

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS CONFORME EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO¹

The autonomy of the Will in the Alimentary Obligations According to the Argentine Private International Law

L'autonomia della volontà negli obblighi alimentari secondo il diritto internazionale privato dell'argentina

Leandro Baltar²

Recibido: 10 de julio de 2019
Aprobado: 26 de julio de 2019

Resumen: Las obligaciones alimentarias internacionales, provenientes de una unión matrimonial o como consecuencia de la responsabilidad parental, gozan en el sistema jurídico argentino de una regulación autónoma. Por primera vez en la historia local encontramos normas específicas destinadas a su regulación con total independencia del instituto del cual provienen. Esta no es la única novedad. Acertadamente el legislador se hizo eco de las diversas críticas esbozadas en la doctrina, tanto nacional como extranjera, centradas en la insuficiencia del método conflictual a la hora de determinar el derecho aplicable. Respetando la influencia de los Derechos Humanos, y su reconocimiento tanto en tratados internacionales como en la propia Constitución Nacional, la autonomía de la voluntad logró ingresar e instaurarse como un criterio rector. En el presente trabajo analizaremos su –posible– uso mediante el análisis de lo dispuesto por el art. 2630 del CCCN.

1 El presente trabajo responde a un capítulo reformulado de la tesis presentada para la Maestría en Derecho Internacional Privado cursada en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, titulada “La elección de la ley aplicable en el Derecho Internacional Privado de familia argentino: primeros pasos hacia la autonomía de la voluntad como criterio regulador”.

2 Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración (*RIDII*). Correo electrónico: leandrobaltar@derecho.uba.ar.

Palabras clave: Obligaciones alimentarias; Derecho Internacional Privado; Autonomía de la voluntad; Código Civil y Comercial.

Abstract: International maintenance obligations, coming from a marriage union or as a consequence of parental responsibility, enjoy autonomous regulation in the Argentine legal system. For the first time in local history we find specific norms destined to its regulation with complete independence of the institute from which they come. This is not the only novelty. The legislator rightly echoed the various criticisms outlined in the doctrine, both national and foreign, focused on the insufficiency of the conflict method when determining the applicable law. Respecting the influence of Human Rights, and its recognition both in international treaties and in the National Constitution itself, the autonomy of the will managed to enter and establish itself as a guiding criterion. In this work we will analyze its –possible– use by analyzing the provisions of art. 2630 of the CCCN.

Keywords: Maintenance obligations; Private International Law; Choice of Law; Civil and Commercial Code.

Sommario: Gli obblighi alimentari internazionali, derivanti da un'unione matrimoniale o come conseguenza della responsabilità genitoriale, godono di una regolamentazione autonoma nell'ordinamento giuridico argentino. Per la prima volta nella storia locale troviamo norme specifiche destinate alla sua regolamentazione con totale indipendenza dell'istituto da cui provengono. Questa non è l'unica novità. Il legislatore ha giustamente fatto eco alle varie critiche delineate nella dottrina, sia nazionali che straniere, focalizzate sull'inadeguatezza del metodo del conflitto nel determinare la legge applicabile. Rispettando l'influenza dei diritti umani e il suo riconoscimento sia nei trattati internazionali che nella stessa Costituzione nazionale, l'autonomia della volontà è riuscita a entrare e affermarsi come criterio guida. In questo lavoro analizzeremo il suo possibile utilizzo analizzando le disposizioni dell'art. 2630 del CCCN.

Parole chiave: Obblighi alimentari; Diritto Privato Internazionale; Autonomia della volontà; Codice Civile e Commerciale.

Para citar este texto:

Baltar, L. (2019). “La autonomía de la voluntad en las obligaciones alimentarias conforme el Derecho Internacional Privado argentino”. *Prudentia Iuris*, N. 88, pp. 149-175.

I. Introducción

Las relaciones familiares, al estar plagadas de sentimientos y consideraciones afectivas, suelen resentirse con mayor facilidad ante los impactos producidos por la internacionalización: estar fuera del propio Estado, la separación del matrimonio en búsqueda de una mejor situación y prueba en el extranjero, las crisis matrimoniales, el choque multicultural, etc. son situaciones susceptibles de romper con la unión y hacer nacer nuevos conflictos. Ello se ve agravado por la presión financiera y emocional que debe soportar el acreedor cuando quien debe prestar los alimentos reside en el extranjero y se niega a brindar la ayuda económica, logrando que las fronteras territoriales existentes entre los Estados representen un reto³.

Ante acontecimientos capaces de producir laceraciones en los derechos e intereses de los individuos es función del Estado mantener actualizadas las soluciones jurídicas como mecanismo de protección. De allí la concepción del Derecho como un fenómeno social⁴ donde la estrecha conexión entre el hombre y lo jurídico exige a los países mantener actualizado su ordenamiento acorde al modo en que las relaciones humanas nacen, se desarrollan y se extinguen. Cuando ello no suceda, hablaremos de injusticias.

A todo ello debemos sumarle el tratamiento de este instituto en las convenciones de DDHH ratificadas por nuestro país con jerarquía constitucional. Conforme la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵ toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (conf. art. 25.1). Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶ los Estados reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles (conf. art. 11.1); de igual manera se dispone en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷ (conf. art. XI).

3 Soto Moya, M. (abril 2016). "Prestación alimenticia en las relaciones hispano-argentinas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, abril, 2016, 3.

4 Ghersi, C. A. (2017). "Capítulo I. El derecho, la sociología, la economía y la cultura". En Ghersi, C. A. (dir.). *Manual Parte General. Derecho Civil, Comercial y de Consumo*. Buenos Aires. Ed. La Ley, 4.

5 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París.

6 Adoptado por la Asamblea General en su Resolución N° 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

7 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

Al momento de legislar los alimentos se presentó el dilema en cuanto cómo regular algo tan complejo como esencial. Tanto desde la mirada del Derecho Doméstico como del DIPr surge el problema de considerar si poseen un carácter autónomo, y en ese caso contar con una norma específica, propia e independiente, o debe considerarse como perteneciente o derivada de otro instituto o negocio jurídico. Este último supuesto es el que predominó durante la vigencia del Código Civil derogado pues, como veremos en breve, se contaba con una escasa norma dentro del artículo 162 analizado (segundo párrafo) pero bajo el ala de las relaciones personales derivadas del matrimonio.

De esta manera, cuando Vélez reguló el instituto respetó la postura doctrinal predominante en ese momento y contexto histórico. Igual situación sucedía en Derecho Comparado, donde la autonomía de la obligación de prestar alimentos no gozaba de aceptación, así expresaban: “[...] el deber de prestar alimentos deriva inmediatamente de una relación jurídica principal, en el caso que nos ocupa, de la matrimonial, pues es uno de los deberes que nacen del matrimonio [...] Se trata, pues, de una cuestión dependiente y derivada del estado de la persona”⁸. Por su parte, cuando la obligación provenía como consecuencia de la responsabilidad parental, sus efectos quedaban circunscriptos a las normas que la regulaban con una situación aún más compleja, pues no se contaba con normas especiales cuando eran internacionales.

Actualmente se instauró en la doctrina una tendencia inclinada en considerar, teniendo en cuenta la finalidad de asegurar la protección al acreedor entendido como un sujeto débil, al Derecho Alimentario como requirente de una categoría jurídica autónoma y con completa independencia de la relación de familia que provenga.

Años atrás la doctrina española detectó este dilema; para 1985, Juan Carlos Fernández Rozas se preguntaba: “¿Puede darse una respuesta autónoma al régimen de la obligación alimenticia con independencia de la relación jurídica de la que deriva, o debemos incluirla dentro del ámbito de la ley aplicable a esta última?”⁹. En el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional Privado celebrado en la Provincia de Córdoba, los primeros días de octubre de 2009, por unanimidad se llegó a la siguiente conclusión: “La obligación alimentaria responde al derecho humano fundamental de la subsistencia y debe ser concebida como una categoría autónoma no sola-

8 Luna García, A. y Hernández Canut, J. (1951). “Dictámenes sobre competencia de los Tribunales españoles en juicio de alimentos provisionales entre extranjeros”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo IV, 1528.

9 Fernández Rozas, J. C. (1985). “Las obligaciones alimentarias en el DIPr español”. En *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 37, Nº 1, 77.

mente en cuanto a merecer una regulación independiente sino también en cuanto al reconocimiento de un fundamento propio que reside en el ‘estado de necesidad’ del acreedor alimentario”¹⁰.

En una completa innovación legislativa local, el CCCN cuenta dentro de las disposiciones de Derecho Internacional Privado con la Sección Cuarta, donde encontramos normas específicas creadas para el tratamiento internacional de los alimentos. Así, podemos arrancar considerando a nuestro sistema de DIPr como respetuoso de las tendencias contemporáneas, al receptor el método de modo autónomo a un instituto tan relevante. El primer paso puede considerarse positivo, resta analizar si las soluciones son las más correctas.

En el presente trabajo nos dedicaremos a analizar el art. 2630 del CCCN, debiendo aclarar que la regulación de las obligaciones internacionales es más amplia del alcance que se analizará aquí. La norma indirecta en cuestión determina la ley aplicable a los alimentos derivados de las relaciones de familia en sentido amplio: su parte primera servirá para la determinación de ellos como consecuencia del vínculo proveniente de una filiación y responsabilidad parental, mientras que su parte final se aplicará para los que nazcan como consecuencia de un matrimonio o unión convivencial. Dejaremos fuera de todo desarrollo y análisis la norma contenida en el artículo 2629 por la cual se determina la jurisdicción internacional de los jueces argentinos, pero ello no implica desconocer los beneficios, logros y éxitos al haberse incorporado su determinación.

II. La internacionalidad en los alimentos

Estar ante un momento caracterizado por la internacionalización de las relaciones humanas no es una novedad. Como consecuencia de diversos factores hoy hablamos de la familia internacional o intercultural como un fenómeno ya consolidado en la realidad social y jurídica de todos los Estados. Gracias a esta particularidad, las relaciones entre los sujetos empiezan a desplegar efectos con grandes consecuencias jurídicas¹¹.

La internacionalización de los alimentos se da cuando el domicilio o la residencia habitual —o la nacionalidad, dependiendo el criterio personal seguido— del acreedor y del deudor se encuentran situados en diferentes Estados. A ello debe sumársele el supuesto donde el acreedor alimentario posea bienes o ingresos en un Estado con los cuales pueda hacer frente a

10 Disponible en <http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=4> (última consulta: 6-3-2019).

11 Uriondo de Martinoli, A. “La libre circulación de personas y su incidencia en las convenciones matrimoniales”. *El Derecho*, 170-1161.

esta obligación¹². En definitiva, cuando la obligación deba hacerse efectiva en un país distinto al domicilio o residencia habitual del deudor o acreedor estamos en condiciones de entender como relevante ese contacto y hablar de internacionalidad. Ante esta situación, clásica del DIPr, es cuando nos preguntamos cuál será la ley aplicable para la determinación del derecho a percibir alimentos, al monto, etc.

La notoria particularidad que se da al hablar de la internacionalidad en estas obligaciones es el modo en que se originan. A diferencia de lo que sucede con las demás relaciones, el reclamo alimentario termina por caer debajo de las normas de DIPr como consecuencia de elementos extranjeros en los demás aspectos, así terminan siendo internacionales por causa de divorcios, de la dispersión familiar, etc. Ello no implica que no puedan lograr este efecto por mérito propio.

La determinación del sistema jurídico que gobernará nos obliga a analizar el modo de selección del criterio más adecuado en un instituto tan delicado como las obligaciones alimentarias. Ante la esencia que poseen, su necesidad y urgencia que se presuponen existentes en todo caso, nos lleva a buscar siempre un modelo tendiente a garantizar una simplificación tanto para la determinación del derecho como para la del juez competente. De la misma manera, pensando en el objeto tripartito del DIPr, se exige el principio de la cooperación tanto para el reconocimiento de sentencias extranjeras como para las medidas tendientes a la obtención de una definitiva resolución.

III. La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado argentino

Para comprender la factibilidad del uso de la autonomía de la voluntad para la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, previamente, debemos conocer su significado, alcance y finalidad. Intentaremos ser puntuales pues entendemos estar frente a un complejo escenario que puede –y ciertamente así sería– llevarnos a ocupar una gran cantidad de páginas.

Desde su irrupción en el mundo jurídico la autonomía de la voluntad se convirtió en un tema primordial en todos los cursos de DIPr, no hay sistema

12 Ver Tellechea Bergamn, E. (2019). *Derecho Internacional Privado de la Familia y Minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores*. Montevideo. Fundación de la Cultura Universitaria y Scotti, L. B. *Manual de Derecho Internacional Privado*. 2ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ed. La Ley, 561.

jurídico que no le haya dedicado líneas de pensamiento o tratamiento al problema del *choice of law*.

Entendemos a la *optio iuris* como aquella facultad que le permite a los propios interesados el poder de la autorregulación; es decir, de determinar la elección o la creación de normas específicas bajo las cuales van a someter la relación jurídica que los une. Etimológicamente “autonomía” designa el poder de gobernarse por sus propias leyes y por ello significa que la voluntad es la fuente y la medida de los Derechos Subjetivos: es el “órgano creador de derechos”¹³. En palabra sencillas, tal como lo explica Biocca, en el DIPr implica reconocer a las partes no sólo el poder incluir sus pretensiones en el contrato, sino también poder elegir la ley que lo rija junto a la jurisdicción competente¹⁴.

La determinación del derecho aplicable siempre estuvo en manos de los legisladores quienes, por medio de las normas de conflicto, buscaban la legislación que razonablemente se encontraba conectada a esa relación jurídica. Preocupados por los efectos que puedan generarse, tomaron en sus manos la labor hasta el momento donde la autorregulación empezó a colarse en las leyes de todo el mundo. Muchos doctrinarios hablan sobre los nuevos elementos que caracterizan a los sistemas modernos de DIPr, puntualmente mencionan uno: el importante papel asignado a la autonomía que fuera el tema tradicional de los contratos como criterio para elegir la ley aplicable¹⁵, es uno de los logros más importantes del DIPr en el siglo XX, el cual se afianzó en el siglo XXI a nivel global.

La creciente complejidad de las relaciones jurídicas junto a la búsqueda de una independencia de las personas sobre la imposición normativa estatal hace que el principio de la autonomía de la voluntad sea considerado como una herramienta de flexibilidad que, además de responder a los intereses particulares, ayuda a solucionar los conflictos provenientes de la colisión de derechos. Pero debe tenerse cuidado, no hay duda de que es un criterio peligroso si no se acepta algún modo de control como garantía de su buen funcionamiento.

La posibilidad de elegir el paraguas normativo en el cual la relación jurídica se va a desarrollar tiene una ventaja primordial: en aquellos Estados

13 Rodríguez, M. S. (2011). “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”. *UCES Revista Científica*, Vol. XV, N° 1, 116.

14 Biocca, S. M. (2004). *El Derecho Internacional Privado. Un nuevo enfoque*. T. 1. Buenos Aires. Lajouane, 14.

15 Picone, P. (1999). “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tomo 276, 183.

donde no se cuente con una legislación que prevea un tratamiento legal a la situación podrá evitarse esa laguna jurídica. Pero también permite que la falta de modernización, la desactualización legislativa o la falta de flexibilidad de las normas no sean un condicionamiento que obste el cumplimiento de la justicia para el caso.

Al mismo tiempo, es común que la internacionalidad genere como efecto la inseguridad, es decir, cuando un matrimonio rompe con las barreras domésticas de un Estado y empieza a vincularse con las legislaciones de varios países es cuando el choque de derechos toma un papel trascendental y toma un camino vestido de una complejidad jurídica. ¿Cuál de todos los derechos potencialmente conectados debe ser aplicado? ¿Cómo determinar, de entre ellos, el adecuado? El Derecho siempre buscará el modo más razonable de eliminar esta inseguridad por medio de sus métodos, así es cómo el conflictual triunfó y cayó una vez tras otra. La pluralidad metodológica hoy goza de un reconocimiento gracias a poder aplicar el más adecuado dependiendo de la situación fáctica que se tome.

En este punto es donde la autonomía de la voluntad se destaca: poder elegir el conjunto de normas hace tomar un impulso a la seguridad jurídica. Es innegable que los interesados conocerán a qué se obligan y someten si son ellos mismos quienes así lo determinan; de esta manera, no podrá cuestionarse el conocimiento sobre los efectos y las consecuencias que ese derecho disponga.

Durante la vigencia del Código Civil de Vélez el reconocimiento de la autonomía de la voluntad fue todo un desafío, pero no solo en lo que respecta a las relaciones internacionales. No contábamos con una norma expresa que reconozca a este principio del mismo modo en que hoy lo conocemos, siendo una evolución de la doctrina y jurisprudencia su reconocimiento. En base a ello, se extraía del viejo artículo 1197 su reglamentación, conforme a la cual las convenciones que realizaban las partes en los contratos los obligaban como la ley misma, teniendo como fuente inmediata el Código Civil francés¹⁶.

Esto no implicó su desconocimiento, gracias a la labor preocupada de los doctrinarios, quienes, atentos al desarrollo del principio en otros Estados, supieron buscar el camino para poder empezar a plantear su reconocimiento local. Entonces, fundamentándose en esta norma y en el principio constitucional de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, se enrolaron en una postura de aceptación, pero con límites. Debemos destacar

¹⁶ Pese a la carencia de normas específicas referentes al DIPr, sí se encontraba indiscutidamente aceptada para los contratos internos y domésticos por el artículo mencionado, hoy reproducido en las disposiciones de los arts. 958 y 959 del CCCN.

también a aquellos autores que, desde en una teoría negatoria, rechazaron esta autonomía, postura que fue perdiendo adeptos con el pasar del tiempo.

Así se comenzó un camino donde empezó a ganar un terreno acotado al área contractual. El resto de los aspectos, y sobre todo el Derecho de Familia, siguió manteniéndose ajeno a esta posibilidad mediante la aplicación de leyes imperativas que en ninguna circunstancia podían ser dejadas de lado por la simple voluntad de los individuos al responder a intereses públicos que garantizaban una seguridad jurídica.

La aprobación del CCCN trajo varios cambios normativos, entre los cuales el reconocimiento de la autonomía de la voluntad se alza como novedoso. Es cierto que su existencia no era desconocida por nuestro país, pero la existencia de normas específicas que lo reconozcan expresamente es un cambio de paradigma trascendental que echa por tierra todas las viejas discusiones sobre su existencia o no, siendo hoy simplemente un marco anecdótico de lo que una vez fue.

La duda se planteaba en cuanto al alcance que se le daría a la autonomía de la voluntad. No había dudas de su expreso reconocimiento en los contratos. Como sostiene María Elsa Uzal, el CCCN “abraza hoy, expresa y decididamente, el principio de la autonomía de la voluntad también en punto al derecho aplicable a los contratos internacionales, honrando así la más acendrada tradición jurídica sostenida siempre por la Argentina”¹⁷, pero ¿sería posible que llegue a otras materias antes anegadas? En su caso, ¿en qué límites o condiciones?

Las normas que componen el Derecho de Familia, tanto en el aspecto interno como internacional, cambiaron sustancialmente y esto es, adelantándonos a nuestras conclusiones, lo que permitió al avance de la autonomía de la voluntad en estas materias. El régimen de las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio cuenta, en la actualidad, con una mayor apertura a la libertad de elección respecto de lo que sucedía con el viejo Código gracias a la intromisión de los DDHH. La igualdad jurídica entre el hombre y la mujer es uno de los efectos que demuestra cómo el Derecho cambió buscando respetar aquellos intereses sociales que se venían instaurando. De igual manera, la llamada constitucionalización del Derecho de Familia vigente en el hoy CCCN implica un reconocimiento normativo expreso de la protección de los derechos de todo NNA en cumplimiento de los principios reconocidos por las convenciones con jerarquía constitucional. ¿Sucedo lo mismo con las obligaciones alimentarias?

17 Uzal, M. E. (2017). “Los contratos internacionales en el DIPr argentino a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”. *Revista Código Civil y Comercial*. Año III, Núm. 8. Buenos Aires. Ed. La Ley, 143.

IV. El uso de la autonomía de la voluntad en las obligaciones alimentarias

Las relaciones de familia se caracterizan por su estrecha vinculación con principios culturales, sociales y morales. Dentro de ellas, encontramos al matrimonio como una unión socio-afectiva con la capacidad de desplegar una gran cantidad de efectos sobre los cuales todos los Estados demostraron interés en regular. De igual manera sucede con la hoy llamada responsabilidad parental.

Al momento de tomar la decisión política legislativa para establecer cómo se regularán los alimentos, y así producir efectos, aparecen dos opciones: una posibilidad es dejar en manos de los interesados el modo como quieren que se desarrolle ese vínculo con normas supletorias o facultativas o, por el contrario, se pueden receptor normas imperativas e imposibles de evitar imponiéndose ante la voluntad de los contrayentes.

La esencia misma de los alimentos, y su reconocimiento como un DDHH, fue la piedra que inclinó la balanza a favor de la imperatividad. Con el afán de regular los efectos susceptibles de generar con una suficiente seguridad jurídica y, al mismo tiempo, evitar las injusticias sociales, los Estados tomaron en su poder las condiciones a las cuales se someterán sin permitir que las propias partes puedan imponer sus deseos o condiciones, más aún cuando en aquella relación encontrábamos a niños a proteger. Al estar ante uniones no comerciales, carentes de algún tipo de beneficios económicos, no habría razón de permitirles jugar normativamente, debiendo someterse al modo impuesto por cada país.

Pero la concepción de la familia y de las relaciones derivadas de ella cambió, puede ello desprenderse de todas las normas hoy receptoradas en el CCCN. Pese a ello, en el Derecho de Familia seguimos hablando de un área con una presencia de normas restringidas pero tamizadas, ya no con aquella esencia de hace cientos de años. Toda la doctrina privatista considera el avance de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia internas; estamos ante un Código caracterizado por otorgar la facultad de elegir, por ejemplo, si se desea constituir un matrimonio o una unión convivencial, poder disolver la unión en conjunto, elegir el régimen patrimonial y poder modificarlo posteriormente, etc. Estos aires de cambios, ¿se plasmaron en las normas internacionales destinadas a regular las obligaciones alimentarias?

1. Alimentos derivados del matrimonio o de la unión convivencial

La obligación alimentaria entre los cónyuges, así lo considera la doctrina privatista, constituye una manifestación del deber asistencial originado

como consecuencia de la unión marital –o convivencial, en su caso– y se traduce como prestaciones económicas destinadas a la subsistencia o manutención¹⁸. Estamos ante una consecuencia de la solidaridad familiar, de carácter asistencial y destinado a la satisfacción de las necesidades materiales del hombre¹⁹. Graciela Medina los entiende como “el deber moral y legal impuesto a los cónyuges a asegurar la subsistencia del otro en atención a las necesidades que presente el consorte reclamante y a los medios del reclamante”²⁰.

Su reconocimiento expreso en nuestro Código se plasmó en el artículo 432, al disponer que los cónyuges se los deben entre sí y durante la vida en común, incluso en la separación de hecho. Novedosamente, la norma hoy dispone que, sucedido el divorcio, los alimentos pueden quedar a lo convenido por las partes y, en defecto, a lo dispuesto por la norma.

Recordando el principio de igualdad jurídica con una fuerte base constitucional, estamos ante una obligación que ya no pesa exclusivamente sobre el marido, hoy se habla de una contribución en cabeza de ambos cónyuges y en las medidas de las posibilidades de cada uno de ellos.

La nueva y autónoma disposición hoy vigente en nuestro CCCN se nos presenta como la principal norma –siempre en caso de inexistencia de alguna fuente convencional–, instaurando desde hace unos años un sustancial cambio legislativo; su análisis se nos vuelve imprescindible para buscar desentrañar su compleja y novedosa técnica legislativa. Al mismo tiempo debemos comprender si en este aspecto podemos o no empezar a hablar de una *optio iuris* como posible criterio regulador.

Siendo coherente con las soluciones receptadas por los diversos sistemas jurídicos de DIPr comparado, el Código redactado por Vélez –y sus posteriores reformas– no contenía una norma autónoma y específica de la cual podía desprenderse la ley aplicable a la obligación alimentaria. Esta situación no era lo único criticado por la doctrina; la rigidez de la solución brindada por la norma también fue atacada. Basándose en la esencia del instituto, contar con una única y fría conexión podría traer aparejado grandes inconvenientes.

En esta idea comenzó a izarse el argumento preguntándose si la autonomía de la voluntad podría tener acogida. Los alimentos se traducen como

18 Bossert, G. A. y Zannoni, E. A. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. 7ª Ed. Buenos Ed. Astrea, 149.

19 Faraoni, F. (2009). “Alimentos para los hijos e interés superior”. Tagle de Ferreyra, G. (Dir.) (2009). *Interés superior del niño. Visión Jurisprudencial y aportes doctrinarios*. Córdoba. Nuevo Enfoque, 164.

20 Medina, G. y Roveda, E. G. en Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.) (2016). *Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 222.

una prestación valorizada económicamente, es decir, cuentan con un contenido patrimonial y la autonomía de la voluntad siempre fue bien recibida dentro de aquellas materias con esa naturaleza. Esta situación desembocó en varios cuestionamientos, todos centrados en determinar si el método conflictual seguía siendo el más apropiado para resolver los problemas que la multiculturalidad y la internacionalidad generan en las relaciones alimenticias.

La doctrina internacionalista extranjera viene reconociendo la necesidad de un cambio hacia la autonomía hace tiempo. De esta manera, consideran a la elección de ley aplicable a los alimentos como un mecanismo destinado a favorecer la seguridad jurídica y la previsibilidad, pues la selección será entre una ley conocida por ellos previamente. Así, por ejemplo, Erick Jayme expresó: “[...] la elección de ley aplicable, o mejor dicho, la posibilidad de su ejercicio puede ser percibida como expresión del principio de libertad personal que se integra en los Derechos Humanos y permite a las partes diseñar sus relaciones patrimoniales y delimitar sus intereses de forma más efectiva que la realizada por el legislador”²¹.

El dilema en la determinación del mejor método y más adaptable a un mundo cambiante y con una necesidad de respeto a la multiculturalidad siempre debe tener como punto directo la protección del acreedor –una justa y no desmedida protección–, pues la obligación alimentaria implica una manutención destinada a suplir las necesidades básicas de toda persona humana para una vida acorde a los estándares. El desafío es complejo: no solo es buscar el mejor modo de determinar la ley aplicable, sino que debe pensarse también a futuro y buscar soluciones que favorezcan ejecuciones y eliminen demoras.

Durante la vigencia del Código de Vélez nos encontrábamos con una escasa y escueta norma que receptaba una solución para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimentarias. Esta norma estaba comprendida dentro de las relaciones personales provenientes de una unión matrimonial, es decir, no comprendían un tratamiento autónomo, pero estaba separado de la norma general (art. 159, CV). El segundo párrafo del artículo 162 disponía lo siguiente: “El derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, permisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario. Las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa”.

21 Jayme, E. (2009). “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”. *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI, 1 y sigs.

Conforme la propia redacción estábamos ante una norma de aplicación exclusiva para los alimentos como consecuencia de una unión matrimonial, no solo por estar bajo el tratamiento del matrimonio, sino porque regulaba los aspectos personales de éste. Al mismo tiempo, servía como un mecanismo de calificación: las obligaciones alimentarias se consideraban parte, comprensivas e incluidas dentro de las relaciones personales.

La norma distinguía tres tipos legales y para cada uno de ellos disponía un tratamiento separado. En primer lugar, todo lo referido a los alimentos, excepto el monto y las medidas urgentes, quedaban sometidos a un único derecho: el domicilio conyugal. Por este, a modo de solución rápida y para no cuestionar si la calificación podía o no ser aplicable, debíamos entender el lugar donde vivían de consuno. Incluso, en caso de no poder determinarse la conexión subsidiaria volvía a regir. Es decir, había una completa y obstinada subordinación de ellos a las relaciones personales.

Por su parte, al momento de determinar el monto alimentario se receptó una norma materialmente orientada; entonces, para este caso, debía analizarse entre el derecho del domicilio conyugal y el del domicilio del demandado, siendo solo de aplicación aquel que fuera más favorable en un completo beneficio al acreedor. Esto nos obligaba a preguntarnos ¿cuál era la razón de solo otorgar esta posibilidad al monto y no la totalidad de los alimentos si el más favorable no estaba en el domicilio del matrimonio?

Finalmente, y por puras razones de practicidad, las medidas urgentes quedaban sometidas a la *lex fori*, lo cual implicaba una facilidad al momento de la toma de ellas, algo sumamente valioso en cuestiones tan susceptibles como los alimentos.

Ante esta solución conflictual, suficiente para un momento histórico determinado, empezó a plantearse la pregunta: ¿es apropiado contar con una única regla destinada a satisfacer la necesidad alimentaria? La complejidad, la importancia y la esencia generaron una respuesta negativa, siendo uno de los primeros temas a modificar en la reforma.

Entonces, buscando favorecer al acreedor en esta consideración de débil jurídico que requiere ser protegido, debe buscarse una ley que garantice ello. La pregunta surgió de modo automático, si la norma de conflicto fue insuficiente los doctrinarios vieron el tiempo y momento ideal para considerar dar un paso más; ¿debería permitirse una elección libre entre varios órdenes legales con el fin de lograr los mejores resultados para el demandante?²²

22 Martiny, D. (1994). "Maintenance obligations in the conflict of laws". En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tomo 247, 155.

Tal como venimos desarrollando, el CCCN decidió darle un tratamiento autónomo tanto para la determinación de la jurisdicción internacional directa como para la determinación del derecho aplicable. La cuestión será determinar si la independencia es tal que las conexiones por el legislador indicadas permitan o no separarse totalmente de los efectos personales, perdiéndose entonces la subordinación durante años esgrimida.

En base a ello, encontramos una norma destinada a resolver el problema de la ley aplicable cuando estemos ante alimentos con elementos internacionales. El artículo 2630, CCCN, contiene tres normas: la primera de ella es específica para el caso donde el acreedor alimentario tenga ese derecho como consecuencia de relaciones jurídicas ajenas a una unión matrimonial (o convivencial) y será analizada en el apartado siguiente.

De modo seguido el artículo dispone:

“2º P. Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos.

3º P. El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo”.

Una simple lectura de la norma nos permite concluir el estar ante un cambio abismal respecto de la vieja solución. Su trato autónomo ya fue el primer paso hacia una correcta regulación, pero de nada serviría si la solución propia no contara con una moderna respuesta en cuanto al criterio elegido. Debemos partir el análisis del artículo en dos.

a) El derecho aplicable ante la existencia de un acuerdo alimentario

Comenzando con el segundo párrafo del artículo, nos encontramos con un reconocimiento expreso de la facultad de celebrar un convenio de alimentos entre el acreedor y el deudor, pero ¿es de aplicación esta disposición para los alimentos provenientes de un matrimonio? Ante la falta de una mención expresa, y estar en un tratamiento autónomo, nos urge determinar si esta disposición es aplicable a ellos o solo está conectada directa y especialmente al primer párrafo con exclusión de los derivados de la unión marital.

Optando por una respuesta afirmativa, vemos cómo la técnica legislativa se nos presenta de un modo interesante. Estando en un último párrafo el supuesto donde se determina la ley sin un acuerdo, debemos entender como regla general la posibilidad de las partes en designar expresamente el ordenamiento por el que ha de regirse la obligación alimentaria. Sin embargo, estamos ante una elección que presenta límites en su uso. Con

este razonamiento solo de modo subsidiario deberán verse el resto de las soluciones.

A lo largo de todo el texto del Código, se menciona la existencia de un “convenio” de alimentos y ello hace que nos preguntemos sobre la esencia, el contenido y la naturaleza que pueda otorgársele. Tal como lo expresa Azpiri, existían “discrepancias doctrinarias acerca de la naturaleza de los alimentos convencionales ya que, para una postura, eran considerados alimentos convencionales rigiéndose enteramente por lo pactado y, para otra, seguían siendo alimentos legales en los que el convenio lo único que evitaba era la extinción de ese derecho”²³.

Tanto como se sostiene en la fase interna, la disposición específica para cuando exista un elemento de internacionalidad nuevamente destaca la existencia de un convenio. ¿Admite el Código la autonomía de modo material? A diferencia de lo regulado para el régimen patrimonial del matrimonio, la disposición no indica como aplicable a los alimentos el acuerdo firmado entre las partes, sino que determina la elección entre alguna legislación a ellos.

El inconveniente está en la técnica legislativa. Debe entenderse que, si existe un acuerdo, los interesados buscarán en él establecer las condiciones, pautas y formas de cómo se llevará adelante la obligación alimentaria. Así entonces, debemos entender a la norma como receptiva de una novedosa solución: los alimentos quedan sujetos a lo convenido por las partes. Esto nos lleva a la siguiente reflexión lógica y esperable: el derecho a alimentos es un principio de orden público internacional –y como consecuencia, interno–, por tener de base a una esencia asistencial reconocida por los tratados de DDHH y la CN.

Considerar al deber alimentario de esta manera implica no reconocer ningún tipo de disposición, normativa o ley tendiente a desvirtuar, desconocer, limitar, restringir o eliminar la obligación o el derecho a él. El problema será determinar el contenido de este principio. ¿Merecen la misma consideración las modalidades de la prestación, el monto, la forma de pago y el lugar de pago? Creemos que no y que ellas pueden convenirse entre las partes con una mayor libertad mientras la esencia del instituto en sí esté garantizada.

Planteado ello, y aun pensando dentro del modo material, nos preguntamos: ¿cuánto margen se le da a la propia autonomía de la voluntad? Es decir, el CCCN habla de la existencia de un convenio de alimentos. ¿Pueden las propias partes disponer en este acuerdo las cláusulas para ellos más justas a su relación? Como mencionamos anteriormente, estamos ante un

23 Azpiri, J. O. (2016). *Derecho de Familia*. 2ª Edición. Buenos Aires. Hammurabi, 130.

problema proveniente de la propia técnica legislativa, la norma lamentablemente no dispone “los convenios o acuerdos rigen los alimentos entre el deudor y el acreedor”, técnica que hubiese sido más correcta. Las normas automáticamente indican los posibles derechos a elegir cercenando la autonomía y pareciera que ellos son solo para aplicar al convenio –a su validez, monto, etc.– y no a los alimentos en sí.

Desde nuestra parte, y haciendo un análisis de todo el texto del Código, comprendiendo su esencia, finalidad y espíritu, entendemos que la disposición admite la autonomía de la voluntad material. Los propios cónyuges pueden acordar las pautas en cómo se desencadenarán los efectos con los límites de las normas imperativas. ¿Cómo llegamos a esta conclusión? El CCCN hoy reconoce el instituto de la “compensación económica” como una figura novedosa que vino a reemplazar a la figura de los alimentos entre cónyuges. Conforme lo dispuesto en el artículo 441²⁴, se establece la condición para que prospere el pedido –principio de protección de la parte débil–, y acto seguido, se establecen las condiciones y pautas, dejando plena libertad a los cónyuges para regular todo lo referido a este derecho de compensación económica en el convenio regulador: sea el monto, la forma de pago, etc. En ese contexto, la actividad del juez queda limitada a la homologación. Entonces, se admite un convenio donde los esposos acuerden cómo asumirán la obligación alimentaria. Si este se realiza en nuestro país quedará limitado y supeditado a las condiciones autorizadas por nuestra legislación –autonomía de la voluntad materia controlada por el orden público interno–; al mismo tiempo, se reconocerán los acuerdos celebrados en el extranjero cuando no violen los principios fundamentales de nuestro país y sean válidos conforme a la ley que rige a los alimentos.

La admisión de la facultad de modo conflictual es más fácil de admitir. Expresamente, la norma permite a las partes seleccionar en el acuerdo el derecho que regirá al convenio de alimentos; elección que se encuentra limitada. Cuando desarrollamos anteriormente el avance y alcance de la autonomía de la voluntad, mencionamos la existencia de varios controles elaborados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, poco a poco receptados por las diversas legislaciones, sobre todo en aquellos aspectos donde dejar de modo libre a las partes el actuar podía volverse peligroso.

24 Art. 441, CCCN: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez”.

Entre todos ellos mencionamos al “catálogo del legislador” como un mecanismo tendiente a soltar la soga, pero no dejando de sostenerla.

Si se permite la elección para determinar la validez o nulidad y alcance del convenio, cómo no vamos a admitir la incorporación de una norma conflictual donde, al mismo tiempo, se seleccione el derecho aplicable al instituto en sí mismo. Si bien la norma tiene como fin inmediato la posibilidad de designar el derecho aplicable “al convenio”, es decir, para determinar su validez o nulidad, efectos, etc., debemos entender, al mismo tiempo, que las partes pueden elegir entre las mismas conexiones para determinar el derecho al que se someterá la prestación alimentaria.

De esta manera, en el propio acuerdo de alimentos las partes pueden determinar el derecho al cual desean someter este efecto proveniente del matrimonio, pero circunscripto a ciertos ordenamientos jurídicos. No podrán elegir cualquiera según su completo y antojadizo deseo; es el propio legislador quien consideró cuál de todos los derechos posibles se encuentran razonablemente más conectados y cercanos; de este modo, solo podrán seleccionar entre el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. Esta limitación “refuerza el principio cardinal de tutela al alimentado, que no queda a merced de una elección desconectada dependiendo de la voluntad del acreedor (parte fuerte) de la relación alimentaria”²⁵.

La parte final podría traernos un segundo límite. Puntualmente no se incorporó el “tiempo de elección” como medida de control, pero al fijar los puntos de conexión en el tiempo –pues será el domicilio o residencia habitual al momento de celebrarse el acuerdo–, nuestra legislación no permite el cambio mientras estas conexiones se mantengan inamovibles. Claramente podrían celebrar un nuevo acuerdo y, si algunas de las conexiones cambiaron, el derecho a elegir deberá respetar estas conexiones fijas, pero estamos ante un nuevo convenio.

Como se puede observar, estamos ante una facultad en un área hasta entonces completamente excluida, pero de modo limitado. Coincidimos con Beatriz Pallarés, para quien “[...] la introducción de la autonomía de la voluntad de las partes, en esta materia, no debe permitir dejar de lado los objetivos de la institución. Los alimentos tienen como condición o supuesto una situación de desamparo material del peticionante y por objetivo, la sobrevivencia del beneficiario. Este criterio deberá respetarse en la aplicación de las reglas de esta sección, especialmente al juzgar acerca de la validez de

25 Menicocci, A. (2016). “El régimen de alimentos en el DIPr en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción”. *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, N° 13.972. Buenos Aires, 4.

un pacto que comprometa los intereses del peticionante. Deberán tenerse presentes las reglas relativas a la capacidad, forma y validez intrínseca de los pactos, así como la función correctora del orden público”²⁶.

Cierta es esta afirmación. Frente al principio –ahora rector– de la autonomía privada, mediante el cual garantiza el reconocimiento de los individuos de autorregularse y autogestionarse, encuentra su límite en el principio de protección del cónyuge más débil y en el principio de igualdad jurídica de los cónyuges. Entonces, toda disposición normativa que se traduzca como una violación a ellos por medio del uso de la autonomía de la voluntad violará al OPI, debiendo el juez corregir mediante las herramientas legales a su alcance.

Hablar de una igualdad jurídica entre los esposos no nos genera demasiados inconvenientes; conforme vimos anteriormente, hoy se encuentra establecida con una fuerte raíz la idea de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges en el matrimonio como producto de años de trabajo de organismos internacionales productores de normas de DDHH y de las legislaciones de casi todos los Estados. Cuando los convenios se realicen en desmedro de uno de ellos, porque la legislación del país donde se celebró así lo determina o por haberse elegido la ley de alguno de ellos, se chocará contra un muro de protección; de esta manera, ese convenio o sus disposiciones se caerán por inválidas.

El principio basado en la protección del cónyuge jurídicamente débil, claramente relacionado con el anterior, es un poco más costoso de determinar. ¿Qué debe entenderse por cónyuge débil? Estamos ante un principio que intenta proteger una situación más fáctica que jurídica. Es posible que la ley reconozca una igualdad en cuanto a derechos y deberes, e incluso imponga de modo imperativo esta equivalencia a todos los individuos sin importar dónde habiten, pero ello no implica la existencia en los hechos de esa igualdad de modo efectivo. Ante ello, la protección se esboza mediante un principio capaz de romper con este problema y permite celebrar acuerdos libres de toda afectación.

Podemos considerar como “débil” a aquel cónyuge que se encuentre en una posición económica, emocional, psíquica o física inferior respecto del otro. Para ello, dependerá de cada unión en particular y habrá que analizar si pese a la igualdad legal ese matrimonio se asentó en un dominio de uno de ellos. Un reflejo claro de esto en nuestro Código es el mecanismo de protección ante un “desequilibrio”, pudiendo las propias partes acordar el modo

26 Pallarés, B. (2014). “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: Parte especial. Sección 4ª: Alimentos”. En Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires. La Ley, 880.

de romper con ello o por el mismo juez, a través de la “compensación económica”, la cual es definida como el derecho personal reconocido al cónyuge al que el divorcio le produce un empeoramiento en la situación económica de la que gozaba en el matrimonio, colocándolo en una posición de inferioridad frente a la conservada por el otro²⁷.

La norma no contiene una mención expresa en cuanto a los requisitos formales que deba cumplir el acuerdo, ello nos hace entender el sometimiento a las normas generales reguladas por nuestro Código en el artículo 2649.

b) El derecho aplicable en defecto de acuerdo alimentario

Ante la falta de elección del derecho aplicable la última norma dispone de conexiones subsidiarias con clásicos e históricos criterios rígidos. Lo llamativo de la solución brindada por el legislador es tanto por los puntos de conexión elegidos como por el modo en que se presentan.

Arrancando por esto último, podemos ver la existencia de tres conexiones unidas de modo alternativo. Ante este método, el actor del reclamo tendrá la posibilidad de seleccionar entre cualquiera de ellos y, a diferencia de lo que sucede si hay menores, no queda sujeto a condición alguna. Entonces, al hablar de una alternatividad libre entre varias posibilidades nos encontramos con el uso de una autonomía de la voluntad limitada de la misma manera y con el mismo criterio de lo analizado en el punto anterior. El “catálogo del legislador” vuelve a ser el recurso considerado como apto para controlar la facultad otorgada a los propios cónyuges –o ex cónyuges– o convivientes.

Las conexiones posibles están identificadas en tres puntos:

- Último domicilio conyugal o última convivencia efectiva: si bien la norma presenta dos conexiones debemos entenderlas como excluyentes una de la otra. La disposición es aplicable a los alimentos derivados de uniones matrimoniales como uniones convivenciales. Entonces, dependiendo el supuesto en análisis será el criterio disponible.
- Derecho aplicable a la disolución: esta conexión nos obliga remitirnos a lo dispuesto por el art. 2626, siendo aplicable el derecho del último domicilio de los cónyuges. Mientras nuestras normas se mantengan intactas, estamos ante una coincidencia de disposiciones, no encontramos la suma de un nuevo criterio.

²⁷ Medina, G. y Roveda, E. G. en Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.) (2016). *Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 252.

- Derecho aplicable a la nulidad: teniendo en cuenta que la nulidad hace a la validez del matrimonio, nuestro Código dispone en el art. 2622 como aplicable la ley del lugar de la celebración del matrimonio.

A diferencia de lo que sucede con el punto anterior, no encontramos entre los posibles derechos a elegir la ley del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. ¿Por qué estas posibilidades no se encuentran previstas como alternativas? Podemos concluir que ello se debe a la factibilidad de que ocurra un fraude a la ley, es decir, si habilitamos el contacto personal domicilio o residencia habitual de alguna de ellas se favorece a la configuración de este problema propio del DIPr, donde el actor –y acreedor alimentario– busque la legislación más beneficiosa y sitúe allí el punto de conexión. Estando fuera de un acuerdo de voluntades, está fuera de lógica jurídica darles la alternatividad de este punto de conexión. Sin embargo, teniendo en cuenta que los alimentos buscan necesariamente garantizar un derecho y beneficio, dudosa sería la existencia de un fraude y por ello estamos a favor de su futura inclusión como lo receptan algunos convenios.

Como no puede ser de otra manera, no solo la técnica legislativa es susceptible de ser criticada sino también la completa razonabilidad de los puntos de conexión elegidos. Teniendo en cuenta la búsqueda de una autonomía del instituto, ¿es válido usar todas las conexiones referidas a la unión? Si volvemos a mirar la solución, nos encontramos con remisiones basadas todas ellas en distintos aspectos del matrimonio rompiendo con esta idea de una independencia. Incluso, peor aún, ni siquiera reescribe los puntos de conexión, sino que nos reenvía a los criterios establecidos en otros aspectos, como la disolución o nulidad. Entonces, ese esperable tratamiento autónomo comienza a verse diluido al no permitir una completa separación de los alimentos del matrimonio.

No discutimos que los puntos de conexión vigentes respeten la razonabilidad, solo planteamos la inconveniencia que genera la ausencia del domicilio o residencia habitual entre ellos. Pensemos en un matrimonio separado hace años, cuyo último domicilio conyugal estaba en un Estado diferente al actual de las partes en juego; conforme esta solución verán sometido el reclamo alimentario a una legislación ajena al acreedor, es el Estado donde se encuentra su residencia habitual donde podemos encontrar los vínculos con el entorno social del alimentado porque vive allí y con las normas de ese país es que prevalece su situación, pero ello no deberá ser tenido en cuenta por lo dispuesto en nuestro sistema.

Cuando se plantó la idea de la autonomía, no se hizo únicamente deseando un tratamiento separado e independiente de la relación jurídica,

también se buscó la protección del beneficiario o parte más débil de la relación. Como argumenta Nieve Rubaja, al considerarlo independiente se lograría como consecuencia la posibilidad de terminar hallando la ley que resulte más acertada en función de su propia naturaleza jurídica, ley que en definitiva proteja y garantice los derechos del alimentado²⁸. Pero para que ello funcione, como acertadamente expresó Tellechea Bergman²⁹, es necesaria una solución específica capaz de concebir a los alimentos como una categoría singular, situación que sólo podría suceder al someterlos a la ley del Estado de su centro de vida, criterios no volcados en la norma: el domicilio o la residencia habitual.

Otra de las críticas susceptibles de realizarse a la disposición es en cuanto al tipo legal utilizado. Conforme su texto, es de aplicación entre cónyuges o convivientes (recordemos la recepción de la unión convivencial en el Código) pero nos preguntamos lo siguiente: ¿también es aplicable a aquellos que no son cónyuges? Imaginemos el supuesto de un matrimonio anulado. Entonces, la redacción deseable y preferida hubiera sido la que receptó la CIDIP IV sobre Obligaciones Alimentarias que, en su artículo primero, determinó su aplicación a todas las obligaciones alimentarias derivadas de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales.

La regulación de las uniones convivenciales en nuestro sistema cuenta con su expresa recepción desde la entrada en vigencia del CCCN, implicando un avance significativo en todo aspecto, incluso con los criterios receptados. En cuanto a las obligaciones alimentarias derivadas de este vínculo, la norma analizada no solo es de aplicación al matrimonio, su propio texto lo hace extensivo a este tipo de uniones.

2. Alimentos derivados de la responsabilidad parental

Conforme lo dispuesto por el art. 638 del CCCN, la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Como consecuencia de ella, nace la obligación y el derecho de los hijos de ser alimentados y educados, deber que pesa en aquellas personas que están a cargo de ellos. Si el Derecho aplicable es el local, debemos entender

²⁸ Rubaja, N. (2012). *Derecho Internacional Privado de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 539.

²⁹ Tellechea Bergman, E. (1991). *El nuevo Derecho Internacional Privado Interamericano sobre familia y protección de los intereses de menores*. Montevideo, Uruguay. Fundación Cultural Universitaria, 42.

el alcance de ella como la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio.

Debemos destacar el estar ante disposiciones completamente novedosas. La carencia de normas de estilo en el Código derogado ponía a Argentina en una situación desventajosa, pues estábamos ante un verdadero y completo vacío normativo intensificado por tampoco contar con normas referidas a lo que en su momento se tipificó como patria potestad a nivel internacional. Entonces, no contábamos con normas que regulaban los alimentos procedentes del parentesco o de la filiación y tampoco podíamos aplicar supletoriamente las normas referidas a la regulación de la responsabilidad parental porque no había ninguna.

De la misma manera que sucedió con los alimentos derivados de la unión matrimonial o convivencial, cuando ellos provengan como consecuencia de la responsabilidad parental, vamos a encontrar una norma que mantiene la autonomía del instituto respecto de aquella que le da origen. Entonces, todo lo atinente a la responsabilidad parental quedará sometido al derecho indicado por el art. 2640 (el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto, en principio, pues hay una excepción cuando, fundándose en el interés superior del niño, se pueda tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes), excepto las prestaciones alimentarias por contar con su propia norma.

Dentro del art. 2630 vamos a encontrar un primer párrafo –en realidad, una primera norma– destinado a regular los alimentos derivados de la responsabilidad parental. Si bien su texto no lo menciona expresamente, sí podemos denotar de ella una caracterización de modo general donde, seguidamente, se despegan los derivados de las uniones, conforme analizamos en el punto anterior.

Como mecanismo de protección, entendiendo al acreedor como un sujeto vulnerable que requiere una seguridad, el legislador incorporó una norma con el estilo de lo llamado “materialmente orientada”, pues la elección entre la alternatividad de los puntos de conexión se encuentra condicionada: deberá elegirse entre el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario siempre buscando aquel más favorable a los intereses del primero (conf. art. 2630).

En esta técnica legislativa es imposible hablar de una autonomía de la voluntad. La propia norma indica que será la autoridad competente quien decidirá y ello elimina de modo claro toda posible libertad de elección en cabeza de las partes.

El problema se presenta al momento de determinar si la norma respecto a la regulación de los convenios alimentarios es de aplicación cuando

provengan como consecuencia de una responsabilidad parental y el alimentado sea un NNA.

Nuestro sistema admite la existencia de convenios destinados a regular la prestación alimentaria hacia menores, pero siempre se requiere –no importa la instancia en que se hayan celebrado– la intervención de la autoridad pública para su homologación y posterior ejecución como modo de garantizar sus derechos. Entonces, nos preguntamos: ¿es de aplicación la disposición que permite la autonomía de la voluntad en esos casos? Ante la falta de una mención expresa, y estar bajo un tratamiento autónomo, nos urge determinar si esta disposición es aplicable a ellos o si, por su ubicación posterior, solo está conectada directamente referida a los demás alimentos.

Teniendo en cuenta la particularidad del caso, la existencia de alimentos en favor de un niño o niña, el cual responde a un DDHH, la autonomía de la voluntad se encontraría afectada y coartada de modo automático. De nada tendría sentido la incorporación de una norma materialmente orientada, donde es la autoridad competente quien debe velar por la aplicación del derecho más beneficioso a los intereses del alimentado si, acto previo, permitimos que por su propia decisión puedan pactar un derecho –limitado entre las conexiones brindadas– susceptible de desentender y contradecir esta finalidad protectoria. Como vimos, otro cantar sucede cuando se habla de alimentos entre cónyuges o convivientes, pues ante la falta de elección la norma que se activa presenta conexiones alternativas sin condición alguna.

Entonces, con este razonamiento e invocando principios de orden público internacional, consideramos su inaplicabilidad cuando la prestación de alimentos involucre intereses de niños, niñas o adolescentes.

V. A modo de cierre

No solo es el DIPr quien se ve influenciado y provocado por la crisis en tener que cambiar y adaptarse a un nuevo mundo y un moderno escenario global, sino que también son sus propios principios los que se ven en la obligación de tener que reaccionar si pretenden alzarse con la victoria. Dentro de todos los principios, características y métodos que el DIPr posee, la autonomía de la voluntad es uno de los que más críticas y problemas padeció. Cuando irrumpió en el mundo jurídico muchos la recibieron con cautela, mientras que otros la rechazaron sin darle la oportunidad de que ella pueda desarrollarse en un mundo mucho más simple que el actual.

Durante la vigencia del Código derogado en materia de alimentos nos caracterizamos por una carencia de política legislativa tendiente a solucionar este vacío en completa discordancia con lo acontecido en la esfera internacional por la gran cantidad de convenios sobre el tema. No cabía duda

alguna en la existencia de una necesidad jurídica de contar con normas específicas y autónomas para esta cuestión.

Los diversos aspectos del matrimonio aún mantienen una predilección por el método conflictual con un nulo acceso de la autonomía de la voluntad, sobre todo en aspectos aceptados y ya trabajados en otros Estados. Pero todo ello cambió en las obligaciones alimentarias internacionales. El respiro de alivio nos reconfortó.

La rotunda modificación la vamos a encontrar por la independiente regulación y por la intromisión de la facultad de crear o seleccionar las disposiciones legales aplicables, respetando así la tendencia mundial caracterizada por una materialización de las normas de DIPr.

La determinación de alimentos, que se entienden de toda necesidad, es un aspecto tan delicado que dejarlo al arbitrio de las partes sí puede resultar lesivo, pero ello no debe ser un obstáculo para la limitación y exclusión de la autonomía de la voluntad, sino de permitir su uso controlado.

Encontramos la primera apertura a la autonomía de la voluntad dentro del DIPr de familia, gracias a lo dispuesto por el art. 2630; ello es una clara respuesta a la evolución social y jurídica de nuestros tiempos. Conforme pudimos desarrollar, y como desprendimiento directo de la norma, estamos ante un criterio que se instauró como principal y rector y solo en su ausencia se podrá ir a las conexiones subsidiarias previstas por la legislación. Las obligaciones alimentarias siempre fueron una materia crítica por la relevancia que revisten, por la necesidad que pretenden cubrir. Admitir en ellas esta facultad nos permite empezar a hablar de una readecuación del derecho a la época presente. Cuando se habla del cobro de alimentos estamos ante un supuesto donde el acreedor requiere de una ayuda –que le corresponde legalmente– ante un estado o situación de debilidad y el derecho debe brindar una acorde solución, pues pueden ser los únicos ingresos que perciba. Gracias a las positivas consecuencias de la autonomía (seguridad jurídica, estabilidad, etc.), estamos en el camino adecuado a ello.

Admitir esto no implica desconocer límites. Existen principios que requieren de una sobreprotección, máxime cuando, por primera vez en la historia del Derecho argentino, se les otorgará a las partes el poder de regular el alcance y contenido de prestaciones alimentarias. Solo de esta manera se evitarán lesiones jurídicas.

Receptar la posibilidad de elección no debe verse como algo negativo. No siempre debemos considerar que puede existir un interés de perjudicar al momento de llevar adelante esta facultad. Incluso podemos hasta pensar que cuando se hace tiene su razón de ser como consecuencia de un esclavista sistema que no permite una mejor normativa acorde a lo que las personas requieren.

Otro argumento a su favor es ver a la autonomía de la voluntad como un acertado modo de resolver el conflicto de leyes: en aquellos casos donde el choque de legislaciones se hace insufrible, permitirles a las partes tomar el control y ser ellas quienes den una resolución puede llegar a ser el mecanismo adecuado.

Los límites a la aplicación de un Derecho extranjero son la primera herramienta a invocar, pero la protección de los principios fundamentales tiene una labor trascendental. A modo de ejemplo podemos mencionar el artículo 539, CCCN, donde se dispone la prohibición de compensar la obligación de prestar alimentos. De igual manera no se permite la transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno sobre el derecho a reclamar o percibirlos. Estamos ante una norma que refleja –a nuestro modo de ver– un claro principio inderogable por la autonomía de las partes y que tampoco puede quedar descartado por una foránea legislación. El OPI jugará un papel decisivo cuando el Derecho extranjero o el creado por las partes no contemplen la obligación alimenticia cuando en la legislación del foro tienen un carácter inexcusable³⁰. En definitiva, la protección del *favor alimentari* siempre será el marco rector a toda regulación, tanto sea legal como convencional.

Todo lo desarrollado hasta aquí nos permite sostener, del mismo modo que lo hace la doctrina comparada, a la autonomía de la voluntad como la solución óptima no solo en las normas que regulan al patrimonio sino también en el DIPr de la persona y familia³¹. Siguiendo a Erik Jayme, “[...] la consagración de la autonomía de la voluntad se torna la solución elegida. Con ella se trata de satisfacer la imperiosa necesidad de dar solución adecuada a los cambios sociales que ha generado la configuración de sociedades multiculturales”³².

Bibliografía

- Azpiri, J. O. (2016). *Derecho de Familia*. 2ª Edición. Buenos Aires. Hammurabi.
Boggiano, A. (2015). *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*. 7ª Edición. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.

30 Fernández Rozas, J. C. (1985). “Las obligaciones alimentarias en el DIPr español”. En *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 37, Nº 1, 101.

31 Carrascosa González, J. (2004). “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, Número 22, 52.

32 Jayme, E. (2000). “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalization”. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tome 282, 19.

- Dreyzin de Klor, A., en Lorenzetti, R. L. (Dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo XI. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Dreyzin de Klor, A. (2017). *El Derecho Internacional Privado actual*. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Zavalía.
- Faraoni, F. (2009). “Alimentos para los hijos e interés superior”. En Tagle de Ferreyra, G. (Dir.). *Interés superior del niño. Visión Jurisprudencial y aportes doctrinarios*. Córdoba. Nuevo Enfoque.
- Fernández Arroyo, D. (2003). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Ed. Zavalía.
- Fernández Rozas, J. C. (1985). “Las obligaciones alimentarias en el DIPr español”. En *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 37, N° 1, 67-108
- Goldschmidt, W. (2009). *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*. 10ª Edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Jayne, E. (2009). “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”. *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI, 1-10.
- Jayne, E. (2000). “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalization”. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tome 282, 9-40.
- Kaller de Orchansky, B. (1993). *Nuevo manual de Derecho Internacional Privado*. 2ª Edición. Ed. Plus Ultra.
- Martiny, D. (1994). “Maintenance obligations in the conflict of laws”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tomo 247.
- Menicocci, A. (2016). “El régimen de alimentos en el DIPr en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción”. En *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, N° 13.972. Buenos Aires.
- Pallarés, B. (2014). “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: Parte especial. Sección 4ª: Alimentos”. En Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires. La Ley, 876 a 880.
- Picone, P. (1999). “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tomo 276, 9-276.
- Rubaja, N. (2012). *Derecho Internacional Privado de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Rodríguez, M. S. (2011). “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”. En *UCES Revista Científica*, Vol. XV, N° 1, 112-143.
- Scotti, L. (2019). *Manual de Derecho Internacional Privado*. 2ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ed. La Ley.

- Tellechea Bergamn, E. (1988). *Derecho Internacional Privado de la Familia y Minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores*. Montevideo. Fundación de la Cultura Universitaria.
- Uriondo de Martinoli, A. “La libre circulación de personas y su incidencia en las convenciones matrimoniales”. *El Derecho*, 170-1161.
- Uzal, M. E. (2017). “Los contratos internacionales en el DIPr argentino a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista Código Civil y Comercial*. Año III, Núm. 8. Buenos Aires. Ed. La Ley, 137-157.
- Uzal, M. E. (2016). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Ed. La Ley.