

Las fuentes del derecho internacional privado en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación[1]

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas[2]

I. Introducción

El Derecho Internacional Privado es una rama del derecho que nunca se ha mantenido estática, todo lo contrario, siempre se encuentra en movimiento dado que su naturaleza dinámica le permite adaptarse a la tan cambiante como arrolladora realidad del mundo en que vivimos. Una serie de impactos en la esfera internacional lo han conmovido, hasta mutado, entre los que podemos mencionar los avances tecnológicos, los procesos de integración, el incremento del tráfico transfronterizo, las migraciones, la multiculturalidad entre otros tantos fenómenos, que siguen poniendo a prueba a las nociones de soberanía, de territorialidad, de deslocalización, todos los que inciden, por no decir impactan directamente en la cuestión que nos reúne acerca del quién o cómo se elaboran y se relacionan entre sí las disposiciones que conforman el Derecho Internacional Privado[3].-

En este aspecto, diremos que las normas son en primer lugar, las arquetípicas reglas de conflicto, normas indirectas, adjetivas, de colisión; en segundo término, las normas directas y por último, las llamadas normas internacionalmente imperativas o normas de policía o de extensión, entre otras designaciones recibidas[4].-

Todas las normas de derecho internacional privado, pueden provenir de diversas fuentes, encontrándose ellas en los Códigos de fondo o de forma, leyes especiales, constituyendo la llamada fuente de producción interna o dimensión autónoma, o bien, en los de tratados internacionales, configurando lo que se denomina la fuente de producción internacional o dimensión convencional. La primera, se encuentra contenida en las normas elaboradas, exclusivamente por el legislador nacional a través de los modos previstos en su ordenamiento. (Leyes, decretos, decretos leyes, reglamentos, entre otras). La segunda, se halla en los convenios internacionales que emanan del legislador internacional, que reflejan los acuerdos entre distintos Estados.-

Esta distinción dentro de las fuentes del Derecho Internacional Privado, que atiende al ámbito de producción de las normas, fue desarrollada magistralmente por la doctrina española. En este aspecto, parafraseando a un jurista prestigioso, se puede decir que: la Constitución Nacional, es la norma suprema del ordenamiento jurídico argentino, y ella incide en el Derecho Internacional Privado, en tres grandes planos: a) En la formación general del sistema de derecho internacional privado argentino; b) En la interpretación del sistema argentino de Derecho Internacional Privado y c) En la precisión del órgano competente para elaborar normas de Derecho Internacional Privado^[5].-

Corresponde que sin espera, nos introduzcamos en la delicada como relevante cuestión acerca de la vinculación existente entre las distintas fuentes, y en su caso, establecer con un criterio de jerarquía, el rango normativo. Esta preeminencia, esta prelación normativa de existir, permitirá observar cómo la norma de inferior categoría debe acomodarse a lo establecido en la norma de

mayor nivel, superior^[6].-

II. Diversas teorías sobre la prelación de las fuentes.-

El Derecho Internacional remite al ordenamiento jurídico interno de cada Estado la decisión acerca de cómo habrán de incorporarse las normas del Derecho Internacional en el derecho interno. Así, las normas de un Estado pueden disponer la aplicación automática y directa de las normas internacionales, de ser ellas operativas, o bien, exigir que cada norma internacional tenga que ser receptada por una norma interna que la incorpore. Consecuentemente, le corresponde al orden jurídico interno resolver las relaciones de prelación, de jerarquía entre las normas internacionales y las normas internas. Las distintas fuentes no se encuentran en una misma condición de igualdad en cuanto a su jerarquía, generalmente esa relación jerárquica está establecida por el legislador, no obstante en ciertas ocasiones debe ser determinada por el juez, ya que la carencia de disposiciones constitucionales en la materia ha sido suplida en algunos países por los jueces. Por supuesto, que para que el reconocimiento de la primacía de los tratados sobre las leyes, anteriores o posteriores, mediante proclamación constitucional o reconocimiento jurisprudencial, sea efectivo, es preciso que se complete con el adecuado mecanismo constitucional jurisdiccional de protección, ya sea a cargo de los jueces ordinarios o, en su caso, de la jurisdicción constitucional^[7].-

El problema de las fuentes del Derecho Internacional Privado, en general, se circunscribe al planteo de la relación entre el derecho interno e internacional, de modo tal, que en la doctrina resulta inevitable hablar, de tres teorías^[8]: la dualista, monista y la de coordinación.-

1) **Teoría Dualista.** Esta teoría afirma la coexistencia de dos órdenes jurídicos independientes, el Derecho Interno y el Derecho Internacional. El primero tiene su propio ámbito de validez y su propio campo de acción, sus normas tienen distinto origen o fuente (convención o legal), dirigidas a sujetos distintos como ser los Estados o los ciudadanos. Y para que las normas de Derecho Internacional puedan ser invocadas y aplicadas en el ordenamiento interno necesita de un acto del Estado que la incorpore, recepte, transforme en derecho interno. En suma, para el dualismo, un tratado suscripto por un determinado Estado va a tener validez dentro del orden jurídico interno una vez que al tratado se lo incorporó por medio de una ley especial.-

2) **Teoría Monista^[9].** Propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente. Implica que las normas se hallan subordinadas unas a otras, formando un solo ordenamiento jurídico. El Derecho Internacional integraría en este sentido el ordenamiento jurídico nacional. Existen dos tipos de monismo; el Monismo con primacía del Derecho Internacional y el Monismo con primacía del Derecho Interno.-

a) El Monismo con primacía del Derecho Internacional, considera que el Derecho Internacional se encuentra por encima del Derecho Interno, este a su vez tiene dos tipos de variantes el monismo absoluto y el monismo moderado.-

a.1) Monismo absoluto, cuando el Derecho Internacional prevalece sobre todo el ordenamiento jurídico interno, aún sobre la Constitución Política del Estado. En este caso el Derecho Internacional se incorpora directa y automáticamente al ordenamiento interno, deroga de *ipso facto* e *ipso iure* toda disposición contraria de orden interno aunque sea de carácter constitucional, e impide la entrada en vigor de cualquier norma que la conculque.-

a.2) Monismo moderado, limita la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, porque la Constitución Política del Estado mantiene su carácter superior frente al Derecho Internacional^[10].-

b) El Monismo con primacía del Derecho Interno, mantiene la superioridad jerárquica del Derecho de fuente interna sobre el Derecho Internacional. En consecuencia la ley posterior no solo puede modificar o derogar un tratado anterior, sino que inclusive una ley anterior objetaría la entrada en vigor de un tratado aprobado y ratificado.-

3) **Teoría de la coordinación.** Busca armonizar el orden jurídico del Estado con el Internacional, con un doble objetivo: preservar la autonomía y resguardar los intereses legítimos de cada Estado, logrando el respeto efectivo del orden internacional. También sostienen la igualdad jerárquica entre tratado y la ley^[11].-

En la República Argentina la Constitución Nacional reformada en 1994, se ocupa de este tema en los artículos 31 y 75 incisos 22 y 24, otorgándole prioridad a los tratados por sobre la ley interna^[12].-

III.Soluciones de la fuente convencional

La Convención de Viena de 1969 sobre Tratado de los Tratados, en la Parte III, sobre Observancia, Aplicación e Interpretación de los Tratados, en la Sección 1, en el artículo 27 establece: "1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. 2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado. 3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".-

A su turno, el último nombrado dispone: "1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. El hecho de que el consentimiento de una organización en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental".-

Tal como surge de las normas transcritas, no se pueden invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Este principio, derivado del derecho interno consuetudinario y recogido por la Convención de Viena, en una primera lectura, implica la supremacía del derecho internacional, pero al permitir por parte del Estado la alegación de vicios del consentimiento como causal de violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, para algunos parece indicar que el principio de supremacía expresado por el artículo 27 no es absoluto. Desde la perspectiva del derecho internacional, el Estado se halla obligado al cumplimiento de las obligaciones asumidas convencionalmente, independientemente de la jerarquía que los tratados tengan en su derecho interno; tratándose en última instancia, de una cuestión que se encuentra fundamentalmente determinada por la Constitución de cada uno de los Estados^[13].-

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional^[14], es sin duda alguna, el instrumento más importante producido por la CIDIP II, ya que adopta criterios uniformes sobre las llamadas cuestiones propias, los principios generales, parte general del Derecho Internacional Privado. La trascendencia de esta Convención es destacada por los especialistas diciendo que “La existencia de una Parte General resulta consustancial a la autonomía científica de toda disciplina jurídica. Solamente en la medida en que ella existe y ha logrado determinar cuáles son los problemas que le atañen con exclusividad, puede afirmarse la autonomía de una rama específica de la ciencia del derecho”^[15].-

En las deliberaciones se analizaron los proyectos presentados por el Comité Jurídico Interamericano, la delegación argentina y la delegación mexicana. Asimismo, fue considerado el documento elaborado por José Luis Siqueiros y Carlos Arellano García^[16] que reúne información sobre las normas vigentes en diversas legislaciones americanas, en especial de dos proyectos de codificación a nivel nacional, de Brasil y de Venezuela. Se excluyeron temas tales, como las calificaciones, el reenvío y la condición jurídica de los extranjeros. Se pensó que estos tópicos, requerían estudios preliminares más profundos para superar las disparidades de los criterios nacionales sustentados.-

En lo relacionado al ámbito de aplicación de esta Convención el artículo 1, dispone: “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscriptas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”. El texto de este artículo describe el ámbito de aplicación de la Convención, y algunas delegaciones consideraron superfluo determinar la jerarquía de las normas que rigen situaciones vinculadas al derecho extranjero.-

Haroldo Valladão, delegado por Brasil, sostuvo en el seno de la Comisión II, que era innecesaria la inclusión de esta disposición, pues se trata de un artículo “que existe por sí mismo”, por cuanto “se sabe de la vida de todos los días”; y afirmó que su inclusión era más lógica en un convenio sobre tratados internacionales. Ricardo Abarca Landero, de México, hizo hincapié en la importancia práctica de incluirlo, “porque si bien puede resultar obvio para especialistas de Derecho Internacional Privado, no hay que olvidar que estas normas no están exclusivamente hechas para especialistas, sino que serán utilizadas por los jueces y abogados, que muchas veces no tienen esa especialidad”. (Actas y Documentos CIDIP-II).-

Finalmente, el criterio que se impuso fue el de incorporar el tema de la prelación de normas, de modo tal de ofrecer una guía para los operadores jurídicos, en ocasiones no familiarizados con el Derecho Internacional Privado.-

Según emana de la letra de la disposición del artículo 1 de la Convención, sus normas tienen supremacía sobre aquellas normas de derecho interno que sean incompatibles con ella. Consecuentemente, se consagra el principio del respeto preferente a los Tratados para determinar la ley aplicable a las relaciones jurídicas internacionales; y en ausencia de convenios internacionales, habrá que atenerse a lo dispuesto por las reglas de conflicto del propio derecho interno.-

Al decir de Werner Goldschmidt, delegado argentino en la CIDIP II, el artículo “consagra el principio

monista con primacía del Derecho Internacional, por cuanto declara que los tratados privan sobre las leyes internas de los países; pero sin lugar a dudas también constituye una clara consagración de la regla *generi per speciem derogatur*, habida cuenta de los convenios entre naciones que constituyen derecho especial de preferente aplicación^[17].-

IV. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina^[18]

La reforma de 1994 introdujo varias innovaciones trascendentes en lo que concierne a la relación entre derecho interno y derecho internacional, aun cuando, los artículos 27 y 31 de la Carta Magna no han sido modificados, atentos a la limitación impuesta por la ley declarativa de necesidad de reforma que impedía la modificación de la primera parte de la Constitución.-

En primer lugar, la reforma en el art. 75 inc. 22 CN^[19], primera parte, consagró la superioridad de los tratados internacionales y de los concordatos celebrados con la Santa Sede frente a las leyes. Es decir que los tratados en general tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional puesto que deben respetar los principios de derecho público constitucional (art. 27 CN). Seguidamente, jerarquizó, dándoles el mismo rango de la Constitución a once instrumentos internacionales de derechos humanos^[20], que son "constitucionalizados"^[21], pero no incorporados a la Constitución Nacional. En efecto, prestigiosa doctrina ha señalado que tales instrumentos no son incorporados al texto de la Carta Magna, sino que "valen" como ella^[22], se encuentran en pie de igualdad, conforman junto con la Constitución Nacional el denominado "bloque de constitucionalidad".^[23]

Además faculta al Congreso para que jerarquice a otros tratados sobre derechos humanos, siempre que luego de aprobados, le otorgue tal jerarquía constitucional con las dos terceras (2/3) partes de la totalidad de sus miembros. Nuestro Poder Legislativo Nacional ha ejercido dicha facultad en dos oportunidades hasta la fecha: por Ley 24.820 concedió jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas^[24] y por Ley 25.778, a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad^[25].-

Sin embargo, estos instrumentos de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia". Esta frase indica que se debe considerar la efectiva vigencia del tratado en el ámbito internacional, como así también las reservas y las declaraciones interpretativas realizadas, que en tanto declaraciones unilaterales tienen por fin privar o modificar los efectos de ciertas disposiciones. Asimismo, deben considerarse las aceptaciones expresas o tácitas de los otros Estados como también sus objeciones. Además la Corte Suprema en el caso "Girolodi" de 1995, ha dicho que esta expresión también debe entenderse como comprensiva de la jurisprudencia internacional de los tribunales internacionales competentes para la aplicación e interpretación del tratado. En nuestro caso, es la jurisprudencia en materia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte no es unívoca. Si bien en "Bramajo" dijo que servían de guía interpretativa, ello fue moderado en casos posteriores como "Acosta" y "Felicetti".-

Pero la expresión que mayores debates y controversias ha originado es la que se refiere a que los instrumentos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". En relación a la no derogación, en efecto se han sustentado diversas posiciones. Para algunos, esta frase implica que los tratados de derechos humanos están subordinados a la primera parte de la Constitución. En cambio, para la posición que ha sustentado

la Corte Suprema en "Monges c/ U.B.A." y "Chocobar", ambos de 1996, esta frase debe entenderse como un juicio asertivo de comprobación, de verificación de que de hecho no existía ninguna incompatibilidad normativa. Este juicio del constituyente no puede ser cuestionado ni modificado por los poderes constituidos. En lo que concierne a la complementariedad, ésta ha sido entendida para algunos en el sentido que implica una subordinación o subsidiariedad de los instrumentos de derechos humanos enumerados respecto de la Constitución. Sin embargo si se acude al significado del término "complementariedad", se aprecia que ello no significa subordinación, sino que por el contrario, importa el enriquecimiento de las normas constitucionales^{[26][27]}.-

Asimismo, la Constitución reformada otorga jerarquía suprallegal a los tratados de integración y al derecho derivado siempre que se cumplan las condiciones prescriptas en el art. 75 inc. 24 CN^[28].-

Cabe destacar que esta disposición consagró a nivel constitucional la doctrina sentada por la Corte Suprema en el fallo "Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)" del 12 de octubre de 1994^[29], en el cual nuestro más alto tribunal de justicia reconoció, tal como vimos, jerarquía suprallegal a un acuerdo celebrado entre la Argentina y Brasil, en el marco de la ALADI sobre normas nacionales que imponían gravámenes a la importación.-

En efecto, la reforma constitucional ha dado un paso muy importante al reconocer ciertos rasgos propios del derecho de la integración, en particular, la jerarquía superior de los tratados de integración respecto de las leyes internas; la delegación de competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales y la jerarquía superior del derecho derivado respecto de las leyes^[30].-

Sin embargo, la Constitución argentina subordina la facultad del Congreso para aprobar estos tratados con Estados Latinoamericanos a las siguientes condiciones: 1) que se observen condiciones de igualdad y reciprocidad; 2) que se respete el orden democrático; 3) que se respeten los derechos humanos; y 4) que se aprueben por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. Por su parte, la aprobación de los tratados de integración con Estados que no son latinoamericanos está sujeta, además a las condiciones enumeradas en 1), 2) y 3), a: 4) que la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara declaren la conveniencia de su aprobación y 5) que la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara lo apruebe dentro de los ciento veinte días posteriores al acto declarativo.-

Cabe preguntarnos, a esta altura, si las normas que emanan de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR, gozan de jerarquía superior a las leyes, dado que ello es reconocido por nuestra Constitución para aquellas reglas jurídicas aprobadas por organizaciones supraestatales, a las cuales se le deleguen competencias. Este no es el caso de MERCOSUR, que es un organismo típicamente intergubernamental.-

Por otro lado, en materia jurisprudencial, además del mencionado caso "Cafés La Virginia", cabe recordar las palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación "... es también voluntad del legislador insertar a la Argentina en un régimen de integración regional, en una decisión que acompaña la realidad política, económica y social de nuestro tiempo (...) Es ésta una clara definición de política legislativa, que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica"^[31].-

Finalmente, cabe precisar que la Ley 24.080 del 10 de junio de 1992 exige que los hechos y actos

referidos a tratados internacionales en que sea parte la República Argentina sean publicados dentro de los 15 días hábiles posteriores a cada hecho o acto. El art. 2 dispone que los tratados o convenciones que "establezcan obligaciones para las personas físicas o jurídicas que no sea el Estado nacional son obligatorias sólo después de su publicación en el Boletín Oficial, observándose al respecto lo prescrito en el art. 2 del Código Civil".-

En síntesis, se ha transitado dentro del derecho argentino en esta materia, **una primera etapa**, entre 1953 y 1963, en que se interpretó el artículo 31 de la Constitución Nacional de manera literal con un criterio dualista rígido, en cuanto dispone que son la ley suprema de la Nación, la Constitución, las leyes que dicte el Congreso Nacional y los Tratados con potencias extranjeras. El orden de enunciación establecido en la norma era un orden de prelación, se sostuvo la supremacía de las dos primeras –en tiempos de paz- sobre los tratados, como así también –y por aplicación del criterio dualista – la necesidad de incorporar el tratado al derecho interno mediante una ley, ya que "...en tanto se trate de mantener la paz o afianzar el comercio con potencias extranjeras, la República se conduce dentro de la orientaciones de la teoría dualista. Cuando se penetra en el terreno de la guerra en una causa propia...la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que pueden estar animados...".-

En una **segunda etapa**, destacan los casos de: "Sociedad Anónima Martín y Cía. c/ Administración General de Puertos" (6/11/1963) y "Esso" (5/7/68), en los que la CSJN interpretó que en virtud de que tanto los tratados como las leyes nacionales, son calificados como Ley Suprema de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Así, dado el requisito de la incorporación de los tratados al Derecho Interno por ley del Congreso una vez incorporada la norma convencional al ordenamiento jurídico nacional a través de una ley, y gozando de su misma jerarquía en virtud de lo establecido en el artículo 31 de nuestra Constitución Nacional, los posibles conflictos existentes entre ambas normas se resolverían conforme los criterios de "ley posterior deroga la anterior" y "ley especial prevalece sobre la general".-

En una **tercera etapa**, se puede advertir un giro significativo, a partir del reconocido caso: "Recurso de hecho, Ekmedkján, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y Otros" (1992). En efecto, se produjo un cambio fundamental en estos autos, al establecerse que "... La necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27...". En este caso, no existía norma legal que contradijera las disposiciones de un tratado, sino ausencia de norma que reglamentara un derecho cuyo reconocimiento y respeto había asumido el Estado por la citada Convención, por cuanto la CSJN parte del análisis de si dicha disposición resulta operativa o programática.-

Seguidamente, podemos mencionar el también célebre "Cafés La Virginia S. A. S/ Apelación (Por Denegación de Repetición)" Si bien el caso en estudio es un nuevo ejemplo de la aplicación de la doctrina sentada en el caso "Ekmedkján, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y Otros", la colisión normativa se produce entre una norma interna (Resolución Ministerial N° 174/86) y un tratado de integración (Acuerdo N° 1 Argentino-Brasileño del 30 de abril de 1.983, firmado en el marco del Tratado de Montevideo de 1980 de la ALADI), significando ello el precedente en el área regional.-

Citando el precedente del caso Fibraca, y los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional –según reforma de 1.994-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que: "...en atención a la imperatividad de los compromisos asumidos por nuestro país... La aplicación por los órganos del estado Argentino de una norma interna que transgrede un tratado –además de

constituir el incumplimiento de una obligación internacional– vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas...”. Corresponde aclarar que, si bien el fallo se dicta con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1.994, no se aplican los nuevos incisos 22º) y 24º) del artículo 75, por cuanto los hechos en cuestión son anteriores a la reforma.-

Con posterioridad a la vigencia de la Constitución Nacional en su versión reformada en 1994, se han suscitado diversos casos en los que se debatió la jerarquía de tratados internacional de integración, en particular, el Tratado de Asunción de 1991.-

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, a partir de lo establecido por el artículo 2594, queda inaugurada por lo que estamos ingresando a **la cuarta etapa** en materia de fuentes del derecho internacional privado.-

V.Soluciones de anteriores proyectos de reforma argentinos

El Proyecto elaborado en el marco del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Resoluciones Números 191/02 y 134/02 (en adelante Proyecto 2003), le dedica sendos artículos al objeto y a la prelación de fuentes:

Artículo 1: “Objeto. Este Código se aplica a los casos privados con elementos extranjeros. Regula a su respecto la jurisdicción internacional y el derecho aplicable.-

Artículo 2: “Tratados internacionales: Las disposiciones contenidas en los tratados internacionales vigentes tienen preeminencia, en sus respectivos ámbitos de aplicación, sobre las normas de este código en los términos de la Constitución Nacional”^[32].-

VI.Soluciones del derecho comparado

Podemos mencionar a: la **Ley Italiana de Derecho Internacional Privado Ley No. 218 del 31 de mayo de 1995**, según la cual:

“Artículo 1: Objeto de la ley

1. La presente ley determina el ámbito de la jurisdicción, señala criterios para la determinación del derecho aplicable y regula la eficacia de las sentencias y de los actos extranjeros.”

“Artículo 2: Tratados Internacionales

1. Las disposiciones de la presente ley no afectan la aplicación de los convenios internacionales en vigor para Italia.-

2. En la interpretación de tales convenios, se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme.”

A su turno, el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado para la República Oriental del Uruguay, dispone:

“Art. 1. Normas nacionales y convencionales de derecho internacional privado

1.La determinación de las normas que rigen las relaciones jurídicas vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regulará por la Convenciones Internacionales y, en defecto de ellas, por las normas de Derecho Internacional Privado de fuente nacional.-

2.Si no hubiere previsión expresa, se recurrirá a las soluciones análogas y, finalmente, a los principios generales y a las doctrinas más recibidas en la materia, de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 16 del Código Civil.”

“Art. 2. Criterios de interpretación

A los efectos de la interpretación y aplicación de la presente se tendrá en cuenta en todos los casos el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas previstas en ella”.-

La Ley 7 del 8 de mayo del 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional privado de Panamá, en el Capítulo I del Título Preliminar sobre Aplicación del Derecho Internacional Privado, en la parte pertinente del artículo 1 establece: “El Código de Derecho Internacional Privado se aplicará cuando no medie tratado internacional que regule la materia”^[33]. Pocas palabras y bien colocadas.-

La ley 544 de Derecho Internacional Privado del 15 de octubre de 2014 de la República Dominicana, le dedica el artículo 3 que dice: “Aplicación de tratados internacionales. Las disposiciones de esta ley se aplicarán en la medida en que sean cónsonas con lo establecido en los tratados internacionales de los que la República Dominicana sea parte. Párrafo I. Si surgieren contradicciones entre la aplicación de esta ley y tratados internacionales, prevalecerán las disposiciones de los tratados. Párrafo II. En la interpretación de los tratados internacionales se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme”. La redacción, resulta ajustada.-

VII.prelación normativa de las fuentes de derecho internacional privado en el código civil y comercial de la nación.-

Para comenzar con el análisis de la cuestión que nos convoca diremos que el Capítulo I del Título IV del Libro VI del Código (CCCN), titulado “Disposiciones Generales” incluye las normas que pueden ser consideradas fundamentales dentro de las denominadas Disposiciones Generales de Derecho Internacional Privado. Y en el primero de sus artículos, el artículo 2594 establece el orden de prelación de las fuentes de Derecho Internacional Privado y resuelve en un código de fondo como es el que se está analizando, la histórica controversia sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, entre tratado y la ley interna, dándole primacía a las fuentes internacionales. En las disposiciones generales se encuentra lo que llamamos la Parte General o Teoría General del Derecho Internacional Privado, comprensiva de un conjunto de cuestiones generales que constituyen los cimientos de esta rama del derecho que legitima su autonomía científica[34].-

Corresponde señalar que en el artículo 2594, el legislador se hace cargo de dos temas sumamente importantes, uno, del objeto y el ámbito de aplicación de las disposiciones del Título IV y de la coexistencia de fuentes convencionales y estatales, estableciendo que ellas, “las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas de derecho internacional privado argentino de fuente interna”.-

Con respecto a la primera cuestión, si bien el legislador no lo dice expresamente ello se puede colegir de la lectura del artículo, cuando emplea la expresión “las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas a varios ordenamientos jurídicos nacionales”, denotando que tuvo la intención de referirse en esta primera disposición a uno de los tres problemas básicos, los ejes que constituyen el objeto del Derecho Internacional Privado, tales como, el derecho aplicable, la jurisdicción internacional y el reconocimiento de las decisiones extranjeras (sentencias o laudos extranjeros), cooperación y asistencia jurisdiccional. El triple objeto que en la actualidad se le

atribuye al Derecho Internacional Privado, se encuentra íntimamente ligado con la concepción que se tenga respecto, amplia o acotada, de su contenido^[35].-

Seguidamente a nuestro modo de ver, el legislador emplea un lenguaje técnicamente por lo menos dudoso, cuando dice que “las normas aplicables... se determinan”, lo cual resulta una expresión inadecuada, ya que parece invertir el orden lógico de las cosas[36]. En efecto, para una redacción más prolija, sintácticamente más ajustada, hubiera sido mejor considerar la redacción de un modelo legislativo a su alcance, como es el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de Montevideo de 1979, que a la sazón tiene la virtud de estar aprobada por Ley 22.921, y encontrarse en vigor para la República Argentina, cuando en la parte pertinente dice: “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero se sujetará...” (artículo 1).-

A su turno, el precepto indica que “las normas jurídicas aplicables...se determinan por los tratados y convenciones internacionales de aplicación en el caso”, reconocimiento que resulta acertado toda vez que el tratado constituye la fuente por antonomasia del derecho internacional; sin perjuicio de lo cual cabe preguntarse, en primer término, si era necesario, y por ende, técnicamente adecuado, aludir a los tratados y a las convenciones internacionales como si fueran fuentes distintas^[37], cuando en realidad resulta sabido que desde hace décadas la teoría general del derecho internacional, no los distingue porque no arrojan diferencias significativas. Cabe señalar, que el verdadero mérito de esta disposición radica en la inclusión del tratado internacional como fuente de jerarquía superior a la ley interna, aunque tal como surge de su texto, sin llegar a abrir las puertas a todo tipo de normas de Derecho Internacional Público^[38].-

Otra observación, y ella no es una cuestión para nada menor, se relaciona con el significado de las expresiones empleadas por el legislador cuando dice “las normas jurídicas aplicables...se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación **en el caso**”. La inclusión, en nuestra opinión del vocablo “caso”, resulta por lo menos dudosa, ya que si bien se trata de una terminología que ha sido suficientemente empleada por la doctrina jurisprudencial argentina, no es la técnicamente deseable, si de lo que se trata es de la elaboración de las normas de derecho internacional privado que se aplican a las relaciones jurídicas privadas internacionales.-

En primer lugar, porque la palabra “caso” es ambigua, dado que tiene suficiente virtualidad como para ostentar significados múltiples, razón por la cual su empleo puede ser tildada de imprecisa, en la medida que puede coetáneamente significar entre las acepciones pertinentes del idioma castellano, desde una situación o conjunto de circunstancias; suceso o acontecimiento, lance, ocasión o coyuntura, cosa que ocurre; hasta llegar a querer aludir al asunto de que se trata.-

Pero ciertamente, en segundo lugar, y esto es más delicado, puede llevar a la confusión de pensar que tiene que existir “un caso” para darle respuesta a las cuestiones atinentes al Derecho Internacional Privado, cuando en rigor de verdad los operadores jurídicos tienen que tener la certeza, en abstracto, acerca del derecho aplicable aunque no exista un “caso” concreto aún, vale decir, cuando no se produjo el estallido de controversia alguna, sea porque aún no ha nacido o bien porque sencillamente quizás nunca llegue a ocurrir tal acontecimiento.-

Estas reflexiones encuentran mayor fundamento, y quizás haya sido evaluada por el legislador si se repara en que el artículo 1, como guía para los operadores jurídicos, dice: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional en los que la República es parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los

interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”, si bien comienza aludiendo a “los casos” no se menciona expresamente en su texto al Juez como aplicador del derecho, - cosa que sí hace el artículo 3 cuando establece: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”-, sino antes bien se expresa en tercera persona diciendo que las normas jurídicas aplicables “se determinan” por los tratados y convenciones internacionales. En suma, pensamos que el legislador bien pudo superar el empleo de los vocablos mencionado, dado que en verdad se legisla, para antes y para después de la aparición del mentado “caso”. Por nuestra parte, hubiéramos eliminado el término con arreglo a los argumentos precedentemente esgrimidos.-

Con relación a la expresión “se determinan”, se puede añadir, que puede llevar a pensar que de lo que aquí se trata es de completar normas supuestamente incompletas y, ello no nos parece que sea así. En definitiva, si bien resulta evidente que los operadores jurídicos puedan llegar a interpretar, a captar el verdadero sentido de la norma, lo cierto es que el legislador tuvo a su alcance otros vocablos ofrecidos por el lenguaje jurídico, tales como sujetará, regirá, someterá, gobernará, regulará, aplicará, entre otros, que de haberlos empleado le hubieran dado seguramente una mejor inteligencia a la letra del artículo 2594.-

VIII.ALGUNAS CONCLUSIONES

1)No puede discutirse la relevancia que la inclusión de la norma del artículo 2594 reviste para los operadores jurídicos, en primer término, dado que lo que esclarece la fuente es la preeminente aplicable cuando coexisten los tratados y las leyes internas, y porque se toma posición dentro de la teoría general del derecho internacional reconociendo a los tratados internacionales como la fuente primaria por excelencia aplicable a las cuestiones derivadas de las relaciones jurídicas internacionales propias del Derecho Internacional Privado^[39].-

2)Resulta de toda conveniencia resaltar que dentro del ámbito de las normas de fondo, el artículo 2594 produce una verdadera innovación legislativa, es una norma novedosa ya que con anterioridad a su sanción ellas no contemplaban, no legislaban acerca de la prelación de las fuentes del derecho internacional privado.-

3)Con independencia de las observaciones efectuadas respecto de algunos vocablos empleados por el legislador con los que no concordamos, en líneas generales podemos aseverar que el artículo 2594, viene a dar respuesta a cuestiones sumamente relevantes en materia de fuentes del Derecho Internacional Privado, reafirmando, consolidando la prelación jerárquica del tratado internacional sobre la ley interna, en consonancia con lo establecido en la Constitución Nacional desde 1994 y otras convenciones internacionales en vigor para la República Argentina[40].-

4)No se puede soslayar, que con estas reglas técnicas entre las que se encuentra el artículo 2594 del CCCN que contribuyen a la identificación de la norma aplicable a las “relaciones jurídicas con elementos de internacionalidad, ostensibles u ocultos, en los que haya por lo menos un interés privado”, que están dirigidas ante todo a los aplicadores del derecho, lo que el legislador ha querido con una clara actitud pedagógica, y ello se desprende de la lectura del propio texto bajo estudio, se insta a tener la certeza que cuando coexistan las dos fuentes, el tratado y la ley interna, se debe aplicar con preeminencia el tratado por encima de la ley interna, todo ello en sintonía con opiniones vertidas desde las cátedras universitarias de quienes han participado en su elaboración^[41].-

5)Si bien para algunos podría catalogarse de reiterativa, de innecesaria, hasta superflua a la disposición del artículo 2594, dada la existencia de otras normas en el derecho interno como convencional que abordan esta problemática, a nuestro juicio, la técnica legislativa resulta defendible, en la medida que está llamada a cumplir una función docente, aleccionadora, razón por la cual no nos parece desatinada, máxime cuando cuenta a su favor con aquel dicho que afirma:”lo que abunda no daña”.-

[1]Vid. Cifuentes, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ta. Edición. Astrea, 1999, p.4, quien dice: "Se llaman fuentes del derecho, a los modos como se manifiesta el derecho, los medios en virtud de los cuales se exterioriza, o se presenta revelando su contenido y sus mandatos. Para un comentario de este artículo 1 puede verse: *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*. Oscar J. AMEAL, Director, Comentado, concordado y análisis jurisprudencial. Tomo 1. Artículos 1 a 400. Parte General. Editorial Estudio, pp. 37/44. Sobre este tema también puede consultarse de FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. "La prelación de fuentes del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código", Tomo E, Año 2015, Editorial La Ley. ISSN 0024-1636. 2015.

[2]Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctora por la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Internacional Privado. Investigadora Categoría I por la Universidad de Buenos Aires. Directora de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires. Directora desde 1994 de Proyectos UBACYT subsidiados por la Universidad de Buenos Aires, Directora del Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. Editorial Albremática. Argentina.

[3]FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. "El conflicto de multiculturalidad: ¿réquiem para el orden público internacional en materia de familia?", Primera Parte, publicado el 8 de julio del 2015 y la Segunda Parte el 10 de julio del 2015, bajo las citas MJD 304 y MJD 305 respectivamente por la editorial Microjuris Argentina en la web www.microjuris.com., FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. "Los consumidores en el ciberespacio. Primera y Segunda Parte, el 22 y 23 de septiembre de 2014, bajo la cita MJD 6876 Y 6877, respectivamente por la editorial Microjuris. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y RODRIGUEZ, Mónica S.: "Derecho aplicable en materia de relaciones de consumo internacional: una aproximación a los contratos de consumo celebrados por medios electrónicos", Primera y Segunda Parte, artículos publicados bajo las citas MJD 6810 Y 6811, el 4 y 5 de agosto del 2014, respectivamente por la editorial Microjuris, en la página web www.microjuris.com.

[4] La doctrina internacionalista argentina resistió vehementemente a las llamadas normas directas, sobre cuya pertenencia al Derecho Internacional Privado tanto insistiera desde la Cátedra la doctora Stella M. Biocca por los setenta y defendiéramos y escribiéramos en nuestras *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, en los noventa. Vayan con estas palabras mi homenaje a quien fuera mi Maestra que supo anticiparse en este tema, como en otros tantos.

[5] CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*. 7ª. Edición. Comares, Granada, 2006, p. 25.). Acerca de la incidencia de la Reforma Constitucional en el Sistema de Derecho Internacional Privado argentino, puede verse: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara y BASZ, Victoria, *El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional*, en La Ley 1995-E, 1127.

[6] BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2001. Este autor indica que la supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución. Cuando esta relación se rompe, hay un vicio de inconstitucionalidad.

[7] Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 663.

[8]Vid. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado Parte General y Parte Especial*. Guía de Estudio del Código Civil y Comercial. Con la colaboración de la Doctora Mónica S. RODRIGUEZ, Editorial Estudio S.A., Buenos Aires - Argentina, ISBN 978-950-897-495-2, septiembre del 2015, Pp, 416. BECERRA RAMIREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional*

en derecho interno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. VANOSSI, Jorge Reinaldo, "La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad al orden interno de los Estados", Revista IIDH, San José, Costa Rica, Volumen 16, julio-diciembre de 1992, p. 118.

[9] La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, antes de 1963 en que cambia su orientación, sostuvo la tesis monista con supremacía del derecho internacional, ya que hubo fallos en que se incorpora automáticamente la Convención de Bruselas sobre Abordaje y Salvamento en el Mar en los autos: "S.A. Quebrachales fusionados c. Capitán, armadores y dueños del vapor Águila s/Daños y perjuicios" y "Compañía Argentina de Navegación Nicolás Mihanovich c. Dueños, armadores o Agencia del Vapor Duquesa s/ Daños y Perjuicios.;" también se incorpora automáticamente la Convención de Ginebra sobre Derechos de Autor de 1952 en un juicio iniciado por la Editorial Nogués, vinculado con la novela Doctor Zhivago. En el orden administrativo la Convención de Nueva York de 1962, sobre algunos aspectos del matrimonio, que fuera ratificada en 1970, fue incorporada automáticamente por el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, bajo la dirección el Doctor Germán Bidart Campos.

[10] Esta es la doctrina como veremos que surge de la Constitución Argentina (artículos 75 inciso 22 y 24), del artículo 1 y 2594 del CCCN. También en la fuente convencional CIDIP II sobre Normas Generales de Montevideo de 1979 y de la Convención sobre Derecho de los Tratados de Viena de 1969 y de la jurisprudencia de la CSJN.

[11] La jurisprudencia argentina es prolífica en este tema, según se verá oportunamente. En este último aspecto, cabe señalar, que las últimas disposiciones constitucionales fueron precedidas por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en algunos célebres casos: "Ekmekdjian, Miguel c. Sofovich, Gerardo y otros", "Fibraca Constructora S.C. A. c. Comisión Técnica Mixta Salto Grande" y "Cafés La Virginia S.A.", entre los más destacados. A su turno, idéntica orientación emana del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y del artículo 1 de la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado, de Montevideo, Uruguay, en 1979.

[12] La reforma constitucional argentina del año 1994, incorpora al texto de la Constitución Nacional los tratados ratificados sobre Derechos Humanos (distinguiéndolos, así del resto de la fuente convencional) y decide definitivamente la cuestión de la jerarquía normativa en sus artículos 31 y 75 incisos 22 y 24.

Artículo 31: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación..."*

Artículo 75: "Corresponde al Congreso:

-inciso 22): *"Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. ..."*

-inciso 24): *"Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. ..."*

[13] BECERRA RAMIREZ, Manuel. "La Jerarquía de los Tratados en el Orden Jurídico interno. Una visión desde la Perspectiva del Derecho Internacional". Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 291/316.

[14] Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. OEA. CIDIP-II, 19/9, Volumen I, p. 173 y ss., p. 285 y ss. Volumen III, p. 120 y ss.

[15] Aprobada por Ley 22921, sancionada y promulgada el 21 de septiembre de 1983 Cfr, FERMÉ, Eduardo L. *Derecho Internacional Privado. Convención Interamericana sobre Normas Generales*. Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice V, 1987, pp.209/217.

[16] "Seconsideró indispensable incluir normas jurídicas relativas a la aplicación del derecho extranjero en primer término porque la norma extraña carece por sí misma de vigencia extraterritorial"; para que opere su admisión en el país receptor, ha menester de la norma conflictual que determine su aplicación. En segundo término, porque la tarea codificadora pretende el establecimiento de la norma supranacional conflictual y era preciso establecer, a nivel internacional, la interpretación jurídica del Derecho Internacional Privado entre los Estados Partes. Por tanto, en un primer dispositivo se establece la coexistencia de las normas jurídicas internacionales al lado de las internas".(CIDIP-II, P. 84).

[17] GOLDSCHMIDT, Werner. "Un logro americano en el campo convencional del Derecho Internacional Privado", *El Derecho*, No. 4763, Buenos Aires, 24 de julio de 1979. Vid. También del mismo autor, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, Basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Décima Edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti. AbeledoPerrot.

[18] Puede ampliarse en: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B., "Un problema siempre vigente en el Mercosur: las asimetrías constitucionales", para *Revista de Derecho* 35, Tribunal Supremo de Justicia, ISSN 1856-0008, Editor Fernando Parra Aranguren, Caracas, Venezuela. También de las mismas autoras "Las asimetrías constitucionales: un problema siempre vigente", *Revista del Tribunal del Mercosur(RSTPR)*, Paraguay, Año 1, Nro. 2, 2913, pp. 271/312.

[19] Artículo 75. "Corresponde al Congreso: ..inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

[20] Debemos referirnos a instrumentos y no a tratados pues en la enumeración del art. 75 inc. 22 se incluyen dos declaraciones: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En cambio la posibilidad otorgada al Congreso de "constitucionalizar" otros instrumentos queda reservada, si nos atenemos a la letra de la norma, a los tratados internacionales.

[21] Tomamos esta expresión de MONCAYO, Guillermo R., "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema," en Abregú, Martín, Courtis, Christian, (compiladores), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª edición, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

[22] Cfr. BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 78.

[23] Esta expresión ha sido acuñada en nuestro país por el Prof. Doctor Germán Bidart Campos. Tal denominación fue utilizada por primera vez en una sentencia del Consejo Constitucional de Francia en 1970 para referirse al bloque integrado por la Constitución, la Declaración de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República.

[24] Aprobada durante la 24ª Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de

junio de 1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556.

[25] Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por la República Argentina por Ley 24584.

[26] Este enriquecimiento se puede apreciar en la regulación de derechos como la libertad de publicar las ideas por la prensa (art. 14 CN) que fue ampliado por la Convención Americana y por otros tratados. Lo mismo sucede con el art. 23 CN sobre el estado de sitio, que fue mucho más precisado por el art. 27 de la Convención Americana, por ejemplo. Para estudiar en más detalle el criterio de "complementariedad", véase entre otros MONCAYO, Guillermo, op.cit, BIDART CAMPOS, Germán, *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos*, en Abregú, Martín, Courtis, Christian, (compiladores), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª edición, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998; GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T. *El Derecho Internacional en la Constitución Nacional*, en Bidart Campos, Germán J., Sandler, Héctor R (coordinadores), *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Ed Depalma, 1995.

[27] Cabe destacar que el conjunto de principios fundamentales aportados por estos instrumentos internacionales de derechos humanos importan, en lo que respecta al Derecho Internacional Privado, la reformulación del contenido de la cláusula de orden público internacional. Para un estudio detallado del tema, puede verse FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara y BASZ, Victoria, *El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional*, en *La Ley* 1995-E, 1127. También puede verse: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. "El Orden Público Internacional: Una mirada desde el Derecho Internacional Privado argentino", en www.academia.edu. Página visitada el 21 de septiembre de 2015.

[28] Art. 75: "Corresponde al Congreso... inc. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

[29] "Cafés La Virginia", CSJN, 10 de octubre de 1994, en *Fallos* 317:1282.

[30] Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y BASZ, Victoria, "El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional" en *La Ley* 1995-E, 1133. En este aspecto cobra especial relevancia el artículo 1 del CCCN que establece: "Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República Argentina sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

[31] "Cocchia, J. D., c/ Estado Nacional y otros/ acción de amparo", CSJN, 2 de diciembre de 1993, en *Fallos* 316:2624.

[32] Puede ampliarse en: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., y SCOTTI, Luciana B., "Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (Primera parte)", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 26 de octubre de 2007, y Privado (Segunda

parte)", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 23 de noviembre de 2007. Un resumen se encuentra publicado en *Revista Síntesis Forense N° 116*. Septiembre / Octubre 2005. Páginas 42/49. En la parte pertinente el Dictamen que elaboramos oportunamente, a pedido de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires, entre otras instituciones[32]. Sostuvimos que en cuanto al :

"Análisis del Art. 1. OBJETO.

Dentro del objeto del Derecho Internacional Privado puede incluirse el tratamiento del derecho aplicable, de la jurisdicción internacional y el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros. La tendencia actual es hacia una mirada abarcadora, no acotada que incluya la regulación de los temas mencionados.

No existe en nuestro ordenamiento de fuente interna una norma específica, totalizadora, única que determine, establezca, disponga acerca del objeto de esta disciplina. Mas ello no ha sido obstáculo para que el objeto pueda ser hallado en las normas (tanto de estructura indirecta como directa) que se encuentran diseminadas en el ordenamiento jurídico argentino encargadas de la regulación de las diversas cuestiones que afectan los intereses de los particulares cuando se despliegan en la esfera internacional.

El artículo 1° determina que el Código se aplica a los casos privados con elementos extranjeros y que a su respecto regula la jurisdicción internacional y el derecho aplicable.

En el objeto descrito, tal como se advierte, no se encuentra comprendido el tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En este aspecto juzgamos imprescindible que el Código comprenda las tres cuestiones clásicas, fundamentales, como son:

- 1) la jurisdicción o competencia internacional,
- 2) el derecho aplicable y
- 3) el reconocimiento de sentencias y laudos dictados en el extranjero.

Ello por cuanto, entendemos que debe guardarse una íntima relación entre el objeto del Derecho Internacional Privado y el instrumento que reúna en su texto su regulación. Nada estaríamos avanzando en este aspecto con la sanción de un instrumento, que estaría produciendo un franco retroceso, dado que amputa, cercena, desde el mismísimo artículo 1° el espectro de cuestiones cuya regulación le corresponde inexorablemente. Por tal razón no compartimos la línea de pensamiento, la doctrina que encierra este artículo inclinándonos por una regulación no acotada, comprensiva, abarcatória, amplia.

A mayor abundamiento, debe aclararse que no existe ningún obstáculo de orden constitucional que impida que el Proyecto regule las cuestiones de fondo, así como todas cuestiones procesales inclusive el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, por tratarse de una atribución cuya regulación le compete a la Nación, al gobierno federal.

Análisis del Art. 2. TRATADOS INTERNACIONALES.

Uno de los temas más interesantes, y ciertamente polémicos dentro de la disciplina del Derecho Internacional, es solucionar la delicada cuestión vinculada al problema de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, alcanzando su punto más álgido con el debate desatado entre los partidarios de la teoría dualista y los sostenedores de la teoría monista, distinguiéndose dentro de esta última corriente, el monismo con primacía del Derecho Internacional; el monismo con primacía del Derecho Interno y finalmente, la llamada teoría de la coordinación.

Esta cuestión se encuentra regulada, resuelta en el nivel constitucional en los artículos 31 y 75 incisos 22 y 24. En efecto, resulta conocida la importancia de la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto a la interpretación de estos preceptos.

La Constitución se enrola abiertamente en la doctrina monista con supremacía relativa del derecho internacional, por tanto se le reconoce jerarquía suprallegal, y por ende infraconstitucional, salvo el

rango constitucional reconocido a los instrumentos de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 CN o incorporados con posterioridad conforme las reglas establecidas en ella.

El artículo 2° del proyecto contempla el tema de la jerarquía normativa disponiendo que las disposiciones de los tratados internacionales vigentes tienen preeminencia, en sus respectivos ámbitos de aplicación, sobre las normas de este código en los términos de la Constitución Nacional.

Consideramos que la presente es una disposición de toda obviedad, quizá redundante. Ello por cuanto República Argentina tiene establecida la superioridad jerárquica de los tratados internacionales constitucionalmente. No obstante creemos oportuno que este artículo debe ser reelaborado, suprimiendo la frase final “ en los términos de la Constitución Nacional” ya que se estaría efectuando un reenvío legislativo interno a la Constitución Nacional sin determinar, ni precisar si dicha jerarquía debe estar vinculada con el Art. 31, el Art. 27 o en el Art. 75 incisos 22. y 24 de la CN.

Por lo tanto si lo que se pretende es superar el debate doctrinario, con este artículo de resultar sancionado, ello no se estaría logrando.

Por lo dicho, propiciamos la supresión de la expresión referida del artículo analizado Constitución Nacional” ya que se estaría efectuando un reenvío legislativo interno a la Constitución Nacional sin determinar, ni precisar si dicha jerarquía debe estar vinculada con el Art. 31, el Art. 27 o en el Art. 75 incisos 22. y 24 de la CN.

[33]La Ley 7 que adopta El Código de Derecho Internacional Privado fue publicado en la Gaceta Oficial Digital, Año CX Nro.27530 del jueves 8 de mayo del 2014, de la República de Panamá.

[34]Vid. BIOCCA, CARDENAS, BASZ. *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*. Primera Edición 1991. Última 2003. También FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte General y Especial*. Editorial Estudio. 2015.

[35]El legislador había incorporado, dentro de las disposiciones de Derecho Internacional Privado, un Capítulo relacionado con el “reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros”, que después no fue incorporado, probablemente para evitar cuestiones de orden constitucional con las Provincias. De todas maneras, cabe señalar, que la autora participa de la concepción amplia del objeto y del contenido del Derecho Internacional Privado, y resulta una ocasión desaprovechada no haber incluido como correspondía un capítulo dedicado a este tema.

[36] Estamos en este aspecto, siguiendo el excelente trabajo de la doctora PERUGINI ZANETTI, Alicia M. Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación 2012, El Derecho, 2011.

[37] El tratado es una manifestación de voluntades concordantes, un *consensus ad idem* formalizado por escrito. Sin instrumentos diplomáticos, sin documentos en que quede constancia del acuerdo, precisando su objeto y preconstituyendo su prueba no hay tratado. La Convención de Viena define al tratado como un acuerdo “regido por el Derecho Internacional” (art.2.1.a) lo cual implica que su objeto es la generación de obligaciones jurídicas, y de los derechos correspondientes, en ese orden. Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007. pp. 318 y 394.

[38] Esta posición amplia replantea la cuestión acerca de la prelación de fuentes en el Derecho Internacional Público a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

[39] Entre otros, se encuentra el Código Civil Alemán de 1986, reformado en el año 2009, dice en el artículo 3: “Las convenciones internacionales tienen prelación frente a las disposiciones de la presente ley, en tanto que ellas sean inmediatamente aplicables en derecho interno”, la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado de Italia de 1995, en el artículo 2 dice: “1. Las disposiciones de la presente ley no afectan la aplicación de los convenios internacionales en vigor para Italia.2. En la interpretación de tales convenios, se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de

su aplicación uniforme”.

[40] CIDIP II, sobre Normas Generales, Montevideo de 1979, artículo 1 y Convención de Viena sobre Tratado de los Tratados de 1969, artículo 27, ambas en vigor para la República Argentina.

[41] En este aspecto puntual, los integrantes de la Comisión, en su totalidad son Profesores de las más prestigiosas universidades de la República Argentina, tales como la UBA, la UC, entre otras. UZAL, María Elsa. *Proyecto de Ley de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio. Comentario crítico sobre el Libro VIII*. Del Derecho Internacional Privado, publicado en Microjuris, Doctrina 1379/ Ar, 2000, en su comentario al Libro VIII de 1998, manifestaba dudas acerca de la conveniencia de imponer normativamente, “la solución de una determinada postura doctrinaria o académica, cuando existen, en las diferentes cuestiones, posturas encontradas, con diversos enfoques capaces de elaborar y proporcionar otras soluciones enriquecedoras que, quizás, podrían permitir acceder a una más afinada valoración de justicia en una rama de derecho que, como pocas; exige la adaptabilidad y armonización, máxime en una etapa como la actual, de cambios incesantes y profundos, tanto en las formas como en los contenidos y procedimientos”.

Citar: eDial DC1FEC

Publicado el: 25/09/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina