

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias

Informe explicativo

Redactado por Andrea Bonomi

Publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Oficina Permanente
Churchillplein 6b, La Haya, Países Bajos



Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias

Informe explicativo

redactado por Andrea Bonomi

(Traducción no revisada, elaborada por cortesía de la
Oficina de Interpretación de Lenguas del
Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España)

ÍNDICE

	Página
I. ANTECEDENTES	4
II. TÍTULO, PREÁMBULO Y ESTRUCTURA GENERAL DEL PROTOCOLO.....	7
III. PRINCIPALES ASPECTOS DEL RÉGIMEN PREVISTO EN EL PROTOCOLO.....	9
IV. COMENTARIO ARTÍCULO POR ARTÍCULO	10
Artículo 1 Ámbito de aplicación	10
Artículo 2 Aplicación universalista.....	13
Artículo 3 Norma general sobre la ley aplicable	13
Artículo 4 Normas especiales a favor de determinados acreedores.....	16
Artículo 5 Norma especial relativa a los esposos y ex esposos.....	22
Artículo 6 Medio especial de defensa	26
Artículos 7 y 8 Elección de la ley aplicable	28
Artículo 7 Designación de la ley aplicable a los efectos de un procedimiento específico (acuerdo procesal).....	29
Artículo 8 Designación de la ley aplicable.....	31
Artículo 9 “Domicilio” en lugar de “nacionalidad”	36
Artículo 10 Organismos públicos	37
Artículo 11 Ámbito de la ley aplicable	38
Artículo 12 Exclusión del reenvío.....	39
Artículo 13 Orden público	39
Artículo 14 Determinación de la cuantía de los alimentos	40
Artículos 15 a 17 Sistemas jurídicos no unificados.....	41
Artículo 15 No aplicación del Protocolo a conflictos internos.....	41
Artículo 16 Sistemas jurídicos no unificados de carácter territorial.....	41
Artículo 17 Sistemas jurídicos no unificados de carácter personal	42
Artículo 18 Coordinación con los anteriores Convenios de La Haya en materia de obligaciones alimenticias.....	43
Artículo 19 Coordinación con otros instrumentos	43
Artículo 20 Interpretación uniforme	44
Artículo 21 Revisión del funcionamiento práctico del Protocolo	44
Artículo 22 Disposiciones transitorias.....	44
Artículo 23 Firma, ratificación y adhesión	45
Artículo 24 Organizaciones Regionales de Integración Económica	45
Artículo 25 Entrada en vigor	45
Artículo 26 Declaraciones con respecto a sistemas jurídicos no unificados	45
Artículo 27 Reservas.....	46
Artículos 28 a 30 Declaraciones, denuncia, notificación.....	46

I. ANTECEDENTES

1. El 23 de noviembre de 2007, la XXI Sesión diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada en La Haya, aprobó el texto de dos instrumentos internacionales destinados a facilitar el cobro internacional de alimentos, el *Convenio sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia* (en lo sucesivo, "el Convenio") y el *Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* (en lo sucesivo, "el Protocolo"). Este Informe Explicativo se refiere al Protocolo, siendo objeto el Convenio de un Informe separado, redactada por las Sras. Alegría Borrás (España) y Jennifer Degeling (Australia), con ayuda de los Sres. William Duncan y Philippe Lortie, de la Oficina Permanente (en lo sucesivo, "Informe Borrás-Degeling").

2. La cuestión de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias figuraba desde el primer momento en el mandato oficial de la Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los menores y otros miembros de la familia, que elaboró los anteproyectos de Convenio y de Protocolo. Efectivamente, la Comisión especial de abril de 1999¹ decidió que el orden del día de los trabajos futuros de la Conferencia debía conceder una atención prioritaria al establecimiento de un nuevo Convenio completo en materia de obligaciones alimenticias, con el propósito de mejorar los Convenios de La Haya existentes en la misma, e incluir disposiciones acerca de la cooperación judicial y administrativa². Ahora bien, entre los Convenios de La Haya existentes en materia de obligaciones alimenticias, dos están dedicados a la determinación de la ley aplicable; se trata del *Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 relativo a la ley aplicable sobre las obligaciones alimenticias con respecto a menores* (en lo sucesivo, "El Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1956") y del *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 relativo a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* (en lo sucesivo, "El Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973").

3. Conforme a la decisión tomada en el Décimo Novena Sesión, el Secretario General convocó una Comisión especial que se reunió en La Haya del 5 al 16 de mayo de 2003, del 7 al 18 de junio de 2004, del 4 al 15 de abril de 2005, del 19 al 28 de junio de 2006 y del 8 al 16 de mayo de 2007. El Sr. Fausto Pocar (Italia) fue elegido presidente de la Comisión especial y la Sra. Mária Kurucz (Hungría), la Sra. Mary Helen Carlson (Estados Unidos de América) y el Sr. Jin Sun (China), vicepresidentes de la misma. Las Sras. Alegría Borrás y Jennifer Degeling, fueron elegidas como relatores. Se constituyó un Comité de redacción presidido por la Sra. Jan Doogue (Nueva Zelanda). El trabajo de las Comisiones especiales y del Comité de redacción se vió muy facilitado por importantes documentos preliminares³ y las observaciones del Sr. William Duncan, Secretario General Adjunto, encargado de los trabajos científicos de la Secretaría, y del Sr. Philippe Lortie, Primer Secretario

4. En su primera reunión de mayo de 2003 y conforme al mandato recibido, la Comisión especial debatió la cuestión de si el nuevo instrumento debía contener disposiciones sobre la ley aplicable por las autoridades que dictan las decisiones alimenticias y, en caso afirmativo, cómo deberían ser las reglas incluidas en esas disposiciones. El debate reveló la existencia de dos posiciones opuestas. Aunque la mayoría de los delegados de las jurisdicciones de derecho civil favorecía la inclusión de una determinada forma de régimen de la ley aplicable, las delegaciones de las

¹ Para los antecedentes y las decisiones de esta reunión, cf. el Informe Borrás-Degeling, aps. 1 a 5.

² Véase Acta Final del Décimo Noveno Período de Sesiones, *Actas y Documentos del Décimo Noveno Período de Sesiones, tomo I, Materias diversas*, págs. 34 a 47, en la pág. 44.

³ Véase, en particular, W. Duncan, "Hacia un nuevo instrumento mundial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a menores y otros miembros de la familia", Doc. Prel. N° 3 de abril de 2003 a la atención de la Comisión especial de mayo de 2003 sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a menores y otros miembros de la familia, disponible en la pág. web de la Conferencia en < www.hcch.net >, bajo los epígrafes "Convenios", "Convenio 38" y "Documentos preliminares".

jurisdicciones regidas por el *common law* por lo general se oponían⁴ a ello. Esta oposición se explica fácilmente si se considera que en la mayoría de los países que aplican el *common law*, las decisiones en materia alimenticia se adoptan tradicionalmente sobre la base de la ley del foro. La ley del foro es igualmente aplicada a menudo en los Estados que disponen de sistemas administrativos de cobro de alimentos, que no son todos países de *common law*.

5. La mayoría de las delegaciones favorables a la inclusión de un régimen general de ley aplicable consideraban que las presentes negociaciones representaban una oportunidad única para revisar los Convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973 y que no había que desaprovecharla. Aunque el Convenio de 1973 era, en general, bastante satisfactorio y debía servir de punto de partida para la elaboración de un nuevo texto, determinadas soluciones del mismo debían ser revisadas y modernizadas, con el fin de corregir sus defectos y atraer un mayor número de ratificaciones⁵. Para conseguirlo, el proceso de revisión debería implicar a todos los Estados, y no sólo a los que eran ya Partes en los Convenios de 1956 y 1973.

6. Siguiendo la propuesta de su presidente, la Comisión especial decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre la Ley Aplicable (en lo sucesivo, el "GTLA"), que incluyera expertos procedentes de los Estados Partes en los Convenios de obligaciones alimenticias de 1956 y 1973 y otros Estados, y cuya presidencia se encomendó al que suscribe. Basándose en el mandato recibido, que fue renovado y precisado en el transcurso de las reuniones de la Comisiones especiales de 2004, 2005 y 2006, el GTLA elaboró un esbozo de texto sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en lo sucesivo, "el Esbozo"). Una primera versión del Esbozo se presentó como anejo al Informe del GTLA de junio de 2006⁶ y se debatió en la Comisión especial de julio de 2006. Esta Comisión decidió convocar una Comisión especial para mayo de 2007 cuyo objeto principal sería la cuestión de la ley aplicable. La segunda versión del Esbozo⁷, comentada en el Informe del GTLA de abril de 2007⁸, constituyó la base de los trabajos de la Comisión especial de mayo de 2007.

⁴ Canadá, cuyas provincias y territorios adoptan un enfoque en cascada aunque más limitado que el previsto en el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, estaba abierta a la inclusión en el futuro instrumento de una cierta forma de régimen de ley aplicable. En sus provincias y territorios regidos por el *common law*, la ley aplicable es la del lugar de residencia habitual del menor; cuando el menor no tenga derecho a los alimentos en virtud de esta ley, se aplicará la *lex foris* (cf. p.ej., la Ley sobre el establecimiento y la ejecución recíproca de órdenes alimenticias (Manitoba), art. 12(1)). En Quebec, de jurisdicción de derecho civil, la ley aplicable es sucesivamente la ley del domicilio del acreedor de alimentos, y luego la del domicilio del deudor (art. 3094 del Código Civil).

⁵ El Convenio de 1973 está actualmente en vigor en 14 Estados (Alemania, España, Estonia, Francia, Italia, Japón, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía). El de 1956, relativo a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, se encuentra actualmente vigente en 12 Estados (Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía).

⁶ "Informe del Grupo de Trabajo sobre la Ley Aplicable", preparado por el presidente del Grupo de Trabajo, Andrea Bonomi, Doc. Prel. N° 22 de junio de 2006 destinado a la Comisión especial de junio de 2006 sobre el cobro internacional de alimentos respecto a menores y otros miembros de la familia, disponible en la página web de la Conferencia en < www.hcch.net >, bajo los epígrafes "Convenios", "Convenio 38" y "Documentos preliminares".

⁷ "Esbozo relativo a la ley aplicable", preparado por el Grupo de Trabajo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, reunido los días 17 y 18 de noviembre de 2006 en La Haya, Doc. Prel. N° 24 de enero de 2007 destinado a la Comisión especial de mayo de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos respecto a menores y otros miembros de la familia, disponible en la página web de la Conferencia, *ibid.*

⁸ "Informe del grupo de trabajo sobre la Ley aplicable", redactado por el presidente del Grupo de Trabajo, Andrea Bonomi, Doc. Prel. N° 27 de abril de 2007 destinado a la Comisión especial de mayo de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos respecto a menores y otros miembros de la familia, disponible en la página web de la Conferencia, *ibid.*

7. En la Comisión especial de mayo de 2007, la cuestión de la ley aplicable constituyó el centro de los trabajos. La Comisión concluyó, en primer lugar, que la reglamentación de la ley aplicable debía ser objeto de un Protocolo, formalmente separado del Convenio. Luego, dio su acuerdo a la elaboración de un anteproyecto de Protocolo⁹ que, acompañado de un Informe Explicativo¹⁰, sirvió de base a los debates de la Vigésimo primera Sesión de la Conferencia, celebrada en La Haya del 5 al 23 de noviembre de 2007. En esta ocasión, el que suscribe fue elegido Ponente del Informe Explicativo del Protocolo.

8. La sesión plenaria de la XXI Sesión diplomática de la Conferencia de La Haya estuvo presidida por el Sr. Teun Struycken (Países Bajos). Sus Vicepresidentes fueron: la Sra. Hlengiwe B. Mkhize (Embajadora de Sudáfrica), el Sr. Gilberto Vergne Saboia (Embajador de Brasil), la Sra. Xue Hanqin (Embajadora de China), la Sra. Mary Helen Carlson (Estados Unidos de América), el Sr. Ioannis Voulgaris (Grecia), la Sra. Jan Doogue (Nueva Zelanda), la Sra. Dorothee van Iterson (Países Bajos) y el Sr. Alexander Y. Bavykin (Federación de Rusia).

9. La Sesión diplomática de la Conferencia encomendó la redacción del Convenio a su Comisión I, presidida por la Sra. Mária Kurucz (Hungría), y la del Protocolo a su Comisión II, presidida por el que suscribe. Los vicepresidentes de la Comisión I fueron: el Sr. Lixiao Tian (China) y la Sra. Mary Helen Carlson (Estados Unidos de América); los de la Comisión II: la Sra. Nádia de Araújo (Brasil) y el Sr. Shinichiro Hayakawa (Japón). Además de los delegados de los 68 miembros de la Conferencia representados en la Vigésimo Primera Sesión, participaron igualmente observadores de 14 Estados no miembros y de nueve organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

10. Se constituyó un Comité de redacción presidido por la Sra. Jan Doogue (Nueva Zelanda) para tratar de los trabajos de las Comisiones I y II. Además de su presidenta, el Comité de redacción agrupaba a los Ponentes de las dos Comisiones, miembros de oficio, a los miembros de la Oficina Permanente, y a los siguientes expertos: las Sras. Denise Gervais (Canadá), Katja Lenzing (Comunidad Europea), Mary Helen Carlson (Estados Unidos de América) y María Elena Mansilla y Mejía (México), así como a los Sres. James Ding (China), Lixiao Tian (China), Miloš Hatapka (Comunidad Europea), Robert Keith (Estados Unidos de América), Edouard de Leiris (Francia) y Paul Beaumont (Reino Unido).

11. La tercera lectura del proyecto de Protocolo finalizó en la reunión plenaria del 22 de noviembre de 2007. El proyecto de Protocolo se aprobó formalmente en la sesión de clausura del 23 de noviembre de 2007, mediante la firma del Acta final del Vigésimo Primer Período de Sesiones.

⁹ "Anteproyecto de Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias", redactado bajo la autoridad de la Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos respecto a menores y otros miembros de la familia y aprobado por el Comité de redacción, Doc. Prel. N° 30 de junio de 2007 destinado a la vigésimo primera sesión de noviembre de 2007, disponible en la página web de la Conferencia, *ibíd.*

¹⁰ "Anteproyecto de Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias - Informe explicativo", redactado por Andrea Bonomi, Doc. Prel. N° 33 de agosto de 2007 destinado a la vigésimo primera sesión de noviembre de 2007, disponible en la página web de la Conferencia, *ibíd.*

II. TÍTULO, PREÁMBULO Y ESTRUCTURA GENERAL DEL PROTOCOLO

12. El título del Protocolo - "Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias" - subraya el principal objetivo de este instrumento, que es la introducción de reglas uniformes para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Este título recoge el del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, que tiene la misma finalidad.

13. El Protocolo no contiene reglas sobre conflictos jurisdiccionales (competencia de las autoridades y reconocimiento y ejecución de resoluciones), ni sobre cooperación administrativa entre los Estados. Una parte de estas cuestiones (la cooperación administrativa anterior y simultánea, el proceso de cobro internacional de alimentos, así como el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras) se regula en el Convenio.

14. De forma contraria al Convenio, cuyo título hace referencia expresa a los alimentos destinados a menores y a otros miembros de la familia, el título del Protocolo no contiene indicación alguna a este respecto. Ello refleja el ámbito de aplicación muy extenso que se confiere al Protocolo por medio de su artículo primero. El Protocolo determina, en efecto, la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que se derivan de cualquier relación familiar, sin restricción y sin posibilidad de reserva (*cf.* art. 27). Los alimentos destinados a los menores se incluyen en su ámbito de aplicación, al igual que los alimentos debidos, en virtud de la ley designada en el Protocolo, a personas adultas.

15. El título "Protocolo" se discutió en la Comisión II de la Sesión diplomática, y ello, hasta su segunda reunión del 22 de noviembre de 2007, que estuvo dedicada a la segunda revisión del proyecto de Protocolo. A resultas de la decisión de independizar formalmente al Protocolo del Convenio (*cf.* art. 23, que permite la firma, ratificación y adhesión para todos los Estados, aunque no sean Partes en el Convenio), determinadas delegaciones propusieron, en efecto, cambiar el título del instrumento de "Protocolo" por el de "Convenio", no siendo lo bastante fuerte el vínculo de dependencia de este texto con el Convenio (*cf.* Acta N° 6 de la Comisión II, aps. 11 y ss., 178 y ss.). Una vez debatidas las ventajas e inconvenientes de ambas soluciones, se alcanzó finalmente un consenso sobre el término "Protocolo".

16. El término "Protocolo", aunque resulta inusitado para un instrumento adoptado en el ámbito de la Conferencia de La Haya, presenta la ventaja de subrayar los vínculos genéticos y funcionales existentes entre el Protocolo y el Convenio. Dejando a parte los antecedentes (*cf. supra*, aps. 2 y ss.), procede señalar que el Protocolo pretende, al igual que el Convenio, facilitar el cobro internacional de alimentos. Efectivamente, la determinación de la ley aplicable (y, en su caso, la aplicación de una ley extranjera) es una de las dificultades con que un acreedor de alimentos puede encontrarse cuando haga valer su pretensión contra un deudor residente en el extranjero. Ciertas soluciones consagradas en el Protocolo (en particular, el papel acrecentado que el mismo reconoce a la ley del foro con respecto a los instrumentos existentes, *cf.* arts. 4 y 7) se proponen facilitar el logro de una resolución en materia de alimentos, y se inspiran de ese modo en la misma intención en que se basa el Convenio. Procede observar, finalmente, que teniendo en cuenta el carácter *erga omnes* del Protocolo (*cf.* su art. 2), la ratificación de este último por un gran número de Estados podrá resultar beneficiosa para los acreedores, incluso para los domiciliados en Estados que no se hayan adherido a este texto (y que no pretendan convertirse en Partes del mismo). En efecto, incluso los acreedores domiciliados en esos Estados podrán beneficiarse, por medio de un procedimiento abierto en un Estado Contratante (por ejemplo, en el Estado del domicilio del deudor), de la aplicación de las reglas uniformes y favorables para el acreedor consagradas en el Protocolo.

17. Este vínculo funcional se subraya igualmente en el Preámbulo, donde se destaca que el desarrollo de reglas generales relativas a la ley aplicable constituye un complemento útil al Convenio. En cuanto al resto, el Preámbulo resume las demás reflexiones que han presidido la elaboración del Protocolo, mencionando en particular la

voluntad de uniformar las reglas sobre conflictos de leyes y de modernizar los Convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973.

18. El Protocolo tiene 30 artículos. No está dividido en capítulos, pero se pueden reagrupar las disposiciones en tres grupos. Los artículos 1 y 2 definen el campo de aplicación *ratione materiae* y *ratione loci*; los artículos 3 a 14 determinan la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, precisando igualmente el ámbito de esta última; los artículos 15 a 30 son disposiciones generales y finales, habituales en la mayoría de los textos elaborados por la Conferencia de La Haya.

III. PRINCIPALES ASPECTOS DEL RÉGIMEN PREVISTO EN EL PROTOCOLO

19. Fiel a su propósito de revisar los Convenios anteriores relativos a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, y sin rechazar por completo el enfoque de los mismos, el Protocolo sigue, en muchos puntos, las soluciones consagradas por aquéllos, en particular por el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973. Ese es el caso, por ejemplo, del ámbito de aplicación, definido de manera muy extensa en los artículos 1 y 2, el tratamiento de la obligación de prestar alimentos como merecedora de su propia regla de conflicto ("categoría de conexión") independientemente de la relación familiar subyacente (art.1(2)), la regla general basada en la conexión de la obligación alimenticia con la ley del domicilio habitual del acreedor (art. 3), la admisión de ciertas conexiones subsidiarias "en cascada" tendentes a favorecer al acreedor de alimentos (art. 4), y la definición muy amplia de las cuestiones regidas por la ley designada aplicable a la obligación de alimentos (art. 11). Las soluciones del Protocolo podrán de ese modo aproximarse, en varios aspectos, a las del *Convenio de Montevideo de 15 de julio de 1989 sobre obligaciones alimenticias* (en lo sucesivo, el "Convenio de Montevideo de 1989") (véase *infra* aps. 33, 36, 39, 57, 66, 67 y 165).

20. Con relación al Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, son tres las principales innovaciones. En primer lugar, el reforzamiento del papel de la *lex fori*, que se promueve al rango de criterio principal, para las pretensiones de ciertas clases "privilegiadas" de acreedores, no teniendo en este caso la ley del domicilio habitual del acreedor más que un papel subsidiario (art. 4(3)). En segundo lugar, la introducción con respecto a las relaciones entre esposos y ex esposos de una cláusula de escape basada en la idea de proximidad (art. 5), que rompe con la conexión inmutable con la ley aplicada al divorcio derivada del artículo 8 del Convenio de 1973. Por último, la introducción de un cierto grado de autonomía de las partes, que se declina de dos formas: un acuerdo de procedimiento que permita a las partes, para cualquier clase de obligación alimenticia, elegir la ley de foro para las necesidades de un proceso específico (art. 7) y una elección en cuanto a la ley aplicable que pueda ejercerse en cualquier momento por personas adultas y capaces de defender sus intereses, dejando a salvo determinadas condiciones y restricciones (art. 8).

IV. COMENTARIO ARTÍCULO POR ARTÍCULO

Artículo 1 **Ámbito de aplicación**

21. El artículo 1 define el campo de aplicación material del Protocolo. Según el apartado primero de este artículo, el Protocolo determina la ley aplicable a toda obligación alimenticia derivada de relaciones familiares, filiación, matrimonio o de afinidad.

a) La ley aplicable a las obligaciones alimenticias

22. El objeto del Protocolo es determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. De ese modo, no contiene reglas sobre conflictos de jurisdicción, ni sobre cooperación administrativa: estas cuestiones están reguladas, al menos parcialmente, en el Convenio.

23. Por otra parte, es importante subrayar que el Protocolo regula únicamente la ley aplicable a la obligación alimenticia, concebida como una categoría autónoma de conexión. Así, no pretende determinar la ley aplicable a las relaciones familiares de las que se deriva la obligación alimenticia. Este principio es importante, y está claramente expresado en el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, cuyo artículo 2(1) indica que “el Convenio sólo regula los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias”. Esta fórmula no se recoge en el Protocolo, probablemente porque se consideró superflua, teniendo en cuenta el título de este instrumento (“Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias” (subrayado por nosotros), así como por el texto de su artículo 1(1) (“El presente Protocolo determinará la ley aplicable a las obligaciones alimenticias [...]” (subrayado por nosotros). Pese a este silencio, el enfoque del Protocolo es en este punto el mismo que el del Convenio de 1973, en el sentido de que la ley aplicable a las relaciones familiares contempladas en el artículo 1(1) (p. ej. la filiación o el matrimonio) no está directamente regida por el Protocolo. Eso se ve confirmado por el artículo 1(2) del Protocolo, que recoge el artículo 2(2) del Convenio de 1973, precisando que “las decisiones dictadas en aplicación del presente Protocolo no prejuzgan la existencia de alguna de las relaciones previstas en el apartado 1”. Esta regla no es, efectivamente, más que un corolario de la conexión autónoma de la obligación alimenticia.

24. La conexión autónoma de la obligación alimenticia tiene como consecuencia que la ley aplicable a las relaciones de familia contempladas en el artículo 1(1) deberá ser determinada, en cada Estado Contratante, basándose en las reglas de conflicto de derecho común vigentes en ese Estado. Ello no plantea problemas cuando la existencia o inexistencia de la relación familiar constituye la cuestión principal del procedimiento en curso (por ejemplo, cuando la demanda se refiera al establecimiento de la filiación, la validez del matrimonio, la separación o el divorcio), y ello, incluso cuando se presente una pretensión alimenticia de modo accesorio en el ámbito del mismo procedimiento. El problema es más delicado cuando la cuestión de la existencia de la relación familiar se plantea previamente en el marco de un procedimiento que tiene por objeto principal el adeudo de alimentos (por ejemplo, si el presunto deudor rechaza la existencia de un vínculo de filiación o la validez del matrimonio). Dado el silencio del Protocolo, nada impide volver a recoger la interpretación propuesta para los Convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973, según el cual la ley designada para regir la obligación de alimentos podrá aplicarse igualmente a la cuestión previa relativa a la existencia de una relación familiar en el sentido del artículo 1(1)¹¹. Esta solución no se impone, sin embargo, a los Estados Contratantes, que podrían legítimamente optar por una conexión independiente y autónoma de la cuestión previa; en este caso, esta última se decidirá según la ley designada por las reglas de conflicto del foro. De cualquier modo, según el artículo 1(2), la resolución dictada acerca de la demanda de alimentos en aplicación de la ley designada por el Protocolo no prejuzga la existencia de la relación familiar de que se trate.

¹¹ Informe explicativo acerca de los convenios sobre obligaciones alimenticias (ejecución-ley aplicable) de 1973, redactado por el Sr. Verwilghen (en lo sucesivo, “Informe Verwilghen”), *Actas y documentos de la Duodécima sesión, tomo IV, Obligaciones alimenticias*, págs. 383 a 465, aps. 125 y ss., disponible en la página web de la Conferencia en < www.hcch.net >, bajo los epígrafes “Publicaciones” y “Informe explicativos”.

b) Las obligaciones alimenticias derivadas de una relación familiar

25. Según el artículo 1(1), el Protocolo determina las obligaciones alimenticias derivadas de una relación familiar, de la filiación, el matrimonio o la afinidad. Esta fórmula se corresponde con la del artículo 1 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973. Contrariamente a este último (*cf.* en especial sus arts. 13 y 14), el Protocolo no prevé, sin embargo, reservas que permitan a los Estados Contratantes limitar su campo de aplicación a ciertas obligaciones alimenticias o excluir otras (*cf.* art. 27, según el cual “no se permitirá reserva alguna al presente Protocolo”). El campo de aplicación del Protocolo resulta, por consiguiente, muy extenso.

i) Un campo de aplicación material más extenso que el del Convenio

26. El campo de aplicación del Protocolo es en concreto más extenso que el campo de aplicación obligatoria del Convenio, estando este último limitado, conforme al artículo 2(1) :

- a) a las obligaciones alimenticias derivadas de una relación paternofamiliar con respecto a una persona menor de 21 años;
- b) al reconocimiento y a la ejecución o a la ejecución, de una resolución relativa a las obligaciones alimenticias entre esposos y ex esposos cuando la demanda se presente conjuntamente con una acción comprendida en el campo de aplicación del punto a); y
- c) a excepción de los capítulos II y III, a las obligaciones alimenticias entre esposos y ex esposos”.

Esta diferencia se explica, por una parte, por la voluntad de hacer coincidir el campo de aplicación del Protocolo con el del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, de manera que el primero pueda reemplazar (al menos entre los Estados Contratantes) al segundo (*cf.* art. 18). Refleja, por otra parte, el deseo de no restringir excesivamente el campo de aplicación de un texto que, siendo objeto de un Protocolo separado del Convenio, es de cualquier forma opcional con respecto a los Estados que ratifiquen este último y puede, a la inversa, ser ratificado por Estados que no sean Partes del Convenio (*cf.* art. 23).

27. Por otra parte, los casos de aplicación de ambos instrumentos no podrían en todo caso coincidir, puesto que sus condiciones de aplicación *ratione loci* son diferentes. El Convenio es un instrumento *inter partes*, que se aplica en las relaciones entre los Estados Contratantes; eso es cierto tanto con respecto a la cooperación administrativa (*cf.* art. 9 del Convenio, que se refiere a la demanda transmitida a la Autoridad central del Estado requerido por mediación de la Autoridad central del Estado *Contratante* en que resida el demandante) como con respecto al reconocimiento y la ejecución de resoluciones (*cf.* art. 20(1) del Convenio, que establece las condiciones en que “una decisión dictada en un Estado *Contratante* [...] se reconoce y es ejecutada en los demás Estados *Contratantes*” (el subrayado es nuestro). El Protocolo, por el contrario, es aplicable *erga omnes*, aunque la Ley que designa es la de un Estado *no Contratante* (*cf.* art. 2).

28. Procede señalar, por otra parte, que el campo de aplicación material del Convenio puede ampliarse igualmente, de modo opcional (mediante una declaración formulada conforme al art. 63), “a otras obligaciones alimenticias derivadas de una relación de familia, de la filiación, el matrimonio o la afinidad [...]” (art. 2(3) del Convenio). Mediante dicha declaración, cada Estado *Contratante* podrá hacer coincidir, en consecuencia, si lo desea, el campo de aplicación *material* de ambos instrumentos. No obstante, incluso en el caso de existir una de esas declaraciones, la coincidencia sólo será parcial. Efectivamente, la declaración prevista en el artículo 2(3) del Convenio sólo origina obligaciones entre dos Estados *Contratantes* en base a la reciprocidad, a saber, “en la medida en que sus declaraciones abarquen las mismas obligaciones alimenticias y a las mismas Partes en el Convenio”; por el contrario, el Protocolo, como acabamos de hacer observar, es aplicable *erga omnes*, con independencia de cualquier reciprocidad (*cf.* art. 2). Podrá ocurrir, pues, que incluso en un Estado Parte de ambos instrumentos

que hayan efectuado la mencionada declaración, el Convenio no sea aplicable en un caso concreto, contrariamente a lo establecido en el Protocolo.

ii) *Las obligaciones alimenticias derivadas de una relación de familia*

29. El Protocolo no define la noción de "relación de familia", sino que se limita a dar algunos ejemplos de la misma, que se corresponden con los que figuran en el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973. Así se mencionan expresamente las relaciones de familia, parentesco, filiación, matrimonio o afinidad. Esta enumeración muestra que la noción de "familia" adoptada por el Protocolo es más bien extensa; en efecto, se incluyen en la misma las relaciones de afinidad, aunque no están reconocidas en todos los Estados.

30. En la última parte del artículo 1(1) se precisa que en el caso de alimentos con respecto a menores, la aplicación del Protocolo es independiente de la situación matrimonial de sus padres. Esta precisión, que figura igualmente en el artículo 1 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 y en el artículo 2(4) del Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos, establece que el Protocolo se aplicará sin discriminación con respecto a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

31. El problema que actualmente se plantea es el de las diferentes formas de matrimonio o de unión entre personas del mismo sexo. Estas relaciones están reconocidas en un número creciente de sistemas jurídicos, que con frecuencia las consideran como relaciones de familia que pueden dar lugar a pretensiones de naturaleza alimenticia. Sin embargo, otros Estados rechazan su reconocimiento, considerando en ocasiones que son contrarias a su orden público. El Protocolo no va a modificar esta situación. En efecto, las reglas de conflicto del Protocolo sólo determinan la ley aplicable a las obligaciones alimenticias; no determinan la ley aplicable a lo que constituye una relación de familia ni al establecimiento de tales relaciones en las que se basan las obligaciones alimenticias (véase *supra*, ap. 23). La existencia y la validez de los matrimonios o uniones entre personas de un mismo sexo quedan sometidas, en consecuencia, a la ley nacional de los Estados Contratantes, incluidas sus reglas de derecho internacional privado. Además, el Protocolo no precisa si las obligaciones alimenticias resultantes de esos tipos de relación están comprendidas en su campo de aplicación; este es un silencio deliberado, para evitar que el Protocolo se enfrente a oposiciones fundamentales existentes entre los Estados sobre esta problemática. La cuestión, no obstante, se debatió en relación con ciertas reglas de conexión, en especial las del artículo 5 relativas a las obligaciones alimenticias entre esposos y ex esposos. Algunas delegaciones propusieron, en efecto, que se precisara expresamente en el texto del Protocolo que esa disposición podía aplicarse también, a discreción de los Estados, a esas instituciones próximas al matrimonio. Aunque esta propuesta no obtuvo el consenso necesario, la Comisión II de la Sesión diplomática admitió que los Estados que conocían tales instituciones en sus ordenamientos jurídicos, o que están dispuestos a reconocerlas, puedan someterlas a la regla del artículo 5 (*cf. infra*, aps. 92 y ss.), lo que equivale a admitir implícitamente que se les puede aplicar el Protocolo. Por el contrario, nada se decidió con respecto a los Estados Contratantes que no están dispuestos a tratar este tipo de instituciones como matrimonios. Para estos últimos, se puede contemplar una solución consistente en considerar que dichas relaciones no son asimilables al matrimonio (en cuyo caso, la ley aplicable se determinará basándose en otras reglas del Protocolo, en especial, las de los arts. 3 y 6). Visto el silencio del Protocolo y de los trabajos preparatorios, hay que admitir que esta solución es legítima, aunque eso implique que la aplicación del Protocolo no sea uniforme en los Estados Contratantes. Esta falta de uniformidad no resulta sin embargo demasiado grave, si se considera que, en cualquier caso, el tribunal o la autoridad del Estado de que se trate tendría la posibilidad en un caso concreto de denegar, por razones de orden público, la aplicación de una ley extranjera que reconozca una obligación alimenticia derivada de dichas relaciones controvertidas (*cf. art. 13; infra*, ap. 177).

32. El Protocolo no precisa si es aplicable a las obligaciones alimenticias resultantes de un acuerdo relativo a la existencia o al alcance de una pretensión alimenticia. Tales acuerdos se concluyen con frecuencia entre los cónyuges en el momento del matrimonio o en caso de divorcio, o entre parejas no casadas. Recordemos que esta cuestión no

pudo resolverse en el momento de la elaboración del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, y que este último dejaba, por consiguiente, al juez “toda libertad” para poder someter estas obligaciones a las disposiciones del Tratado o a las reglas del conflicto de derecho común¹². A pesar del silencio del Protocolo sobre este punto, el mismo contiene elementos que permiten afirmar que es igualmente aplicable a los contratos relativos a alimentos, en la medida en que estos acuerdos se propongan modificar o precisar una obligación derivada de una relación de familia. Efectivamente, de modo contrario al Convenio de 1973, el Protocolo permite bajo ciertas condiciones la elección de la ley aplicable a la obligación alimenticia (*cf.* en particular, el art. 8, que permite a las partes designar la ley aplicable “en cualquier momento”). Ahora bien, una de las razones –si no la principal- para admitir esta elección era justamente garantizar cierta estabilidad a los acuerdos concluidos en materia alimentaria entre cónyuges u otras personas adultas (*infra*, ap. 126). Si se admite que la ley designada por las partes en virtud del Protocolo es aplicable a los contratos relativos a alimentos, la misma conclusión se impone necesariamente con respecto a la ley designada por el propio Protocolo con ayuda de una conexión objetiva.

c) El alcance de las decisiones dictadas en aplicación del Protocolo

33. El apartado segundo del artículo 1 precisa que las decisiones dictadas en aplicación del Protocolo no prejuzgan la existencia de una de las relaciones a que se refiere el apartado 1. Esta disposición recoge la fórmula utilizada en el artículo 2(2) del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973; la misma solución se tomó con respecto al artículo 5 del Convenio de Montevideo de 1989. Indica que nadie puede prevalerse de una decisión que condene al deudor al pago de alimentos al acreedor basándose en la ley designada por el Protocolo para afirmar la existencia de una relación de familia como las contempladas en el artículo 1(1). Esta regla es un corolario de la conexión autónoma de la obligación de alimentos (*cf. supra*, ap. 23). Se corresponde con el artículo 19(2) del Convenio, según el cual, cuando una decisión extranjera no se refiera únicamente a la obligación alimenticia, el efecto de las normas del Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución queda limitado a la obligación de alimentos (*cf.* el Informe Borrás-Degeling, ap. 438). Para un análisis en mayor profundidad de este enfoque, ya bien conocido en los Estados Contratantes del Convenio de 1973, nos remitimos al Informe Verwilghen¹³.

Artículo 2 Aplicación universalista

34. Esta disposición no hace más que precisar el carácter universal del Protocolo. Éste será aplicable en los Estados Contratantes, aún en el caso en que la ley designada por sus disposiciones sea la de un Estado no Contratante. Este enfoque se corresponde con el adoptado por el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 (art. 2), así como por varios otros Convenios de La Haya en materia de ley aplicable.

35. En virtud de esta regla, en caso de que se entable ante una autoridad de un Estado Contratante una solicitud relativa a una obligación alimenticia incluida en el campo de aplicación material del Protocolo, aquélla deberá aplicar este texto para determinar la ley aplicable sobre el fondo del asunto, incluso en el caso de que el asunto presente (bien por la residencia de las partes, o por otros motivos) vínculos muy estrechos con uno o varios Estados no Contratantes. Lo mismo sucederá si la ley designada por el Protocolo es la de un Estado no Contratante (lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando el acreedor resida en uno de esos Estados o cuando las partes hayan designado esa ley como aplicable a la obligación alimenticia (*cf.* arts. 3 y 8).

Artículo 3 Norma general sobre la ley aplicable

36. Esta disposición consagra el principio de conexión de las obligaciones alimenticias con la ley del Estado de residencia habitual del acreedor. Esta conexión corresponde a la utilizada, de modo principal, en el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 y, en relación con los alimentos con respecto a menores, en el Convenio sobre obligaciones

¹² *Ibidem*, ap. 120

¹³ *Ibid.*, aps. 122 y ss.

alimenticias de 1956. Igualmente está previsto en el artículo 6(a) del Convenio de Montevideo de 1989 (que, no obstante, lo sitúa en un plano alternativo con la residencia habitual del deudor). Esta solución se admitió por unanimidad en el curso de las negociaciones.

a) La razón de ser de esta conexión

37. Esta conexión presenta varias ventajas. La principal es que permite determinar la existencia y el importe de la obligación alimenticia teniendo en cuenta las condiciones jurídicas y el ámbito social del país donde el acreedor vive y ejerce esencialmente sus actividades. Como ya se subrayó con justicia en el Informe Verwilghen, “[el acreedor] utilizará la obligación alimenticia para vivir”. Por tanto, “[...] resulta sensato apreciar el problema concreto que se plantea con respecto a una sociedad determinada: la del lugar en que el demandante de los alimentos vive y va a vivir”.¹⁴

38. La conexión con la ley de residencia habitual permite igualmente garantizar la igualdad de trato entre los acreedores que viven en el mismo país, sin distinción de nacionalidad. Se comprende mal, en efecto, que un acreedor de nacionalidad extranjera deba ser tratado, en iguales circunstancias, de modo diferente con respecto a otro acreedor que tenga la nacionalidad del Estado en que esté domiciliado.

39. Procede señalar, finalmente, que el criterio de la residencia habitual del acreedor es ampliamente utilizado para determinar el tribunal competente en materia de alimentos, tanto en instrumentos de derecho uniforme (por ejemplo, el art. 5(2) del Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Bruselas I), así como la disposición “paralela” del art. 5(2) del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988; el art. 8(a) del Convenio de Montevideo de 1989) como en varias legislaciones nacionales. Por ello, la utilización de este mismo criterio para determinar la ley aplicable conduce a menudo a la aplicación de la ley de la autoridad que entiende del asunto, lo que implica evidentes ventajas en términos de sencillez y eficacia. Esas ventajas son especialmente valiosas en materia de alimentos, en que los importes en juego y, en consecuencia, los recursos disponibles para la investigación del derecho extranjero, son generalmente muy modestos.

40. Tal como se ha señalado en el artículo 3(1), la conexión con la residencia habitual del acreedor no es válida si el Protocolo dispone otra cosa. Esta precisión es importante, ya que dicha conexión queda sometida, en el sistema del Protocolo, a varias excepciones, previstas en los artículos 4 a 8. En su conjunto, se trata de dejar constancia de que el alcance de esta regla resulta más restringido aquí que en los Convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973.

b) La noción de residencia habitual

41. El concepto de residencia habitual no se define en el Protocolo. Lo mismo sucede con respecto a muchos de los Convenios de La Haya que adoptan este concepto como criterio para determinar la ley aplicable o la competencia de las autoridades, incluido el Convenio (*cf.* el Informe Borrás-Degeling, *aps.* 61 y 62). La tarea de establecer en un caso concreto si el acreedor es residente en un Estado o en otro, le corresponde a la autoridad que entiende del asunto; esta última deberá, no obstante, tratar de encontrar un concepto uniforme, basado en la finalidad del Protocolo, más que en aplicar criterios de derecho interno (art. 20, *cf.* *ap.* 200).

42. Conviene hacer observar que el criterio adoptado es el de residencia *habitual*, lo que implica una cierta estabilidad. Una simple residencia de carácter temporal no es suficiente para determinar la ley aplicable a la obligación alimenticia. Si, por ejemplo, el acreedor de alimentos vive durante algunos meses en un país distinto de aquél en que está establecido, para seguir en el mismo un curso o llevar a cabo una actividad de carácter temporal, ello no debería en principio modificar su residencia habitual, ni la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en virtud del artículo 3.

¹⁴ *Ibid.*, *ap.* 138.

43. En el Convenio se utiliza también el criterio de “residencia habitual”, además del de “residencia”. En el artículo 20 *c)* y *d)* del Convenio, el criterio de “residencia habitual” se utiliza para determinar las bases del reconocimiento de las decisiones extranjeras (*cf.* el Informe Borrás-Degeling, ap. 444), mientras que el de “residencia” se utiliza en el artículo 9 del Convenio para determinar la competencia de la Autoridad central del Estado requirente y hacer aplicables las disposiciones convencionales relativas a la cooperación administrativa. Efectivamente, según el artículo 9, “[toda] demanda prevista en el presente capítulo se transmitirá a la Autoridad central del Estado requerido por mediación de la Autoridad central del Estado Contratante en el que resida el demandante”. En el marco de esta disposición, una simple residencia será suficiente incluso cuando no tenga un carácter habitual; por el contrario, una simple presencia ocasional no será suficiente. Esta solución se eligió para facilitar al máximo posible las demandas de cobro internacional de alimentos (*cf.* el Informe Borrás-Degeling, ap. 228).

c) El cambio de residencia habitual

44. Al producirse un cambio de residencia por parte del acreedor, se hace aplicable la ley del Estado de la nueva residencia habitual a partir del momento en que el cambio se produce (art. 3(2)). Esta solución, que se corresponde con la adoptada por los Convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 (art. 1(2)) y de 1973 (art. 4(2)), se impone, teniendo en cuenta las razones en que se fundamenta la conexión con la residencia habitual. En el caso de cambio de residencia habitual, resulta lógico, en efecto, que la determinación de la existencia y la cuantía de la obligación alimenticia tenga lugar conforme a la ley del país en que vive el acreedor. La aplicación de esta ley se justifica igualmente por consideraciones vinculadas a la igualdad de trato de todos los acreedores residentes en el mismo país.

45. Resulta oportuno precisar que la solución dada al conflicto de movilidad no es necesariamente coherente con la voluntad de garantizar la coincidencia entre la competencia de las autoridades y el derecho aplicable. Efectivamente, cuando la competencia de la autoridad dependa de la residencia habitual del acreedor, esta última será generalmente estimada en el momento de la demanda, sin tener en cuenta una modificación sucesiva (principio de la *perpetuatio fori*). Por el contrario, desde el punto de vista de la ley aplicable, el cambio de residencia habitual del acreedor deberá tomarse en cuenta en el momento de dictar la resolución sobre los alimentos, incluso cuando tenga lugar en el curso del procedimiento. En la medida en que la resolución establezca una pensión para el futuro, resultaría ilógico, en efecto, no tener en cuenta una modificación de las circunstancias de esta envergadura.

46. Con todo, el plazo final para tener en cuenta esta modificación cuando la misma se produzca en el curso del procedimiento no se determina por el Protocolo. Así pues, el mismo dependerá de las reglas procesales aplicables en cada Estado Contratante.

47. Hacemos observar que el cambio de residencia sólo deberá tomarse en cuenta si el acreedor adquiere una nueva residencia habitual, y sólo a partir de ese momento, es decir, cuando la nueva residencia adquiera el grado de estabilidad implícito en su carácter de habitual. Si el acreedor se desplaza a otro país para quedarse en el mismo con carácter puramente temporal (*cf.* los ejemplos dados en el ap. 42), no existe en principio cambio de residencia habitual, excepto cuando la nueva residencia adquiera, en un determinado momento, un carácter estable (por ejemplo, si el acreedor que recibía formación en un Estado extranjero encuentra en éste un trabajo que le permite instalarse en el mismo de manera duradera).

48. El cambio de la ley aplicable se produce a partir del momento del cambio de la residencia habitual, pero sólo para el futuro (*ex nunc*). Las pretensiones del acreedor relativas al período precedente al cambio quedan así sometidas a la ley de la antigua residencia habitual. Esta solución se justifica si se considera que el derecho a obtener prestaciones por el período precedente ya ha sido adquirido por el acreedor y, en consecuencia, no debería ponerse en tela de juicio por una modificación sucesiva de la ley aplicable.

Artículo 4 Normas especiales a favor de determinados acreedores

49. Esta disposición prevé excepciones importantes con relación a la conexión de principio con la residencia habitual del acreedor de alimentos. La razón de ser de estas excepciones es introducir un régimen más favorable a ciertas clases de acreedores de alimentos en los casos en que la aplicación de la ley de su residencia habitual resulte contraria a sus intereses.

a) Campo de aplicación del artículo 4

50. Conforme a su razón de ser, la regla del artículo 4 sólo favorece a ciertas clases de acreedores, que se definen en su párrafo primero. Para evitar cualquier equívoco, procede subrayar que la finalidad de este párrafo no es fijar las condiciones para la obtención de alimentos (cuestión que depende de la ley interna designada), sino sólo determinar las clases de acreedores que, por la determinación de la ley aplicable a sus créditos, se beneficiarán –como excepción a lo establecido en el artículo 3- de los criterios de conexión previstos en el artículo 4. La existencia del derecho a una prestación alimenticia dependerá de la ley (o de las leyes) designada(s) por este artículo. Para las clases de acreedores no contempladas en el artículo 4, la ley aplicable a sus pretensiones alimenticias vendrá determinada por el artículo 3 ó por otras disposiciones del Protocolo.

51. Procede igualmente hacer observar que el artículo 4 no excluye la aplicación, para ciertas clases de acreedores que contempla, de otras disposiciones del Protocolo: el artículo 3 sigue siendo aplicable, con sujeción a las excepciones previstas en el artículo 4; el artículo 6 permite al deudor en determinados casos oponerse a la pretensión del acreedor, y los artículos 7 y 8 regulan los acuerdos sobre la ley aplicable.

52. De modo contrario al Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, en el que tiene un alcance general el sistema “en cascada” basado en conexiones subsidiarias (*cf.* arts. 5 y 6), en el Protocolo ese sistema sólo está previsto en favor de las clases de acreedores contempladas por el artículo 4(1) (*cf. infra*, aps. 53 y ss.). Esta diferencia podría percibirse en los Estados Contratantes del Convenio de 1973 como un paso atrás en relación al nivel actual de protección de los acreedores de alimentos. Sin embargo, ese análisis no sería enteramente exacto. En efecto, el Convenio de 1973 descartaba ya las conexiones en cascada para los alimentos entre cónyuges divorciados, rigiéndose estos últimos en todo caso por la ley aplicada al divorcio (art. 8 de este Convenio). Lo mismo ocurre en los casos de separación, de nulidad y de anulación del matrimonio. Por ello, si se comparan ambos textos, se puede comprobar que divergen en cuanto al trato de los cónyuges que siguen casados (incluidos éstos en el campo de aplicación del art. 5 del Protocolo, mientras que estaban excluidos del art. 8 del Convenio de 1973), y de ciertos acreedores adultos cuyas pretensiones alimenticias no se consideran de forma unánime en el ámbito del derecho comparado (por ejemplo, los colaterales y los afines) y para quienes el Protocolo prevé la introducción de ciertos medios de defensa específicos a favor del deudor (*cf. infra*, art. 6). Teniendo en cuenta el hecho de que las clases de acreedores son objeto de reglas especiales que les son menos favorables, parece poco lógico, o incluso claramente contradictorio, hacerles que se beneficien de las conexiones en cascada del artículo 4.

53. En el Esbozo del GTLA de enero de 2007 (Doc. Prel. N° 24, *op. cit.*, nota 7, art. D), las reglas especiales de lo que se ha convertido en artículo 4 sólo estaban previstas a favor de las personas menores de 21 años. En la Comisión especial de mayo de 2007 se escindió esta categoría en dos distintas. Así, el artículo 4 se aplicaría, por una parte, a las obligaciones alimenticias de los padres con respecto a sus hijos (art. 4(1) a)) y, por otra, a las obligaciones alimenticias de personas que no sean los padres con respecto a toda persona menor de 21 años (art. 4(1) b)). En el primer caso, la relación padre-hijo constituye el elemento determinante; en el segundo, el trato favorable dependerá, por el contrario, de la edad del acreedor. Además, también en la Comisión especial de mayo de 2007, la aplicación de este artículo se extendió a las obligaciones alimenticias de los hijos con respecto a sus padres. Estas soluciones se encuentran en el texto final del Protocolo.

i) Obligaciones de los padres con respecto a sus hijos

54. Según el artículo 4(1) *a*), el artículo 4 es aplicable a las obligaciones alimenticias de los padres con respecto a sus hijos, sin límite de edad. La existencia de una relación paterno filial se consideró suficiente para determinar la ley aplicable. Ello no significa que el hijo tendrá derecho a obtener alimentos independientemente de su edad, porque esta cuestión dependerá de las reglas substanciales de la ley (o de las leyes) designada(s), sino sólo que podrá beneficiarse de las conexiones subsidiarias en cascada, así como de la inversión de las conexiones, previstas en los apartados 2 a 4 del artículo 4.

ii) Obligaciones con respecto a una persona menor de 21 años

55. Según el artículo 4(1) *b*), las reglas del artículo 4 beneficiarán igualmente a las personas menores de 21 años. Se trata en este caso de obligaciones alimenticias basadas en una relación de familia cubierta por el Protocolo (*cf.* art. 1(1)), con exclusión de las relaciones paterno filiales (contempladas ya por el art. 4(1) *a*)), así como en el matrimonio. Efectivamente, el artículo 4(1) *b*) precisa expresamente que no se aplicará a las obligaciones alimenticias derivadas de las relaciones indicadas en el artículo 5, a saber, las obligaciones alimenticias entre esposos, ex esposos o personas cuyo matrimonio haya sido anulado. A falta de elección de la ley aplicable, las obligaciones entre esposos y ex esposos se rigen, efectivamente, por las reglas de los artículos 3 y 5, sin que les sea aplicable el *favor creditoris* que sirve de base al artículo 4.

56. Las situaciones contempladas por el punto *b*) son esencialmente las de las pretensiones alimenticias basadas en una relación de parentesco directa o colateral (por ejemplo, una pretensión esgrimida por un nieto, un hermano, o una hermana, por un sobrino o una sobrina) o en una relación de afinidad (por ejemplo, un hijo hacia el cónyuge de su padre). Hacemos observar que estas obligaciones entran también dentro del artículo 6, de modo que el deudor podrá hacer valer, en su caso, el medio de defensa previsto por este artículo. La solución prevista por el Protocolo no es a este respecto muy coherente, ya que las mismas relaciones están, por un lado, favorecidas por el artículo 4, y por otro, se ven desfavorecidas por el artículo 6 (*cf. infra*, ap. 100). Se trata, evidentemente, de una solución de compromiso.

57. Tras una larga meditación acerca de la fijación de una edad límite de 18 ó de 21 años, se aceptó finalmente esta última en la Sesión diplomática. El argumento principal a favor de esta solución es que es coherente con la tendencia manifestada en derecho comparado de favorecer la obtención de alimentos por parte de jóvenes que cursen estudios superiores, en especial de nivel universitario. Esta tendencia se ha tomado en cuenta en diversos textos de fuente internacional; así, el Convenio de Montevideo de 1989 prevé que los beneficios resultantes de este texto se apliquen a favor de personas que, tras haber alcanzado la edad de 18 años, sigan siendo aptos para recibir alimentos en virtud de la ley aplicable. Debemos subrayar que, en todo caso, la posibilidad de obtener alimentos dependerá de la ley (o de las leyes) designada(s); el Protocolo se limita, en efecto, a regular los conflictos de leyes y no impone a los Estados obligación alguna de modificar su derecho interno.

iii) Obligaciones de los hijos con respecto a sus padres

58. El artículo 4(1) *c*) hace aplicable el artículo 4 a las obligaciones alimenticias de los hijos con respecto a sus padres. Esta ampliación del campo de aplicación de esta regla especial fue propuesta por una mayoría de las delegaciones en la Comisión especial de mayo de 2007, por el motivo de que los padres merecían también, al igual que sus hijos, tener un trato favorable desde el punto de vista de los conflictos de leyes. Esta solución se adoptó finalmente en la Sesión diplomática. Como en el caso del punto *b*), las relaciones contempladas por el punto *c*) estaban expresamente reguladas por el artículo 6, lo que permite al deudor oponer el medio de defensa previsto por esta disposición (*cf. infra*, ap. 100).

b) La conexión subsidiaria a la ley del foro

59. La primera ventaja reconocida a las clases de acreedores definidas en el artículo 4(1) consiste en la previsión de una conexión subsidiaria a la ley del foro para los casos en que el acreedor no pueda obtener alimentos en virtud de la ley del Estado de su residencia habitual (art. 4(2)). Esta solución se inspira en el *favor creditoris* y su objetivo es garantizar al acreedor la posibilidad de obtener una pretensión alimenticia si la misma está prevista en la ley de la autoridad que entiende del asunto.

60. Esta es una solución clásica. Se prevé actualmente en los Convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 (art. 3) y de 1973 (art. 6). Este último, no obstante, sólo la prevé en última instancia, tras la aplicación, siempre de modo subsidiario, de la ley nacional común de las partes (art. 5). La inversión en el Protocolo de estos dos criterios de conexión subsidiarios (ley del foro antes que la ley nacional común (*cf.* el art. 4(4)) se justifica por varias razones. Por una parte, reduce la importancia práctica de la conexión con la nacionalidad común, cuya pertinencia en materia de alimentos se discute (*cf. infra*, ap. 74). Por otra parte, facilita la tarea de la autoridad que entiende del asunto, que podrá aplicar de modo subsidiario su propia ley, sin tener que dejar constancia de modo previo del contenido de la ley común de las partes. Por tanto, esta solución también representa ventajas para el acreedor, ya que le permite alcanzar una decisión más rápida y menos costosa.

61. Al igual que en los Convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973, la conexión subsidiaria sólo está prevista en el caso de que acreedor “no pueda obtener alimentos” conforme a la ley de residencia habitual del acreedor, aplicable en primer lugar. El significado exacto que cabe atribuir a esta expresión resultó controvertido ya en la Comisión especial de mayo de 2007. Está claro que el acreedor podrá beneficiarse de la aplicación subsidiaria de la ley del foro no sólo cuando la ley de residencia habitual no prevea en absoluto ninguna obligación alimenticia derivada de la relación de familia de que se trate (por ejemplo, no prevenga obligaciones de los hijos con respecto a sus padres), sino también cuando, reconociendo al propio tiempo en principio esa obligación, la hace depender de una condición que no se cumple en el caso de que se trata (por ejemplo, previendo que la obligación de los padres con respecto a sus hijos se extinga a los 18 años, cuando el acreedor haya alcanzado ya esa edad)¹⁵. La cuestión de saber si la aplicación subsidiaria de la ley del foro deba tener lugar igualmente en el caso de que los alimentos no procedan conforme a la ley de la residencia habitual por motivos económicos, a saber, a causa de los criterios previstos por esta ley para la apreciación de las necesidades del acreedor y / o de los recursos del deudor (es decir, si, en virtud de la ley de la residencia habitual, el acreedor no tiene necesidad de alimentos o el deudor no tiene medios para proporcionarlos) sigue siendo controvertida. En el plano estrictamente teórico, resulta difícil distinguir en esos casos anteriormente mencionados, porque se trata también de una hipótesis en la que la concesión de la prestación alimenticia se deniega a causa de la falta de una condición planteada por la ley prioritaria aplicable. Según una mayoría de delegaciones, sin embargo, el *favor creditoris* (y la conexión subsidiaria que constituye su expresión normativa) no debería aplicarse en este último ejemplo.

62. El recurso a la conexión subsidiaria se excluye en cualquier caso cuando la ley de la residencia habitual del acreedor prevé una obligación alimenticia por un importe más reducido que el de la ley del foro. En este caso, la ley designada por el artículo 3 se aplicará, aunque sea concretamente menos favorable al acreedor que la ley de la autoridad que entiende del asunto.

63. En los casos en que sea aplicable, la conexión subsidiaria a la *lex fori* sólo será evidentemente provechosa si la acción sobre alimentos se entabla en un Estado que no sea el de la residencia habitual del acreedor, pues, en caso contrario, la ley de la residencia habitual y la ley del foro coinciden. Por otra parte, el alcance del artículo 4(2) se reduce luego por la disposición del artículo 4(3) del Protocolo. Efectivamente, según este último, la ley del foro es de todas formas aplicable prioritariamente si el acreedor entabla la acción en el Estado de residencia habitual del deudor (*cf. infra*, ap. 64 y ss.).

¹⁵ *Ibid.*, ap. 145.

Por ello, la aplicación subsidiaria de la ley del foro en virtud del artículo 4(2) sólo podrá contemplarse cuando la acción sea entablada por el deudor (por ejemplo, en la hipótesis en que éste inicie un procedimiento ante la autoridad competente del Estado de su propia residencia habitual, a condición de que el tribunal que entiende del asunto pueda conocer del mismo¹⁶; el acreedor podrá entonces protegerse invocando la ley del foro) o si la autoridad que entiende del asunto es la de un Estado en que ninguna de las partes sea residente (en el caso de que, por ejemplo, la demanda de alimentos se entable de modo accesorio ante el tribunal competente para determinar la filiación o la disolución del matrimonio).

c) La inversión de los criterios de conexión en el caso de una acción entablada por el acreedor en el Estado de residencia habitual del deudor

64. El artículo 4(3) prevé que la ley del foro sea aplicable prioritariamente cuando el acreedor entable su acción ante la autoridad competente del Estado de residencia habitual del deudor. En este caso, no obstante, aunque el acreedor de alimentos no pueda obtener alimentos en virtud de la ley del foro, la ley de la residencia habitual del acreedor se hace aplicable de modo subsidiario. Se trata aquí de una inversión importante de los criterios de conexión previstos en los artículos 3 y 4(2) (*lex fori* antes que la ley de la residencia habitual del acreedor). Esta disposición es resultado de un compromiso entre los defensores de una aplicación indiferenciada de la ley de la residencia habitual del acreedor y los partidarios de la ley del foro.

i) La conexión principal con la ley del foro

65. La aplicación de la ley del foro está subordinada a dos condiciones: es preciso, por una parte, que la autoridad que entienda del asunto sea la de residencia habitual del deudor, y, por otra, que sea el acreedor quien entable la acción.

66. La primera de estas condiciones es la que justifica la aplicación de la ley del foro en lugar de la de la residencia habitual del acreedor. Hay que hacer constar, en efecto, que cuando la acción de alimentos se entabla en el Estado de residencia habitual del deudor, el factor de conexión de la residencia habitual del acreedor pierde una parte de sus méritos. En tales casos, este criterio no supone, en efecto, la aplicación de la *lex fori*, de modo que la autoridad que entiende del asunto deberá determinar el contenido de una ley extranjera, una operación que puede resultar larga y costosa. Además, dicha ley extranjera deberá aplicarse aunque, en el caso concreto, sea *menos favorable* al acreedor que la ley del foro (siendo la única excepción prevista en el artículo 4(2) la situación en que el acreedor *no tenga derecho a ninguna prestación alimenticia* en virtud de la ley de su residencia habitual (*cf. supra*, ap. 62). En una situación semejante, la aplicación de la ley de residencia habitual del acreedor conduce a un resultado contrario a la finalidad de protección del acreedor que la inspira. Por consiguiente, parece que esta conexión podría ser provechosamente reemplazada por la aplicación de la ley del foro, que sería igualmente en este caso la ley de residencia habitual del deudor (hacemos observar que otros instrumentos internacionales hacen aplicable, con ciertas condiciones, la ley de residencia habitual del deudor; ese es en especial el caso del Convenio de Montevideo de 1989, cuyo artículo 6 prevé la aplicación de esta ley de modo alternativo con respecto a la de la residencia habitual del acreedor, si ésta es más favorable al acreedor de alimentos).

67. La segunda condición para la aplicación de la ley del foro, es que la acción se entable por parte del acreedor. Su objetivo es limitar, en interés del acreedor, la no observancia de la conexión de principio con la ley de la residencia habitual. Pareció, en efecto, que esta excepción puede justificarse si el acreedor decide entablar él mismo la acción en el Estado de residencia de su deudor, mientras que parecía excesivo en el caso

¹⁶ Ello no ocurrirá normalmente en los Estados Partes en el Convenio cuando el deudor entable un procedimiento con el fin de quedar liberado de una obligación alimenticia tras una resolución anterior dictada en el Estado Contratante del que el acreedor sea residente habitual. Según el artículo 18 del Convenio y con sujeción a ciertas excepciones, "cuando una decisión se haya dictado en un Estado Contratante en el que el acreedor tenga su residencia habitual el deudor, no podrán iniciarse procedimientos en otro Estado Contratante que tengan por objeto modificar la decisión u obtener una nueva resolución, mientras el acreedor continúe residiendo habitualmente en el Estado en que se hubiere dictado la decisión."

en que la acción hubiera de ser presentada en ese país a iniciativa del deudor (por ejemplo, en el caso de una demanda de revisión de una decisión sobre alimentos). Efectivamente, el acreedor posee con frecuencia la facultad de elegir entablar su acción entre el país en que reside o el de la residencia del deudor (ese es precisamente el caso en el espacio judicial europeo en virtud de los artículos 2 y 5(2) del Reglamento (CE) N° 44/2001 y del Convenio de Lugano; una opción similar se prevé en el art. 8 del Convenio de Montevideo de 1989, *cf. supra*, ap. 39). Si opta por la segunda solución, no podrá quejarse de la aplicación de la ley interna del país del deudor. En este enfoque la solución adoptada constituye una especie de compromiso entre los partidarios de una aplicación de oficio de la ley del foro y quienes hubieran preferido subordinarla a una demanda (opción) por parte del acreedor (*cf.* el Informe del GTLA de junio de 2006, Doc. Prel. N° 22, *op. cit.*, nota 6, aps. 24 y 25). Por otra parte, procede observar que si el acreedor entabla la acción, la competencia de las autoridades del Estado de residencia habitual del deudor tendrá un fundamento muy sólido (se basará, efectivamente, en el principio *actor sequitur forum rei*), lo que puede justificar mejor la aplicación de la ley del foro. Si, por el contrario, la acción está abierta para el deudor en su Estado de residencia, la competencia de las autoridades de este Estado (si existe, conforme al derecho del foro) podrá basarse en un criterio de competencia mucho menos significativo (por ejemplo, la nacionalidad de una de las partes), es decir, claramente exorbitante (*forum actoris*). Razón de más para descartar la aplicación de la ley del foro en este caso concreto.

68. La aplicación prioritaria de la ley del foro sólo está prevista para las clases de acreedores contempladas por el artículo 4(1) (hijos, acreedores menores de 21 años de edad y padres). Esta solución restrictiva, que difiere de la solución propuesta por el GTLA en el Esbozo de 2006 (*cf.* el Informe del GTLA de junio de 2006, Doc. Prel. N° 22, *op. cit.*, nota 6, aps. 20 y ss.), se explica principalmente de la manera siguiente: se pensó que la aplicación de la ley del foro en las condiciones previstas por la disposición de que se trata constituía una ventaja importante para el acreedor. En efecto, mediante la atribución del asunto a las autoridades del Estado de su residencia o a las del Estado de residencia del deudor, se concede al acreedor el derecho a elegir indirectamente la ley aplicable a su pretensión alimenticia (*forum shopping*). Según la Sesión diplomática, tal privilegio sólo puede justificarse para las clases favorecidas por el artículo 4.

69. En lo que concierne a las obligaciones alimenticias con respecto a los hijos, la aplicación de la ley del foro descansa igualmente en otra consideración. En un número cada vez mayor de países, la tarea de resolver acerca de estas obligaciones corresponde a autoridades administrativas. Estas autoridades pueden no disponer de la competencia ni de los medios necesarios para buscar y aplicar el derecho extranjero. Por ello, la aplicación de la ley del foro podrá ser más adecuada para ciertos sistemas de cobro de alimentos de tipo administrativo. Esta preocupación es evidentemente mucho menos importante cuando se trata de pretensiones alimenticias de acreedores adultos, siendo generalmente resueltas las mismas por autoridades judiciales (al menos cuando las mismas no estén vinculadas a pretensiones alimenticias de sus hijos).

ii) La conexión subsidiaria a la ley de residencia habitual del acreedor

70. Dado que la aplicación prioritaria de la ley del foro se inspira en el *favor creditoris*, no podrá mantenerse la misma cuando lleve a privar al acreedor de toda prestación alimenticia. Ésta es la razón por la que el artículo 4(3) *in fine* prevé, de modo análogo al artículo 4(2), pero en sentido inverso, una conexión subsidiaria con la ley de residencia habitual del acreedor, cuando este último no pueda obtener alimentos en virtud de la ley de la autoridad a quien se atribuye entender del asunto. El artículo 4(3) se limita, por consiguiente, a invertir las conexiones previstas en las reglas generales. El sentido de la expresión "no pueda obtener alimentos" es evidentemente el mismo que en el artículo 4(2) (*cf. supra*, aps. 61 y 62).

d) La conexión subsidiaria a la nacionalidad común de las partes

71. Si el acreedor no puede obtener alimentos, bien sea en virtud de la ley de su Estado de residencia habitual o de la ley del foro (aplicables en este orden o, en el caso del art. 4(3), en el orden inverso), es aplicable la ley nacional común de las partes en última

instancia (art. 4(4)). Esta segunda conexión subsidiaria completa la protección del acreedor de alimentos en el caso en que las leyes designadas por los dos primeros criterios no tengan prevista obligación alimenticia alguna. El sentido de la expresión "no puede obtener alimentos" es evidentemente el mismo que en el artículo 4(2) (*cf. supra*, aps. 61 y 62).

72. La conexión con la ley nacional común está igualmente prevista en el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 (art. 5) pero, en este texto, otorga prioridad a la ley del foro. Las razones que llevaron a invertir esos dos criterios ya se han indicado (*cf. supra*, ap. 60).

73. Contrariamente al Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, la conexión subsidiaria con la nacionalidad de las partes (como, por otra parte, con la ley del foro) sólo está prevista para las clases de acreedores contempladas en el artículo 4(1). Las razones para limitar de esa forma el campo de aplicación de las conexiones en cascada ya han sido explicadas (*cf. supra*, ap. 52).

74. La utilización de la conexión con la nacionalidad común en materia de obligaciones alimenticias ha sido objeto de numerosas críticas. La principal es que se trata de un criterio discriminatorio, porque sólo beneficia a los acreedores que posean una nacionalidad común con el deudor (en este sentido, dicha crítica se encuentra ya en el Informe Verwilghen¹⁷). Otra crítica se refiere al carácter equívoco de la conexión en cuestión, cuando la nacionalidad común sea la de un Estado plurilegislativo (la solución aceptada para este caso en el Protocolo es el recurso a la noción más restringida de lugar (*cf. art. 16(1) d) y e); infra*, ap. 191). A pesar de estas críticas, varias delegaciones defendieron el mantenimiento de esta conexión subsidiaria en el Protocolo, lo que llevó a alcanzar un consenso en este sentido. Parece oportuno destacar que su limitación a las únicas clases de acreedores que contempla el artículo 4(1) (mientras que en el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 esta conexión tiene un alcance general), así como su "reclasificación" en el rango de *segunda* conexión subsidiaria (mientras que en el sistema del Convenio de 1973 era la *primera* conexión subsidiaria, después de la residencia habitual y antes de la *lex fori*) reducirán mucho tanto su impacto práctico como los inconvenientes.

75. En el caso de hijos menores, en particular, el recurso a este tercer criterio de conexión debería resultar relativamente poco frecuente, puesto que la mayoría de las leyes nacionales reconocen en este caso el derecho a una prestación alimenticia. Por el contrario, la nacionalidad común puede desempeñar un papel más importante en los demás casos a que se refiere el artículo 4(1), en especial con relación a las pretensiones alimenticias de hijos mayores respecto de sus padres, las personas menores de 21 años de edad con respecto a otros miembros de la familia, así como de los padres con respecto a sus hijos.

76. El Protocolo no prevé el caso de pluralidad de nacionalidades. Podrá ocurrir, en efecto, que el acreedor o el deudor, o ambos, posean dos o varias nacionalidades. Los métodos generalmente utilizados para resolver estos casos en el derecho internacional privado de los Estados no se prestan a ser utilizados dentro del marco del Protocolo. Efectivamente, la prioridad que otorgan ciertos Estados a la nacionalidad del foro conduce a resultados poco uniformes. En cuanto a la investigación de la nacionalidad más estrecha o efectiva, la misma implica importantes márgenes de incertidumbre y puede llevar también a resultados divergentes entre los Estados Contratantes. El *favor creditoris*, que sirve de base al artículo 4(4), debería más bien conducir a la aplicación de la ley nacional común en todos los casos en que ésta exista, aunque esta nacionalidad no sea, para una u otra de las partes, la más estrecha o efectiva. Las mismas consideraciones deberían aplicarse cuando las partes posean varias nacionalidades en común, con la consecuencia de que la pretensión del acreedor podrá admitirse basándose en una u otra de esas leyes nacionales comunes.

¹⁷ *Op. cit.*, nota 11, ap. 144.

Artículo 5 Norma especial relativa a los esposos y ex esposos

77. Este artículo contiene una norma especial para la conexión de las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges. Para estas obligaciones, la conexión prioritaria con la residencia habitual del acreedor debe ceder su sitio, cuando una de las partes lo demande, a la aplicación de la ley de otro Estado, en particular el Estado de la última residencia habitual común de los cónyuges, si dicha ley presenta vínculos más estrechos con el matrimonio.

a) *La razón de ser de la norma especial*

78. La previsión de una norma especial para esta categoría de obligaciones alimenticias se basa en el hecho cierto de que la aplicación de la ley del país de residencia habitual del acreedor no es siempre adecuada para las obligaciones entre esposos o ex esposos. Resulta oportuno considerar que, en ciertos sistemas nacionales, los alimentos sólo se conceden a un cónyuge con gran escrupulosidad y en situaciones excepcionales (en Europa, esta actitud restrictiva es característica especialmente del derecho de los Estados escandinavos). En este contexto, una aplicación indistinta de las reglas inspiradas en el *favor creditoris* se percibe, en ciertos Estados, como excesiva. En particular, la posibilidad para uno de los cónyuges de influir en la existencia y el contenido de la obligación de alimentos mediante un cambio unilateral de residencia habitual, puede conducir a un resultado poco equitativo y contrario a las legítimas expectativa del deudor. Tomemos el caso de una pareja formada por dos nacionales de un Estado A, cuya legislación no prevea en principio alimentos a resultas del divorcio. Después de haber vivido durante toda su vida conyugal en ese Estado, los cónyuges se divorcian y uno de ellos cambia su domicilio al Estado B, cuya legislación es más generosa con respecto a los cónyuges divorciados, y luego reclama alimentos conforme a la ley del Estado de su nueva residencia habitual. En virtud de la regla de conexión general del artículo 3, esta demanda debería admitirse. En tales circunstancias, sin embargo, la aplicación de la ley del Estado B, Estado donde los cónyuges nunca vivieron durante su matrimonio, parece poco equitativa con respecto al otro cónyuge y contrario a las expectativas legítimas que los esposos hayan podido albergar durante su matrimonio.

79. La debilidad de la conexión con la residencia habitual del acreedor en el caso de obligaciones alimenticias entre cónyuges divorciados fue ya observada en la elaboración del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973. Éste consagra para este caso concreto una norma especial, según la cual las obligaciones entre cónyuges divorciados se rigen por la ley aplicada al divorcio (art. 8). Lo mismo ocurre *mutatis mutandis* en los casos de separación y de declaraciones de nulidad y de anulación del matrimonio (art. 8(2)). Esta solución se aplica no sólo cuando la demanda de alimentos se resuelve en el marco del procedimiento de divorcio (o en el momento del divorcio), sino también en los casos de acciones entabladas con posterioridad destinadas a revisar o a completar la sentencia de divorcio. La razón invocada para esta *perpetuatio juris* es la exigencia de garantizar la continuidad, evitando con ello que el cambio de residencia del cónyuge acreedor lleve consigo una modificación de la ley aplicable.

80. Esta solución conlleva, no obstante, varios inconvenientes que le han valido fuertes críticas por parte de los Estados Contratantes del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973. Conviene destacar, por una parte, que no habiendo sido objeto de armonización a nivel internacional las reglas de conflicto en materia de divorcio, el artículo 8 no ha producido efecto de armonización alguno de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Esta ley sigue dependiendo, en efecto, del derecho internacional privado del Estado del tribunal que resuelve la instancia del divorcio, y esta solución favorece inevitablemente el *forum shopping*. Por otra parte, la elección de un factor de conexión invariable en el tiempo puede suponer, cuando la obligación de alimentos entre esposos deba regularse tras el divorcio, la aplicación de una ley que ha perdido toda pertinencia con respecto a la situación de los ex esposos y de sus intereses respectivos; el juez no podrá tener en cuenta, en efecto, ni la ley de residencia actual del acreedor ni la del deudor. Igualmente será posible que la sentencia de divorcio no incluya disposición alguna relativa a alimentos; en este caso, la aspiración de continuidad en que se basa el artículo 8 es menos pertinente. Ello es especialmente cierto cuando los

cónyuges se han divorciado en un país que no tenga previstos alimentos para un cónyuge divorciado. En este caso, la aplicación de la ley del divorcio lleva consigo la denegación de cualquier prestación, lo que no parece justificado en las situaciones en que esta ley no presente una conexión particularmente estrecha con el caso de que se trata. Finalmente, la aplicación de la ley del divorcio puede crear dificultades prácticas por el hecho de que resulte difícil encontrar en la sentencia la ley en virtud de la cual se ha dictado el divorcio. Todas estas consideraciones son igualmente válidas *mutatis mutandis* para los casos de separación, nulidad y anulación del matrimonio.

81. Buscando un equilibrio entre la voluntad de proteger al acreedor y la de aplicar la ley de un Estado con el que el matrimonio presente vínculos significativos, la Comisión especial se orientó en un primer momento hacia la utilización de la conexión con la última residencia habitual común de los esposos o de los ex esposos. En ciertas circunstancias, este criterio representa sin duda un vínculo más significativo que la residencia habitual sólo del acreedor de alimentos y goza, en consecuencia, de mayor legitimidad (cf. el caso concreto contemplado *supra*, ap. 78). Sin embargo, ese no es siempre el caso. Si la última residencia habitual común está situada en el Estado A donde los esposos se han establecido después de haber vivido varios años en el Estado B, y el acreedor regresa después de la separación a este último Estado, la conexión con la residencia habitual del acreedor (que es igualmente en este caso el Estado de una antigua residencia habitual común) se adecua mejor a las expectativas de las partes. En otras circunstancias, podrá resultar aun más significativa otra conexión, por ejemplo, una residencia habitual común anterior o la nacionalidad común de las partes.

82. Teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto y la dificultad de establecer una regla rígida de conexión de alcance general, la Sesión diplomática optó por una solución flexible. La conexión con la residencia habitual del acreedor prevista en el artículo 3 sigue siendo en principio aplicable a las obligaciones alimenticias entre esposos y ex esposos. Podrá descartarse, sin embargo, a petición de una de las partes, si el matrimonio presenta vínculos más estrechos con otro Estado, en especial con el de la última residencia habitual común. Esta solución es resultado de una propuesta de la delegación de la Comunidad Europea (Doc. trab. N° 4 de la Comisión II).

b) El funcionamiento de la cláusula de escape

i) La demanda de una de las partes

83. La nueva regla se presenta como una cláusula de escape basada en la idea de proximidad (los vínculos más estrechos), cuya aplicación queda subordinada, sin embargo, a la demanda de una de las partes. Se trata de una solución original, que no se corresponde con la estructura de las cláusulas de escape "clásicas" que figuran en varios textos de derecho internacional privado a nivel doméstico (cf. art. 15 de la Ley suiza de derecho internacional privado de 1987) ni a los niveles internacionales o regionales (cf. art. 4(5) del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, y el art. 4(3) del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)), incluida en determinados Convenios de La Haya (cf. art. 15(2) del *Convenio de La Haya de 19 de octubre 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*). Estas disposiciones permiten al juez descartar conexiones rígidas cuando ello deba imponerse por una razón de proximidad, pero las mismas por lo general no están subordinadas a la demanda de una de las partes. La ventaja de la solución consagrada en el Protocolo es que se reduce la incertidumbre inherente a toda cláusula de escape, limitando con ello la búsqueda de los vínculos más estrechos sólo a las hipótesis en que una de las partes lo demande. Es oportuno hacer observar que cuando exista una demanda en este sentido, la tarea de la autoridad se verá generalmente facilitada por los elementos que le proporcione la parte demandante.

84. El Protocolo no indica en qué momento debe ser entablada la demanda, pero se deduce de los debates que debe entablarse en el marco de un procedimiento específico, incluidos los procedimientos alternativos de resolución de litigios, como la mediación

(Acta N° 1 de la Comisión II, aps. 25 a 29, Acta N° 3 de la Comisión II, ap. 21). El plazo máximo para entablar esta demanda dependerá de las reglas procesales aplicables en cada Estado Contratante, sin que una propuesta de la Delegación suiza de establecer una regla uniforme a este respecto (Doc. trab. N° 9 de la Comisión II) obtuviera el consenso necesario (Acta N° 4 de la Comisión II, aps. 74 y ss.). Para evitar que esta demanda sea utilizada, especialmente por el deudor, con un fin dilatorio, es deseable que la misma no pueda entablarse ya cuando el procedimiento se encuentre en una fase bastante avanzada. De ese modo, convendría excluir que pueda ser entablada por primera vez en el momento de las conclusiones finales sobre el fondo o en apelación. Podría pensarse también en exigir que se entable como máximo al presentar la primera reconvencción sobre el fondo, pero también pueden considerarse otras soluciones.

ii) Los vínculos más estrechos

85. La demanda de una de las partes no conlleva automáticamente el efecto de descartar la ley de la residencia habitual del acreedor designado en el artículo 3. Tiene que ocurrir también que, en virtud de la apreciación efectuada por la autoridad que entiende de la resolución del asunto, la ley cuya aplicación se demanda presente un vínculo más estrecho con el matrimonio. El principio de proximidad constituye, por consiguiente, ciertamente el fundamento de la norma. Ello implica que el juez, a resultas de una demanda en este sentido, verificará si el matrimonio presenta los vínculos más estrechos con otra ley que no sea la de la residencia habitual del acreedor. Para hacerlo, deberá tener en cuenta todos los vínculos que el matrimonio ostenta con los diferentes países afectados, tales como la residencia habitual y/o el domicilio de los cónyuges durante el matrimonio, su nacionalidad, el lugar de celebración del matrimonio y el de la separación o el divorcio. Deberá además sopesarlos para decidir si son más o menos significativos que la residencia habitual actual del acreedor de alimentos.

86. Entre estos criterios, el artículo 5 confiere un papel relevante a la última residencia habitual común de los esposos. No se trata de una verdadera presunción, como la utilizada en otros textos (*cf.* art. 4(2) del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980), sino de una simple indicación (*cf.* Doc. trab. N° 2 de la Comisión II), que refleja la convicción de la Sesión diplomática de que, en muchos casos, la ley de la última residencia habitual común presenta vínculos muy significativos con el matrimonio. Hacemos observar que la expresión "residencia habitual común" no implica que los esposos deban haber convivido conjuntamente, sino que bastará con que hayan residido al mismo tiempo en un solo y único Estado durante el matrimonio. Por el contrario, una residencia habitual común anterior al matrimonio no se corresponderá con la hipótesis contemplada en el artículo 5, aunque nada impide que se tome en consideración, como cualquier otro vínculo, para apreciar la existencia de los vínculos más estrechos.

87. La residencia habitual común actual de los cónyuges no se menciona en el artículo 5, por la sencilla razón de que la misma coincide con la residencia habitual del acreedor y no puede, en consecuencia, conducir a una excepción de la conexión del artículo 3. Eso no significa que la residencia habitual actual de los cónyuges en el mismo Estado no represente ningún papel en la aplicación del artículo 5. Muy al contrario, el hecho de que los cónyuges residan en el mismo Estado en el momento de la demanda hará mucho más difícil (aunque siga siendo teóricamente posible) descartar el artículo 3, por causa de que la ley de otro Estado (por ejemplo, la del Estado de una residencia habitual común anterior) presente un vínculo más estrecho con el matrimonio.

88. Aunque el criterio de la última residencia habitual común está destinado a representar un papel primordial en el marco del artículo 5, también otros criterios pueden resultar significativos para la aplicación de este artículo. Tal es el caso de una antigua residencia habitual común de los cónyuges, que podrá constituir en ciertas circunstancias un vínculo muy sólido. Si los cónyuges han vivido muchos años en un Estado A, luego residido durante un muy breve período en el Estado B, antes de que el acreedor no se haya trasladado a un Estado C, no existe un vínculo estrecho con el Estado B de la última residencia habitual común de los cónyuges, pero sí existirá ese vínculo con el Estado A de la antigua residencia habitual común.

89. Podrán también tenerse en cuenta teóricamente otros criterios, tales como la nacionalidad común de los cónyuges, o el lugar de celebración del matrimonio, pero no parecen revestir más que una importancia secundaria. Podrán, ciertamente, representar un papel para acrecentar el peso reconocido a la residencia habitual (actual o anterior) de los cónyuges (la última, por ejemplo, tendrá más peso si la misma coincide con la nacionalidad común de los mismos). Tomados de manera aislada, sólo podrán ser significativos en casos excepcionales (por ejemplo, cuando los cónyuges no hayan tenido nunca su residencia habitual en el mismo Estado o cuando hayan cambiado a menudo de domicilio durante el matrimonio).

c) El campo de aplicación del artículo 5

90. Procede señalar que el campo de aplicación del artículo 5 es amplio, puesto que cubre tanto a los esposos como a los ex esposos. Contrariamente a lo establecido en el artículo 8 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, esta disposición del Protocolo, efectivamente, es aplicable no sólo a las obligaciones entre cónyuges divorciados, separados o cuyo matrimonio haya sido anulado o declarado nulo, sino también a las obligaciones alimenticias entre cónyuges durante su matrimonio. La Comisión especial consideró, en efecto, que era preferible tener una sola y única regla de conexión para las obligaciones durante el matrimonio y después del divorcio (o la separación), para evitar que la ley aplicable cambie a resultas del divorcio (o *a fortiori* a resultas de una simple separación). Por otra parte, esta elección se justifica en la medida en que el criterio de conexión recogido a modo indicativo en esta disposición, el de la última residencia habitual común, tenga aún más peso para las obligaciones entre esposos durante el matrimonio.

91. Al igual que el artículo 8 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, la norma especial del artículo 5 se aplicará igualmente a las personas cuyo matrimonio haya sido anulado. Se trata de los casos de matrimonio putativo en los que la ley reconoce a veces derechos de naturaleza alimenticia a favor de uno de los cónyuges. Aunque el artículo 5 –contrariamente al artículo 8 del Convenio de 1973– no mencione el caso del matrimonio declarado nulo, este silencio no es deliberado y procede en consecuencia admitir que esta disposición es aplicable también a esta hipótesis.

92. A pesar de las propuestas en este sentido de ciertas delegaciones¹⁸, el artículo 5 no alude a las instituciones próximas al matrimonio, como ciertas formas de registro de parejas de hecho que, en materia de obligaciones alimenticias, tengan efectos comparables al matrimonio. A pesar del silencio del texto, la Sesión diplomática ha admitido que los Estados que conocen tales instituciones en sus legislaciones, o que están dispuestos a reconocerlas, puedan someterlas a lo dispuesto en el artículo 5 (Acta N° 6 de la Comisión II, aps. 59 y ss.) Esta solución permitirá a las autoridades de dichos Estados evitar tratar de manera diferente a instituciones que según su derecho interno son equivalentes al matrimonio. Esto es válido, con mayor razón para el matrimonio entre personas del mismo sexo, admitido en ciertos Estados.

93. Esta solución es optativa, en el sentido de que no se impone a los Estados que rechazan este tipo de relaciones. Ya hemos indicado las soluciones que se pueden contemplar para esos Estados (*cf.*, *supra*, ap. 31). Conviene asimismo recordar que, si la ley indicada por el Protocolo prevé obligaciones alimenticias a favor de una pareja registrada o de un cónyuge del mismo sexo, un tribunal o una autoridad de un Estado que no le reconoce ningún efecto a semejante relación (incluso desde el punto de vista de los alimentos) podría negarse a aplicar la ley extranjera en la medida en que sus efectos serían manifiestamente contrarios al orden público del foro (*cf.* art. 13).

94. Recordemos por último que las obligaciones alimenticias derivadas de las relaciones mencionadas en el artículo 5 están expresamente excluidas del ámbito de aplicación del artículo 4 (*cf.* ap. 1 b)). La consecuencia es que las obligaciones de los cónyuges o ex cónyuges no se benefician de conexiones en cascada, ni de la inversión de los criterios de conexión resultantes de esta disposición. A falta de elección de la ley aplicable (*cf.* arts. 7 y 8), se rigen bien por la ley del Estado de residencia habitual del acreedor en virtud del

¹⁸ *Cf.* Doc. trab. N° 8 y 15 de la Comisión II; Acta N° 5, aps. 84 y ss.; Acta N° 6, aps. 56 y ss.

artículo 3, bien por la ley que designa el artículo 5. La ley del foro y la de la de la de la nacionalidad común sólo pueden en tenerse en cuenta, en el caso que nos ocupa, si presentan una relación más estrecha con el matrimonio según el artículo 5.

Artículo 6 Medio especial de defensa

95. Para las obligaciones alimenticias distintas de las relacionadas con los hijos derivadas de una relación paterno filial y de aquellas entre cónyuges y ex cónyuges (art. 5), el artículo 6 prevé que el deudor puede argumentar ante la pretensión del acreedor de que no existe obligación con respecto a él en virtud de la ley del Estado de residencia habitual del deudor, ni en virtud de la ley de la nacionalidad común de las partes, si la hubiere.

96. Este medio de defensa está inspirado en la solución prevista en el artículo 7 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, según el cual, entre parientes o afines el deudor puede oponerse a una demanda de alimentos debido a que no existe ninguna obligación alimenticia según la ley nacional común del deudor y del acreedor o, a falta de nacionalidad común, según la ley interna del país de residencia habitual del deudor.

a) *Ámbito de aplicación del artículo 6*

97. Contrariamente al artículo 7 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, la regla del Protocolo no es aplicable únicamente a las relaciones entre parientes o afines, sino a toda obligación alimenticia distinta de la relativa a los hijos derivada de una relación paterno filial y de las de cónyuges o ex cónyuges.

98. Se ha querido esta ampliación por varias razones. Conviene observar primero que la oportunidad de conceder alimentos sobre la base de las relaciones familiares a que se refiere esta regla no es objeto de consenso desde el punto de vista internacional, de ahí la preocupación de ciertos Estados por poder limitar su impacto. En el marco del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, se tomó en cuenta este deseo mediante la previsión de varias reservas que permiten restringir el ámbito de aplicación material del Convenio (*cf.* arts. 13 y 14 de este último). Para evitar la posibilidad de suscitar reservas en el marco del Protocolo (*cf.* art. 27), se consideró que era preferible tener en cuenta en un estado anterior la reticencia de ciertos Estados con respecto a las pretensiones alimenticias basadas en las relaciones familiares anteriormente mencionadas, previendo reglas de conexión más restrictivas para esos casos.

99. En ciertos casos, puede alegarse el artículo 6 para rechazar una prestación alimenticia derivada de la ley a que se refiere el artículo 3 (ley del país de residencia habitual del acreedor). Éste es el caso cuando se trata de una obligación alimenticia respecto de un adulto basada en:

- una relación de parentesco por línea directa distinta de la relación paterno filial (por ej., la obligación de un nieto respecto de uno de sus abuelos, y viceversa);
- una relación de parentesco colateral (por ej. la obligación respecto de un hermano o una hermana);
- una relación de alianza (por ej. la obligación respecto de los hijos de su cónyuge).

En estos casos, la ley aplicable a la obligación alimenticia es la del país de residencia habitual del acreedor en virtud del artículo 3. Si dicha ley prevé una obligación alimenticia, el deudor podrá alegar el medio de defensa del artículo 6.

100. En otro caso, se podrá alegar el medio de defensa del artículo 6 contra una pretensión alimenticia resultante de una de las leyes a que se refiere el artículo 3 o el artículo 4. Es el caso cuando se trata de la obligación alimenticia

- de un hijo con respecto a su progenitor;
- de toda persona distinta de los padres y el cónyuge respecto de una persona menor de 21 años (p. ej. la obligación de un pariente o allegado).

En estos dos casos considerados, las reglas especiales de los artículos 4 y 6 serán pues aplicables simultáneamente, y en consecuencia una pretensión alimenticia debida según una de las leyes designadas por las conexiones en cascada del artículo 4 podrá rechazarse si no existe según las leyes previstas en el artículo 6. Esta aplicación simultánea del sistema en cascada y de los medios de defensa no sólo es muy complicada, sino también poco satisfactoria desde el punto de vista estrictamente lógico; en efecto, parece poco coherente que se quiera a la vez favorecer al acreedor mediante conexiones subsidiarias y proteger al deudor mediante conexiones acumulativas... Se trata evidentemente de una solución de compromiso. Conviene no obstante subrayar que este sistema no es totalmente nuevo, pues corresponde al que es actualmente aplicable en el marco del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, aunque únicamente para los parientes y afines¹⁹.

101. El medio de defensa del artículo 6 no se puede alegar para oponerse a una obligación alimenticia entre cónyuges o ex cónyuges, estando este caso expresamente excluido por el contenido de la disposición. Aunque las obligaciones alimenticias derivadas del matrimonio no sean uniformes en derecho comparado, se aceptan sin embargo más ampliamente que las que se derivan de las demás relaciones de familia a que se refiere el artículo 6. La solución del artículo 5, que ya es menos favorable al acreedor que la de los artículos 3 y 4, no se debe endurecer posteriormente mediante la admisión de un medio de defensa.

102. Las obligaciones alimenticias derivadas de una relación familiar similar al matrimonio, por ejemplo ciertas formas de parejas de hecho, ocupan una posición particular. En los Estados que conocen tales instituciones en su derecho interno, o que están de todos modos dispuestos a reconocerlas, estas relaciones podrán asimilarse al matrimonio, y tener como consecuencia que las obligaciones alimenticias resultantes se rijan por el artículo 5 y se soslaye, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 6. Ocurrirá de otro modo en los Estados que rechacen semejante asimilación; en dichos Estados, el deudor podrá descartar dichas obligaciones alegando el medio de defensa del artículo 6. A pesar de no estar indicada literalmente en el texto del Protocolo, esta solución "de geometría variable" se admitió en la Sesión diplomática (*cf., supra*, aps. 92 y ss.).

b) El mecanismo previsto por el artículo 6

103. La regla del artículo 6 no contiene una regla de conexión, sino un simple medio de defensa, que se puede alegar para rechazar una prestación alimenticia, aunque ésta esté prevista por la ley aplicable a que se refieren los artículos 3 ó 4.

104. El mecanismo previsto por el artículo 6 es pues el siguiente. La autoridad deberá determinar primero la ley aplicable a la obligación alimenticia sobre la base del artículo 3 o del artículo 4. Si la ley del país de residencia habitual del acreedor o la ley del foro, indicada por una de estas disposiciones, prevé una obligación alimenticia, el deudor podrá oponerse a la pretensión del acreedor con el argumento de que esta obligación no existe según la ley de su propio país de residencia habitual. Esto será suficiente para rechazar la pretensión si las partes no tienen la misma nacionalidad. Si por ejemplo el sobrino del deudor, residente y nacional del Estado A, presenta sobre la base de la ley de ese Estado, una pretensión alimenticia contra su tío, residente en el Estado B y nacional del Estado C, este último podrá rechazar cualquier prestación con el argumento de que la ley del Estado B no reconoce la obligación alimenticia entre parientes. La nacionalidad de las partes no desempeña ningún papel en este caso.

105. Por el contrario, si las partes tienen la misma nacionalidad, el medio de defensa sólo se podrá alegar eficazmente si la obligación alimenticia en cuestión no está prevista por la ley del país de residencia habitual del deudor, ni por la ley nacional común. En este último caso, para ser eficaz, el medio de defensa deberá basarse entonces, de manera acumulativa, en las dos leyes mencionadas. Retomando el ejemplo, si el sobrino del deudor tuviera también la nacionalidad del Estado C, su tío sólo podría oponerse a su pretensión si la obligación prevista por la ley del Estado A fuese desconocida tanto por la

¹⁹ Informe Verwilghen, *op. cit.*, nota 11, ap. 149.

ley del Estado B como por la del Estado C. El hecho de tener en cuenta la ley nacional común se justifica por la consideración de que, si las partes tienen una nacionalidad común y su ley nacional prevé la obligación en cuestión, no parece equitativo permitir al deudor esquivarla sólo porque esa obligación sea desconocida en su Estado de residencia habitual. Esta solución permite en particular evitar posibles abusos. Pongamos el caso de un padre que reclama alimentos a su hijo sobre la base de la ley de su país de residencia habitual, que es también su ley nacional común; no parece equitativo que el deudor pueda soslayar su obligación trasladando su residencia habitual a un Estado cuya ley no reconoce dicha obligación.

106. El artículo 6 (como por otra parte el art. 4(4)) no especifica si debe tenerse en cuenta la nacionalidad común y en qué condiciones, cuando una de las partes posee también otras nacionalidades. En este caso, la voluntad de interpretación uniforme del Protocolo lleva a rechazar un enfoque basado en la primacía de la nacionalidad del Estado del foro, tal como se practica en el derecho común de numerosos Estados. Por otra parte, la búsqueda de la nacionalidad más estrecha o efectiva, otra solución muy difundida en derecho comparado, no se puede aplicar siempre fácilmente y puede derivar también ella en interpretaciones poco uniformes del Protocolo. Por estas razones, y como sugerimos ya para el artículo 4(4), (*cf., supra*, ap. 76), parece preferible que en cualquier caso se tenga en cuenta la nacionalidad común, aunque no sea la más efectiva para una de las partes. Esta solución es más favorable al acreedor de alimentos, pues hace más difícil recurrir al medio de defensa del artículo 6. Se trata pues de una solución conforme a la tónica general del Protocolo (*favor creditoris*), así como a la naturaleza de regla de excepción que se atribuye al artículo 6.

107. El artículo 6 tampoco especifica qué solución debe adoptarse cuando las partes tienen varias nacionalidades en común. Teniendo en cuenta los argumentos teleológicos y sistemáticos que acabamos de mencionar, la solución más apropiada es tener en cuenta todas las leyes nacionales comunes, admitiendo el medio de defensa del deudor sólo si la obligación alimenticia no está prevista por ninguna de ellas (*cf. supra*, ap. 76).

108. Conviene destacar que el medio de defensa sólo es admisible si la obligación alimenticia en cuestión “no existe” según las leyes previstas en el artículo 6. Esta expresión debe entenderse en el mismo sentido que la expresión “el acreedor no puede obtener alimentos” tal como se utiliza en los párrafos 2 a 4 del artículo 4 (*cf. supra* aps. 61 y 62); es pues necesario que no esté prevista ninguna obligación o que no se cumplan las condiciones legales a las que está sometida. Por otra parte, si la ley del país de residencia habitual del deudor y, en su caso, la ley nacional común prevén una obligación de un importe más reducido que el previsto por la ley aplicable, esta circunstancia no será suficiente para oponerse a la solicitud, ni para solicitar una reducción de la prestación debida al acreedor.

Artículos 7 y 8 Elección de la ley aplicable

109. Las disposiciones de los artículos 7 y 8 permiten a las partes, en condiciones y con efectos diferentes, elegir la ley aplicable a la obligación alimenticia. La admisión de la autonomía de la voluntad constituye una de las principales novedades que introduce el Protocolo con respecto a los Convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973. Esta solución corresponde a una fuerte tendencia a nivel internacional a reconocer la libertad de elección de la ley aplicable, incluso en los ámbitos que tradicionalmente no abarcaba.

110. Aunque la admisión de la autonomía de las partes en materia de obligaciones alimenticias constituye para la mayoría de los Estados una novedad desde el punto de vista de los conflictos de leyes, no ocurre lo mismo en cuanto a los conflictos de jurisdicción. En efecto, la posibilidad de firmar acuerdos relativos a la competencia ya se reconoce en varios instrumentos internacionales. Es el caso en particular en el espacio judicial europeo en virtud del artículo 23 del Reglamento (CE) N° 44/2001 y del artículo 17 del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. También el Convenio admite la legitimidad de una prórroga de la competencia, disponiendo que los Estados están obligados a reconocer y ejecutar una resolución dictada en otro Estado Contratante

en el foro elegido por las partes, exceptuando las obligaciones alimenticias con respecto a un niño (cf. art. 20(1) e) del Convenio; Informe Borrás-Degeling, ap. 455). En este contexto, la admisión de la elección de la ley aplicable hace recuperar cierta coherencia entre las soluciones admitidas en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción.

111. La elección de la ley está sometida a varias restricciones, cuyo objetivo es proteger a las partes (y en particular al acreedor de alimentos) contra el riesgo de abuso. Este riesgo es más serio cuando se elige antes de que se produzca el contencioso. Por esta razón, la autonomía de la voluntad se declina en el sistema del Protocolo en dos disposiciones distintas; el artículo 7 regula la elección de la ley aplicable para las necesidades de un procedimiento concreto (acuerdo procesal), mientras que el artículo 8 permite – de manera más limitada – una elección en todo momento.

Artículo 7 Designación de la ley aplicable a los efectos de un procedimiento específico (acuerdo procesal)

112. Esta disposición concede a las partes el derecho a designar expresamente la *lex fori* como la ley aplicable a la obligación alimenticia para las necesidades de un procedimiento específico. Se trata de un acuerdo procesal sobre la ley aplicable que trata de la ley interna de la autoridad competente y cuyo efecto se limita a un procedimiento específico.

a) El ámbito de aplicación del artículo 7

113. La elección de la ley aplicable tal como prevé esta disposición deberá desempeñar un papel importante, sobre todo en las relaciones entre adultos. En caso de separación o de divorcio, en particular, los cónyuges tendrán la posibilidad de someter las pretensiones de naturaleza alimenticia a la ley interna de la autoridad competente, lo que no dejará de facilitar el desarrollo del procedimiento.

114. Sin embargo, la facultad de elección se ha previsto también para las obligaciones alimenticias a favor de los niños. En efecto, se ha observado que los posibles riesgos vinculados a la introducción de la autonomía de las partes se compensan ampliamente con las ventajas en términos de sencillez resultantes de la aplicación de la ley del foro. Teniendo en cuenta la regla especial del artículo 4(3), según el cual las obligaciones alimenticias de los padres respecto de sus hijos y las de cualquier otra persona con respecto a personas menores de 21 años, están reguladas de todos modos por la ley del foro cuando presenta la solicitud el acreedor en el Estado de residencia habitual del deudor, la repercusión de la elección de la ley aplicable en las obligaciones alimenticias con respecto a los hijos está destinada a ser más bien limitada. No obstante, el artículo 7 podrá ser útil cuando el deudor presente la demanda ante las autoridades del Estado de su residencia habitual o ante las de otro Estado distinto del de la residencia habitual del acreedor, siempre que la autoridad a la que se haya acudido pueda declararse competente²⁰.

b) La elección efectuada a los efectos de un procedimiento específico

115. Conviene subrayar que la elección prevista en el artículo 7 se efectúa a los efectos de un procedimiento específico; supone pues que el acreedor o el deudor de alimentos ha presentado ya o se dispone a presentar una reclamación de alimentos ante una autoridad determinada. En el momento de efectuar dicha elección, las partes tienen la posibilidad de informarse (o serán informadas a veces por la autoridad competente) de la existencia y de la naturaleza de las prestaciones alimenticias previstas por la ley del foro. El riesgo de abuso es pues limitado.

116. La elección de las partes prevista en el artículo 7 sólo surte efectos con respecto al procedimiento específico por el que se ha realizado. Por otra parte, si se presenta posteriormente una nueva demanda o una demanda de modificación ante la misma autoridad o ante la autoridad de otro Estado, la elección de la ley realizada con anterioridad no surtirá ya efecto alguno y la ley aplicable deberá determinarse según las

²⁰ Cf. *supra*, nota 11.

conexiones objetivas. Esta limitación de los efectos de la elección está justificada, pues la ley elegida es la del foro.

117. Conviene destacar sin embargo que, cuando se trata de obligaciones alimenticias con respecto de una persona mayor de 18 años, el acreedor y el deudor podrán elegir asimismo la ley aplicable en virtud del artículo 8. Esta elección es más amplia que la prevista en el artículo 7. Por una parte, no se limita a la ley del foro, sino que puede tratar de un abanico de leyes enumeradas en el primer apartado de dicha disposición (*cf., infra*, ap. 129). Por otra parte, la elección del artículo 8 no se ha realizado por necesidades de un procedimiento específico; sus efectos no se limitan, pues, a un procedimiento que ha iniciado ya o se dispone a iniciar el acreedor, sino que perduran igualmente para el futuro, mientras las partes no revoquen o modifiquen la elección (*cf. infra*, ap. 124). Esta elección puede realizarse, como especifica el artículo 8, “en cualquier momento”. Si unos adultos eligen la ley aplicable durante el procedimiento, o justo antes de iniciarlo, habrá que saber si dicha elección se rige por el artículo 7 o por el artículo 8. La pregunta no es anodina, pues los efectos de la elección son distintos según estas dos disposiciones. La respuesta es fácil si la ley elegida no es la del foro; en ese caso, la admisibilidad y los efectos de la elección sólo los puede determinar el artículo 8. Por el contrario, se permite una duda cuando la ley elegida es la de la autoridad que conoce del asunto. Si la ley del foro no se corresponde con el abanico de leyes enumeradas en el artículo 8(1) (ley nacional de una de las partes, ley del país de residencia habitual de una de las partes, etc.; *cf. infra* ap. 129), se trata necesariamente de una elección en virtud del artículo 7, que tendrá pues efectos limitados al procedimiento específico. En efecto, si se aplicase en este caso el artículo 8 la elección sería nula. Por el contrario, si la ley del foro es también una de las leyes enumeradas en el artículo 8(1), como ocurre a menudo, la respuesta dependerá de la interpretación de la voluntad de las partes.

118. El problema de coordinar los artículos 7 y 8 no se plantea cuando la obligación alimenticia se refiera a una persona menor de 18 años o a un adulto que, debido a una alteración o a una insuficiencia de sus facultades personales, no está en condiciones de hacerse cargo de sus propios intereses pues, en esos casos, se descarta la elección del artículo 8 (art. 8(3)). Las partes sólo pueden elegir entonces la ley del foro a los efectos de un procedimiento específico en las condiciones y con los efectos del artículo 7.

c) Las modalidades de la elección

119. Dado que la elección de la ley aplicable según el artículo 7(1) puede tener lugar igualmente antes de la presentación de la demanda, el artículo 7(2) da algunas precisiones sobre la forma, al prever que, en ese caso, la designación de la ley aplicable debe ser objeto de un acuerdo escrito o consignado en cualquier otro soporte cuyo contenido sea accesible para su posterior consulta. Se ha considerado esencial, por una parte, que la existencia del acuerdo pueda probarse fácilmente, evitando todo rechazo, y, por otra parte, que se llame la atención de las partes sobre las consecuencias importantes que la elección de la ley aplicable puede producir con respecto a la existencia y al alcance de la obligación alimenticia. En la línea de los delegados de la Sesión diplomática, esta disposición prevé sólo un formalismo mínimo relativo al acuerdo; los Estados pueden optar por prever otras exigencias, por ejemplo con vistas a garantizar que el consentimiento de las partes sea libre y suficientemente informado (p. ej. el recurso a un asesor jurídico antes de firmar el acuerdo).

120. Por último, conviene observar que si la elección prevista en el artículo 7 se efectúa antes de presentar la demanda, sólo será válida en la medida en que las partes hayan especificado la ley que tienen intención de designar, o al menos la autoridad ante la que se deberá iniciar el procedimiento que proyectan. Si posteriormente no se presenta ninguna demanda ante las autoridades del Estado cuya ley se ha elegido, la elección quedará sin efecto (a menos que cumpla las condiciones previstas en el art. 8). Por el contrario, no bastará que las partes designen de manera general “la *lex fori*”, pues mientras no se haya acudido a ninguna autoridad, no está determinado el “foro”. Una elección así realizada a ciegas no ofrece la garantía de que las partes hayan sido informadas y sean conscientes del objeto de su elección.

121. Después de debatir sobre este punto, se acabó renunciando a prever un límite temporal entre el momento de la elección y el de la presentación de la demanda. En efecto, si se presenta una demanda en el Estado cuya ley se ha elegido, es razonable que la elección pueda surtir efecto, incluso aunque haya transcurrido un periodo relativamente largo entre los dos momentos. Por el contrario, si no se presenta ninguna demanda en ese Estado, la elección, como ya se ha indicado, no surtirá en cualquier caso efecto alguno.

122. El Protocolo no establece ninguna regla en cuanto a las modalidades y el momento de la elección cuando este último se efectúe durante el procedimiento. Estas cuestiones están reguladas por la ley de la autoridad que conoce del asunto.

Artículo 8 Designación de la ley aplicable

123. Esta disposición permite a las partes elegir la ley aplicable a la obligación alimenticia en cualquier momento, antes incluso de que se produzca el litigio.

124. Contrariamente a la elección de la ley del foro prevista en el artículo 7, la elección de la ley aplicable del artículo 8 no se realiza únicamente "a los efectos de un procedimiento específico"; sus efectos no se limitan pues a un procedimiento que el acreedor de alimentos ya ha iniciado o que se dispone a iniciar. La ley elegida por las partes está destinada en efecto a regular las obligaciones alimenticias entre las partes a partir del momento de la elección, hasta el momento en que decidan revocarla o modificarla, según el caso.

125. La principal ventaja de la elección de la ley aplicable tal como se prevé en el artículo 8 es garantizar cierta estabilidad y previsibilidad en cuanto a la ley aplicable. En efecto, si las partes han efectuado esta elección, la ley elegida sigue siendo aplicable a pesar de los cambios que se pueden producir en su situación personal, e independientemente de la autoridad competente en caso de litigio. En particular, el cambio de residencia habitual del acreedor de alimentos no implica ninguna modificación de la ley aplicable (*cf. infra*, ap. 133), contrariamente a lo que se deriva de la ausencia de elección del artículo 3(2).

a) *Ámbito de aplicación del artículo 8*

126. La elección de la ley aplicable es especialmente útil en las relaciones entre cónyuges, cuando estos últimos han firmado, antes o durante el matrimonio, un acuerdo relativo a las obligaciones alimenticias durante el matrimonio y / o después del divorcio. Gracias a esa elección, la ley aplicable a la obligación alimenticia está determinada con antelación, lo que evita que la validez del acuerdo pueda volver a ponerse en tela de juicio posteriormente en caso de un cambio de residencia habitual de los cónyuges o del cónyuge acreedor. Por otra parte, incluso a falta de un acuerdo relativo a las obligaciones alimenticias, la elección de la ley puede evitar los cambios de la ley aplicable resultante de un conflicto "móvil".

127. Una vez que los cónyuges han elegido la ley aplicable, ha resultado que podía ampliarse de manera útil a todos los adultos, exceptuando las personas que, debido a una alteración o a una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de hacerse cargo de sus intereses. Aunque estos adultos "vulnerables" estén generalmente protegidos por mecanismos establecidos en los distintos sistemas de derecho interno (p. ej., en forma de nombramiento de un tutor o de un curador), la Sesión diplomática acabó excluyendo la elección de la ley aplicable para las obligaciones alimenticias con respecto a dichas personas, para prevenir cualquier riesgo de abuso (art. 8(3)). La definición de los adultos vulnerables utilizada por esta disposición se recoge en el *Convenio de la Haya sobre protección internacional de los adultos* (*cf.* art. 1(1)).

128. La elección de la ley aplicable se ha excluido también para las obligaciones alimenticias respecto de los menores, pues los potenciales riesgos de esta elección parecen superiores a los posibles beneficios. Conviene considerar que el menor está generalmente representado por uno de sus padres, debiendo éstos también proveer a sus necesidades; la Sesión diplomática ha considerado pues que la admisión de la

elección de la ley aplicable supone, en este caso, un riesgo demasiado grande de conflicto de intereses. Tras algunos titubeos para fijar la edad a partir de la cual se debía admitir la elección (18 ó 21 años), se ha acabado determinando la edad en los 18 años, pues es la edad de la mayoría legal en la mayor parte de los países.

b) El abanico de leyes que pueden elegirse

129. Con objeto de proteger al acreedor de alimentos, el artículo 8 somete la facultad de las partes para elegir la ley aplicable a varias condiciones y restricciones. Una primera restricción se refiere al objeto de la elección y su objetivo es limitar el abanico de opciones de que disponen las partes.

i) Ley nacional de una de las partes

130. La primera opción de que disponen las partes consiste en elegir la ley nacional de una de ellas en el momento de la designación (art. 8(1) a)). Esta posibilidad se admitió sin ninguna discusión especial y no requiere grandes explicaciones. Conviene observar que, contrariamente al criterio de conexión subsidiaria a la nacionalidad común del artículo 4(4), es suficiente decir que la designación trata de la ley de un Estado del que sólo una de las partes es nacional (acreedor o deudor).

131. En caso de pluralidad de nacionalidades, conviene admitir, ante el silencio del Protocolo, que la elección puede referirse indiferentemente a una o varias de las leyes nacionales de las partes; en efecto, la búsqueda de la nacionalidad más estrecha o efectiva podría crear incertidumbres en cuanto a la validez de la elección, haciendo frágil la autonomía de las partes.

ii) La ley del país de residencia habitual de una de las partes

132. La segunda opción se refiere a la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación (art. 8(1) b)). En los trabajos preparatorios del Protocolo nunca se discutió esta posibilidad. La noción de residencia habitual no requiere consideraciones específicas; se corresponde con la del artículo 3 (*cf. supra*, aps. 41 y ss.).

133. En el caso de la nacionalidad, al igual que en el de la residencia habitual, el momento determinante es el de la designación. Esta solución corresponde al principal objetivo de la elección de la ley aplicable, que consiste en garantizar una estabilidad, independientemente de los cambios que se produzcan después de la designación. A pesar del silencio del Protocolo a este respecto, hay que considerar, pues, que un cambio de nacionalidad o de residencia habitual de la parte afectada después de la elección no incide en la validez de esta última. Por el contrario, nos podemos preguntar si la elección de la ley de un Estado del que ninguna de las partes tiene la nacionalidad ni la residencia en el momento de la elección puede convalidarse *a posteriori* mediante la posterior adquisición de la nacionalidad o de la residencia habitual en cuestión. La referencia expresa al momento de la designación que figura en los apartados a) y b) del artículo 8(1) parece excluirlo.

Las opciones adicionales de los apartados c) y d)

134. Las opciones tercera y cuarta (art. 8(1) c) y d)) tratan de la ley designada para regir, respectivamente, las relaciones patrimoniales entre cónyuges, y en casos de separación o divorcio, así como la ley aplicada efectivamente a estas cuestiones. Es pues evidente que estas posibilidades están abiertas a los cónyuges y ex cónyuges.

135. La oportunidad de admitir estas opciones adicionales se debatió largo tiempo. Contra su admisión, se observó que crean un sistema muy complicado, sin que ello sea realmente necesario, teniendo en cuenta las posibilidades de elección más amplias derivadas ya de los apartados a) y b). Además, las opciones adicionales previstas por los apartados c) y d) dependen de las soluciones nacionales de conflictos en materia de relaciones patrimoniales, divorcio y separación y sólo crean pues una uniformidad aparente. Asimismo, en las situaciones en que las partes han sometido la obligación alimenticia a la ley *designada* como aplicable a sus relaciones patrimoniales o a su separación / divorcio, la validez de esta elección por lo que se refiere a los alimentos

depende de hecho de la validez de la elección con respecto a las relaciones patrimoniales / de la separación / del divorcio. Como la elección de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges y la aplicable a la separación o al divorcio no está regulada por el Protocolo, depende totalmente del derecho internacional privado del foro. Si éste no permite semejante elección, su invalidez implicará la invalidez de la elección de la ley aplicable a la obligación alimenticia. Este riesgo es particularmente importante en materia de divorcio, pues la autonomía de las partes sólo está reconocida en dicha materia por un número limitado de Estados. En consecuencia, la elección efectuada de manera válida según el derecho internacional privado de un Estado Contratante puede ser considerada nula por las autoridades de otro Estado contratante que aplique sus propias reglas de conflictos de leyes.

136. A pesar de estos inconvenientes, las opciones de los apartados *c)* y *d)* han sido consideradas por la Sesión diplomática, pues permiten a los cónyuges hacer lo necesario para que sea aplicable una ley única a las distintas cuestiones que se deban resolver en caso de desunión de la pareja (divorcio y separación, disolución del régimen matrimonial y obligaciones alimenticias). Esta coincidencia es especialmente importante considerando los vínculos que existen entre estos diferentes aspectos en varios sistemas jurídicos internos. Así, la determinación de las consecuencias patrimoniales se considera a veces como una condición para la obtención del divorcio (es el caso en particular de los procedimientos basados en el consentimiento mutuo de los cónyuges). Por otra parte, en ciertos derechos (en particular en varias jurisdicciones de *common law*), la distinción entre disolución del régimen y obligaciones alimenticias no es clara, incluso inexistente, pues la solución de todo efecto patrimonial del divorcio se encomienda al juez.

137. Conviene destacar que el artículo 8 no permite a los cónyuges elegir la ley aplicable al régimen o al divorcio. Dado que esta cuestión está regulada por reglas internas de derecho internacional privado de los Estados Contratantes (incluidas las que tiene su fuente a nivel internacional o regional), y que las soluciones previstas pueden ser muy diferentes, la determinación de la ley aplicable al régimen o al divorcio puede variar según las reglas vigentes en el Estado de la autoridad que entiende del asunto. En consecuencia, la designación de esa ley para aplicarla a la obligación alimenticia se haría a ciegas, una situación que no se ha considerado deseable.

iii) La ley designada para regular las relaciones patrimoniales

138. Según el artículo 8(1) *c)*, los cónyuges, en primer lugar, tienen derecho a elegir la ley que han designado para regir sus relaciones patrimoniales. En este caso, la ley designada para aplicarse al régimen de bienes será aplicable también a las obligaciones alimenticias, suponiendo pues una ventaja evidente la posibilidad de someter estas cuestiones a una reglamentación coherente.

139. La elección de la ley aplicable al régimen matrimonial no está regulada por el Protocolo, sino por el derecho internacional privado de cada Estado Contratante (incluidos eventuales instrumentos de origen internacional o regional). Esta elección está ampliamente admitida en derecho comparado; está prevista en particular por el *Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales*. A menudo, se concede a los cónyuges el derecho a elegir la ley nacional o la del país de residencia habitual de uno de los mismos (*cf.* arts. 3 y 6 del Convenio de 1978); en este caso, esta opción no añade nada a las resultantes de los apartados *a)* y *b)*. Ocurre, sin embargo, que para su régimen matrimonial, los cónyuges gozan de ciertas opciones adicionales, no previstas por el Protocolo, como por ejemplo la ley del domicilio (que no coincide necesariamente con la residencia habitual) o la ley del lugar en que se encuentran ciertos bienes, en particular los inmuebles (*cf.* arts. 3(4) y 6(4) del Convenio de 1978). En estas hipótesis, las obligaciones alimenticias podrán someterse también ellas a estas otras leyes.

140. Si la elección hecha por las partes no corresponde a las reglas de conflictos de leyes vigentes en el Estado de foro (porque esta elección no se admite o las condiciones previstas no se han respetado, o la ley elegida está en conflicto de otro modo con las reglas), se considerará nula y sin efecto. Esta invalidez implica asimismo la de la

designación de la ley aplicable a la obligación alimenticia, que se subsume en ello en virtud del Protocolo.

iv) La ley efectivamente aplicada a las relaciones patrimoniales

141. El apartado c) permite asimismo a los cónyuges someter las obligaciones alimenticias a la ley que se haya *aplicado* efectivamente a sus relaciones patrimoniales. La situación a que se refiere es aquella en que la autoridad que entiende del asunto ya ha determinado la ley aplicable a estas relaciones (en particular en un caso de separación o divorcio). Mediante su elección, los cónyuges pueden someter las obligaciones alimenticias a esa misma ley. Esto permite ampliar la elección de las partes, pero, sobre todo, someter todas las cuestiones de carácter patrimonial a una ley única. Conviene observar que, si la ley aplicada a las relaciones patrimoniales es la ley del foro, la elección de dicha ley para las obligaciones alimenticias no se confunde con la prevista por el artículo 7; en efecto, no se trata de una elección efectuada por necesidades de un procedimiento en particular, sino de una elección que seguirá surtiendo sus efectos en el futuro, incluso en el momento de nuevas demandas (en particular de modificación) presentadas por el acreedor o por el deudor. Por otra parte, la elección prevista en el artículo 8(1) c) no debe producirse necesariamente durante el procedimiento, sino que se puede efectuar después de que se haya dictado una resolución que defina las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

v) La ley designada para regir la separación o el divorcio

142. Según el artículo 8(1) d), los cónyuges pueden someter asimismo la obligación alimenticia a la ley que han *designado* para regir su separación o su divorcio. Las consideraciones que hemos hecho con respecto a la elección de la ley designada para las relaciones patrimoniales son, *mutatis mutandi*, igualmente aplicables a este caso. Conviene señalar, sin embargo, que la designación de la ley aplicable al divorcio o a la separación no está muy difundida en derecho internacional privado comparado. Esto incrementa evidentemente la probabilidad de que una elección de este tipo se considere nula en el Estado del foro, incluso por lo que se refiere a la obligación alimenticia. Los cónyuges tendrán, pues, buen cuidado de dar pruebas de prudencia. No obstante, se perfila una evolución en el derecho internacional privado de ciertos Estados europeos, dado que la elección de la ley aplicable para el divorcio y la separación está prevista en particular en los derechos alemán, neerlandés y belga²¹.

vi) La ley efectivamente aplicada a la separación o al divorcio

143. El apartado d) permite también a los cónyuges someter las obligaciones alimenticias a la ley que se ha *aplicado* efectivamente a la separación o al divorcio. La situación a que se refiere es aquella en que la ley aplicable ya ha sido determinada por la autoridad que entiende del asunto; mediante su elección, los cónyuges pueden someter las obligaciones alimenticias a esa misma ley. Esto permite ampliar la elección de las partes, pero sobre todo someter las obligaciones alimenticias a la misma ley que se aplica a la separación o al divorcio. Las consideraciones hechas anteriormente acerca de la diferencia entre esta elección y la que está regulada por el artículo 7 (*cf., supra* ap. 141) son igualmente aplicables en ese caso.

c) Modalidades de la elección

144. Desde el punto de vista formal, la elección de la ley aplicable debe hacerse por escrito y firmarse por las partes (art. 8(2)). Además de las ventajas que ofrece desde el punto de vista probatorio, la exigencia del escrito sirve para llamar la atención del acreedor acerca de la importancia de la elección y para protegerle de las consecuencias de una elección no ponderada.

145. El escrito puede sustituirse por cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su posterior consulta. Esta precisión se hace para permitir el uso de las tecnologías de la

²¹ En condiciones concretas en cada jurisdicción, se permite la elección de la ley aplicable mediante la remisión del art. 17 al art. 14§3 y 14§4 EGBGB, el art. 1§2 y 1§4 de la *Wet Conflictenrecht inzake ontbinding huwelijk en scheiding van tafel en bed* (Ley relativa a los conflictos de leyes en materia de disolución del matrimonio y la separación) en los Países Bajos y el art. 55§2 del Código de derecho internacional privado belga.

información. Esto no exime sin embargo de la exigencia de un documento firmado; por tanto, un documento electrónico sólo será suficiente si va acompañado por una firma electrónica.

d) Restricciones a los efectos de la elección

146. Se han introducido importantes restricciones en cuanto a los efectos de la elección de la ley aplicable (art. 8, aps. 4 y 5). Dado que la elección de una ley restrictiva en materia alimenticia puede privar al acreedor de su derecho a una prestación, o limitar sus pretensiones de manera importante, se ha considerado indispensable limitar sus efectos.

i) Aplicación de la ley del país de residencia habitual del acreedor al derecho a renunciar a los alimentos

147. El artículo 8(4) prevé que, a pesar de la ley designada por las partes, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor en el momento de la designación determine si este último puede renunciar a su derecho a los alimentos. Esta regla se ha introducido en el texto del Protocolo durante la Sesión diplomática, a propuesta de la Comunidad Europea (Doc. Trab. Nº 5 de la Comisión II). Incluye una limitación al ámbito de aplicación de la ley elegida por las partes; independientemente del contenido de dicha ley, la posibilidad de renunciar al derecho a los alimentos, así como las condiciones de una renuncia de ese tipo, siguen sometidas a la ley del país de residencia habitual del acreedor. El objetivo de la disposición es evidentemente evitar que, por medio de la elección de una ley particularmente liberal y poco protectora, el acreedor pueda verse obligado a renunciar a la prestación alimenticia a la que tendría derecho según la ley aplicable a falta de elección.

148. Según la propuesta en que se basa esta disposición, la asignación al acreedor de un importe en capital destinado a cubrir las futuras necesidades de este último no constituye una renuncia al derecho a los alimentos según este artículo. En este caso, la ley del país de residencia habitual del acreedor no entra en consideración.

149. En su redacción literal, parece que tiene que aplicarse la disposición al caso en que el acreedor haya renunciado a sus derechos, y esta renuncia vaya acompañada de la elección de una ley que la permita. La razón de ser de la disposición sugiere sin embargo aplicarla asimismo en el caso en que la elección de una determinada ley incluya, en sí misma, una renuncia, al no prever la ley elegida ninguna prestación alimenticia a favor del acreedor.

ii) Poder moderador del juez

150. Los efectos de la elección de la ley aplicable están limitados, además, por la previsión de un poder moderador de la autoridad ante la que se ha presentado la demanda (art. 8(5)). Si esa autoridad observa que la aplicación de la ley elegida por las partes implica, en el caso concreto, consecuencias manifiestamente injustas e irrazonables, podrá descartarse la ley elegida a favor de la designada por los criterios de conexión objetivos de los artículos 3 a 5. Esta cláusula de escape se basa en consideraciones de justicia material y corresponde al poder que varios derechos nacionales atribuyen al juez para corregir, o incluso descartar, los acuerdos sobre alimentos firmados entre las partes cuando llevan a resultados injustos y irrazonables. Sin embargo, las delegaciones estaban preocupadas también por que un poder ilimitado del tribunal para descartar la ley elegida pudiera comprometer completamente la posibilidad para las partes de celebrar acuerdos de elección de la ley en virtud del artículo 8. Se acordó pues limitar el poder moderador del juez disponiendo que el apartado 5 no será aplicable si las partes están debidamente informadas y son conscientes de las consecuencias de su designación. El objetivo de esta expresión es permitir a las partes reducir el riesgo de que se rechace su acuerdo pidiendo consejo jurídico sobre las consecuencias de su acuerdo antes de firmarlo. La condición por la que se exige que las partes estén "plenamente informadas sean conscientes" significa que las partes no sólo deben haber conseguido la información pertinente, sino que tienen que estar también en condiciones de comprenderla; la expresión no es redundante, pues una

persona puede estar plenamente informada sin ser consciente de las consecuencias de su elección.

e) Existencia y validez del acuerdo entre partes

151. Aparte de ciertas limitaciones a la admisibilidad de la elección de la ley aplicable y algunas indicaciones en cuanto al momento y la forma de esa elección, el Protocolo omite otras cuestiones relativas a la existencia y la validez del acuerdo por el que las partes designan la ley aplicable (no determina, por ejemplo, el efecto de un eventual vicio de consentimiento). Estas cuestiones deberán resolverse según la ley aplicable al contrato de elección celebrado entre las partes, pero el Protocolo no determina expresamente esa ley. La solución preferible para colmar esa laguna es considerar que esas cuestiones están reguladas por la ley designada por las partes. Este enfoque, que consiste en someter la validez de la *optio legis* a la ley que sería aplicable si fuese válido el acuerdo entre las partes, es muy frecuente, en efecto, en los instrumentos internacionales que reconocen la autonomía de las partes, en particular por lo que se refiere a la existencia y la validez del consentimiento (cf. art. 10 del *Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales*; art. 10(1) del *Convenio de La Haya de 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías*; art. 5(2) del *Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*; arts. 3(4) y 8(1) del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*; arts. 3(5) y 10(1) del Reglamento “Roma I” (Reglamento (CE) N° 593/2008)). Su principal ventaja es garantizar que se resuelven estas cuestiones de manera uniforme en los distintos Estados Contratantes del Protocolo.

Artículo 9 “Domicilio” en lugar de “nacionalidad”

152. Esta disposición prevé que un Estado que conoce el concepto de “domicilio” como factor de conexión en materia de familia pueda informar a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de que, a los efectos de los asuntos presentados ante sus autoridades, la palabra “nacionalidad” en los artículos 4 y 6 queda sustituida por “domicilio” tal como se entiende en ese Estado.

153. Esta disposición se ha incluido en el Protocolo durante la Sesión diplomática a propuesta de la Comunidad Europea (Doc. trab. N° 2, 6 y 11 de la Comisión II). Su objetivo es facilitar la aplicación del Protocolo por los Estados (en particular las jurisdicciones de *common law*) que no están acostumbrados a utilizar la nacionalidad como criterio de conexión en derecho internacional privado. Estos Estados están autorizados, pues, a sustituir el criterio de la nacionalidad utilizado en los artículos 4 y 6 por el del domicilio, tal como se entiende en estos Estados. Disposiciones similares figuran en ciertos instrumentos de derecho comunitario a favor del Reino Unido y de Irlanda (cf. arts. 3(2) y 6(b) del Reglamento (CE) N° 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 (Bruselas II-*bis*) relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000).

154. Aunque la definición del círculo de Estados que pueden beneficiarse de esta regla concreta no sea muy precisa, está claro que está permitido a las jurisdicciones de *common law* que utilizan el “domicilio” como factor de conexión en materia familiar a hacer uso del artículo 9. La fórmula utilizada por el artículo 9, haciendo referencia a un “Estado que utilice el concepto de “domicilio” como factor de conexión en materia de familia” no limita expresamente la aplicación de este artículo únicamente a los Estados de *common law*. Existen en efecto varias jurisdicciones de tradición civilista que utilizan también ellas la conexión con el domicilio en materia familiar²². Según el contenido del artículo 9, al parecer también esos Estados pueden ejercer la facultad reconocida por esta disposición. Esta lectura no se ajusta sin embargo al ánimo de la propuesta de la Comunidad Europea, cuyo objetivo declarado era facilitar la tarea de los Estados que no

²² Por ejemplo, Suiza, en que el domicilio se define como el lugar en que una persona “reside con intención de establecerse”, cf. art. 20(1) a) de la Ley federal de derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987.

tienen costumbre de utilizar el criterio de la nacionalidad como criterio de conexión en sus sistemas internos de derecho internacional privado (*cf.* Acta N° 5 de la Comisión II, ap. 31). Parece pues que si un Estado conoce y hace uso generalmente de la noción de nacionalidad en materia de conflicto de leyes, incluso de manera subsidiaria, no podrá beneficiarse de la regla especial del artículo 9.

155. En el Estado que haya hecho uso de la facultad prevista en el artículo 9, el criterio del domicilio deberá utilizarse tal como se “defina en ese Estado”. Hay pues una remisión al derecho interno del Estado correspondiente y a su propia noción de domicilio. Este enfoque no es evidentemente muy propicio a la aplicación uniforme del Protocolo, pero su impacto no debe sobrevalorarse, pues seguirá limitándose a las disposiciones del artículo 4(4) y del artículo 6 del Protocolo. Conviene asimismo observar que la remisión a la noción interna de domicilio se utiliza también en otros instrumentos de derecho internacional privado uniforme, sin que ello implique mayores inconvenientes en la aplicación de dichos textos (*cf.* art. 52 del Convenio de Bruselas y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988).

156. La sustitución de la noción de nacionalidad por la de domicilio según el artículo 9 sólo está prevista en la aplicación de los artículos 4 y 6 del Protocolo, a saber, en las dos disposiciones que utilizan el criterio de la nacionalidad común de las partes. En el artículo 4(4), esta sustitución tendrá por consecuencia que, en los Estados Contratantes del Protocolo que hayan hecho uso de dicha facultad, el acreedor que no puede conseguir alimentos ni según la ley de su país de residencia habitual ni según la del foro (en este orden o en orden inverso, *cf.* art. 4(3)) podrá basar su pretensión en la ley del Estado en que las dos partes tienen su domicilio. En el artículo 6, la sustitución implica que, en los Estados en cuestión, un deudor de alimentos podrá oponerse a la pretensión del acreedor, si no existe la obligación según la ley de su país de residencia habitual, ni según la ley del Estado en que ambas partes están domiciliadas.

157. En los dos casos a que se refiere el artículo 9, la sustitución de la nacionalidad por el domicilio sólo tendrá efectos para el Estado Contratante que haya hecho uso de la facultad prevista por esta disposición. Esto significa que los demás Estados no estarán obligados a aplicar el criterio del domicilio y, por el contrario, deberán seguir aplicando el de la nacionalidad. En efecto, el artículo 9 no está sometido a la condición de reciprocidad. El corolario de esto es la no obligación de los demás Estados de aplicar la noción de domicilio tal como está prevista en el Estado en cuestión; la tarea de sus autoridades no se vuelve pues más complicada por el artículo en cuestión.

158. La sustitución prevista en el artículo 9 no incidirá, por el contrario, en el artículo 8, aunque esta disposición utilice también el criterio de nacionalidad en el apartado 1 a) (elección de las partes de la ley nacional de una de ellas). La explicación de esto se encuentra en la voluntad de evitar que la designación de la ley nacional de una de las partes, realizada conforme al artículo 8, pueda resultar nula en otro Estado Contratante que haya hecho uso del artículo 9, debido a que ninguna de las partes estaba domiciliada en el Estado cuya ley se ha elegido. O bien, por el contrario, que la designación de la ley del domicilio pueda considerarse nula en un Estado Contratante que siga fiel al criterio de la nacionalidad.

159. Conviene subrayar que la sustitución del criterio de la nacionalidad por el del domicilio está sometida, según el artículo 9, a la obligación de informar de ello a la Oficina Permanente, que pondrá esa información en conocimiento de los demás Estados Contratantes.

Artículo 10 Organismos públicos

160. Esta disposición prevé que el derecho de un organismo público a solicitar el reembolso de la prestación proporcionada al acreedor a título de alimentos esté sometido a la ley que regule al organismo.

161. Esta regla no constituye una novedad, pues ya figuraba en el artículo 9 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, con algunas pequeñas diferencias en la redacción. Así, en la versión francesa, la expresión “institution publique” que figura en

el antiguo Convenio ha sido sustituida por "organismo público" para uniformizar el texto del Protocolo con el del Convenio (*cf.* art. 36 de este último).

162. Es una regla ampliamente reconocida en el ámbito internacional, como lo confirma el hecho de que una disposición con el mismo contenido se haya introducido asimismo en el texto del Convenio (art. 36(2) de este último). Esta regla será pues aplicable en todos los Estados Partes en este último instrumento, aunque no sean Partes en el Protocolo (y por lo tanto independientemente de la ley que aplican a la obligación alimenticia).

163. Conviene observar que la conexión con la ley del organismo público sólo vale para el derecho de este último a *solicitar* el reembolso (ya sea sobre la base de una subrogación o de una cesión legal), mientras que la existencia y la envergadura de la deuda alimenticia están reguladas por la ley aplicable a esta obligación (*cf.* art. 11 *f*). Para aclarar la relación entre estas disposiciones la expresión "derecho a obtener el reembolso" que figuraba en el Convenio de obligaciones alimenticias de 1973, se ha cambiado por "derecho a solicitar el reembolso". En efecto, la obtención del reembolso no depende de la ley del organismo público, sino de la ley aplicable a la obligación alimenticia. En ciertos casos, estas dos leyes coinciden; ese es generalmente el caso si la obligación alimenticia se rige por la ley del Estado de residencia habitual del acreedor (art. 3), pues el organismo público que proporciona las prestaciones al acreedor opera normalmente en el Estado de residencia de este último, conforme a la ley local. Puede producirse más fácilmente una disociación de las dos leyes cuando la obligación alimenticia procede de una ley distinta de la del Estado de residencia habitual del acreedor en virtud de los artículos 4, 5, 7 u 8.

164. Está claro por otra parte que la regla sólo vale para el reembolso de las prestaciones pagadas en lugar de alimentos, y no para las prestaciones de otra naturaleza, por ejemplo los subsidios públicos, que el deudor no está obligado a reembolsar.

Artículo 11 Ámbito de la ley aplicable

165. Esta disposición especifica las cuestiones reguladas por la ley aplicable a la obligación alimenticia, indicada en los artículos 3, 4, 5, 7 u 8 del Protocolo. El ámbito de aplicación de esta ley está definido de manera bastante amplia, conforme al enfoque que caracteriza al Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 (*cf.* art. 10 de dicho Convenio), así como a otros instrumentos internacionales (*cf.* art. 7 del Convenio de Montevideo de 1989).

166. Conviene observar que la enumeración que figura en el artículo 11, como indica el adverbio "en particular" no pretende ser exhaustiva, pudiéndose someter a la misma ley otras cuestiones que no se mencionan.

167. La ley aplicable a la obligación alimenticia regula en primer lugar la existencia de la obligación alimenticia y la determinación del deudor (art. 11 *a*). Determina entre otras cosas la adecuación de una persona para elegir una prestación alimenticia, teniendo en cuenta la relación de familia que la vincule con el deudor y su edad.

168. La misma ley determina asimismo el alcance de la obligación. El Protocolo ha permanecido fiel al enfoque de los Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973, previendo que una ley única determine si el acreedor puede solicitar alimentos y en qué medida. El desglose entre la existencia y el alcance de la deuda, que se practica en ciertos sistemas jurídicos (en particular, en ciertas provincias de Canadá) no se ha seguido.

169. El alcance de la obligación incluye no sólo las modalidades de cálculo de la prestación (*cf.* ap. *c*), sino también la medida en que el acreedor puede solicitar alimentos con carácter retroactivo por el pasado (*cf.* ap. *b*). Los distintos sistemas jurídicos limitan generalmente esta posibilidad a los importes debidos en los años inmediatamente anteriores a la solicitud del acreedor.

170. La ley aplicable a la obligación alimenticia regula asimismo la cuestión de la actualización del importe debido en concepto de alimentos (*cf.* ap. *c*). Esta cuestión se debatió en la Comisión especial, pues otras soluciones podrían concebirse teóricamente

(por ejemplo, la aplicación sistemática de la ley del país de residencia habitual del acreedor o de la ley del foro). La Comisión especial estimó finalmente que esta cuestión estaba vinculada a la de la determinación del alcance de la obligación alimenticia y debía estar, pues, regulada por la ley aplicable a esta última.

171. La ley aplicable a una obligación alimenticia determina asimismo la persona que está capacitada para actuar en materia de alimentos (*cf. ap. d*). Esta solución se corresponde con la consagrada por el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 (art. 10(2)). La capacidad para actuar le corresponde normalmente al acreedor de alimentos, pero, cuando este último es un menor, puede entablar a veces la acción uno de sus padres o un organismo público. Esta cuestión se distingue de la de la representación de los incapacitados, que es ajena al ámbito de aplicación del Protocolo. Asimismo, no debe confundirse con las de la capacidad procesal y la de representación ante la justicia, que dependen de la ley del foro.

172. La prescripción de la acción alimenticia y los demás plazos previstos para entablarla (por ejemplo, los plazos de prescripción) están regulados también por la ley aplicable a la obligación alimenticia (*cf. ap. e*). Se atribuye, pues, a estas cuestiones una calificación sustancial y no procesal, como ya sucedía en el caso del marco del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 (art. 10(2)). Otra cuestión es el plazo durante el que se puede obtener la ejecución de los atrasos sobre la base de una decisión extranjera. Esta cuestión no está regulada por el Protocolo, sino por el apartado 5 del artículo 32 del Convenio, que dispone que “[el] plazo de prescripción relativo a la ejecución de los atrasos será determinado por la ley del Estado de origen de la resolución o del Estado requerido, que prevea el más largo plazo”.

173. En el caso de una acción por reembolso, entablada por un organismo público, la ley aplicable a la obligación alimenticia regula la existencia y la amplitud (y por tanto los límites) de esa obligación (*cf. ap. f*), mientras que el derecho a solicitar el reembolso depende de la ley de la institución de referencia (art. 9). Esta regla, que corresponde a la que contiene el artículo 10(3) del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, es totalmente lógica; en efecto, aunque la ley aplicable a la obligación alimenticia no prevé ningún acreedor, el organismo público no podría reclamar al deudor el reembolso de las prestaciones que ha consentido.

Artículo 12 Exclusión del reenvío

174. Esta disposición especifica que las normas de conflicto del Protocolo designan la ley interna del Estado correspondiente, excluyendo las normas del conflicto de leyes. Se excluye, pues, la remisión, aunque la ley designada sea la de un Estado no Contratante. Esta solución es conforme a la que han consagrado el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 y numerosos textos elaborados por la Conferencia de La Haya (*cf. art. 10 del Convenio de La Haya de 5 de julio de 2006 relativo a la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario; y el art. 19 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos*). No requiere ningún comentario en especial.

Artículo 13 Orden público

175. Este artículo se limita a prever la posibilidad de descartar la ley aplicable cuando sus efectos sean manifiestamente incompatibles con el orden público del foro. El contenido de esta disposición se corresponde con el del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 (art. 11(1)), así como con numerosos instrumentos de derecho internacional privado uniforme.

176. La aplicación de la reserva o excepción de orden público debe ser muy restrictiva. En efecto, el artículo 13 exige que los efectos de la ley extranjera sean *manifiestamente* contrarios al orden público del foro, es decir, que estén en contradicción evidente con un principio fundamental del Estado del foro.

177. La excepción del orden público se alega a veces cuando la pretensión alimenticia se basa, según la *lex causae* extranjera, en una relación de familia que no se reconoce en el

Estado del foro y que se percibe como “chocante”. A este respecto, conviene subrayar, sin embargo, que la apreciación de orden público debe hacerse *in concreto*, con respecto a los efectos de la aplicación de la ley extranjera indicada por el Protocolo. Esta consideración parece especialmente importante en el ámbito de los alimentos, pues aquí el efecto de la aplicación de una ley extranjera se produce en todo caso desde el punto de vista patrimonial (*cf.* asimismo art. 1(2) del Protocolo, según el cual las resoluciones dictadas en aplicación del Protocolo no prejuzgan la existencia de una relación de familia). Para poder alegar el orden público, no bastará, pues, que la relación familiar de que se deriva la pretensión alimenticia perjudique como tal al orden público del Estado del foro, pero será necesario que el hecho de obligar a cierta persona a pagar alimentos a otra sobre la base de dicha relación se considere “chocante” en sí. Esta distinción no es anodina. Es bien sabido, en efecto, que en varios Estados la jurisprudencia está dispuesta a reconocer ciertos efectos específicos (de naturaleza patrimonial o personal) derivados de una relación de familia, a pesar de que esta última sea en sí contraria al orden público del foro. El ejemplo más conocido es el del reconocimiento en Estados europeos (Alemania, Francia) de ciertos efectos de la poligamia; a pesar de que esta institución no se pueda reconocer en dichos Estados como tal, pues es contraria a los principios fundamentales de la ley del foro, la existencia de una obligación alimenticia del marido a favor de las distintas mujeres no se percibe allí como chocante. Se podrían aplicar consideraciones análogas, *mutatis mutandis*, a otras instituciones controvertidas, como el matrimonio o las uniones entre personas del mismo sexo.

178. Contrariamente a otros textos de origen interno o internacional, el Protocolo no reserva las leyes de policía (o reglas de aplicación inmediata) del foro, es decir, las reglas imperativas que, debido a su importancia crucial para el Estado del foro, son aplicables independientemente de la ley designada por las normas sobre conflictos de leyes. Parece pues que las autoridades competentes deben determinar en todo caso el contenido de la ley designada por el Protocolo, que sólo podrá descartarse si los efectos son en el caso concreto incompatibles con los principios de orden público de la ley del foro.

Artículo 14 Determinación de la cuantía de los alimentos

179. El artículo 14 prevé que, aunque la ley aplicable lo disponga de otro modo, se tendrán en cuenta en la determinación de la cuantía de los alimentos, las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos. Se trata de una regla material que se impone como tal a los Estados Contratantes, independientemente de lo que disponga la ley aplicable a la obligación alimenticia.

180. El texto de esta disposición se corresponde ampliamente con el artículo 11(2) del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, pero presenta dos novedades importantes:

181. La primera diferencia se deriva de que el artículo 14 es objeto de una disposición independiente y separada de la relativa al orden público, contrariamente al artículo 11(2) del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973. Tras largos debates en el marco del GTLA y de la Comisión especial, se adoptó esta solución en la Sesión diplomática. Tiene una consecuencia importante: la regla material de que se trata no constituye únicamente un límite a la aplicación de una ley extranjera, sino que debe ser aplicada por las autoridades de un Estado Contratante aunque la ley designada por el Protocolo sea, en ese caso concreto, la ley del foro.

182. Conviene destacar que el hecho de tener en cuenta las necesidades y los recursos no debe implicar necesariamente un poder de apreciación de la autoridad en el caso concreto, sino que puede resultar de manera indirecta de las modalidades de cálculo de los alimentos derivadas de la ley aplicable, fijando por ejemplo la cuantía de los alimentos debidos al acreedor en un caso concreto mediante baremos suficientemente flexibles como para tener en cuenta las necesidades y los recursos de las partes. Esta precisión es importante con respecto a los sistemas administrativos que se basan generalmente, también ellos, en las necesidades del acreedor y en los recursos del

deudor, a pesar de que estos factores se tengan en cuenta de manera más abstracta que en los sistemas judiciales.

183. La segunda diferencia con respecto al artículo 11(2) del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 estriba en la referencia que se hace en el artículo 14 a "cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos". También esta novedad se introdujo en la Sesión diplomática a propuesta de la delegación de la Comunidad Europea²³. Su objetivo en particular son los casos en que, en el momento de un divorcio, uno de los cónyuges ha obtenido el pago de un importe en capital (*lump sum*), o la adjudicación de una parte de los bienes (muebles o inmuebles) pertenecientes al otro cónyuge (como por ejemplo el caso de ciertas jurisdicciones de *common law*), como liquidación de todas sus pretensiones, incluidas las alimenticias. Esta solución se utiliza en varios sistemas nacionales para favorecer una solución definitiva de las respectivas pretensiones de los cónyuges en el momento del divorcio, poniendo fin así mediante un corte neto de sus relaciones, al menos desde el punto de vista patrimonial (principio del *clean break*). En este caso, hay que evitar que uno de los cónyuges pueda presentar posteriormente pretensiones alimenticias incompatibles con la solución anterior, sobre la base de una ley que no conoce este mecanismo de compensación. En efecto, si la ley designada por el Protocolo se basa en las necesidades actuales del acreedor, sin tener en cuenta la compensación que había recibido, el resultado puede resultar injusto. Por tanto, la regla material del artículo 14 podrá utilizarse para corregir, en su caso, las soluciones resultantes de la ley aplicable a las pretensiones alimenticias.

Artículos 15 a 17 Sistemas jurídicos no unificados

184. Estos artículos contienen cláusulas que se refieren a la aplicación del Protocolo en los Estados cuyo sistema jurídico no está unificado. Estas cláusulas son habituales en los Convenios de La Haya, pero su redacción debe adaptarse al objetivo de cada Convenio. En el caso del Protocolo, la Oficina Permanente ha preparado proyectos (Doc. trab. N° 12 de la Comisión II). Estos proyectos han sido adoptados con pocas modificaciones por la Sesión diplomática. El artículo 15 establece que el Protocolo no se aplica a conflictos meramente internos de un Estado Contratante, mientras que los artículos 16 y 17 se refieren a la aplicación del Protocolo a los sistemas jurídicos no unificados desde el punto de vista territorial y personal.

Artículo 15 No aplicación del Protocolo a conflictos internos

185. Este artículo especifica que un Estado en el que se apliquen en materia de obligaciones alimenticias dos o varios sistemas de derecho o conjuntos de normas, no estará obligado a aplicar las normas del Protocolo para resolver los conflictos internos resultantes. En efecto, el Protocolo está destinado a resolver los conflictos de leyes en situaciones internacionales y no pretende que se aplique en situaciones meramente internas. Esto es válido tanto para los conflictos interpersonales (es decir, cuando la aplicación de los diferentes sistemas internos se basa en un criterio personal, como la religión de las personas afectadas) como para los conflictos interterritoriales (cuando los distintos sistemas o conjuntos de normas se aplican en unidades territoriales distintas).

186. El Estado correspondiente, sobre una base meramente voluntaria y unilateral, podría decidir aplicar el Protocolo para resolver los conflictos internos, si lo desea. Esta solución, ciertamente contemplable para los conflictos interterritoriales, parece sin embargo inadecuada para los conflictos interpersonales.

Artículo 16 Sistemas jurídicos no unificados de carácter territorial

187. Este artículo indica cómo proceder cuando, en una situación internacional, la ley designada por el Protocolo es la de un sistema no unificado, en el que se apliquen en materia de obligaciones alimenticias dos o varios sistemas jurídicos o conjuntos de normas en unidades territoriales diferentes. Conviene destacar que este problema no

²³ Véase Doc. trab. N° 2 de la Comisión II; Acta N° 1, aps. 64 y ss. y Acta N° 2, aps. 1 y ss.

atañe sólo a los Estados plurilegislativos, sino que también se puede dar para todos los Estados Contratantes del Protocolo cuando este último designa como ley aplicable la de un Estado plurilegislativo. Si, por ejemplo, el Protocolo designa la ley de un Estado A debido a que el acreedor tiene su residencia habitual en dicho Estado, y ese Estado es un sistema no unificado, la autoridad que conoce del asunto en otro Estado B (Parte en el Protocolo) se enfrentará a una duda sobre si las normas aplicables son las de una u otra de las distintas unidades territoriales que componen el Estado A.

188. El artículo 16(2) especifica que para identificar en este caso la ley aplicable según el Protocolo, hay que basarse primero en las normas vigentes en el Estado correspondiente, que identifiquen la unidad territorial cuya ley es aplicable (art. 16(2) a)). En nuestro ejemplo, la autoridad en el Estado B deberá, pues, basarse en primer lugar en las normas que son aplicables en el Estado A para resolver los conflictos interterritoriales; esto puede llevar, por ejemplo, a la aplicación de la ley de una unidad territorial diferente de aquella en la que el acreedor tiene su residencia habitual (por ejemplo, la ley del lugar de residencia habitual del deudor, si se contempla este criterio en el Estado A).

189. Sólo a falta de esas reglas internas, y por lo tanto de manera puramente subsidiaria, la ley aplicable se identificará según las normas del Protocolo (art. 16(2) a)). A estos efectos, el artículo 16(1) especifica cómo se deben interpretar los conceptos utilizados en el Protocolo; esta disposición sólo se aplicará si se aplica el apartado 2 b). La idea general que inspira esta disposición es localizar los elementos espaciales de conexión considerados por el Protocolo en la unidad territorial en que se encuentran efectivamente.

190. Así, toda referencia a la ley de un Estado se refiere, en su caso, a la ley vigente en la unidad territorial considerada (art. 16(1) a); por ejemplo, por "ley del foro" se entenderá la ley vigente en la unidad territorial en que tiene su sede la autoridad competente). Asimismo, toda referencia a las autoridades competentes u organismos públicos de dicho Estado se refiere, en su caso, a las autoridades competentes u organismos públicos facultados para actuar en la unidad territorial considerada (por ejemplo, el derecho de un organismo público a solicitar el reembolso de una prestación suministrada al acreedor según el artículo 10 estará regulada por la ley vigente en la unidad territorial en que dicho organismo está facultado para actuar). En la misma línea, toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se refiere, en su caso, a la residencia habitual en la unidad territorial considerada (por tanto, la ley aplicable según el art. 3 será la que esté en vigor en la unidad territorial en que el acreedor tiene su residencia habitual).

191. Ciertas disposiciones del Protocolo utilizan la noción de nacionalidad (arts. 4(4), 6 y 8(1) a)), y esta última se adapta mal a la solución de conflictos internos, por la sencilla razón de que generalmente las unidades territoriales en un Estado plurilegislativo no confieren una nacionalidad distinta de la del Estado en cuestión. Por esta razón, en estos casos, los apartados d) y e) del artículo 16(1) prevén que a falta de normas pertinentes en el Estado en cuestión, la ley aplicable sea la de la unidad territorial con la que la persona presenta el vínculo más estrecho. Esta solución no es ciertamente muy sencilla de aplicar, pero permitirá generalmente salir del atolladero.

192. Según el apartado 3, el artículo 16 no se aplicará a ninguna organización regional de integración económica (ORIE). Los Estados que componen dichas organizaciones son, en efecto, Estados independientes y no pueden asimilarse, pues, a las unidades territoriales de un Estado plurilegislativo.

Artículo 17 Sistemas jurídicos no unificados de carácter personal

193. Este artículo trata del caso en que la ley designada por el Protocolo es la de un Estado que contiene varios sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a categorías diferentes de personas (en función, por ejemplo de su religión). En ese caso, el único criterio considerado es el de la remisión a las soluciones de conflictos internas del Estado considerado. Esta solución refleja la adoptada en todos los Convenios de La Haya que han abordado este problema. Resulta obligada, pues las reglas del Protocolo, basándose generalmente en un criterio territorial, no son adecuadas para

resolver conflictos interpersonales. Contrariamente a otros Convenios, el Protocolo no prevé ningún criterio subsidiario para el caso en que no existieran normas internas en el Estado de que se trate. Se sugirió en la Sesión diplomática que los Estados en que existan varios sistemas jurídicos no unificados de carácter personal en el ámbito de las obligaciones alimenticias y en que no existan reglas de conflictos internas a este respecto, adopten dichas reglas antes de convertirse en Partes Contratantes en el Protocolo.

Artículo 18 Coordinación con los anteriores Convenios de La Haya en materia de obligaciones alimenticias

194. Este artículo especifica que el Protocolo está destinado a sustituir, en las relaciones entre Estados Contratantes, a los Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973. Esta regla recoge, *mutatis mutandis*, la que figura en el artículo 18 del Convenio de 1973.

195. La sustitución sólo se produce en las relaciones entre Estados Contratantes, lo que significa que los antiguos Convenios siguen siendo aplicables, incluso en un Estado que se haya convertido en parte en el Protocolo, en las relaciones con los demás Estados que son Partes en esos textos y que no se han adherido al Protocolo.

196. El Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1956 sólo es aplicable cuando lleva a la aplicación de la ley de un Estado Contratante. No reivindica, pues, ningún efecto *erga omnes* (cf. art. 6 de dicho Convenio). El artículo 18 prevé además que "en las relaciones entre Estados contratantes" el Protocolo sustituirá al Convenio de 1956 sin necesidad de denunciar éste. Esta disposición hace prevalecer, en consecuencia, la aplicación del Protocolo con respecto al antiguo Convenio, al menos entre Estados Partes en ambos instrumentos. Es cierto que podría concluirse en que el artículo 18 autoriza a un Estado Parte en ambos instrumentos a derogar la aplicación del Protocolo en sus relaciones con un Estado Parte en el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1956, pero que no está vinculado con el Protocolo. Este caso será de todos modos excepcional, pero, sobre todo, será difícil de tratar, a falta de criterio preciso para determinar cuándo se trata de relaciones con dicho Estado. A la vista de esta ambigüedad, podríamos inspirarnos en el objetivo del artículo 18 para favorecer la aplicación del Protocolo también en esa hipótesis.

197. La coordinación con el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 es más delicada, pues este texto reivindica, como el Protocolo, un ámbito de aplicación universal (cf. art. 3 del Convenio de 1973 y el art. 2 del Protocolo). El efecto del artículo 18 es, como en el caso del Convenio de 1956, que al menos "en las relaciones entre Estados Contratantes", el Protocolo prevalecerá sin que sea necesario denunciar el Convenio de 1973. Y se podría concluir también en que esta disposición autoriza a un Estado Parte en el Protocolo y en el Convenio de 1973 a derogar la aplicación del Protocolo en sus relaciones con un Estado Parte en el Convenio de 1973, pero no en el Protocolo. Esto no resuelve, a pesar de todo, el problema del conflicto de instrumentos en las hipótesis en que ambos instrumentos, en un caso concreto, lleven a una solución diferente, a falta de criterio para determinar cuándo se trata de "relaciones entre Estados Contratantes". Estas hipótesis pueden ser más frecuentes que aquellas a que se refiere el apartado anterior, debido al ámbito universalista de dichos instrumentos. A la vista de esta dificultad, hay más razones para inspirarse en el objetivo del artículo 18 para favorecer la aplicación del Protocolo, sistema más moderno y destinado a sustituir el juego de reglas del Convenio de 1973, con respecto a la aplicación de éste. Esta solución recibe un apoyo adicional en el artículo 19 del Convenio de 1973, según el cual "el Convenio no afectará a los instrumentos internacionales de los que un Estado Contratante sea Parte, ahora o en el futuro, y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio".

Artículo 19 Coordinación con otros instrumentos

198. La coordinación con otros convenios es más sencilla. En efecto, según el artículo 19, el Protocolo no deroga otros instrumentos internacionales de los que los Estados

Contratantes sean o serán Partes y que contengan disposiciones relativas a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. El Protocolo sólo tendrá prioridad respecto de esos instrumentos anteriores o posteriores en caso de declaración contraria de los Estados vinculados por dichos instrumentos.

199. Conviene subrayar que según el artículo 19(2), esta solución se aplica asimismo a las relaciones entre el Protocolo y las leyes uniformes basadas en la existencia de vínculos especiales entre los Estados correspondientes, en particular de naturaleza regional. Se deduce, por ejemplo, que el Protocolo cedería su puesto, en su caso, a un futuro instrumento regional que rijan la misma materia.

Artículo 20 Interpretación uniforme

200. Mediante esta cláusula, ya clásica en todos los textos de derecho uniforme, los Estados Partes en el Protocolo se comprometen, en la interpretación del Protocolo, a tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación. Esto implica, entre otras cosas, la obligación de las autoridades de los Estados Contratantes de tener en cuenta, en la medida de lo posible, las resoluciones dictadas en aplicación del Protocolo en los demás Estados Contratantes. Evidentemente, estas decisiones sólo tienen un carácter persuasivo, pues las autoridades de los demás Estados no están obligadas a seguirlas.

Artículo 21 Revisión del funcionamiento práctico del Protocolo

201. Para garantizar un seguimiento, está previsto en el artículo 21 que el Secretario General pueda convocar, cuando resulte necesario, una Comisión especial para revisar el funcionamiento práctico del Protocolo.

202. También con el mismo objetivo, y para facilitar el acceso de las autoridades de los Estados Contratantes a las resoluciones dictadas en los demás Estados en aplicación del Protocolo, los Estados Contratantes se comprometen a colaborar con la Oficina Permanente para recabar la jurisprudencia relativa a la aplicación del Protocolo.

Artículo 22 Disposiciones transitorias

203. Según este artículo, el Protocolo no se aplica a los alimentos reclamados en un Estado Contratante por un período anterior a su entrada en vigor. El objetivo de esta disposición es evitar que las nuevas reglas incidan en los derechos y deberes de las partes ya existentes en el momento de su entrada en vigor. Esta solución se corresponde con la prevista en el artículo 12 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973²⁴.

204. Contrariamente al Convenio (*cf.* art. 56(1)), el Protocolo no se aplicará, pues, a todos los procedimientos entablados después de su entrada en vigor; por el contrario, no se excluye su aplicación si el procedimiento se ha iniciado con anterioridad a esta fecha. Por el contrario, habrá que determinar en ambos casos *el período por el que se reclaman alimentos*. Si se reclaman por un período anterior a la entrada en vigor del nuevo texto (por ejemplo, si el acreedor solicita el pago de atrasos), no se aplicará el Protocolo, aunque se haya presentado la demanda después de su entrada en vigor. La obligación alimenticia seguirá dependiendo, para ese período, de las reglas de derecho internacional privado (de origen interno o convencional) que eran aplicables en el Estado del foro antes de la entrada en vigor del Protocolo. Por el contrario, una autoridad que debe resolver después de la entrada en vigor del Protocolo sobre alimentos debidos para el futuro, deberá aplicar este texto, aunque se haya presentado la demanda antes de la entrada en vigor.

²⁴ Informe Verwilghen, *op. cit.*, nota 11, aps. 182 y ss.

Artículo 23 Firma, ratificación y adhesión

205. Esta disposición se corresponde con la que figura en la mayor parte de los Convenios de La Haya. Las reglas que establece para la firma, ratificación y adhesión son conformes a las soluciones tradicionales, y no requieren pues comentarios particulares (cf. art. 58 del Convenio y aps. 689 a 694 del Informe Borrás-Degeling).

206. En el marco de un instrumento que lleva el título de Protocolo, esta disposición reviste, sin embargo, un significado muy particular, pues establece el principio de la autonomía de este instrumento con respecto al Convenio con el que se ha elaborado. Como ya hemos destacado, todo Estado puede firmar, ratificar o adherirse al Protocolo, aunque no haya firmado, ratificado o se haya adherido al Convenio. Después de algunos titubeos, esta solución se adoptó en la Sesión diplomática, sin que ello justifique ante los delegados un cambio en el título de Protocolo a Convenio (cf. *supra* aps. 15 y ss.).

Artículo 24 Organizaciones Regionales de Integración Económica

207. Al igual que el Convenio (cf. art. 59), el Protocolo contiene una disposición que fija las condiciones en que una ORIE puede convertirse en Parte. Se trata de una cláusula final reciente, que sólo se encuentra en los últimos textos adoptados en el marco de la Conferencia de La Haya (en particular, art. 29 del *Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*, art. 18 del *Convenio de La Haya de 5 de julio de 2006 relativo a la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores custodiados por un intermediario*). Hay que recordar que el Estatuto de la Conferencia de La Haya fue modificado también en 2007 para permitir a las ORIE adquirir el estatuto de Miembro de la Conferencia (cf. art. 3 del Estatuto). Esta evolución está principalmente vinculada a la evolución que se ha producido dentro de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam y en cuya virtud la Comunidad Europea ha adquirido competencias internas y externas en materia de derecho internacional privado. La Comunidad Europea se ha convertido en Miembro de la Conferencia el 3 de abril 2007. Evidentemente, el artículo 24 está formulado de manera general y puede aplicarse, en su caso, a otras ORIE que tengan competencias en la materia que regula el Protocolo.

208. Las disposiciones que figuran en este artículo se corresponden exactamente con las del artículo 59 del Convenio. Para comentarlas, remitimos pues a los apartados 695 a 700 del Informe Borrás-Degeling.

Artículo 25 Entrada en vigor

209. Para la entrada en vigor del Protocolo, el artículo 25(1) exige el depósito de dos instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Esta solución, que se corresponde con la considerada en el Convenio (cf. art. 60), así como en otros instrumentos recientemente adoptados por la Conferencia de La Haya (cf. art. 31 del *Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*, art. 19 del *Convenio de La Haya de 5 de julio de 2006 relativo a la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores custodiados por un intermediario*) es particularmente favorable a la entrada en vigor del texto. Se justifica por la consideración de que no hay inconveniente en aplicar el Protocolo solamente entre dos Estados, si estos últimos lo desean. Conviene recordar que, independientemente del número de Estados Partes, el Protocolo es aplicable *erga omnes* (cf. art. 2).

210. Las demás normas del artículo 25 son conformes también a las del artículo 60 del Convenio, así como a otros instrumentos adoptados por la Conferencia de La Haya.

Artículo 26 Declaraciones con respecto a sistemas jurídicos no unificados

211. De conformidad con el enfoque tradicional, el artículo 26(1) permite declarar a un Estado que contiene dos o varias unidades territoriales en que se aplican sistemas de derecho diferentes a las materias previstas en el Protocolo, que dicho instrumento se aplicará en todas sus unidades territoriales o sólo en una o varias de ellas. A falta de esta

declaración, el Protocolo se aplicará al conjunto del territorio de dicho Estado (art. 26(3)).

Artículo 27 Reservas

212. Este artículo es muy importante, pues establece el principio de que no se admite ninguna reserva al Protocolo. Como hemos indicado (*cf. supra* ap. 25), esta solución es muy diferente de la del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 que permite a los Estados limitar la aplicación del Convenio a ciertas obligaciones alimenticias (entre cónyuges y ex cónyuges, y / o respecto de una persona menor de 21 años que no se haya casado, *cf.* art. 13) o bien excluir su aplicación con respecto a ciertas obligaciones alimenticias (entre parientes colaterales, afines o, en ciertos casos, cónyuges divorciados, separados o cuyo matrimonio se haya anulado o haya sido declarado nulo, *cf.* art. 14). Además, el artículo 15 de este Convenio permite reservar la aplicación de la ley del foro cuando el acreedor y el deudor sean nacionales del Estado correspondiente y si el deudor tiene allí su residencia habitual. Varios Estados Contratantes declararon reservas. Gracias al artículo 27, el ámbito de aplicación del Protocolo no puede restringirse y las soluciones que prevé este texto en cuanto a la ley aplicable no se pueden derogar.

Artículos 28 a 30 Declaraciones, denuncia, notificación

213. Estos artículos recogen las soluciones tradicionales. No requieren ningún comentario concreto.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Oficina Permanente

Churchillplein 6b

2517 JW La Haya

Países Bajos

Teléfono: +31 70 363 3303

Fax: +31 70 360 4867

Correo electrónico: secretariat@hcch.net

Sitio web: www.hcch.net

