimentos, se genera entonces la interrogante de cómo se ha de resolver dicha cuestión, ya sujetando su regulación a la de la principal⁶, ya regulando la cuestión previa de manera autónoma⁷.

a) Obligaciones alimenticias contempladas, artículo 1.1

De acuerdo al apartado, el Protocolo se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, filiación, matrimonio o afinidad, ámbito que se corresponde con el contemplado por el Convenio de 1973, artículo 1, pero a diferencia de éste⁸, el texto de 2007, artículo 27, no admite reservas, por lo que los Estados no podrán limitar su aplicación excluyendo obligaciones de alimentos fundadas en estas relaciones. El ámbito del Convenio es en consecuencia más amplio que el de la

⁵ La disposición tiene como antecedentes lo dispuesto por los Convenios de La Haya de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores, artículo 5, párrafo segundo, última parte; y de 1973 sobre Ley aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 2, párrafo segundo. La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 5, consagra igual criterio. En el mismo sentido los Convenios bilaterales uruguayo - peruano sobre Reclamación Internacional y Ejecución de Sentencias en Materia de Alimentos, artículo 13 y uruguayo - español sobre Conflictos de Leyes en Materia de Alimentos para Menores y Reconocimiento y Ejecución de Decisiones y Transacciones Judiciales en Materia de Alimentos, artículo 3.2.

⁶ El Informe VERWILGHEN sobre los Convenios de 1973 referidos a obligaciones alimenticias (ejecución - ley aplicable), propone como criterio que la ley designada para regir la obligación de alimentos se aplique también a la cuestión previa relativa al vínculo que genera la obligación en (Verwilghen, 1975, pp. 383 a 465).

⁷ Al respecto cabe recordar lo dispuesto por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada por Uruguay por Decreto - Ley 14.953 de 12.11.1979, art. 8, "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pueden surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo a la ley que regula a esta última". El Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado señala al respecto, artículo 10, "Cuestiones previas o incidentales", "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se regulan por el derecho aplicable a cada una de ellas".

La teoría de la equivalencia, empero, es morigerada por el artículo 11, "Aplicación armónica", que dispone: "Las normas competentes para regular los diferentes aspectos de una situación determinada, deben ser aplicados armónicamente, tomando en consideración la finalidad perseguida por cada uno de los respectivos derechos. Las eventuales dificultades que puedan surgir se resolverán tomando en cuenta la equidad del caso concreto."

⁸ Artículos 13 y 14.

Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, que salvo declaración de los Estados⁹, únicamente resulta aplicable a las obligaciones de alimentos respecto de menores en su calidad de tales y a las que deriven de relaciones matrimoniales entre cónyuges o ex cónyuges, artículo 1, párrafo dos, pudiendo incluso los Estados declarar que restringen dicho alcance a los alimentos referidos a menores, párrafo tres.

En relación a las obligaciones de alimentos atinentes a los niños, la última parte del apartado 1 dispone que la aplicación del Protocolo es independiente de la situación conyugal de los padres, criterio compartido por el art. 2, apartado 4 del Convenio de la misma fecha sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

Respecto a las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones matrimoniales, se plantea la interrogante acerca de si la categoría abarca también los matrimonios entre personas del mismo sexo, reconocidos hoy por un creciente número de Estados. En tanto las disposiciones del Protocolo, como se ha visto, sólo determinan la ley aplicable a la obligación de alimentos y no tratan acerca de la ley aplicable a la relación de familia que constituye el título de la reclamación, la cuestión de validez de matrimonios o uniones entre personas del mismo sexo, queda sujeta a lo que disponga la ley del foro, consideradas sus normas de DIPr, convencionales y de fuente nacional (Bonomi, 2007, p. 12). El tema fue abordado por la Comisión II de la Sesión Diplomática en relación al art. 5, "Norma especial relativa a cónyuges y ex cónyuges", habiendo planteado algunas Delegaciones que se estableciera expresamente que la disposición podría aplicarse a los matrimonios entre personas del mismo sexo, propuesta que no obtuvo los consensos necesarios, aun cuando se admitió que los Estados que reconocieran tal tipo de vínculo pudieran someterlo a lo dispuesto por el art. 5 (Bonomi, 2007, p. 12).

⁹ Artículo 3, "Los Estados al momento de suscribir, ratificar o adherir a la presente Convención así como con posterioridad a la vigencia de la misma, podrán declarar que esta Convención se aplicará a las obligaciones alimentarias en favor de otros acreedores..."

b) Alcance de las decisiones adoptadas en aplicación del Protocolo, artículo 1.2

El apartado prevé que las decisiones que se dicten en aplicación del Protocolo no prejuzgan acerca de la existencia de alguna de las relaciones contempladas por el apartado 1. Norma que tiene como antecedentes, según se ha visto, lo dispuesto por los artículos 2, párrafo segundo del Convenio de 1973 sobre Ley aplicable a la Obligaciones Alimenticias y 5 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. La disposición es corolario del tratamiento autónomo de la obligación alimentaria y se corresponde con el artículo 19.2 del Convenio de la misma fecha, según el cual cuando una decisión extranjera no refiera únicamente a alimentos, el efecto de las disposiciones convencionales sobre el reconocimiento y la ejecución quedan limitados a la obligación de alimentos.

C) Aplicación universal, artículo 2

El Protocolo se aplica aún si la ley designada de acuerdo a sus disposiciones es la ley de un Estado no Parte. Solución universal acogida por otros Convenios de la Haya, entre ellos, de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 3; y de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, artículo 20.

D) Norma general sobre ley aplicable, artículo 3

Salvo que el Protocolo disponga otra cosa, el principio es que las obligaciones alimenticias se regulen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, conexión también acogida por los Convenios de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 1973, artículo 4 y de 1956, artículo 1. La Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias prevé esta conexión en calidad de alternativa, a elección de la autoridad competente, como una de las opciones para determinar la ley más favorable al alimentado, art.6.

La conexión residencia habitual del acreedor es una conexión orientada a la protección de la parte más débil, el alimentado (Santos Belandro, 1999), y permite determinar la obligación alimentaria tomando en consideración las condiciones sociales y económicas del Estado de radicación del acreedor, pues como señalara Verwilghen, “el acreedor ha de utilizar los alimentos para vivir” (Verwilghen, 1975, pp. 383 a 465). Al respecto decía Quintín Alfonsín, que en tanto se conciban los alimentos como una categoría autónoma vinculada al derecho de la persona, resulta lógica y adecuada la aplicación de la ley del Estado de su centro de vida y en tal sentido hacía mención al “domicilio objetivo” en tanto residencia habitual (Alfonsín, 1961, pp. 249 y 296). Ello, sin perjuicio de otras conexiones que actúen ya en calidad de alternativas, ya de subsidiarias (Tellechea Bergman, 1989). En igual sentido el Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos, acoge la residencia habitual del acreedor como una de las posibles bases jurisdiccionales para el reconocimiento y ejecución de las decisiones adoptadas en la materia por un Estado contratante, art. 20. c, siendo la competencia de las autoridades de la residencia habitual del reclamante de alimentos un foro de amplio recibo, acogido en el ámbito interamericano por la Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, art.8.a; y en el europeo, por el Reglamento (CE) no. 4/2008 Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, art. 3. b¹⁰.

Cambio de residencia habitual, artículo 3.2. De producirse una modificación de la residencia habitual del acreedor alimentario resulta aplicable la ley del Estado de su nueva residencia. Solución recibida por los Convenios sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 1956, artículo 1, párrafo segundo, y de 1973, artículo 4.2. En casos de cambio de la residencia habitual, se considera que la determinación de la

¹⁰ También reciben la jurisdicción del foro del actor, los Convenios bilaterales uruguayo - peruano sobre Reclamación y Ejecución de Sentencias en Materia de Alimentos, artículo 5; y uruguayo - español sobre Conflictos de Leyes en Materia de Alimentos para Menores y Reconocimiento y Ejecución de Decisiones y Transacciones Judiciales en Materia de Alimentos, artículo 7.

existencia y cuantía de la obligación de alimentos deba hacerse de acuerdo a la ley del país del nuevo centro de vida del acreedor.

Cabe precisar que la movilidad de la ley aplicable en razón del cambio de residencia puede afectar la coincidencia entre el derecho aplicable y la jurisdicción competente determinada por la residencia del actor. La competencia en función de la residencia habitual del demandante se fija al momento de interposición de la demanda sin tener en cuenta posteriores modificaciones de la residencia (principio de *perpetuatio fori*) y por el contrario, de acuerdo al Protocolo, en materia de derecho aplicable el cambio de residencia habitual del actor deberá ser considerado al momento de dictarse la resolución aun cuando el cambio se produzca en el curso del proceso.

Cabe precisar que el mero desplazamiento transitorio del reclamante a otro país, por ejemplo, por un par de meses, no implica, en principio, un cambio de centro de vida. Habrá empero cambio de residencia habitual, si el alimentado que se traslada a otro Estado para realizar, *vr. gr.*, un curso breve, estando allí concreta una oferta duradera y se afinca en dicho país.

Los efectos del cambio de la ley aplicable se considera que se producen a partir del momento del cambio de residencia y sólo para el futuro (*ex nuc*). Las pretensiones del reclamante relativas al período anterior quedan, en consecuencia, sujetas a la ley de la antigua residencia habitual y ello se funda en que el derecho del acreedor a obtener prestaciones por el período precedente, las que ya ha sido adquiridas y que no corresponde sean desconocidas por una posterior alteración de ley aplicable.

E) Normas especiales en favor de determinadas categorías de acreedores,
artículo 4

La disposición contempla excepciones a la aplicación de la ley de la residencia habitual del reclamante introduciendo un régimen más favorable, normas de conflicto materialmente orientadas (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2017), para aquellas categorías de acreedores definidos en el numeral 1, en los casos en los que la aplicación de la ley de la residencia habitual fuere contraria a sus intereses. Para los

acreedores no contemplados en el artículo 4, la ley aplicable será la determinada por el artículo 3 y otras disposiciones del Protocolo.

Situaciones contempladas:

a) Obligaciones de los padres a favor de sus hijos

Las obligaciones alimentarias de los padres respecto a los hijos, por su naturaleza, son beneficiadas con la posibilidad de aplicación de las conexiones subsidiarias previstas por el artículo.

b) Obligaciones respecto a personas menores de 21 años, artículo 4.b

Comprende obligaciones alimentarias basadas en una relación de familia con exclusión de las relaciones paterno filiales (contempladas en el literal anterior) y el matrimonio, relación regulada por el artículo 5. Las situaciones previstas en el literal b abarcan esencialmente las obligaciones de alimentos basadas en una relación de parentesco, directo o colateral, o en una relación de afinidad.

Respecto al límite de edad de 21 años, la determinación de dicha edad fue objeto de análisis, considerándose en la Sesión Diplomática la tendencia actual en derecho comparado en favor de la obtención de alimentos por jóvenes que habiendo llegado a los 18 años continúan siendo acreedores de alimentos, posibilidad también prevista por otros textos convencionales vigentes como la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo. 2: "A los efectos de esta Convención se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años. Sin perjuicio de lo anterior, los beneficios de esta Convención se extenderán a quien habiendo cumplido dicha edad, continúe siendo acreedor de prestaciones alimentarias de conformidad a la legislación aplicable prevista en los artículo 6 y 7."

c) Obligaciones de los hijos respecto a sus padres, artículo 4.1.c

La aplicación de la regla especial del artículo 4 a estos casos fue propuesta por la mayoría de las Delegaciones participantes en la Comisión Especial de mayo de 2007,

entendiéndose que correspondía que los padres recibieran el mismo trato favorable que los hijos en materia de ley aplicable.

Conexiones subsidiarias, artículo 4, numerales 2, 3 y 4. A los acreedores de alimentos definidos en el numeral 1, se les confiere el beneficio de la aplicación subsidiaria de la ley del foro, numeral 2, si no pudieren obtenerlos en virtud de la ley señalada por el artículo 3, es decir, la de su residencia habitual. Se trata de una solución “favor alimentado”, que garantiza al demandante la posibilidad de obtener una prestación alimenticia si la misma se encuentra prevista en el derecho de foro que entiende en la pretensión. Disposición con antecedentes en los Convenios sobre Ley aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 1956, artículo 3 y de 1973, artículo 6, aun cuando en este último actuante tras la aplicación, también de modo subsidiario, de la ley nacional común de las partes. La inversión en el Protocolo del orden de actuación de las conexiones subsidiarias, aplicando ley del foro antes que la ley nacional común, artículo 4.4, responde a que se procuró reducir la aplicación de esta última conexión cuya pertinencia para regular la categoría suscitara observaciones y, además, en razón de que la aplicación por el foro de su ley facilita las actuaciones evitando las dificultades de tener que informarse, eventualmente, acerca del contenido de un derecho extranjero, como puede ser en el caso el de la nacionalidad.

Al igual que en los Convenios precedentes de 1956 y 1973, la conexión subsidiaria sólo actúa en situaciones en las que “el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley a la que se refiere el artículo 3”, por lo que corresponde entender que la solución queda excluida en situaciones en que la ley de la residencia habitual del acreedor prevea una obligación alimentaria de menor cuantía que la resultante de la aplicación de la ley del foro. En cambio, el acreedor podrá beneficiarse de la aplicación de la ley del foro en aquellas hipótesis en que admitiendo en principio la ley de la residencia habitual del actor la obligación alimentaria, la hace depender de una condición resolutoria que se de en el caso, por ejemplo, en situaciones en las que el alimentado haya alcanzado 18 años y se prevea que la obligación de

alimentos de los padres respecto a sus hijos se extingue a dicha edad, en tanto que la ley del foro la mantenga (Bonomi, 2007, p. 7).

Cabe precisar que la previsión de la aplicación subsidiaria de la ley del foro resulta operativa en tanto la acción de alimentos se entable en una jurisdicción que no sea la de la residencia habitual del alimentado, pues en este caso, la ley de la residencia habitual y la del foro resultan coincidentes.

En la eventualidad que el acreedor acuda a la jurisdicción del Estado de residencia habitual del deudor, ha de aplicarse primeramente la ley del foro, teniendo aplicación la ley de la residencia habitual del acreedor sólo si éste no puede obtener los alimentos en virtud de la *lex fori*, numeral 3. Dado que la aplicación prioritaria de la ley del foro se inspira en el favor al alimentado, se consideró que no correspondía mantenerla cuando conduzca como resultado a privar al acreedor de la prestación de alimentos. Es por esta razón que el apartado 3 en su parte final, dispone de modo análogo al apartado 2, pero en sentido inverso, una conexión subsidiaria.

Conexión nacionalidad común de las partes, apartado 4. Si el demandante de alimentos contemplado en el apartado 1 no puede obtenerlos sea en base a la ley de su residencia habitual o a la ley del foro, aplicadas en ese ese orden, o en el caso del apartado 3, en orden inverso, resulta aplicable la ley de la nacionalidad común de las partes. Esta segunda conexión completa la protección de los acreedores especiales de alimentos en situaciones en las que las leyes designadas por los apartados anteriores no prevean en su favor una obligación alimentaria. El Protocolo no plantea la eventualidad de pluralidad de nacionalidades, pudiendo ocurrir en los hechos que el acreedor o el deudor de alimentos, o ambos, tengan dos o más nacionalidades. El principio "favor alimentado" que sirve de base al artículo 4, creemos que debe conducir a la aplicación de la ley de la nacionalidad común en todos los casos en que la misma exista, aun cuando tal nacionalidad no fuere para alguna de las partes la más estrecha o efectiva.

F) Norma especial para cónyuges y ex cónyuges, artículo 5

Se trata de una norma también aplicable entre personas cuyo matrimonio ha sido anulado. En todos estos casos la conexión prioritaria, residencia habitual del acreedor, no actuará si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en especial del Estado de la última residencia común, presenta un vínculo más estrecho con el matrimonio, aplicándose entonces la ley de ese otro Estado.

La circunstancia que se haya previsto una norma especial para esta categoría de obligaciones de alimentos se debe a que se entendió que en las mismas la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor no es siempre la conexión más adecuada y en algunos Estados, en especial en los escandinavos, los alimentos entre cónyuges se conceden de modo restrictivo, por lo que se consideró excesiva la aplicación de la *lex creditoris* no sujeta a límites. Se evaluó asimismo que la aplicación irrestricta de la ley de la residencia del acreedor puede permitir que el cónyuge demandante mediante un simple cambio de residencia manipule el derecho aplicable.

La disposición busca un equilibrio entre la protección del acreedor y la aplicación de la ley del Estado con el que el matrimonio presente los vínculos más estrechos, que si bien en muchos casos ha de ser la ley del Estado de la última residencia habitual común, no necesariamente siempre será así. Tal, el caso en que la última residencia habitual esté situada en un Estado en el que los cónyuges se han establecido recientemente después de haber vivido largos años en otro país y el deudor de alimentos regrese a este último luego de la separación. Situación en la que podría considerarse que la conexión con el Estado de la actual residencia habitual del deudor, que además es el país de la antigua residencia habitual común, constituye la conexión más estrecha con el matrimonio y el caso planteado.

Por consiguiente, si bien la conexión residencia habitual del acreedor continúa siendo la conexión en principio aplicable a las obligaciones de alimentos entre cónyuges y ex cónyuges, podrá ser descartada a petición de una de las partes si el matrimonio presenta vínculos más fuertes con otro Estado, en especial, aun cuando no necesariamente, con el de la última residencia habitual matrimonial.

En definitiva, la regla prevista puede ser entendida como una cláusula de escape fundada en la idea de proximidad (vínculos más estrechos), cuya aplicación queda sujeta a la petición de una de las partes. Solución que plantea diferencias con las cláusulas clásicas de escape, en las que es el juez quien descarta por sí las conexiones en principio actuantes cuando ello corresponda por una razón de proximidad, tales, entre otras, la fórmula recibidas por el Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, artículo 4.5; Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de junio de 2008 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I), artículo 4.3; Convenio de la Haya de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, art.15.2. La disposición en estudio presenta como ventaja reducir las incertidumbres planteadas por las cláusulas de escape clásicas, limitando la búsqueda del vínculo más estrecho a la hipótesis en que una de las partes en el caso así lo demande.

El vínculo más estrecho. La oposición de una de las partes a la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor no determina de modo automático el descarte de dicha ley, sino que deberá constatarse por la autoridad actuante en el caso que otra ley presenta un vínculo más fuerte con el matrimonio. El principio de proximidad constituye el fundamento de la disposición. A tales efectos se deberán evaluar los eventuales vínculos del matrimonio con otros derechos, considerando cuestiones tales como la residencia habitual de los cónyuges durante el matrimonio, la nacionalidad de los mismos, el lugar de la celebración del matrimonio, etc. Entre estos criterios, como se ha visto, el artículo 5 otorga especial relevancia al derecho de la última residencia habitual común de los cónyuges, aun cuando no se trata de una presunción, sino de una simple indicación que expresa la convicción de la Sesión Diplomática en el sentido que en muchas situaciones el derecho de la última residencia habitual común presenta los vínculos más significativos.

No obstante propuestas de algunas delegaciones en el sentido que el artículo contemplara instituciones próximas la matrimonio¹¹, tales, parejas de hecho registradas con efectos similares a los matrimoniales, la disposición no menciona expresamente estas instituciones, aun cuando la Sesión Diplomática consideró que los Estados que las reconozcan pueden aplicar a las mismas lo dispuesto por el artículo 5¹².

G) Defensa del deudor, artículo 6

Respecto a obligaciones alimentarias distintas de las surgidas de una relación paterno - filial a favor de un niño y de las previstas en el art. 5, obligaciones de alimentos entre cónyuges y ex cónyuges, el artículo prevé que el deudor pueda invocar frente a la pretensión del actor la inexistencia de una obligación alimentaria de acuerdo a la ley de su residencia habitual y a la ley de la nacionalidad común de las partes. Excepción que tiene un ámbito de aplicación más amplio que su precedente, el artículo 7 del Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, que limita la oposición a las obligaciones alimentarias entre parientes colaterales o por afinidad. De acuerdo al artículo 6, la defensa podrá invocarse respecto a todas las obligaciones alimentarias derivadas de la aplicación de los artículos 3 y 4, salvo las excepciones previstas.

En relación a obligaciones alimentarias derivadas de relaciones como las uniones civiles, los Estados que reconozcan tales institutos podrán asimilarlas al matrimonio y en consecuencia la obligación se regirá por el artículo 5, por lo que no resultará de aplicación la excepción. En los países que no admitan la asimilación, se ha entendido, en cambio, que el deudor pueda rechazar la obligación en base al artículo en análisis.

La oposición actúa dentro de las hipótesis en que resulta oponible, esto es, cuando la ley aplicable de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 3 o 4 prevea una

¹¹ Documentos de trabajo Nos 8 y 15 de la Comisión II; Acta No 5. aps. 84 y ss.; Acta No 6, aps. 56 y ss.

¹² Acta de la Comisión II, aps. 59 y ss.

obligación alimentaria y el deudor acredite que dicha obligación no existe según la ley de su residencia habitual. Ello será suficiente, salvo que las partes tengan una misma nacionalidad, caso en el que la defensa deberá demostrar de manera acumulativa que la obligación tampoco se encuentra consagrada por dicha legislación. Si las partes tuvieran más de una nacionalidad común, parece lógico tomar en consideración todas ellas y admitir la defensa del deudor sólo cuando la obligación alimentaria no esté prevista por ninguna de las legislaciones de las nacionalidades comunes.

El hecho que la ley de la residencia habitual del deudor o de la nacionalidad común admitan una obligación de alimentos por un importe menor que el determinado por la ley aplicable, no constituye causal suficiente para oponerse a la petición o para solicitar reducción de la prestación debida.

H) Elección de la ley aplicable

Los artículos 7 y 8 permiten a las partes, en las condiciones y con los efectos previstos, la elección de la ley aplicable.

La admisión de la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable a las obligaciones alimenticias constituye una novedad en el marco de los Convenios de la Haya, no habiendo sido consagrada por los precedentes de 1956 y 1973, aun cuando respecto a la jurisdicción internacional no ocurre lo mismo. Las Convenciones de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias, artículo 3.3¹³: y de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Relativas a Obligaciones Alimenticias, artículo 7.3¹⁴, acogen la prórroga de jurisdicción y el Convenio de 2007 también la consagra condicionando la misma a

¹³ Artículo 3, “De conformidad con el presente Convenio serán competentes para dictar decisiones en materia de alimentos las autoridades siguientes:... “3. La autoridad a cuya competencia se haya sometido el deudor de alimentos, bien expresamente, o bien al formular alegaciones sobre el fondo sin impugnar la competencia”.

¹⁴ Artículo 7, “La autoridad del Estado de origen será considerada competente en el sentido del Convenio: “Si el deudor se hubiere sometido a la competencia de dicha autoridad, bien expresamente, o bien manifestándose sobre el fondo sin reservas sobre la competencia”

que “las partes hayan aceptado un acuerdo por escrito, salvo en los litigios sobre obligaciones alimenticias a favor de un niño”, artículo 20.1.e¹⁵.

El Protocolo admite la elección de la ley aplicable por las partes acogiendo tanto la elección de la ley en relación a un procedimiento específico, artículo 7, cuanto, de manera más amplia, aunque sujeta a limitaciones, artículo 8.

a) Elección de la ley aplicable a efectos de un procedimiento específico, artículo 7.

La elección sólo es eficaz en relación a un procedimiento específico en un determinado Estado, pudiendo las partes designar la ley de dicho Estado como aplicable a la obligación alimentaria, numeral 1. Si con posterioridad se presentara una nueva demanda o una solicitud de modificación de alimentos ya fijados, ya sea ante la misma autoridad o ante la de otro Estado, la elección de la ley efectuada con anterioridad no surtirá efectos.

En tanto es posible realizar la elección antes o luego de la presentación de la demanda, resulta aplicable el numeral 2, que dispone que en caso que el acuerdo sea *pre litem*, la elección deberá ser documentada a través de un acuerdo, firmado por ambas partes, por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible a una posterior consulta. Se ha indicado que la elección de la ley debe de ser específica y se ha dicho que la mera elección de la de la “*lex fori*” antes de haberse convenido el foro o acudido a una autoridad no es suficiente y no ofrece garantías que las partes, o al menos una de ellas, sean conscientes del contenido de la elección. Respecto a la elección de ley efectuada durante el procedimiento, el Protocolo nada dice acerca de sus modalidades, cuestión que se ha considerado que corresponde sea resuelta de acuerdo a la ley de la autoridad que conozca en el caso.

¹⁵ En el ámbito interamericano la Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias recibe la prórroga de jurisdicción en su forma *post litem natan*, en el artículo 8, parte final: “sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia.”

b) Elección de ley aplicable no limitada a un procedimiento específico, artículo 8

El numeral 1 permite a las partes elegir en cualquier momento el derecho aplicable a la obligación alimenticia, incluso antes que se plantee el litigio, y a diferencia de la situación prevista en el artículo 7, la elección no está condicionada “a los efectos de un procedimiento específico”. La elección ha de regir las obligaciones alimentarias desde el momento de la elección de la ley, hasta tanto las partes decidan su revocación o modificación.

La solución busca asegurar la previsibilidad y estabilidad del derecho aplicable. Si hay elección, la ley seguirá siendo aplicable a pesar de los cambios que se produzcan en la residencia habitual del acreedor o del deudor y será independiente del foro actuante.

En relación a obligaciones alimenticias respecto a menores de 18 años y adultos que adolezcan “de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales”, el numeral 3 excluye la aplicación del artículo en atención a los potenciales riesgos que en estos casos la elección de ley puede ocasionar. En cuanto al límite de 18 años, la Sesión diplomática, más allá de algunas dudas iniciales, se decantó por admitir esa edad como aquella a partir la cual se debía admitir la elección (la duda se planteaba entre los 18 y 21 años), en atención a que actualmente en la gran mayoría de los Estados se adquiere la capacidad plena a partir de la aquella.

Los acuerdos sobre la ley aplicable se presentan como especialmente útiles para atender situaciones vinculadas a obligaciones alimentarias entre ente cónyuges y ex cónyuges.

b.1) Leyes que pueden ser elegidas, artículo 8.1

La facultad de las partes de elegir la ley aplicable está limitada a las siguientes opciones:

Ley del Estado de nacionalidad de una de las partes al momento de la elección, artículo 8.1.a. Es suficiente que la designación recaiga en la ley del Estado de nacionalidad de una de las partes, acreedor o deudor, tomándose en consideración la nacionalidad al momento de la elección, exigencia que garantiza la estabilidad del derecho aplicable independientemente de cambios registrados con posterioridad. En caso de pluralidad de nacionalidades, ante el silencio del Protocolo, se ha considerado que la designación puede hacer referencia a la ley de cualquiera de las nacionalidades de las partes.

Ley del país de residencia habitual de una de las partes al momento de la elección, artículo 8.1.b. Al igual que en el caso de la nacionalidad, la residencia habitual que se considera es aquella existente al momento de la elección.

Ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicable a tales relaciones, artículo 8.1.c.

Se trata de una opción que atiende la situación de cónyuges y ex cónyuges y plantea dos posibilidades. La primera consiste en que las partes pueden optar para regular sus obligaciones alimentarias por la ley que han elegido para regir sus relaciones patrimoniales. Como la ley aplicable al régimen matrimonial de bienes no es regulada por el Protocolo, la categoría queda sujeta a lo que disponga el sistema de DIPr. (convencional o de fuente nacional) de cada Estado, por lo que si la legislación del foro actuante no admite la posibilidad de elección del derecho aplicable al régimen conyugal de bienes o establece condiciones para su validez que no se han cumplido, la elección no será válida.

El apartado admite igualmente que los cónyuges sometan la obligación de alimentos a la ley que efectivamente regule sus relaciones patrimoniales.

La ventaja de la posibilidad de elección prevista por el apartado en sus dos opciones, se traduce en someter la totalidad de las cuestiones patrimoniales referidas al matrimonio, incluidas las cuestiones alimentarias, a una sola ley.

Ley designada por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada al divorcio o separación de cuerpos, artículo 8.1.d

La posibilidad que las partes puedan designar la ley aplicable al divorcio o la separación es admitida en DIPr. por un número limitado de Estados¹⁶, razón por la que sólo en caso de ser reconocida dicha facultad por el sistema de conflicto del foro actuante (convencional o de fuente nacional), la opción será viable.

Las partes también podrán optar por sujetar el régimen de los alimentos a la ley efectivamente aplicada al divorcio o la separación.

b.2) Modalidad de la elección, artículo 8.2

La elección para ser válida debe constar por escrito o ser registrada en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para posterior consulta. La exigencia responde a necesidades probatorias y se ha señalado que la exigencia sirve, asimismo, para llamar la atención de las partes y en especial del acreedor, acerca de la importancia de la elección, protegiéndolas de una elección no ponderada.

La posibilidad de sustituir el escrito por “un registro en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para una posterior consulta”, facilita el uso de nuevas tecnologías. Esta posibilidad no exime, empero, de la exigencia de la firma por ambas partes, por lo que un documento extendido de modo electrónico será válido en tanto sea acompañado de firma electrónica.

b.3) Restricciones en la elección de la ley

Límite resultante de la ley de la residencia habitual del acreedor, artículo 8.4. El numeral dispone que no obstante el derecho elegido por las partes en aplicación del numeral 1, la ley de la residencia habitual del actor al momento de la designación determinará si el acreedor puede renunciar a los alimentos. Se trata de una limitación introducida en la Sesión Diplomática a propuesta de la Comunidad Europea¹⁷, siendo su objeto evitar que por medio de la elección de una ley poco protectora, el acreedor

¹⁶ A nivel europeo algunos ordenamientos admiten que las partes puedan elegir el derecho aplicable al divorcio o la separación, tales, los derechos de Alemania, Bélgica, Holanda.

¹⁷ Documento Trabajo No 5, Comisión II.

pueda verse obligado a renunciar a la prestación de alimentos a la que tendría derecho según la ley aplicable a falta de elección. En casos de asignación al acreedor de un capital destinado a cubrir futuras necesidades alimentarias, se ha considerado que ello no supone una renuncia a los mismos y por consiguiente no resulta aplicable la presente salvaguarda.

Necesidad que las partes sean debidamente informadas y sean conscientes de las consecuencias de la ley designada, artículo 8.5

Esta limitación supone otorgar un poder moderador a la autoridad que conoce de la demanda de alimentos. Si dicha autoridad observara que la aplicación de la ley designada implica para el caso concreto “consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes”, no aplicará dicha normativa y la prestación ha de regirse, entonces, por el derecho señalado por las conexiones previstas por los artículos 3 a 5. Se trata de una cláusula de escape fundada en consideraciones de justicia material que responde a la potestad que muchos derechos confieren al juez de corregir, e inclusive descartar, los acuerdos de alimentos cuando conduzcan a resultados injustos. Este poder moderador de la autoridad actuante reconoce como límite que “las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada”.

b.4) Cuestiones referidas a la existencia y validez del acuerdo

El Protocolo omite el tratamiento de tales cuestiones, no regulando, *vr. gr.*, los efectos de un eventual vicio del consentimiento. Frente a la ausencia de regulación convencional, se ha dicho que es frecuente en los Convenios de La Haya someter la validez de la *optio legis* en lo relativo a la existencia y valor del consentimiento a ley que sería aplicable si fuere válido el acuerdo entre partes. Tal, lo previsto por los Convenios de 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales, artículo 10; de 22.12.1986 sobre Ley Aplicable a los Contratos de Venta

Internacional de Mercaderías, artículo 10.1; y de 1.8.1989 sobre Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte, artículo 5.2.¹⁸

I) Sustitución de la conexión nacionalidad por la conexión domicilio, artículo 9

Se faculta que los Estados que consagran la conexión “domicilio” en lugar de la “nacionalidad” en materia de relaciones de familia, puedan informar a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya que en los casos presentados antes sus autoridades se sustituirá la conexión nacionalidad por el domicilio. La disposición fue recibida por la Sesión Diplomática a propuesta de la Comunidad Europea (Doc. de Trabajo No 2 de la Comisión II) y tiene por finalidad facilitar la aplicación de Protocolo en aquellos ordenamientos que, como varios derechos sudamericanos y del *common law*, no acogen en materia de derecho de familia el punto de conexión nacionalidad. En relación al concepto de la conexión “domicilio”, se ha entendido que será el que le atribuya el Estado que hace la opción.

La sustitución de la conexión nacionalidad sólo es admitida respecto a los artículos 4 y 6 del Protocolo, esto es, en relación a aquellas disposiciones que refieren a la nacionalidad común de las partes. De acuerdo al artículo 4 la sustitución tendrá como consecuencia en los Estados contratantes que hayan hecho uso de la opción, que el acreedor que no pueda obtener alimentos ni por la ley del Estado de su residencia habitual ni según la ley del foro, apartados 3 y 4, deberá fundar su petición en la ley del país en el que ambas partes tengan su domicilio. En el caso del artículo 6, la sustitución determina que el deudor de alimentos podrá oponerse a la pretensión en tanto no exista obligación alimentaria según las leyes de su residencia habitual y la ley del Estado del domicilio común, si existiere. En estos casos la sustitución sólo tiene

¹⁸ En el mismo sentido, entre otros, Convenio de Roma de 19.6.1980 sobre ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, artículos 3.4 y 8.1; Reglamento “Roma I” (Reglamento CE 593/2008), artículos 3.5 y 10.1.

efectos para el Estado Parte que ha hecho uso de la opción, en tanto que para los demás Estados seguirá aplicándose la conexión nacionalidad.

La opción prevista por el artículo 9 no contempla la situación descrita por el artículo 8. no obstante utilizar también éste la conexión nacionalidad, apartado 1.a, por lo que la elección de la ley nacional de una de las partes en estos casos debe ser considerada válida aún para los Estados que hayan hecho la opción en examen.

J) Derecho de los organismos públicos a requerir reembolsos, artículo 10

La norma dispone que el derecho de los organismos públicos a solicitar reembolso de las prestaciones proporcionadas a título de alimentos al acreedor se rige por la ley a la que esté sujeto el organismo. Disposición que tiene antecedentes en el artículo 9 del Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. Una norma con el mismo contenido aparece consagrada en el Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos, artículo 36.2.

Cabe resaltar que lo que rige “la ley a la que está sujeto el organismo”, es el derecho a “solicitar el reembolso”, en tanto que la existencia y alcance de la deuda alimenticia son regulados por la ley aplicable a la obligación, artículo 11.f. Si bien en la práctica han de coincidir la ley reguladora del derecho del organismo público a solicitar el reembolso y la ley aplicable a la obligación alimenticia (en los casos en los que la obligación alimentaria se rija por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, pues en dichas situaciones el organismo público que proporciona las prestaciones al acreedor normalmente actúa en el Estado de residencia de éste), puede suscitarse una disociación, en los casos en que la obligación de alimentos es regida por una ley distinta a la de la residencia habitual del acreedor en aplicación de los artículos 4, 5, 7 u 8.

K) Ámbito de la ley aplicable, artículo 11

Al igual que sus precedentes, Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 10 y Convención Interamericana de

Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 7, la disposición especifica las cuestiones que son regidas por la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. Dado que el acápite del artículo utiliza la expresión “en particular”, la enumeración no es exhaustiva.

Se especifica que la ley aplicable a la obligación de alimentos ha de regular:

- “si, en qué medida y a quién el acreedor puede reclamar los alimentos”, literal a. El Protocolo mantiene el enfoque de los Convenios sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 1956, artículo 1, párrafo primero, y de 1973, artículo 10.1, previendo que una misma ley determine si el acreedor puede solicitar alimentos, en qué medida y a quién, evitando el desglose entre existencia y alcance de la obligación alimentaria que en algunos derechos es recibida¹⁹.
- “la medida en que el acreedor pueda reclamar alimentos retroactivamente”, literal b. En tanto los sistemas jurídicos muestran soluciones heterogéneas en la materia, la determinación de la ley aplicable a la cuestión resulta importante.
- “la base de cálculo de la cuantía de los alimentos y de la indexación”, literal c. La ley aplicable a la obligación de alimentos se consideró que correspondía que regulara la determinación del *quantum* de los mismos y su actualización. Frente al planteo de distintas posiciones, la Comisión Especial entendió que estas cuestiones estaban directamente vinculadas al alcance de la obligación de alimentaria y en consecuencia debían estar sujetas a ley aplicable a la misma.
- “quien puede iniciar un procedimiento en materia de alimentos, salvo las cuestiones relativas a la capacidad procesal y a la representación en juicio”, literal d. Se trata de una solución coincidente con la prevista en el Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 10.2. Quien puede iniciar el procedimiento es en principio el acreedor, pero cuando se trata

¹⁹ Tal, el derecho de algunas Provincias de Canadá, (Bonomi, 2007, p.38).

de un menor o un incapaz mayor de edad, la acción será entablada por sus representantes.

-“la prescripción o los plazos para iniciar una acción”, literal e. La prescripción de la acción alimenticia queda sujeta a la ley aplicable a la cuestión de fondo, los alimentos, entendiéndose la prescripción como una cuestión sustancial y no procesal, regida por la *lex fori*²⁰. Situación distinta es la referida a la determinación del plazo durante el cual se puede reclamar por atrasos en materia de alimentos en base a la ejecución de una decisión extranjera. Tema que por su índole procesal no es tratado por el Protocolo, sino por el Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos, artículo 32, parte final 5²¹.

-“el alcance de la obligación del deudor de alimentos, cuando un organismo público solicita el reembolso de las prestaciones proporcionadas a título de alimentos”, literal f. Mientras que el derecho del organismo público a solicitar el reembolso de una prestación proporcionada al acreedor a título de alimentos se rige, según se ha visto, por la ley a que se encuentra sujeto el organismo, artículo 10, la ley aplicable a la prestación alimenticia es la encargada de regular la existencia y alcance de la obligación del deudor de alimentos frente al organismo. Disposición con antecedente en el artículo 10.3 del Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.

L) Exclusión del reenvío, artículo 12

El artículo dispone que las normas de conflicto del Protocolo remitan a la ley interna de un Estado con exclusión de sus normas de conflicto de leyes²². Solución

²⁰ En el mismo sentido, Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 10.2.

²¹ Artículo 32, parte final, “El plazo de prescripción para la ejecución de los atrasos se determina bien conforme a la ley del Estado de origen de la decisión, bien conforme a la ley del Estado requerido. Según la que provea un plazo más largo”.

²² Cabe señalar, empero, que algunos Convenios como el de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, contemplan como excepción a la exclusión del reenvío, consagrada en el artículo 21, apartado 1, que si la ley aplicable fuera la de un Estado no contratante y

recibida, entre otros, por los Convenios de 1973 sobre Ley Aplicable a la Obligaciones Alimenticias, artículo 4, cuando dice: “La ley interna del lugar de la residencia habitual del acreedor regirá las obligaciones alimenticias a que se refiere el art.1”²³; de 5 de julio de 2006 relativo a la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, artículo 10; y de 13.1.200 sobre Protección Internacional de los Adultos, artículo 19; etc.

LL) Orden público, artículo 13

Prevé la posibilidad de no aplicar la ley señalada por las normas de conflicto del Protocolo, “en la medida que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro”.

El artículo consagra, al igual que otros Convenios de La Haya, así como a nivel interamericano²³, la excepción de orden público internacional, que opera cuando identificado el derecho extranjero señalado por la norma de conflicto, se constata que

las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro Estado no contratante, se aplicará la ley de este último, numeral 2 del artículo citado.

²³ La excepción de orden público internacional es definida en el DIPr. interamericano por la Convención de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 5, y al respecto Uruguay formuló una “Declaración” relativa al “Alcance que le otorga al Orden Público”, que en su parte medular sostiene: “La República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula de orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público de cada Estado. Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada importa una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios de orden público intencional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”. Conceptos recibidos en el DIPr uruguayo de fuente nacional por el Código General del Proceso, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo I, “Normas Generales”, artículo 525.5 y reiterados y ampliados, por el Proyecto de ley General de DIPr, Título I, “Normas Generales”, artículo 5, “Orden público internacional”, “Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asiente su individualidad jurídica. Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados por la Constitución y las convenciones internacionales de las que la República sea parte”. En relación a los alimentos, la excepción es acogida por la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 22.

su contenido afecta de modo grave, concreto y manifiesto, normas y principios esenciales al ordenamiento jurídico al que pertenece la autoridad actuante.

M) Determinación de la cuantía de los alimentos, artículo 14

Se trata de una norma material actuante aun cuando la ley aplicable de acuerdo a lo dispuesto por la norma de conflicto prevea algo distinto y dispone qué para determinar la cuantía de la prestación alimentaria se tomarán en consideración las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar del pago periódico de alimentos. Solución sustancialmente coincidente con el artículo 11, párrafo dos, del Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias de 1973 y el artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989.

N) Aplicación del Protocolo a sistemas jurídicos no unificados

Los artículos dan respuesta a la remisión por las normas de conflicto del Protocolo a sistemas plurilegislativos ya de índole territorial, ya de índole personal.

a) Sistemas no unificados de carácter territorial, artículo 16

Para determinar la ley aplicable cuando la remisión es a un ordenamiento jurídico que comprenda dos o más unidades territoriales cada una de ellas con su propio sistema jurídico o conjunto de normas relativas a la materia, el apartado 2 dispone: a) si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicables las leyes de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad; y b) en ausencia de tales normas, esto es, de manera subsidiaria, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones previstas por el apartado 1 del artículo, que indican cómo deben ser interpretadas las referencias relativas a: “a ley del Estado”, literal a; “a las autoridades competentes u organismos públicos de dicho Estado”, literal b; “a la residencia habitual en ese Estado”, literal c; “al Estado del que dos

personas tengan nacionalidad común”, literal d; “al Estado del que es nacional una persona”, literal e.

b) Sistemas jurídicos no unificados de carácter personal, artículo 17

La disposición se aplica al caso en que la ley designada por el Protocolo pertenezca a un Estado con varios sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas, vr. gr., por razones religiosas. En estas situaciones la remisión deberá interpretarse como una referencia al sistema jurídico determinado por las normas en vigor en dicho Estado.

O) Coordinación con anteriores Convenios de La Haya en materia de obligaciones alimenticias, artículo 18

Aclara que entre los Estados contratantes el Protocolo sustituye a los Convenios de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias y de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores. La sustitución ha de producirse, lógicamente, entre Estados Partes del Protocolo, por lo que los Convenios anteriores se continuarán aplicando para los países que hubieren aprobado el Protocolo en sus relaciones con aquellos Estados que son Partes de los convenios, pero no de aquel.

P) Coordinación con otros instrumentos, artículo 19

Salvo declaración en contrario, el Protocolo no deroga otros instrumentos internacionales de los que los Estados sean o lleguen a ser Partes y contengan disposiciones sobre temas regulados por el instrumento en estudio. Disposición de interés para el caso de Estados Partes de la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias que se vinculen al texto de La Haya. De acuerdo al apartado 2, lo dispuesto por el apartado 1 también resulta aplicable a leyes uniformes basadas en la existencia de vínculos especiales de carácter regional o de otra naturaleza entre los Estados contratantes.

Q) Interpretación uniforme, artículo 20

A través de esta disposición, clásica en los textos de La Haya, se indica que los Estados Partes al interpretar el Protocolo tendrán en consideración su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, por lo que, en consecuencia, las autoridades de los Estados contratantes deberán atender, en lo posible, las resoluciones adoptadas en la aplicación del Protocolo por las autoridades de los demás Estados, con la finalidad de propender a una necesaria aplicación homogénea del acuerdo.

Tales, algunas reflexiones referidas a las principales soluciones consagradas por el Protocolo de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias.

Bibliografía

- ALFONSÍN, Q. (1961) *Sistema de Derecho Internacional Privado*, tomo 1. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2008) "El Nuevo Convenio de La Haya Sobre el Cobro Internacional de Alimentos Para los Niños y Otros Miembros de la Familia". *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LX (2), 491 - 522.
- BONOMI, A. (2007) *Protocolo de La Haya de noviembre de 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias. Informe Explicativo*. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Oficina Permanente.
- CALVO CARAVACA, A - L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017) *Derecho Internacional Privado*, tomo II, decimoséptima edición. Granada: COMARES.
- CERDEIRAS, J. (2009) "Jurisdicción, Ley Aplicable y Cooperación Internacional en Materia de Obligaciones Alimentarias". *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, tomo XVIII, 191- 213.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (2013) *Curso de Derecho Internacional Privado*, tomo II, Parte Especial, volumen 1, segunda edición. Montevideo: FCU.
- OPERTTI BADAN, D. (1988) *Exposición de Motivos del Proyecto de Convención Interamericana sobre Conflicto de leyes en materias de Alimentos para Menores*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño. Unidad de Asuntos Jurídicos.
- PÉREZ VERA. E. (1990) *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial. Madrid: Tecnos.

- RAPALLINI, L. (2011) *Cobro de Alimentos en el Extranjero. Perspectivas de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*. Seminario de Derecho Internacional. Cooperación Jurídica en Materia de Derecho de Familia y Niñez. OEA/Sec. General, DDI/doc.13/11, 11.10.2011.
- SANTOS BELANDRO, R. (1999) *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*. Reglas de Conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas, segunda edición. Montevideo: FCU.
- SCOTTI, L. (2017) "Las Obligaciones Alimentarias" *Manual de Derecho Internacional Privado*, Capítulo XV. Buenos Aires: THOMSON REUTER - LA LEY.
- SIMON DEPITRE, M. (1963) "La protection des mineurs en droit international privé après l' arrêt Ball de la Cour Internationale de Justice". *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, pp.109 - 138.
- TELLECHEA BERGMAN, E. (1989) "Análisis de la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores". *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, (4), 131 - 149.
- TELLECHEA BERGMAN, E. (1993) "La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Moderno Derecho Internacional Privado Interamericano". *IINFANCIA, Boletín del Instituto Interamericano de Niño - OEA*, tomo 65, no 232.
- VERWILGHEN, M. (1975), "Actas y documentos de la Duodécima sesión, tomo IV, Obligaciones alimenticias" disponible en la página web de la Conferencia en www.hcch.net, bajo los epígrafes "Publicaciones" y "Informe explicativos", pp. 383 a 465.
- VON STEINGER, W. E. (1964) "La protection des mineurs en droit international privé". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tomo 112.