

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DIVORCIO INTERNACIONAL: MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS TRADICIONALES

Leandro Baltar

Universidad Siglo 21

leandrobaltar28@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8848-246X>

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.bal>

Recibido: 06/09/2024

Aceptado: 01/04/2025

Resumen

El derecho internacional privado de familia actual necesita ser revisado en cuanto a los métodos de determinación del derecho aplicable al divorcio vincular. La denominada “crisis del conflictualismo” obliga a replantear si la utilización de la autonomía de la voluntad podría constituir una herramienta efectiva para sortear los inconvenientes que presenta la rigidez de la norma indirecta. En este contexto, me propongo examinar los diversos fundamentos y beneficios que la elección controlada podría ofrecer a este instituto esencial del derecho de familia.

Palabras clave: derecho internacional privado, autonomía de la voluntad, perspectiva de género.

Conflictual Party Autonomy in International Divorce: Beyond Traditional Borders

Abstract

The current Private International Law of family requires a review regarding the methods of determining the applicable law to marital divorce. The so-called “crisis of conflictualism” necessitates reconsidering whether the use of party autonomy could be an effective tool to overcome the various challenges presented by the rigidity of indirect rules. In this context, I intend to analyze the different foundations and benefits that controlled choice could bring to this essential institute of family law.

Key words: private international law, autonomy of the will, gender perspective.

1. Introducción

La autonomía de la voluntad, en términos generales, puede definirse como la facultad de los cónyuges para seleccionar la ley aplicable a los diversos aspectos de su unión. Resulta relevante la definición propuesta por Carlier (1991), quien sostuvo que les otorga a los individuos la posibilidad de “localizar una relación de derecho privado transfronteriza al vincularla a un orden jurídico cercano mediante la elección de la ley que le es aplicable” (p. 105). Estamos ante una tendencia que, sin lugar a dudas, está cobrando relevancia en el derecho internacional de familia, dejando de ser un tema aislado o limitado a los contratos. Su aplicación y sus límites, por tanto, se configuran como un tópico que requiere ser examinado con mayor precisión.

Enfrentamos un fenómeno que está adquiriendo gradualmente un impulso creciente gracias a la atención dispensada por la doctrina. Patrick Kinsch (2017, p. 14) señaló que el modelo de familia clásico se fundamentaba en la autoridad de la ley, la cual asumió sin vacilar un papel paternalista. Según el autor, dicho modelo ya no responde al modo en que se vive en la actualidad, sino que hoy en día se ajusta a una era que podría denominarse como la del liberalismo avanzado en el derecho de familia. La expansión hacia áreas del derecho previamente vedadas se debe, en gran medida, al reconocimiento de que la autonomía de la voluntad se fundamenta en la libertad individual, la cual refleja la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Este cambio desafía la visión por la cual se mantenían reglas de conflicto rígidas, las cuales estaban fundamentadas en una concepción imperativa del derecho de familia. No obstante, es esencial evitar que este entusiasmo derive en un juicio apresurado, ya que la incorporación de esta autonomía en el ámbito normativo requiere un análisis minucioso para evitar su eventual fracaso.

Es innegable que la sociedad ha evolucionado, y prueba de ello son las diversas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyCN), que ha logrado adaptar la normativa a la denominada “contractualización” del derecho privado. En este contexto, la ley debe buscar un equilibrio entre los intereses privados y los públicos, considerando los valores en juego y el rol del Estado en el derecho de familia, con el fin de determinar si la imperatividad debe, o no, ceder. En efecto, ¿se ajusta el sistema actual a las realidades de la vida familiar?

La tendencia observable en las legislaciones de los Estados es hacia una liberalización progresiva del divorcio, en respuesta al respeto por la intimidad familiar y la libertad de elección de los cónyuges. En este sentido, se busca

otorgarles la posibilidad de organizar su convivencia y, en su caso, la disolución de su vínculo mediante la elección de una ley con la que se sientan más cercanos, tanto jurídica como psicológicamente. La relevancia de esta facultad radica en el reconocimiento de que la autonomía de la voluntad actúa como una herramienta para el orden de las relaciones familiares, particularmente en situaciones de crisis.

El futuro del derecho internacional privado de familia dependerá, en gran medida, de las decisiones que se adopten en esta materia, con el constante objetivo de cumplir las finalidades fundamentales desde su origen: la seguridad jurídica y la justicia. Es cierto que aún persisten tensiones entre la autonomía de las partes y el objetivo del Estado al regular el divorcio. Son interesantes las reflexiones de Kemelmajer de Carlucci (2014), quien sostiene que

la discusión autonomía versus intervención del poder público está mal planteada cuando se edifica sobre criterios de oposición. La intervención del juez o de otro funcionario público no impide el ejercicio de la autonomía, sino que pretende evitar la arbitrariedad y la desigualdad. (p. 40)

Existe una notable y gradual disminución del poder legislativo de los Estados, en especial debido a fenómenos como la globalización, la emergencia de procesos de integración y el incremento de la autonomía individual. Kohler (2013) resalta esta situación al afirmar que “existe solo un conflicto moderno: el que se da entre el Estado y la libertad” (p. 299). Esta tensión surge del creciente fortalecimiento de la posición del individuo, en virtud de los derechos humanos, frente al poder del Estado, lo que subraya la necesidad de considerar los intereses de los sujetos al determinar el derecho aplicable. Sin embargo, esto no implica una pérdida de las funciones esenciales de legislación y control que el Estado ejerce mediante sus diversas herramientas. En este contexto, analizaremos en el presente trabajo cómo esta facultad puede contribuir tanto a la planificación del futuro de las partes como a la disolución del matrimonio cuando así lo deseen.

2. Algunos fundamentos que sostienen el cambio

Desde hace tiempo, la doctrina especializada ha subrayado que el sistema conflictualista tradicional se muestra insuficiente e inadecuado para responder a las nuevas demandas de una sociedad multicultural en un mundo globalizado. Prueba de ello son las diversas soluciones que buscan flexibilizar la respuesta a

los casos conectados con más de un sistema jurídico. En este sentido, coincido con quienes afirman que

el creciente pluralismo jurídico y cultural demanda de una mayor presencia de libertad, de la voluntad de las personas para discernir qué Derecho prefieren para regular las relaciones que los unen. El método conflictual sigue siendo válido en sus líneas generales, pero es necesario vestirlo de actualidad, y la actualidad demanda libertad. (Durán Ayago, 2021, p. 1005)

Esta libertad proclamada implica, esencialmente, la posibilidad de que cada individuo planifique y materialice sus deseos y actividades, facilitando su proyección personal y contribuyendo al desarrollo de su personalidad. Según este concepto, cada persona posee una autonomía plena, sin necesidad de intervención normativa, moral o jurídica. Al ser un derecho natural, los Estados deben reconocerla, respetarla y preservarla. No obstante, este principio encontrará sus límites cuando, en su ejercicio, se vulneren derechos fundamentales. El rol de los Estados, entonces, es establecer los límites de esta libertad y definir cómo puede ejercerse en relación con su contenido, sin prohibirla de manera automática.

Años atrás, la profesora Gaudemet-Tallon (2015) afirmó que “los ciudadanos deben gozar de la máxima libertad, su voluntad debe ser respetada en la medida de lo posible, pero estructuras tan fundamentales como el derecho de familia no deben debilitarse demasiado por el ejercicio de esa voluntad” (p. 272). La reforma del CCyCN representó un cambio trascendental para el derecho de familia argentino, reflejando claramente esta premisa. Esto se evidencia en diversas disposiciones que muestran una mayor inclinación hacia el reconocimiento de la autonomía de la voluntad. En este sentido, Marisa Herrera (2015) resalta los aportes de la doctrina local al señalar:

las valoraciones contemporáneas han elevado a primer plano el principio de autonomía personal que consagra (incluido el ámbito matrimonial) una amplia libertad del individuo para el desarrollo de su vida privada, pues estima que el derecho no puede estar dirigido a imponer modelos de virtud personal. (p. 175)

Este concepto se ha denominado “regla de la neutralidad estatal” respecto a los planes de vida de las personas. En esta línea de pensamiento, se considera que los propios cónyuges son quienes están en mejor posición para juzgar sus propios intereses.

Los “acuerdos familiares” históricamente gozaron de un papel significativo, independientemente del nivel de relevancia jurídica que les haya conferido el derecho. De hecho, las dinámicas familiares siempre se vieron influenciadas por la voluntad de sus miembros, tanto en su establecimiento como en su desarrollo. No obstante, el derecho internacional privado (DIPr) de familia ha comenzado a reconocerlos más recientemente, ya que previamente existía una tendencia más “conservadora” que limitaba su conceptualización en términos contractuales.

Establecidas estas bases, destacaré algunos fundamentos clave que respaldan la postura sostenida, reconociendo que la lista es más extensa de lo que aquí pretendo referenciar.

2.1 La contractualización del derecho de familia

Dado que la amplitud de la autonomía se fundamenta en la libertad de las personas, es imprescindible recurrir a la constitucionalización del derecho de familia para comprender su razón de ser. En efecto,

la obligada “constitucionalización del derecho privado” se hace sentir con fuerza en el campo del Derecho de Familia estructurando la figura del divorcio sobre la base de los principios de la igualdad y no discriminación, como así también, el de la libertad y autonomía personal previstos en el art. 19 de la CN. (Herrera, 2015, p. 175)

Es importante destacar que, en Argentina, “la constitucionalización implica la internacionalización, desde que los tratados de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 14).

Como una de las consecuencias de este fenómeno, la familia dejó de considerarse una institución en la que la jerarquía residía en el hombre, dando paso a la igualdad de sus integrantes y superando toda discriminación por cuestiones de género. Basados en un contexto de igualdad y solidaridad entre los cónyuges, deben ponerse a disposición herramientas o instrumentos aptos que les permitan a los integrantes de la familia expresarse y tomar decisiones de manera consensuada, entendiendo que esto no solo contribuye a su crecimiento, sino que también protege su intimidad. Esto nos recuerda cuando J. Basedow (2012, p. 100) analizó los aportes de Friedrich von Hayek en su Curso General en la Academia de Derecho Internacional de La Haya; puso énfasis en la dificultad que enfrentan los legisladores para evaluar con precisión la realidad

social abordada por las normas legales. Como consecuencia, el autor se refiere a que la creación de normas debería dejarse en mayor medida a los propios actores privados.

Esta constitucionalización abrió el camino hacia la contractualización, haciendo que la voluntad de las personas empiece a contar con un mayor ámbito de aplicación dentro de las relaciones de familia. Sería irrealista y, de hecho, “hasta cierto punto indeseable desafiar la tendencia inexorable hacia la contractualización del derecho internacional privado” (Muir Watt, 2010, p. 255). Esto implica “dar lugar cada vez más grande a la autonomía negocial; se habla de un contrato no en sentido estricto, sino amplio, o sea, como sinónimo de convención, pacto, acuerdo de voluntades susceptible de producir efectos jurídicos” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 4).

La evolución del DIPr de familia nos confronta con nuevos fenómenos que demandan respuestas jurídicas contemporáneas y adecuadas: la ampliación de la autonomía de la voluntad. Esta tendencia hacia la contractualización no implica una retirada del derecho; al contrario, significa que el Estado deberá regular de manera específica los acuerdos familiares internacionales (Rass-Masson, 2019). Analizando la evolución del derecho en favor del individualismo en asuntos personales y familiares, Kinsch (2017) define a este fenómeno como “neoliberalismo societal”, considerando que

se debe partir de la idea de que los individuos, guiados por una “elección racional”, están mejor posicionados para saber qué les conviene que el Estado al que están vinculados, y también que estas elecciones individuales eventualmente llevarán a los Estados a modificar sus leyes. Esta lógica es la del “darwinismo normativo”. (p. 20)

Es cierto que esta tendencia resulta más problemática cuando se trata de acuerdos relativos a los hijos. Esto no debe considerarse una imposibilidad, sino un ámbito en el cual se requiere un mayor control judicial, sin que ello obstruya la autonomía de la voluntad. El DIPr de familia debe mantenerse receptivo a este tipo de acuerdos, tal como ocurre en el ámbito doméstico, siendo imprescindible una posterior intervención judicial que los revise, a fin de evitar prácticas que vulneren principios que integren el orden público internacional (OPI). De esta manera, el enfoque consiste en “matizar” esta facultad, ya que los acuerdos estarán supeditados al cumplimiento de requisitos legales, especialmente orientados a la protección de los derechos fundamentales. Entre estos, pueden señalarse los siguientes: la elección debe ser el fruto del consenso

de ambos cónyuges, la ley elegida deberá tener una proximidad con la unión y la decisión solo puede llevarse a cabo mediante la celebración de un acuerdo por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges.

Una visión más “contractual” en el derecho de familia no debe presentar una problemática, aunque ello implique un cambio en la apreciación que debe realizarse al respecto. Basándose en una relación fundamentada en la cooperación, el altruismo y la solidaridad, algunos cuestionan que el acuerdo termine centrado en la negociación entre dos individuos que buscan proteger su propiedad e intereses, afectando la esencia misma de un instituto que no debe guiarse por esos fines. Sin embargo, una mayor autonomía no implica necesariamente una lucha entre dos partes que se ven enfrentadas. No son concepciones contradictorias ni excluyentes entre sí. Debe recordarse que “la libertad de la persona, valor moral y político, permite a la persona su autodeterminación, que le asegura la autonomía de ‘vivir una vida buena’ conforme a sus propias concepciones y de reevaluar los objetivos de su vida” (Vrellis, 2007, p. 242). La autonomía de la voluntad destinada a regular el divorcio no implica necesariamente que las partes actúen de manera egoísta o que el acuerdo se reduzca a una simple negociación de intereses individuales. Tampoco se traduce en un perseguir intereses individuales, sino más bien le permite a cada persona buscar y construir una vida en común basada en valores compartidos, solidaridad y un compromiso mutuo. En conclusión, la contractualización les permite a los individuos ejercer su derecho a una vida familiar, con la libertad de ajustar las obligaciones que asumen según sus necesidades y acuerdos mutuos.

El DIPr no puede ni debe ser interpretado de manera aislada del derecho doméstico. Aunque las normas de ambas ramas están destinadas a regular relaciones jurídicas distintas, existe una conexión estrecha, ya que no tendría sentido adoptar soluciones internas completamente incompatibles con aquellas aplicables a relaciones con elementos extranjeros relevantes. Así lo establece el artículo 2 del CCyCN, que dispone que la ley debe ser interpretada “teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. En este contexto, y específicamente dentro del ámbito del divorcio, la figura del “convenio regulador” adquiere un papel más relevante que en épocas anteriores. El principio de libertad y autonomía de la voluntad ha ganado mayor terreno, dado que se reconoce que los propios protagonistas (es decir, los cónyuges o excónyuges) están en la mejor posición para gestionar los efectos de la relación al momento de su

disolución. Esto incluye aspectos como la distribución de los bienes, la liquidación de la sociedad conyugal y la posibilidad de establecer cuotas alimentarias o compensaciones económicas, entre otros.

Los cambios introducidos por el CCyCN en relación con el divorcio interno, orientados hacia el reconocimiento de la igualdad entre los géneros, deberían haber tenido un impacto en las disposiciones del DIPr. Nuestro sistema “doméstico” establece en el artículo 439 la autonomía de la voluntad para regular el divorcio mediante un convenio, reconociendo que los propios cónyuges están en la mejor posición para determinar el alcance de la disolución, al ser los protagonistas de la relación familiar. Según el artículo 438, si la petición de divorcio no incluye un convenio regulador, la autoridad competente no debe tramitarla.¹ Por consiguiente, la tendencia a la contractualización claramente observable en el derecho doméstico debe hallar su correspondiente reflejo en el DIPr. En conclusión, debe sostenerse la premisa de que, si se permite su aplicación en las relaciones internas, también es viable su admisión en el contexto de divorcios internacionales.

Apelo al “principio de coherencia” para fortalecer esta postura. Este principio sostiene que el sistema jurídico debe evitar contradicciones, ya que estas pueden ocasionar perjuicios para los individuos. En términos jurídicos, la coherencia implica la consistencia sistemática del ordenamiento legal: este se estructura en un conjunto de normas destinadas a regular las conductas sociales, tanto en relaciones internas como internacionales. Por lo tanto, la regulación del divorcio debe estar fundamentada en principios y valores coherentes con el conjunto normativo vigente. En resumen, la coherencia del sistema jurídico representa así un factor primordial, evitando incluso tratos discriminatorios según el origen (local o internacional) de la relación.

2.2 El respeto a la multiculturalidad y a la intimidad familiar

Cuando se habla de “conflictos culturales”, se alude al cruce de diferentes culturas fundamentadas en valores divergentes. Yuko Nishitani (2019) dedicó un profundo estudio a esta problemática, esquematizando que

1 Este convenio, que puede ser presentado por uno o ambos cónyuges, debe especificar cómo se manejarán los derechos y obligaciones derivados de la sentencia de divorcio vincular. Así, los cónyuges tienen una amplia libertad para actuar y distribuir las cargas y bienes, siempre bajo la supervisión del juez como instancia final.

surgen en la intersección de diferentes costumbres, hábitos, tradiciones, religiones, éticas, morales y filosofías basadas en valores divergentes. Se presentan en diversas configuraciones, no solo como conflictos de leyes estatales, sino también como conflictos entre órdenes jurídicos internos dentro del Estado o entre normativas estatales y no estatales. (p. 191)

Esta situación, que desde hace años preocupa a la comunidad, ha llevado a la comprensión de que “hoy en día, la comunidad internacional de Estados en su conjunto está comprometida en una lucha por la diversidad cultural más que por la excepción cultural” (Turp, 2012, p. 352). Incluso Erik Jayme (1995) afirmaba ya en la década de 1990 que el fenómeno de estos conflictos era lo que caracterizaba al DIPr contemporáneo. La pregunta que debemos hacernos se centra en determinar cuáles son las herramientas y/o medios que el DIPr puede brindar para hacer frente a los conflictos culturales. En efecto, ¿las normas de conflicto neutrales y abstractas son la única solución posible?, ¿este método tradicional es el único que responde de modo suficiente a las exigencias de las nuevas realidades familiares?

Es aceptado que el derecho de familia guarda una estrecha relación con la identidad cultural. De hecho, se sostiene que las personas arraigan su identidad, en cierto sentido, en su lugar de origen y se sienten ligadas a su sistema jurídico familiar (González Beilfuss, 2020a, p. 184). El respeto a la multiculturalidad exige que el DIPr disponga de soluciones destinadas a proteger la diversidad. Esta necesidad se intensifica en situaciones en las que las familias se trasladan de un país a otro, llevando consigo su identidad cultural y requiriendo del Estado las medidas necesarias para su preservación. Esta perspectiva es analizada desde la doctrina como el sentido de “pertenencia” que tiene la familia, basado en diversos lazos con el país de origen, los cuales, debido a las conexiones rígidas utilizadas, no siempre son respetados en el país de destino o acogida. En este contexto se habla de “inmigración breve” o “inmigración duradera” (Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022b, p. 1728); esta diferencia de situaciones cambiaría la vinculación con la ley aplicable a la disolución.

Coincido con Weller (2022) en cuanto a que

la esencia de la identidad personal reside principalmente en la percepción intercultural que el individuo tiene de sí mismo. Lógicamente, el individuo debe poder elegir a qué sistema jurídico, entre varios sistemas cercanos, desea vincular sus cuestiones de “derecho personal”, como el nombre, el matrimonio o la sucesión. (p. 172)

Determinar la conexión que mejor refleje esta identidad cultural se convierte en un desafío considerable: ¿es siempre el último domicilio conyugal para el divorcio el que mejor se ajusta a este criterio? La evolución misma de la sociedad, y en particular de la institución familiar, desafía esta realidad. Podría argumentarse que la neutralidad que busca la norma indirecta clásica podría evitar la imposición de valores culturales del país de acogida. Sin embargo, esta afirmación carece de fundamentos sólidos. El derecho siempre está influenciado por la cultura, y la elección de uno u otro punto de conexión responde a factores de esta índole. Por lo tanto, sería más adecuado reconocer que la legislación debe ser siempre sensible a la identidad cultural de las personas, y para lograrlo se debe reflexionar sobre el método más apropiado para este propósito.

Cuando el legislador considera la determinación del lugar de las relaciones jurídicas y, mediante el método de elección, establece la norma indirecta, se supone que se realiza un análisis crítico para garantizar que dicha conexión respete la proximidad del caso. Sin embargo, en la actualidad, se reconoce que esta regla no siempre es la más equitativa. Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022b) ejemplifican este punto de modo claro:

la conexión autonomía de la voluntad conflictual no fuerza a los cónyuges que son emigrantes de un Estado a proceder a su obligatoria integración en el medio sociojurídico del país de acogida. Pero tampoco les obliga a seguir vinculados imperativamente al medio sociojurídico de su país de origen. (p. 1730)

La determinación de la conexión adecuada dependerá de las circunstancias específicas de cada caso; algunas familias o individuos podrían sentir una mayor afinidad con su Estado de origen, mientras que otros se sentirían más vinculados al Estado de acogida. Dado que la identidad cultural evoluciona y se transforma, si el sistema jurídico no se adapta a estos cambios, nos encontraremos ante una cultura muerta. En este sentido, la autonomía emerge como una herramienta clara para salvaguardar la identidad cultural. En efecto, “no en vano, como se ha puesto de manifiesto, la disolución matrimonial constituye una de las instituciones que más se han visto afectadas por el fenómeno de la multiculturalidad” (Palao Moreno, 2013, p. 454).

El respeto a la intimidad familiar también se encuentra influenciado. Si hay acuerdo de los cónyuges, “una excesiva intromisión del juez es contraria al derecho a la intimidad de los afectados, y por ello, una regulación que tenga estas características debe considerarse inconstitucional” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 88). Siendo, entonces, que la identidad cultural está vinculada con la

intimidad y privacidad de cada persona y familia, resulta razonable permitirles a los propios cónyuges la posibilidad de elegir el sistema jurídico con el cual se sientan identificados, siempre que ello no vulnere los principios fundamentales del Estado. Considerando que la autonomía de la voluntad actúa como un punto de conexión con fundamento constitucional, favoreciendo la multiculturalidad y el libre desarrollo de la personalidad, esta facultad no obliga a los cónyuges emigrantes en un Estado a integrarse obligatoriamente en el entorno social y jurídico del país de acogida, como tampoco los obliga a seguir vinculados imperativamente al medio social y jurídico de su país de origen (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022a, p. 237). Así, esta facultad “posibilitaría a las partes poder optar por una integración voluntaria en la sociedad de acogida del inmigrante tanto jurisdiccional, como fundamentalmente conflictual; frente a una eventual obligación de acudir forzosamente al estatuto rector de su identidad cultural” (Palao Moreno, 2013, p. 462). El uso de normas de conflicto con puntos de conexión clásicos, que no abran lugar a la posibilidad de elección, se vuelve un riesgo que puede minimizarse mediante la incorporación de la autonomía de la voluntad, pues “los valores tradicionales inherentes a la cultura de origen del individuo pueden seguir gobernando su vida durante su estancia en la sociedad anfitriona” (Franzina, 2011, p. 97).

2.3 Evita la configuración del turismo jurídico

Cuando las personas se ven atadas de manos ante la imperatividad de las normas del legislador, buscarán el modo de satisfacer sus intereses. Conociendo todos los factores y elementos de su situación personal, considerarán estos aspectos para buscar el derecho que mejor se conecte con la disolución de la unión. Esta suerte de “turismo jurídico”, que no implica un uso correcto y auténtico de la autonomía de la voluntad, se presenta como una vía de escape ante las restricciones del sistema jurídico. Este acto, aunque reprochable desde la perspectiva jurídica y susceptible de corrección mediante el instituto del “fraude a la ley”, se convierte en un camino necesario ante la imposibilidad de pactar en esta materia.

Incluso, permitir la posibilidad de elección del derecho aplicable al divorcio evita el riesgo de que los cónyuges incurran en el *forum shopping*, es decir que seleccionen el foro en función del tribunal que probablemente dictará el fallo más favorable a sus intereses, basado en el sistema jurídico aplicable por dicha autoridad (Franzina, 2011, p. 87). El análisis es sencillo: conscientes de que una

misma situación de derecho internacional privado puede resolverse de manera distinta según el tribunal de un país u otro, los cónyuges optan por situar el último domicilio conyugal en el Estado que utilice este criterio como punto de conexión para determinar el derecho aplicable a la disolución. Así, eligen de común acuerdo.

Este aspecto está relacionado con la falta de previsibilidad que genera inseguridad jurídica, mirando hacia el futuro, cuando los cónyuges se ven restringidos en su posibilidad para elegir la solución que mejor se ajuste a sus intereses de común acuerdo. En resumen, las partes suelen utilizar el sistema de DIPr de manera que puedan elegir leyes más favorables para evitar aquellas menos favorables, incluso cuando no se les permita hacerlo formalmente.

3. Los beneficios de la autonomía de la voluntad conflictual en el divorcio vincular

Desarrollar los beneficios podría extenderse a varias páginas. En esta ocasión, me limitaré a destacar aquellos que se distinguen por sus aportes, reconociendo que muchos otros, que también merecen un análisis profundo, quedarán excluidos.

El incremento de las migraciones internacionales, ya sea por motivos voluntarios o por razones forzadas, lleva a que la estabilidad del estatuto familiar exija que la ley aplicable refleje adecuadamente la realidad de esta relación privada. De este modo, se evita que la movilidad derive en la aplicación automática de un sistema jurídico que genere una discrepancia entre la identidad cultural y el derecho sustantivo.

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad en todo lo referente al matrimonio, y no solo en su disolución, implicaría la consagración de este principio, el cual refleja la libertad individual. Kohler (2013) subraya que es responsabilidad del individuo elegir su identidad y, por consiguiente, su estatuto personal. De esta manera, se refiere a una capacidad de elección que forma parte de las “zonas de autonomía temporal”. Ilustra este escenario con el ejemplo del individuo migrante, para quien ni el país de origen ni el país de acogida determinan completamente su estatus, sino que existe un tercer espacio que incorpora elementos de ambos. El autor concluye afirmando que “actualmente, el derecho positivo solo logra reaccionar de manera imperfecta a este fenómeno” (p. 405). Nishitani (2019, p. 406) expuso claramente esta delicada situación. La globalización ha implicado un aumento en el movimiento transfronterizo, lo cual, directa o indirectamente, se traduce en la coexistencia

de diversos grupos étnicos, culturales o religiosos dentro de la sociedad receptora, generando conflictos culturales debido a diferencias en valores y normas. En este contexto, es crucial determinar hasta qué punto los valores de la sociedad receptora pueden ser impuestos universalmente a todos los individuos que residen en su territorio. Aplicando este debate al tema elegido, volvemos al mismo interrogante planteado: ¿es siempre el “último domicilio conyugal” el más adecuado en la disolución de una familia?

Siendo los verdaderos protagonistas, corresponde reconocerles la capacidad de celebrar convenios y no imponerles conexiones que deriven a sistemas jurídicos que no tengan vinculación con ellos. La posibilidad de admitir un convenio regulador sobre los diversos aspectos relacionados con la disolución del matrimonio permitiría ahorrar en gastos, lo que se traduce en una mayor economía procesal.

3.1 La reducción de riesgos y del conflicto normativo

La primera contribución que puede resaltarse respecto al uso de esta facultad radica en que les permite a los interesados anticiparse al resultado de un eventual litigio jurídico, “al proporcionar un tipo de certidumbre que falta en el contexto internacional, a saber, la certidumbre que proporciona un marco de normas jurídicas al que las partes pueden recurrir” (González Beilfuss, 2020a, p. 171). De este modo, lo primero que se evitaría es el litigio en sí, dado que el resultado sería el previsto: aquel que las partes han elegido previamente.

Retomando las palabras de Bernard Audit (2001, p. 300), el principio de autonomía presenta un aspecto funcional al permitir asegurar la previsibilidad del derecho aplicable, destacando especialmente su contribución en actos que organizan el futuro, como aquellos relacionados con los efectos del matrimonio. Sumado a ello, los juristas españoles Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022a) sostienen que la elección de la ley permite sujetar al divorcio a un sistema jurídico cuya aplicación “comporta los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges” (p. 233). La incertidumbre ocasionada por los clásicos problemas del DIPr se verán reducidos bajo esta elección. A modo de ejemplo, el reenvío no se vería configurado, pues sabemos que “cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario” (artículo 2596 del CCyCN).

Veamos el siguiente caso, que permite comprender este escenario.² El Sr. Zapata interpuso una demanda de divorcio vincular ante las autoridades locales respecto del vínculo que lo unía con la Sra. Sottano. Dicha unión fue celebrada en Argentina, pero su último domicilio conyugal se encontraba en Chile. Luego de declararse competentes en razón de que el foro general “domicilio del demandado” se encontraba en la provincia de Mendoza, el conflicto se centró en la determinación del derecho aplicable a la disolución del matrimonio. Ambas partes fundamentaron sus pretensiones en el derecho argentino.

El problema surgió en este último caso. Conforme al artículo 2626 del CCyCN, el punto de conexión remite al derecho del último domicilio conyugal, que en este caso estaba en el extranjero. No habiendo posibilidad de utilizar la autonomía de la voluntad, se recurrió al reenvío de primer grado para sostener la aplicación del derecho local. Dado que, según el derecho chileno, la disolución se rige por el país de la celebración del matrimonio, se concluyó que el DIPr chileno remitía al derecho local y, por ello, se terminó aplicando el sistema argentino.

De esta sentencia puede inferirse que la resolución habría sido más sencilla si se hubiera admitido que los propios cónyuges, al fundamentar sus presentaciones, hicieron uso de la autonomía de la voluntad eligiendo el derecho local. De este modo, se habría evitado todo el desgaste de razonamiento, que positivamente terminó en un buen resultado. Claramente, la ley argentina era la que conocían y la que consideraban adecuada a su disolución, y el sistema local solo respetó ello mediante el uso del reenvío.

Esta reducción del conflicto normativo también se traduce en una facilitación en la labor judicial. Esto ocurre porque, una vez ejercida correctamente esta facultad, la autoridad se limitará a comprobar su uso conforme a derecho y, en consecuencia, la aplicación del derecho elegido. Esto implica una disminución del trabajo conflictual (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1727), que en varias oportunidades ha generado considerables complicaciones. En este sentido, entre los varios argumentos para justificar el uso de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia que Yuko Nishitani (2019) brinda, se encuentra que “desde el punto de vista del sistema de conflicto de leyes, la autonomía de la voluntad favorece la armonía internacional de las decisiones y la unidad de la ley aplicable” (p. 261), siendo, por lo tanto, un método adecuado para salvaguardar la seguridad jurídica y promover la movilidad de las

2 Tribunal de Gestión Asociada de Familia de Luján de Cuyo, Mendoza, *Zapata Patricio Mauro c / Sottano Maria Marta p / divorcio unilateral*, 17/08/2021.

personas. Simultáneamente, reconocer el alcance de estos acuerdos se traduce en la consolidación de las situaciones que se desarrollan en el ámbito privado familiar. En conclusión, el acuerdo es eficiente en términos de costos, pues reduce el tiempo dedicado a la determinación de la ley aplicable.

3.2 La búsqueda de una mayor certeza y seguridad jurídica

En una sociedad marcada por la creciente movilidad internacional, la migración emerge como un factor determinante que impacta en la estructura familiar. En este contexto, resulta impredecible anticipar dónde residirán y qué normativas regirán las relaciones familiares. Esta situación genera una carencia de certidumbre que demanda una atención particular. Lo que se requiere en toda relación familiar es estabilidad, certeza y seguridad jurídica.

La teoría de la autonomía en el DIPr se asocia con la idea de la seguridad jurídica. Esto se debe a que, al permitir la elección del derecho aplicable, las partes pueden optar por el sistema jurídico que satisfaga los conflictos de manera más acorde con sus expectativas, promoviendo así una administración de justicia eficaz. En efecto, la determinación del domicilio conyugal no siempre es fácil de establecer debido a la propia movilidad de las personas, especialmente en países como Argentina. Incluso, esta misma movilidad vuelve a la situación de difícil predicción, pues la familia no sabrá a futuro donde se situará y, en consecuencia, se presenta el desconcierto del derecho aplicable.

Consideremos un caso particular. El CCyCN ha eximido jurídicamente al matrimonio de algunos de los “deberes”. En el paradigma sobre el cual se asienta la familia actual, la convivencia no es un requisito para la existencia del matrimonio. Es decir, ya no se exige la cohabitación para su nacimiento o desenvolvimiento, y mucho menos resulta necesaria para su extinción. De este modo, se vuelve imposible determinar el derecho aplicable cuando el punto de conexión no es susceptible de configurarse. La autonomía es la respuesta natural a esta problemática, pues se vuelve una herramienta de planificación. Así lo destacó Bernard Audit (2001) en el Curso General al señalar que “paradójicamente, dar a los interesados la opción de elegir la ley aplicable asegura la previsibilidad de las soluciones mejor que los criterios de conexión considerados ‘objetivos’ y recomendados por los autores anti-autonomistas” (p. 300).

Desde este punto de vista, la autonomía de la voluntad en el ámbito conflictual nos conduce a una solución más conveniente para los cónyuges, ya que proporciona una regulación jurídica conocida y elegida por ellos. Así, habla-

mos de una total previsibilidad y certeza que incluso permite anticipar el resultado de una eventual disputa legal. “La autonomía de las partes es útil porque proporciona un marco normativo en los dos escenarios más probables en los que se necesita la ley, cuando las partes desean prevenir o resolver un conflicto de intereses” (González Beilfuss, 2020a, p. 171).

Retomando las posturas sostenidas con vehemencia por la doctrina, Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022a) reviven la idea según la cual las personas son los mejores jueces de sus propios intereses. En este sentido, sostienen que las reglas que las partes elaboran serán siempre superiores al derecho objetivo creado por el Estado, ya que cada persona comprende mejor lo que más le conviene que el propio Estado, así

los poderes públicos, los parlamentos que crean las normas jurídicas carecen de la información necesaria para elaborar normas adecuadas para todas las personas, pues cada persona es diferente. El Estado debe dejar campo libre para que las personas regulen sus relaciones jurídicas con las reglas que ellos mismos crean. (p. 229)

La conclusión a la que arriban es que, mediante esta elección, se llega a un resultado más “eficiente”.

En resumen, esta certeza y previsibilidad, en palabras simples, se traduce en que las partes ajustarán la disolución de su matrimonio a las reglas convenidas anticipadamente que conocen, consienten y quieren que se les aplique. No obstante, es cierto que existen posturas que cuestionan este punto, llegando a considerar que la supuesta certeza que ofrece la autonomía de la voluntad puede ser una “trampa y una ilusión” (Fresnedo de Aguirre, 1991). Esto se debe a que sería necesario que todos los sistemas jurídicos del mundo admitieran el uso de esta facultad, pues no sería posible una previsibilidad si el acuerdo puede ser invalidado.

Es cierto que la implementación universal y coherente de esta facultad enfrenta desafíos; no obstante, no es necesario que todos los sistemas jurídicos del mundo la adopten de manera uniforme para que pueda proporcionar beneficios significativos. La previsibilidad y la certeza jurídica pueden lograrse mediante acuerdos bilaterales o regionales y el desarrollo de principios de DIPr que respeten la autonomía de la voluntad en la mayor medida posible. La creciente liberalización y la contractualización del derecho de familia, junto con la tendencia hacia la armonización legal, sugieren que, con el tiempo, más jurisdicciones adoptarán enfoques que valoren y respeten esta autonomía. En consecuencia, esta facultad debe ser fomentada y perfeccionada en lugar de ser

vista con escepticismo. Comparto en este punto las ideas de González Beilfuss (2022b), quien, tomando esta crítica de eficacia relativa de la autonomía de la voluntad, considera que esto no significa, sin embargo, “que la autonomía de la voluntad no sea, en abstracto, un instrumento idóneo para proporcionar certeza acerca del Derecho aplicable, únicamente que su eficacia se ve comprometida por el hecho de que no se admita (todavía) ampliamente” (p. 107).

De este modo, la elección de la ley proporciona una seguridad jurídica que les permite a los cónyuges conocer con antelación y previsibilidad el ordenamiento jurídico que se aplicará a la disolución del matrimonio. Además, se fomentaría la movilidad de las familias, ya que, aunque cambien de domicilio conyugal, la ley aplicable no se verá afectada en virtud del acuerdo celebrado

3.3 Justicia material y una mayor flexibilidad

Cuando los cónyuges optan por un derecho, no es una elección “ciega”. Nadie elige por elegir; no es el resultado de una decisión infundada, sino que presupone un estudio previo del contenido sustancial del sistema jurídico elegido, es decir, de un resultado material. La elección se hace porque esa regulación les conviene, reduce los conflictos y les resulta atractiva. La admisión de esta facultad requiere que la elección sea el resultado de una “elección informada”. La búsqueda de una justicia material implica que los cónyuges sean conscientes de las consecuencias jurídicas y sociales de dicha elección. Por ello, es fundamental que hayan tenido acceso a la información necesaria sobre el sistema jurídico que ha elegido y, en su caso, sobre las consecuencias de las soluciones derivadas. Al alcanzar esta justicia material, se potenciaría una mayor seguridad jurídica junto con una mayor previsibilidad de soluciones.

Tampoco debemos permanecer ciegos ante una realidad evidente. Es común que los miembros de una familia, debido a la naturaleza íntima de esta unión, regulen sus relaciones según lo que les parece bueno o correcto, sin preocuparse por lo dispuesto normativamente. Esto se debe a que buscan soluciones que se adapten a su modo de vivir, de relacionarse y de comprender lo que es más “justo” para ellos. No están prescindiendo del derecho, sino que lo están utilizando a su conveniencia dentro del marco que el sistema jurídico permite, con una visión mucho más flexible. Junto a ello, debemos dar un paso más “arriesgado”: el respeto a la voluntad de las partes podría permitir imaginar otras soluciones aún más radicales, que cambiarían las perspectivas y promoverían intereses materiales. Así lo señala Vrellis (2015) al decir que

al menos dentro de ciertos límites determinados por la preocupación por proteger la buena fe o la parte más débil, y respetar la dignidad de otros, etc., se podría imaginar un sistema de reglas de conflicto que se basaría, en principio, en la libre voluntad de las partes. Ya no sería el legislador quien designaría de antemano y de manera abstracta la ley aplicable para cumplir con la justicia y otros valores respetables; ya no sería el juez quien decidiría *ex post facto* sobre la base de todas las circunstancias del caso cuál debería ser la ley más justa o adecuada en un caso individual; serían, en primer lugar, las partes involucradas en una relación quienes se referirían libremente a la ley que habían considerado, previamente o posteriormente, como la más adecuada, siendo el juez entonces vinculado por su elección. (p. 393)

A la justicia material se añade el beneficio de la coordinación. La fragmentación de la ley aplicable en relaciones jurídicas que generan una amplia variedad de efectos es uno de los puntos más controvertidos de nuestra disciplina. Esta situación, típica en relaciones matrimoniales, genera complicaciones derivadas del uso de diversos sistemas legales, en las cuales la armonización y la adaptación, tareas arduas por naturaleza, se vuelven operaciones necesarias. La disolución del matrimonio conlleva el despliegue de consecuencias que afectan diversos aspectos de la unión misma. Al estar potencialmente regidos por diferentes sistemas jurídicos, llamados por sus normas de conflicto, la fragmentación puede generar riesgos que requieren atención por parte del operador. En este sentido, someter las distintas materias (como la distribución de los bienes, por ejemplo) conlleva ventajas prácticas al reducir la complejidad de la armonización y adaptación. Esto nos vuelve a conectar con los puntos previamente desarrollados. No es prudente subestimar la importancia de la coordinación, dado que la preocupación al respecto ha llevado al legislador a abordarla específicamente en el inciso c del artículo 2595 del Código. Una de las posibles soluciones es intentar unificar los derechos aplicables, de modo que se logre una “unidad jurídica”. Gracias a esta solución, se estaría aumentando la seguridad jurídica atento a la coordinación que se estaría logrando mediante el sometimiento de las diferentes materias a un mismo sistema legal. Esto mismo no es más que el respeto a la “planificación familiar”.

Sostener que esta elección se enmarca en la noción de “planificación familiar”, análoga a lo observado en el ámbito del régimen patrimonial, implica admitir que los cónyuges no están obligados a permanecer en una unión no deseada, siendo su voluntad el factor determinante para ponerle fin. Asimismo, se les habilita a establecer de forma consensuada las condiciones de la disolución, bajo la premisa de que no existen soluciones más idóneas que aquellas

acordadas por las partes. De este modo, la libertad de elección, aunque sujeta a ciertos controles, opera como un “vector de eficiencia” en la regulación de las relaciones familiares internacionales, en particular respecto de la disolución matrimonial.

La selección de un derecho implica, simultáneamente, una desección. Se parte de la premisa de que el derecho aplicable resulta de una elección realizada por el legislador, respetando ciertos criterios, como la neutralidad y la proximidad. Sin embargo, la rigidez inherente a la norma indirecta ha evidenciado su falta de idoneidad. En respuesta a esta problemática, se han ideado alternativas con el propósito de otorgar una mayor flexibilidad, con el fin de asegurar una respuesta justa frente a cada caso particular. Cuando la norma indirecta nos remite a un sistema jurídico con poca conexión, se previó la “cláusula de excepción” como mecanismo para evitar la aplicación de soluciones provenientes de un derecho que no tenga vínculos con el caso. Así lo dispone el artículo 2597 del CCyCN. Este enfoque se justifica en virtud de que los criterios de conexión, como el “domicilio conyugal”, pueden ser imprevisibles en determinadas circunstancias. La adopción del principio según el cual el divorcio y otras causales de disolución del vínculo matrimonial se rigen por el derecho del último domicilio conyugal (artículo 2626 CCyCN) les impide a los cónyuges conocer de manera anticipada la resolución de eventuales disputas, limitando esta certeza hasta el momento en que el conflicto se manifiesta. Si el sistema jurídico permite esta “corrección”, ¿por qué no permitirles a los propios interesados realizar esta selección? Esta cláusula permite demostrar que el método de elección —y, en efecto, el punto de conexión— puede no responder al objetivo que se propone.

En esta instancia, la autonomía de la voluntad emerge como una alternativa viable para mitigar esta incertidumbre, al tiempo que se convierte en una solución eficaz al posibilitar la planificación fundamentada en la certeza y el acuerdo mutuo. La libre elección de la ley aplicable al divorcio en los casos internacionales les permite a los cónyuges “llevar una vida más flexible y líquida. Se trata de un punto de conexión, en efecto, dotado de gran flexibilidad: los cónyuges eligen con libertad y dentro de ciertos límites poco estrictos, la ley estatal que prefieren ver aplicada” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022a, p. 235). Cuando los cónyuges pactan un derecho que regirá la disolución del matrimonio, lo harán considerando un sistema jurídico que conocen y con el cual poseen algún tipo de vínculo, ya que no tendría sentido que realicen una elección al azar. La lógica sugiere que la elección recaiga sobre una ley que

les resulte habitual, conocida (en cierta medida) y a la cual deseen ajustar sus comportamientos.

4. Límites y control al uso de la autonomía de la voluntad conflictual

No corresponde ignorar una realidad evidente: admitir la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia aún enfrenta resistencia desde parte de la doctrina y de algunos sistemas jurídicos. De hecho, las posturas más acérrimas buscan limitar drásticamente esta visión más liberal. La directa vinculación del derecho de familia con valores éticos y morales es el principal argumento utilizado para sostener esta negativa. La postura de quien suscribe el presente trabajo es claramente contraria a esta consideración. Argumentos y beneficios suficientes para sostener esta tesis se encuentran previamente desarrollados. Sin embargo, abogar por el uso de la autonomía de la voluntad no implica desconocer que no existen principios absolutos y que, por ende, hay límites y controles necesarios para su aplicación. Este entendimiento es lógico, pues la voluntad de las personas sólo debe constituir una fuerza creativa de derecho en la medida en que una ley le haya conferido este poder (Panet, 2015, p. 837). Esto no implica una negación de un movimiento que requiere atención y un nuevo debate: una mayor liberalización y el aumento de la autorregulación como principio.

Ciertamente, es loable cuestionarse si es razonable limitar el uso de la autonomía en el contexto del divorcio internacional. Las reflexiones de Vrellis (2007) son, además de interesantes, oportunas. Para este autor,

el respeto a la libre voluntad no significa que todo lo que el ser humano desee hacer, incluso si es estimable, deba ser aprobado. Un deseo puede ser (moralmente) simplemente tolerado o completamente rechazado. Sin embargo, desde el punto de vista de la justicia (como valor moral), la voluntad humana, aunque digna de respeto, no siempre puede ser aprobada. Solo puede ser moralmente aprobada cuando no es moralmente incorrecta. Del mismo modo, el derecho debe tener en cuenta y otorgar fuerza jurídica a la voluntad humana solo cuando no es injusta; por ejemplo, cuando no perjudica a otros o cuando no es abusiva. (p. 385)

La incorporación de los límites es necesaria para evitar caer en un “hiperindividualismo” en el que la voluntad de una de las partes termine subordinada a la otra, lo que en definitiva no podría ser otra cosa que la expresión de una relación de fuerzas inevitablemente desfavorable para quienes deben ser protegidos

(Rass-Masson, 2019). El cumplimiento de estos requisitos garantizará que la decisión implica que conocen las consecuencias jurídicas de esa elección, configurando así una “elección informada”. Entendido que la autonomía debe tener límites, estas restricciones deberían estar claramente definidas por el legislador. Comparto el razonamiento de González Beilfuss (2020a) en cuanto a que

el Estado tiene un papel que desempeñar en la vigilancia de la autonomía de las partes, porque esta autonomía está moldeada por las normas legales de fondo que se aplican por defecto y, en última instancia, las partes confían en la intervención del Estado para hacer cumplir los acuerdos. Además, el Estado tiene un interés en proteger a las familias, ya que cumplen funciones sociales importantes, como, entre otras, el cuidado de dependientes. (p. 192)

Veremos, entonces, cuáles son algunos de estos límites.

4.1 El uso de la autonomía de modo controlado

Es innegable que las personas involucradas en una relación jurídica tienen interés en seleccionar la ley que juzguen más favorable a sus intereses (Audit, 2001, p. 293). No obstante, esta facultad se encuentra limitada en la medida en que el Estado, como garante del interés general, estime necesario establecer directrices para su ejercicio, siempre que ello sea permitido. Años atrás, y de manera precursora, Jean Yves Carlier (1991) abogó por el uso de la autonomía, pero de manera limitada. Entendía que los límites a esta autonomía se encontraban tanto de manera interna —es decir, relativos al alcance del principio— como de manera externa, resultantes de la aplicación de normas imperativas, del orden público internacional y del fraude a la ley.

En cuanto al primero de ellos, se debe partir de la premisa de que, al aceptar normativamente esta facultad de elección, no debe permitirse que se opte por cualquier ley poco conectada con la relación. Aunque no es esperable que dos personas que decidan disolver su unión elijan un sistema jurídico ajeno a ellos, para brindar mayor seguridad y control sobre esa facultad, el legislador podría establecer limitaciones respecto a las opciones disponibles. Esta primera limitación deriva de que la facultad se refiera a determinadas leyes, es decir, que la elección se realice entre un número limitado de opciones, llamado por la doctrina como la libertad de elegir dentro de la “rosa de leyes” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022a, p. 245) o “catálogo del legislador”. En igual sintonía parece encontrarse Kohler (2013), para quien está

la “libertad de elección” en cuanto a conflictos de leyes solo puede ser limitada, ya que la autonomía de los individuos se limita a elegir entre ciertos derechos determinados por el propio legislador, seleccionados por su cercanía a la situación y que, en principio, tienen la misma legitimidad para regir la relación jurídica en cuestión. (p. 413)

Esta limitación busca evitar la elección de leyes “exóticas” que tengan poca conexión con el matrimonio. Desde otra perspectiva, se critica (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1735) que sería poco probable que los cónyuges opten por un derecho que los perjudique o que carezca de conexión con su caso. ¿Acaso alguien elegiría un sistema jurídico del cual no tiene conocimiento previo o con el cual nunca ha tenido algún vínculo?

El motivo de esta limitación es evitar que los cónyuges opten por un sistema jurídico de modo caprichoso, generando mayores costes. En este caso, se trataría de optar por un sistema jurídico que tenga una proximidad real con la situación familiar. Será responsabilidad del Estado establecer este abanico de posibilidades, evitando incurrir en restricciones que anulen esta facultad. Dependerá del legislador establecer si estos límites se detallan específicamente, es decir, indicando cuáles serán esas legislaciones (mediante un catálogo legislativo) o simplemente estableciendo que la elección debe recaer en el derecho de un país con el cual tengan una vinculación especial. Normalmente, la limitación suele realizarse entre aquellas leyes que tienen un vínculo sustancial con el fondo del caso, es decir, la ley nacional y la ley de la residencia habitual, así como eventualmente la *lex fori* y/o la *lex rei sitae* (Nishitani, 2019, p. 264). Las leyes entre las cuales se podrá elegir deben estar congeladas en el tiempo, de modo que se reduzca el conflicto móvil.

Otro límite posible, más adecuado y esperable, es la prohibición del fraccionamiento. A diferencia de lo que ocurre en materia de contratos, en relaciones familiares no tendría sentido práctico permitir la elección de varias leyes estatales, pues el divorcio no es susceptible de verse repartido en compartimentos autónomos. Al mismo tiempo, esta elección deberá recaer en la ley de un Estado, quedando excluido el reenvío, así como aquellas reglas de contenido exclusivamente religioso por resultar normas no estatales.

Finalmente, otro posible límite a considerar es el “tiempo de elección”, es decir, el momento en que los cónyuges podrán hacer uso de esta facultad. Una primera posibilidad, que podría ser la más protectora, consiste en permitir su ejercicio únicamente al momento de presentar la demanda de divorcio. Para defender esta postura, se sostiene que busca proteger a los cónyuges de elecciones irreflexivas o desinformadas, toda vez que

se supone que los cónyuges hacen una elección más reflexiva e informada sobre la ley aplicable al divorcio en el momento en que desean terminar su matrimonio, en lugar de hacerlo cuando contraen matrimonio, lo que puede haber ocurrido muchos años o incluso décadas antes. (Boele-Woelki, 2010, p. 30)

Por otro lado, omitir este límite implicaría aceptar un uso más amplio, apelando —nuevamente— a la planificación familiar. Es decir, permitir que los cónyuges, al momento de celebrar el matrimonio o durante su vigencia, proyecten hacia el futuro el derecho que se aplicará en caso de desear la disolución de la unión. Así lo establece el Reglamento UE 1259/2010, que permite que “el convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional”. Esta opción brinda, sin lugar a dudas, una mayor previsibilidad, ya que los cónyuges conocen con antelación los efectos y consecuencias jurídicas.

Sea cual fuere el momento en que se adopte esta disposición, la elección de la ley aplicable al divorcio debe estar sujeta siempre al control de la autoridad judicial. Esto garantiza que el acuerdo sea producto de un ejercicio libre de esta facultad, sin coacción ni imposición por parte de alguno de los cónyuges, y que se realice con información completa, adecuada y veraz.

4.2 La protección de los principios fundamentales y las normas de policía

La conformación del OPI y su necesaria protección es un tema ampliamente desarrollado en el DIPr. En esta oportunidad, me limitaré a analizar su alcance en el tema bajo estudio.

Abogar por el uso de la autonomía de la voluntad se centra, especialmente, en el respeto a la identidad cultural. Sin embargo, no debemos olvidar que todo sistema jurídico elegido que afecte los principios y valores fundamentales del país donde se tramite el divorcio será rechazado si los contraviene manifiestamente. Ahora bien, la existencia de estos principios fundamentales que deben ser protegidos no constituye una razón suficiente para justificar la exclusión de la autonomía de la voluntad. Lo relevante en esta instancia es comprender que, si el propósito es abordar los eventuales abusos que podrían surgir a través de la elección voluntaria de una ley para la disolución del matrimonio, la función del OPI resulta adecuada para rectificar los excesos derivados de la inadecuación de los términos de la *optio juris* (Panet, 2015, p. 854).

El derecho de familia, tanto en el ámbito interno como en el internacio-

nal, reconoce que cada individuo y cada familia deben tener la posibilidad de desarrollar su propio proyecto de vida sin estar sujetos a normas estatales que puedan menoscabar su autonomía personal, dado que esta constituye un elemento esencial de la identidad. Este enfoque no supone ignorar la existencia de límites basados en valores fundamentales que requieren protección, pero tampoco justificar una eliminación arbitraria de la autonomía como principio inherente a los derechos humanos. Asimismo, aceptar una mayor autonomía de la voluntad no implica desvirtuar la naturaleza ni la relevancia de la familia dentro del sistema jurídico argentino. Tal como señala la doctrina, no debe percibirse esta posibilidad como una amenaza “apocalíptica” que conduzca a la desaparición de estos institutos ni a la eliminación de su rol central en la sociedad (Molina de Juan, 2014, p. 241).

Se entiende que la “contractualización” del derecho de familia provoca una redefinición del orden público en esta área: el orden público en asuntos de familia no solo se está reduciendo a un núcleo más pequeño de valores esenciales, sino que también está experimentando una transformación que puede describirse como un cambio gradual de un *ordre public de direction*, que se centra principalmente en la preservación de ciertos modelos familiares, a un *ordre public de protection*, que se enfoca en la posición del individuo y en la salvaguardia de sus derechos (Franzina, 2011, p. 109). Esta perspectiva ha sido reconocida en la décima conclusión de la Comisión N° 9 de Derecho Internacional Privado, emitida en el contexto de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la cual se establece que, dentro de los límites a la expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de familia, el juez competente deberá “controlar la compatibilidad de las soluciones con los principios de un orden público internacional de protección”.³

No se podría optar por la aplicación de un sistema jurídico que no contemple la disolución del matrimonio. Así lo sostiene Andreas Bucher (2000, p. 64), para quien la vinculación del divorcio a una ley hostil al divorcio no podría resistir al orden público de los Estados que han adoptado una actitud favorable. Sería directamente contrario a nuestros principios fundamentales intentar hacer valer la elección de un derecho que establezca un *covenant marriage* (matrimonio blindado), una figura típica de algunos estados norteamericanos (Arizona, Arkansas y Luisiana). Esta figura, con una fuerte base religiosa, reduce drásticamente la posibilidad de obtener un divorcio, lo cual atenta manifies-

3 Disponible en: <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/10/Comision-9.pdf>;x30295&x30295

tamente contra nuestro OPI. Similar caso se presenta cuando se analiza el caso de los “divorcios revocables” en los que solo la voluntad del varón es suficiente para regresar al estado matrimonial (Sánchez Cano, 2019). De igual modo, no se aceptaría una ley que no le garantice a uno de los cónyuges, en función de su sexo, la igualdad de acceso al divorcio. En el mismo sentido, cuando el derecho elegido conduzca a una disolución que resulte discriminatoria, este límite operará de manera incuestionable. Nunca se aplicaría un derecho que conduzca a la afectación de la dignidad de la persona o de los derechos fundamentales. Si se presenta esta situación, en aquellos casos en los que la elección recaiga en un ordenamiento que no permita el acceso al divorcio o contenga disposiciones discriminatorias contrarias al principio de igualdad, le corresponderá a la autoridad judicial aplicar el límite del orden público internacional. Siguiendo el ejemplo del Reglamento UE 1259/2010, sería necesario establecer una norma similar a la del artículo 10, disponiendo que, cuando la ley elegida no contemple el divorcio o restrinja su acceso a alguno de los cónyuges por razones de sexo u otra condición, la autoridad judicial aplicará la ley del foro.

Además del límite mencionado, se encuentran disposiciones imperativas cuya observancia es considerada esencial por un Estado para proteger sus intereses públicos, tales como su estructura política, social o económica, al punto de requerir su implementación en cualquier circunstancia comprendida dentro de su alcance. Me refiero a las conocidas como “normas internacionalmente imperativas” que resultan útiles. Aunque ambas herramientas persiguen un objetivo común al constituir límites a la aplicación de derecho extranjero, se caracterizan por operar de manera dispar, lo que justifica la utilidad de su combinación. El artículo 402 del CCyCN permite ejemplificar este punto; llevándolo al DIPr, podría sostener que

[n]ingún derecho elegido o establecido será susceptible de interpretación o aplicación de manera que menoscabe, restrinja, excluya o anule la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, así como los efectos derivados del mismo, ya sea que esté conformado por dos personas de distinto o igual sexo.

Esta disposición, sustentada en principios fundamentales debe ser elevada a la categoría de norma de policía, para fortalecer el adecuado ejercicio de la autonomía de la voluntad.

4.3 Las posibles desigualdades de género

Una de las principales críticas hacia el uso de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia es el temor a que el acuerdo resulte de una posición dominante sobre la otra. La protección de aquellos sujetos jurídicamente vulnerables inclinaría la balanza en favor de sostener normas imperativas, tal como sucede en la actualidad. En estas circunstancias surge el interrogante: ¿cómo asegurarse que se ha dado el consentimiento de manera completamente libre?

Dentro de los debates actuales, uno de los mayores dilemas se centra en prevenir los daños derivados de los desequilibrios generados por los estereotipos de género. La igualdad entre el hombre y la mujer, reconocida en el sistema jurídico de la mayoría de los Estados, no necesariamente se refleja en las realidades de una familia. Es factible que en la intimidad de esa relación existan dependencias que continúen afectando el necesario equilibrio que influya en el acuerdo de elección de ley en el contexto de un divorcio. En este escenario, cabe preguntarse cómo puede el derecho internacional privado proteger a personas en situación de vulnerabilidad, como una mujer víctima de violencia de género, en un proceso de disolución matrimonial.

La estructura de la familia patriarcal, caracterizada por la figura del esposo como jefe del hogar, se encuentra en un evidente retroceso jurídico, al menos desde la perspectiva de las sociedades occidentales. En la actualidad, las familias modernas alcanzan la toma de decisiones de manera conjunta y consensuada al ser un resultado de una unión de dos personas adultas. En este contexto, el ejercicio de la autonomía de la voluntad ya no es una posibilidad, sino una realidad concreta.

No obstante, este ideal al que se aspira no siempre encuentra su reflejo en la realidad de la vida familiar. No se puede negar esta situación: la diversidad de la familia y la forma en la que sus relaciones se desarrollan no siempre se encuentran bajo un manto de armonía. En caso de que se presente tal situación, es razonable cuestionarse si los acuerdos en la disolución de la unión son factibles.

El convenio de disolución matrimonial no debe reflejar la voluntad de un cónyuge sobre el otro, debiendo siempre instaurarse mecanismos que salvaguarden al sujeto que se encuentre en la situación de mayor vulnerabilidad. La constitucionalización del derecho de familia, previamente destacada, constituye el fundamento principal que refuerza la obligación ineludible del Estado de proteger al cónyuge que, en el caso concreto, demuestre encontrarse en una situación de debilidad. Ahora bien, esta vulnerabilidad no debe traducirse en una exclusión del uso de la autonomía de la voluntad conflictual.

La temática en cuestión no deja de revestir complejidad. Incluso, la determinación de lo que debe entenderse por “cónyuge débil” puede conducirnos a una prolongada discusión, no siendo este el foro apropiado para su desarrollo exhaustivo. De manera simplificada, podemos consensuar que dicho término se refiere al cónyuge que se encuentra en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desventajosa. Sin ánimo de prejuizar, la protección al cónyuge débil se otorga en la mayoría de los casos a la mujer, principalmente debido a la posible desigualdad económica en la que queda tras la disolución de la unión, habiéndose dedicado a labores domésticas y postergado su desarrollo profesional. Sin embargo, sería claramente excesivo concluir que las mujeres son, por el hecho de ser mujeres, una parte más débil, pues el género no es la única fuente de desequilibrio entre las partes (González Beilfuss, 2020a, p. 272). Este aspecto nos obliga a considerar si ello debe siempre suprimir el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En principio, reitero la postura respecto a que la autonomía de la voluntad empodera a las familias al buscar un sistema jurídico que se ajuste a sus circunstancias particulares. La familia es el ámbito en el cual las personas encuentran protección y buscan el bienestar mutuo. No debe presumirse que las decisiones tomadas afectarán negativamente a uno u otro miembro, ya que el fundamento radica en el altruismo, característica central de una unión con una sólida base emocional. De ahí que se hable de un equilibrio entre el cuidado mutuo, el compromiso, la responsabilidad y la libertad.

Retomando lo expresado previamente, y como menciona Pocar (2008),

al descartar así la solución que tiende a eliminar totalmente el recurso a la autonomía de las partes contratantes para proteger al más débil, se podría considerar permitir solo una elección limitada, o “guiada”, estableciendo y señalando *a priori* un conjunto de leyes entre las cuales solo se podría efectuar la elección. (p. 394)

Otra de las maneras de mitigar esta problemática nos conduce a reiterar que el acuerdo para la disolución del matrimonio debe ser una “elección informada”. Esto implica, en términos simples, estar consciente y entender la decisión que se tome en cualquier momento. No habría, en principio, desigualdad si la opción se sostiene sobre conocimiento del alcance de lo que se firma, lo cual implica que las partes compararon las reglas y han decidido evadirlas (de manera legítima) pensando en su beneficio. Además, no debe olvidarse que los jueces siempre tienen la facultad de controlar y verificar que los conve-

nios no perjudiquen a los integrantes del grupo familiar, asegurando que no contravengan los principios fundamentales de Argentina. Así, el art. 440 del CCyCN permite incluso que el convenio homologado judicialmente pueda ser revisado si la situación se ha modificado sustancialmente. Puede tomarse como punto de partida lo receptado en el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias, en el cual se indica que, a menos que las partes hayan sido plenamente informadas y conscientes de las consecuencias de su elección en el momento de la designación, la ley designada no se aplica cuando su aplicación conllevaría consecuencias manifiestamente injustas o irrazonables para cualquiera de ellas. De igual modo, el Reglamento UE 1259/2010 (Roma III) dispone que cada cónyuge debe conocer con precisión las consecuencias jurídicas y sociales derivadas de la elección de la ley aplicable, siendo así la “elección informada” un principio fundamental.

Apelar a que la elección se base en el uso de una facultad “informada” presupone, ni más ni menos, que las partes han accedido a información necesaria, objetiva y veraz sobre lo que implica tanto el ejercicio de esta opción como sus consecuencias. Este ideal puede parecer difícil de alcanzar, ya que es poco probable que las partes conozcan completamente la regulación de un país en su totalidad. Esto ocurre en toda relación jurídica; no es correcto asumir que, si la relación es interna, las partes comprendan plenamente cómo se regula el divorcio. Si así fuera, no habría tantos conflictos ni sería necesaria tanta judicialización. De hecho, toda vida familiar se compone de acuerdos explícitos e implícitos, los cuales no necesariamente tienen en cuenta las disposiciones normativas, pues responden a la privacidad de la familia y a lo que les conviene.

Lo que sí podemos (y debemos) consensuar es que en un matrimonio internacional es más difícil para los cónyuges conocer cuáles son sus responsabilidades y derechos debido a la movilidad de la unión. La certeza jurídica se ve afectada, y una forma de encontrar una solución es permitirles fijar de antemano el marco normativo al que se someterán. Esto lo explica de manera clara González Beilfuss (2020b) al decir que

en muchas ocasiones es difícil hacer un pronóstico acerca de cuál rige. En algunos casos porque las normas de conflicto no están unificadas y el Derecho aplicable depende de la autoridad competente en caso de controversia, lo que, a su vez, es de difícil pronóstico en un contexto de movilidad creciente en el que un número cada vez mayor de familias lleva a una vida transnacional. (p. 106)

Retomando, en algún punto todas las personas son vulnerables. Es cierto que una será más que otra, pero esto también es circunstancial. Una persona que presente un papel dominante posteriormente puede cumplir un rol diferente. “Las familias cumplen funciones sociales importantes en relación con la vulnerabilidad humana y deben ser protegidas por el Estado, si se quiere proteger a los seres humanos de las exigencias económicas que en última instancia serían autodestructivas” (González Beilfuss, 2020a, p. 194). De este modo, una restricción anticipada no constituye una solución suficiente ni eficaz. Las normas vigentes ¿no son aquellas que se aplican y que deben revisarse continuamente, dado que en la práctica pueden llevar a soluciones injustas para los sujetos vulnerables? En efecto, la vía a seguir sería permitir su uso con “mecanismos de salvaguardia” que prevengan este desenlace, de modo que lleguemos a una elección “coordinada”.

Desde el ámbito del derecho aplicable, debemos cuestionarnos cuál es la mejor medida o solución para proteger y actuar en favor de los más vulnerables. La previsibilidad es un punto clave. Aunque pueda criticarse que esta solución no es protectora, no debemos olvidar que no existen normas especiales para los casos de violencia de género. Los puntos de conexión siguen siendo los mismos que existían en el Código derogado, respetando las características propias del método de elección.

Asimismo, podemos encontrar fundamento para esta postura en el principio de igualdad. En efecto, dicho principio abarca el derecho al respeto a la diferencia, sin motivo de discriminación, permitiéndoles a las personas elegir su propio destino, lo cual constituye un reflejo de su identidad. Como no puede ser de otro modo, las disposiciones deberán enfrentar un gran desafío: compatibilizar este respeto a la igualdad (en sentido amplio) con valores fundamentales como la solidaridad familiar.

5. Posibles riesgos (objeciones) a la elección del derecho aplicable

Lo expuesto no desconoce la importancia que la familia mantiene en la actualidad. El propósito, tanto al permitir la elección del derecho aplicable como al restringirla, radica siempre en su protección, buscando la solución más adecuada a las exigencias de la sociedad contemporánea. En este sentido, no se trata de privilegiar un principio sobre otro, sino de lograr una protección efectiva que equilibre esta facultad con los límites y salvaguardias indispensables para preservar una institución esencial.

Uno de los posibles cuestionamientos en torno a esta facultad reside en el riesgo de un uso indebido, lo que inevitablemente plantea la problemática de la manipulación del punto de conexión volitivo. Por ejemplo, si la elección se fundamenta en la residencia habitual de una de las partes al momento de celebrar el acuerdo, podría suscitarse la selección de un sistema jurídico “exótico” o escasamente relacionado con la realidad de esa unión. Sin duda, esta circunstancia desalienta la utilización de la autonomía de la voluntad conflictual, ya que compromete los principios fundamentales que sustentan su desarrollo.

En primer lugar, cabe señalar que, al establecerse el “catálogo de leyes” entre las cuales se podrá elegir, se busca evitar la elección de sistemas jurídicos poco vinculados, lo que reduce considerablemente este riesgo. Asimismo, es importante recordar que sería sumamente improbable que los propios cónyuges opten por un derecho que desconocen o que les resulta ajeno y que lo hagan únicamente por capricho. La elección “informada” sobre las consecuencias de dicha elección es el modo en que se responde a estos interrogantes.

La conexión con otros efectos del matrimonio no genera inconvenientes ni conflictos. En primer lugar, se trata de aspectos claramente diferenciados, conforme lo disponen las normas que regulan los distintos efectos del matrimonio. Tal como sostiene Yves El Hage (2016): “Cuando uno de los cónyuges elige la ley aplicable a su divorcio, es su propia persona la que se ve directamente afectada por esta decisión, y no exclusivamente su patrimonio, como ocurre en el ámbito de los regímenes matrimoniales” (p. 55). En este sentido, la elección del derecho aplicable al divorcio no supone superposición con otros institutos, como el régimen patrimonial matrimonial, regulado por normas específicas. Lo mismo ocurre con el deber de asistencia mutua entre los cónyuges.

Incluso, puede argumentarse de manera opuesta. Tal como lo señala Franzina (2011), al buscar el derecho que consideren más “oportuno”, se les permite a los cónyuges “satisfacer la necesidad de coordinación transectorial” (p. 110). De este modo, el autor sostiene acertadamente que

[m]ientras diferentes normas, basadas en distintos factores de conexión, rijan situaciones estrechamente vinculadas entre sí a nivel de derecho sustantivo, existe el riesgo de que se apliquen leyes diferentes y posiblemente divergentes a cada una de las situaciones en cuestión. Por lo tanto, lograr una coordinación adecuada entre las normas relevantes puede resultar difícil si se depende exclusivamente de los factores de conexión “objetivos”. En este sentido, la autonomía de las partes puede ser útil, produciendo un efecto de “simplificación”, ya que los cónyuges, si lo desean, pueden optar por someter su divorcio o separación legal

a la ley aplicable a una institución “vecina” (como sus obligaciones alimentarias, su régimen de bienes matrimoniales, etc.). (p. 110)

Cabe destacar que el CCyCN permite, aunque de manera limitada, el ejercicio de esta facultad en otros aspectos vinculados al matrimonio. Por ejemplo, la segunda parte del artículo 2630 establece un uso controlado y restringido de la autonomía de la voluntad conflictual al disponer: “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”. Asimismo, respecto al régimen patrimonial, la parte final del artículo 2625 señala: “En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino”. Es evidente que se reconoce de manera expresa la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad, permitiéndoles a los cónyuges sustituir el derecho del primer domicilio conyugal por el sistema jurídico argentino. Dentro de las condiciones necesarias para ejercer esta facultad se incluye el requisito del “cambio de domicilio a la República”. Como señala Boggiano (2017), “no dice domicilio conyugal. Podría interpretarse que bastaría el cambio de domicilio de un solo cónyuge” (p. XXVII).

Al reflexionar sobre estas soluciones, se advierte que ninguna de ellas se corresponde con el criterio del “último domicilio conyugal”, utilizado en el artículo 2626 para determinar el derecho aplicable al divorcio vincular. En este sentido, la autonomía de la voluntad conflictual les permite a los cónyuges evitar este “fraccionamiento” en el tratamiento de los distintos efectos del matrimonio, favoreciendo la unificación del derecho aplicable y, con ello, una mayor coherencia normativa en la resolución de las cuestiones derivadas de la relación conyugal. No obstante, es fundamental tener en cuenta que el ejercicio de esta facultad nunca debe vulnerar los derechos de terceros.

6. Breve referencia al derecho comparado

Esta marcada tendencia hacia la flexibilización del derecho aplicable al divorcio vincular ha sido acogida en otros países.

La posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad ya estaba contemplada en la Ley de Derecho Internacional Privado alemana de 1896. En su artículo 14, les permitía a los cónyuges elegir el derecho aplicable a los efectos generales del matrimonio, estableciendo que, si uno de los cónyuges tiene múltiples nacionalidades, los cónyuges pueden optar por el derecho de uno de esos Es-

tados, siempre que también sea la nacionalidad del otro cónyuge. Respecto al divorcio, el artículo 17 remitía al derecho aplicable a los efectos generales, lo que habilitaba el ejercicio de esta facultad. Por su parte, la ley que contiene el Código de Derecho Internacional Privado belga de 2004 también recepta esta posibilidad. Así, además de admitir la elección en el régimen matrimonial (artículo 49), expresamente se habilita la elección para el divorcio y la “separación de cuerpos” en el artículo 55. Esta norma les permite a los cónyuges elegir entre dos limitadas opciones: el derecho del Estado de la nacionalidad de ambos al momento de presentar la demanda o el derecho belga. Esta elección debe expresarse en la primera comparecencia.

La ley aplicable a las relaciones con los extranjeros en materia civil de China, aprobada el 28 de octubre de 2010, en el artículo 26 les permite a las partes, por acuerdo, elegir aplicar la ley de la residencia habitual o la nacionalidad de una de las partes en caso del “divorcio consentido”. Ahora bien, en caso de que el divorcio sea contencioso, se sigue un criterio general, y es aquel en el que prima la ley del tribunal que conoce de ese divorcio, es decir, el *forum loci actus* (Marín Fuentes, 2018, p. 545).

En Latinoamérica, encontramos la Ley 544-14 de República Dominicana. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47, los cónyuges pueden convenir por escrito, antes o durante el matrimonio, la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial entre cuatro opciones: la ley del Estado en el cual los cónyuges tengan su residencia habitual al momento de celebrar el convenio; la ley del Estado del último domicilio conyugal, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; la ley del Estado cuya nacionalidad posea uno de los cónyuges en el momento de la celebración del convenio; y, finalmente, la ley dominicana, siempre que los tribunales de ese país sean competentes.

Por otro lado, y al igual que ocurre en el derecho local, existen países que no permiten el uso de esta facultad al incorporar normas indirectas rígidas que, en su mayoría, resultan ser de carácter imperativo. España es un claro ejemplo de esta situación. No obstante, desde la doctrina internacionalista, se ha cuestionado esta limitación destacando que

aunque no se admite de modo directo la elección por los cónyuges de la Ley reguladora del divorcio, en la práctica los cónyuges eligen la Ley reguladora de su divorcio mediante un “turismo divorcista” que opera sobre la ecuación “*forum shopping* + *exequatur* = elección de la Ley aplicable al divorcio”. (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1733)

Esto se puede apreciar con lo normado por el Código de Derecho Internacional Privado (o Código de Bustamante). Si bien no incorpora directamente esta autonomía, el artículo 54 establece que “las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someterán a la ley del lugar en que se soliciten, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges”. De esta manera, permite que, de forma indirecta, los cónyuges elijan la legislación que les resulte conveniente mediante la fijación de su domicilio en dicho país.

6.1 El caso de la Unión Europea

La determinación del derecho aplicable tanto a la separación judicial como al divorcio vincular se rige por lo dispuesto en el Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo, aprobado el 20 de diciembre de 2010, conocido como “Reglamento Roma III”. Cabe destacar que este reglamento no es obligatorio para todos los Estados miembros de la Unión Europea, ya que responde al mecanismo de “cooperación reforzada”.⁴ En consecuencia, solo vincula a Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Lituania, Grecia y Estonia.

El objetivo principal es fortalecer y promover la libre circulación de personas dentro del espacio integrado, proporcionando una armonización normativa que evite que la diversidad de disposiciones constituya un obstáculo para dicho fin. En efecto, “el Reglamento Roma III preserva, salvaguarda y defiende la diversidad legislativa, y por tanto, cultural y social, en la UE” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1691).

Desde la doctrina, se destaca “la proclamación de la autonomía de la voluntad como criterio principal de conexión” (Espinosa Calabuig, 2016, p. 218). Esta facultad está expresamente contemplada en el artículo 5, que permite su uso limitado. De este modo, se faculta a los cónyuges a designar la ley aplicable dentro de un “catálogo de leyes”, que incluye: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro. La elección

4 Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 20 del TUE y en los artículos 326-334 del TFUE, que permite adoptar un Reglamento exclusivamente para los Estados miembros interesados en profundizar en la cooperación en algunas materias.

deberá realizarse por escrito, estar fechada y firmada por ambos cónyuges y podrá efectuarse o modificarse en cualquier momento, siempre que sea antes de la presentación de la demanda ante la autoridad competente.

Esta limitación, establecida en el Reglamento entre ciertos derechos posibles, responde a los límites previamente analizados, ya que la elección “cerrada” garantiza que los cónyuges sean conscientes de las consecuencias que conlleva el ejercicio de esta facultad, respondiendo así al concepto de una “elección informada”. Otro de los límites que se aprecia fácilmente es la limitación temporal de los derechos que factiblemente se pueden elegir, evitándose así el dilema del “conflicto móvil”.

7. Conclusiones

En el mundo contemporáneo, profundamente influenciado por la globalización, las relaciones jurídicas se internacionalizan con mayor intensidad, lo que obliga al DIPr a responder a este fenómeno creciente, revisando su teoría general. La revisión que el derecho internacional privado de familia requiere no debe limitarse a reescribir las normas actuales; el enfoque debe centrarse en analizar el problema desde un punto de vista axiológico, evaluando el valor y la capacidad de las normas para alcanzar los objetivos para los cuales fueron creadas. En este contexto, debemos reconocer que las disposiciones vigentes no siempre son suficientes y, en algunos casos, resultan inadecuadas para cumplir con sus fines. Cuando esto ocurre, es acertado proponer una nueva solución que sea más adecuada y capaz de alcanzar plenamente su finalidad o el valor que se esperaba que tuviera (Vrellis, 2007, p. 30).

En esta ocasión, el análisis no debe efectuarse únicamente desde la perspectiva del legislador, sino que también debe contemplarse desde la óptica de la propia familia “esencialmente, porque la autonomía de las partes necesita ser acogida por ellos para volverse real” (González Beilfuss, 2020a, p. 170). Es insostenible concluir que las familias no tienen ningún interés en el ejercicio de esta facultad. ¿Tendría sentido permitir que una unión basada en la voluntad de las personas determine las normas para su disolución? Siempre se argumenta que debe existir una conexión razonable y previsible entre el derecho aplicable y la relación en análisis para garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo, la internacionalidad a menudo desafía esta previsión, a pesar de los esfuerzos del legislador al crear las normas.

El principal obstáculo para desbloquear este debate radica en la naturaleza

de las normas que regulan el derecho de familia. Con una histórica impronta imperativa y basadas en disposiciones de orden público, se ha sostenido que nada tendría que hacer esta facultad dentro de institutos de esta rama del derecho. La formulación de este pensamiento necesita ser revisada.

El derecho de familia está experimentando numerosas transformaciones que, en cierto punto, cuestionan las regulaciones vigentes y pueden llevarlas a volverse obsoletas. La clásica regulación otorgaba un limitado margen a la autonomía de la voluntad de sus miembros, ya que se basaba en normativas imperativas, considerando el matrimonio y el divorcio como asuntos de gran interés estatal. Ante esta realidad, corresponde analizar si las razones por las cuales se restringió esta libertad siguen siendo pertinentes en la actualidad. Este planteo debe realizarse considerando que los principios que sustentan la organización del Estado deben evaluarse a la luz de los cambios paradigmáticos, tales como la igualdad entre los cónyuges, la solidaridad familiar y el respeto por la vida privada y familiar. En palabras simples, el punto a debatir se centra en comprender que, si el disfrute efectivo de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito del derecho de familia depende en gran medida de la existencia de normas adecuadas de DIPr (Franzina, 2011, p. 89), corresponde reconsiderar si la exclusión de la autonomía de la voluntad sigue siendo la solución que mejor responde a los derechos humanos.

Es indudable que las relaciones familiares revisten interés para el Estado y que los derechos y deberes derivados de ellas son establecidos por la ley; sin embargo, no debe olvidarse que dichas relaciones surgen y se desarrollan por la propia voluntad de los integrantes de esa unión. En consecuencia, el razonamiento esperable es el siguiente: quienes se encuentran más próximos a los problemas están en mejor posición para resolverlos, formulando propuestas y decisiones que no sean abstractas, como lo sería lo impuesto por el legislador. Coincido con la doctrina en cuanto a que “el derecho debe encontrar respuestas a las realidades sociológicas a las que se dirige” (Weller, 2022, p. 129), lo que implica considerar a la persona “plural”, es decir, aquella que no responde a una sola identidad cultural. Para ello, el derecho debe mantener una naturaleza flexible y suficientemente abierta a estos cambios, de modo que responda con mayor justicia a las necesidades de la sociedad actual. Esta flexibilidad, como una de las posibilidades, se manifiesta en el uso de la autonomía de la voluntad con un mayor y controlado alcance.

Ante la diversidad de las realidades familiares, el derecho debe no imponer, sino administrar. Esta posición se traduce en un mayor uso de la autonomía de

la voluntad, mediante un uso correcto y controlado, de modo que se respeten los valores fundamentales de un país. Los procesos judiciales no deben convertirse en un instrumento para agudizar el conflicto, sino para solucionarlo, y nada es mejor que una solución consensuada. Ciertamente, la creación de vías alternativas para la resolución de conflictos es una de las posibles soluciones, pero ello no exime la necesidad de que el propio derecho se modifique de manera que no se convierta en un generador de mayores trabas en las relaciones familiares. Esta es una de las principales razones que han motivado el cambio dentro del instituto del divorcio, otorgando mayor protagonismo derivado de la libre voluntad de los cónyuges.

La búsqueda del equilibrio es fundamental. Si bien los sistemas nacionales no son perfectos y han sido objeto de crítica en una extensa doctrina por la insuficiencia del método de elección clásico, tampoco sería adecuado afirmar que los acuerdos privados son viables para todos los matrimonios. La “supuesta” deficiencia del método de elección no es un argumento suficiente para sostener el uso de la autonomía de la voluntad en el tema bajo estudio, pero cuenta con la suficiente fuerza para impulsar el camino hacia libertad que el Estado debe asegurarles a todas las personas.

La contractualización en el derecho de familia es un fenómeno evidente, que puede ser objeto de apreciación positiva o negativa. No obstante, lo que sí resulta susceptible de discusión son los efectos de esta tendencia, especialmente para determinar su alcance y efectividad. En efecto, es innegable la relevancia de los acuerdos surgidos de la voluntad de las partes en lo que respecta a la organización de las relaciones familiares. Tal como señala la doctrina,

el matrimonio en el derecho interno se “contractualiza” y esta evolución no deja de influir en el derecho internacional privado del matrimonio. Aquí, no es el liberalismo económico, sino el liberalismo de las costumbres el que favorece la autonomía de la voluntad y la impulsa a penetrar en el estatuto personal. (El Hage, 2016, p. 46)

A su turno, se destaca la necesidad de respetar la pertenencia y la adhesión de la persona. En este sentido, los criterios clásicos no siempre respetan estas características, siendo la autonomía el mejor medio para realizar la identidad cultural de la persona. El DIPr de familia debe aspirar a proteger y fomentar la identidad cultural de las personas. Tal como se ha sostenido, esto se lograría permitiendo el ejercicio de la autonomía de la voluntad. No obstante, este principio no es absoluto. Dicho respeto debe estar restringido, cuando sea ne-

cesario, en función del interés público y de los principios fundamentales de la sociedad de acogida. Marc Weller (2022) destacó la importancia de la identidad cultural al sostener que

los seres humanos ya no están —como antes— caracterizados por una identidad estable que determina el camino de cada individuo desde su nacimiento hasta su muerte. Este estado de cosas se traduce no solo en numerosos cambios cotidianos, sino también en “cuestiones de vida”. Un individuo puede fácilmente decidir cambiar su residencia habitual. La movilidad mundial aumenta (se estudia, se trabaja o se pasa la jubilación en el extranjero). Además, un individuo puede cambiar las “piedras angulares” de su propia identidad: uno se casa y se divorcia con más frecuencia que antes; se cambia de religión; se cambia de nombre, de sexo, de filiación (mediante una adopción o una gestación subrogada), etc. Así, se pueden modificar prácticamente todas las facetas de la identidad. (p. 129)

Reconocer esta autonomía es aceptar jurídicamente que los cónyuges gozan de la debida libertad para tomar decisiones dentro de su núcleo familiar, en respeto a la intimidad familiar. Esta liberalización (o contractualización) no significa que el Estado renuncie a regular los pormenores de las relaciones privadas familiares y les concede autonomía regulativa a los cónyuges (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1795). Toda familia que decide organizarse no tiene por qué dar justificaciones de estas decisiones, siempre que no afecten principios fundamentales. Este fundamento, de carácter filosófico, permite potenciar el desarrollo de la personalidad y de la identidad de los sujetos. De este modo, la elección implicaría optar de común acuerdo por la ley de un país con el cual sienten una conexión real, sea psicológica o jurídica, sobre la cual desean encauzar la disolución de la unión matrimonial.

Esta tendencia representa una novedad “relativa” que está sujeta a debate y que, inevitablemente, requerirá algunos años para integrarse completamente y validar su éxito como una solución definitiva que beneficie los intereses familiares. Independientemente de la respuesta actual, podemos afirmar que el legislador deberá tener en cuenta la naturaleza de las relaciones familiares contemporáneas, la internacionalización y los cambios culturales, con el fin de diseñar una protección específica para los cónyuges.

Predecir lo que sucederá en el futuro es comparable a mirar en una bola de cristal; sin embargo, espero que estas reflexiones puedan servir al menos como una guía: explorar las nuevas fronteras de la autonomía de la voluntad.

Bibliografía

- Audit, B. (2001). Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général de droit international privé. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 305, pp. 10-487).
- Basedow, J. (2012). The law of open societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 360, pp. 9-516).
- Boele-Woelki, K. (2010). For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law. *Yearbook of Private International Law*, (12), 17-41.
- Boggiano, A. (2017). *Tratado de Derecho Internacional Privado* (Tomo I). La Ley.
- Bucher, A. (2000). La famille en droit international privé. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 283, pp. 9-186).
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2022a). Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14 (2), 194-261.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2022b). *Tratado de Derecho Internacional Privado* (Tomo II). Tirant lo Blanch.
- Carlier, J. Y. (1991). *Autonomie de la volonté et statut personnel: étude de droit international privé* (Tesis doctoral). Faculté de droit, Université catholique de Louvain.
- Durán Ayago, A. (2021). Autonomía de la voluntad, leyes de policía y orden público internacional de los Reglamentos Europeos de derecho de familia y sucesiones. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 1003-1021.
- El Hage, Y. (2016). L'autonomie de la volonté dans les règles de conflit de lois sur le couple. *Revue Juridique de l'Ouest*, N° Spécial 2016. Le couple en droit international privé. Première journée de droit international privé Bertrand d'Argentré, 45-62.
- Espinosa Calabuig, R. (2016). El divorcio internacional en la Unión Europea: problemas de coherencia y coordinación normativa. *Revista Boliviana de Derecho*, (22), 208-233.
- Franzina, P. (2011). The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), 85-129.
- Fresnedo de Aguirre, C. (1991). *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Fulli-Lemaire, S. (2017). L'autonomie de la volonté en droit international privé européen de la famille. *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, (17/8), 1-14.
- Gaudemet-Tallon, H. (2015). L'autonomie de la volonté, jusqu'où?. En Heuzé, V., Libchaber, R. y De Vareilles-Sommières, P. (Dirs.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer* (pp. 273-281), LGDJ.
- González Beilfuss, C. (2020a). Party Autonomy in International Family Law. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol 408, pp. 89-361).
- González Beilfuss, C. (2020b). Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho Internacional Privado de Familia. *Revista Española de Derecho Internacional*, 72(1), 101-115.

- Harrington, C. y Rubaja, N. (2023). Sección 2. Matrimonio. En Herrera, M. y De La Torre, N. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género* (Tomo 14, pp. 494-536). Editores del Sur.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Abeledo Perrot.
- Jayne, E. (1995). Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 251, pp. 31-264).
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. En Graham, M. A. (Dir.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea* (pp. 3-43). Infojus.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.
- Kinsch, P. (2017). Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen. En Panet, A., Fulchiron H. y Wautelet, P. (Dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales* (pp. 13-29). Ed. Bruylant.
- Kohler, C. (2013). L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 359, pp. 299-471).
- Marín Fuentes, J. L. (2018). El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVIII, 515-554.
- Molina de Juan, M. (2014). Título I. Matrimonio. Capítulo 7. Derechos y deberes de los cónyuges. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia* (Tomo I, pp. 239-308). Rubinzal-Culzoni.
- Muir Watt, H. (2010). Party Autonomy in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance. *European Review of Contract Law*, 6(3), 250-283.
- Nishitani, Y. (2019). Identité culturelle en droit international privé de la famille. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 401, pp. 127-450).
- Palao Moreno, G. (2013). Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, (1), 451-531.
- Panet, A. (2015). Le statut personnel en droit international privé européen Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté? *Dans Revue critique de droit international privé*, (4), 837-856.
- Pocar, F. (2008). La protection de la partie faible en droit international privé. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 188, pp. 343-417).
- Rass-Masson, L. (2019). L'originalité des accords familiaux en droit international privé. En Le Gallou, C. y Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, A. (Eds.), *Le contrat dans tous ses États* (pp. 53-68). Presses de l'Université Toulouse Capitole. <https://doi.org/10.4000/books.putc.7327>
- Sánchez Cano, M. J. (2019). Inconvenientes que suscitan las crisis matrimoniales con elementos internacionales: comentario a la Sap Zaragoza (sección segunda) de 16 de noviembre de 2018. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(2), 792-800.

- Scotti, L. (2019). *Manual de Derecho Internacional Privado*. La Ley.
- Turp, D. (2012). La contribution du droit international au maintien de la diversité culturelle. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 363, pp. 333-453).
- Vrellis, S. (2007). Conflit ou coordination de valerus en Droit International Privé. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 328, pp. 179-285).
- Weller, M. P. (2022). La méthode tripartite du droit international privé: désignation, reconnaissance, consideration. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 427, pp. 109-21).

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.
