

**“LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA EN MATERIA DE  
FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ANTE  
UNA NUEVA ETAPA A PARTIR DEL CODIGO CIVIL Y  
COMERCIAL DE LA NACION”**

*Por Sara L. Feldstein de Cárdenas<sup>1</sup>*

**I. INTRODUCCION**

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<sup>2</sup>.

En esta ocasión abordamos la cuestión de las fuentes en el Derecho Internacional Privado; partiendo de la idea que las normas que lo conforman, son, en primer lugar, las arquetípicas reglas de conflicto, normas indirectas, adjetivas, de colisión sean ellas neutras o materialmente

---

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Directora de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires, Doctora por la Universidad de Buenos Aires, Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del CASI y de la UNA. Investigadora Categoría I, y Directora desde 1994 de Proyectos de Investigación subsidiados por la Universidad de Buenos Aires. Este trabajo se enmarca dentro de los Proyectos:” ”Protección interamericana del consumidor transfronterizo especialmente el consumidor turístico en materia de contratación electrónica”, Plan UBACyT 2013/2016 y Proyecto de Investigación en Maestría, (PIM) 2014/2016), sobre: ”Bases de armonización legislativa en materia contractual, con especial referencia al consumidor transfronterizo”, subsidiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ta. Edición. Astrea, 1999, p.4. Para un comentario del 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 verse 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.

orientadas<sup>3</sup>; 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<sup>4</sup>.

Afortunadamente quedaron atrás aquellas concepciones que se resistieron por años a aceptar el abanico de normas que integran el derecho internacional privado y redujeron el estudio de esta disciplina al análisis de la estructura de la norma indirecta<sup>5</sup>. La identificación del Derecho Internacional Privado con la norma de conflicto, siempre atentó contra una concepción amplia, basada en el pluralismo metodológico, ya que no hay una razón convincente, ni práctica ni técnica, para limitar su objeto sólo a los conflictos de leyes, y menos aún a excluir de su esfera, a las normas directas, a las normas internacionalmente imperativas, a las normas de conflicto materialmente orientadas, en tanto reglamenten de manera adecuada las relaciones jurídicas con elementos de extranjería, ostensibles u ocultos, en las que intervenga por lo menos un interés privado. Dicho en otros términos, y poniendo énfasis en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el que desde el punto de vista metodológico se relativizan las técnicas tradicionales de reglamentación, mediante expedientes que

<sup>3</sup> Las normas de conflicto materialmente orientadas, a diferencia de las llamadas neutras, son aquellas en las que el legislador persigue un determinado resultado –defensa de la parte débil del contrato, protección del menor, *favor filii, favor divortii*, entre otros.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Vid. BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ. *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*. Editorial Universidad. 1991.

especializan, flexibilizan y orientan materialmente las respuestas jurídicas, y que presentan un valor y alcance muy dispares según el sector económico, patrimonial, de la persona o de la familia en que operan<sup>6</sup>.

Sabido resulta que 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

---

<sup>6</sup> Cfr. FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. *Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional privado. Balance y perspectivas de una década*. Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande. Presentación de la obra y de las Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado. Madrid (Vicálvaro), 4 y 5 de junio de 1993. Madrid, EUROLEX.

de protección, ya sea a cargo de los jueces ordinarios o, en su caso, de la jurisdicción constitucional<sup>7</sup>.

No puede olvidarse, que se ha alargado considerablemente el campo regulatorio del derecho internacional de modo tal, que existen normas cada vez más numerosas que se hacen indispensables para regular áreas que van desde la protección del medio ambiente, la cooperación judicial, al comercio multilateral, las telecomunicaciones, entre tantas otras. Esta suerte de proliferación tiene suficiente virtualidad como para que se generen conflictos normativos entre las normas internacionales que se relacionan íntimamente con el proceso de formación, la descentralización de la producción normativa, que han hecho experimentar un intenso proceso de fragmentación, acentuada por el avance de la globalización, del regionalismo, de la mundialización.

En la línea de Norberto Bobbio, puede pensarse que la coherencia no es condición de validez, pero es siempre una condición para el ordenamiento justo; las exigencias de certeza desaparecen si el intérprete puede, indistintamente, aplicar reglas contradictorias. Si dos normas antinómicas coexistieren, el ordenamiento jurídico no conseguiría garantizar ni la certidumbre, entendida como posibilidad de prever con exactitud las consecuencias de una conducta dada, ni la justicia, entendida como igual tratamiento entre aquellos que pertenecen a la misma categoría. Para aliviar estas inconsistencias el Profesor Erik Jayme, precisamente en el ámbito del

---

<sup>7</sup> Cfr. REMIRO BROTÓNS, Antonio. *Derecho Internacional*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 663.

Derecho Internacional Privado, propuso un método llamado “diálogo de las fuentes”, como uno de los posibles para superar las múltiples interacciones normativas.

Se trata, en pocas palabras, de aplicar simultáneamente, coherentemente las diversas fuentes del derecho internacional de modo de eliminar la norma incompatible solamente cuando se verifica que la contradicción que ella causa es insuperable. La coordinación flexible de las fuentes aspira a restablecer la coherencia al señalar complementariedades, convergencias. Por lo tanto, el mentado diálogo de las fuentes enfoca la totalidad de las normas internacionales tomando en consideración las particularidades de los subsistemas particulares, busca como resulta de toda obviedad, concebir al derecho internacional como un sistema en el cual la búsqueda de unidad no hace superar, desaparecer la singularidad de las partes que lo conforman<sup>8</sup>.

Ante este panorama parece atinado, con afán esclarecedor, que tratemos de mostrar sucintamente las etapas por las que ha transitado la jurisprudencia argentina, especialmente de la CSJN en materia de prelación de fuentes del Derecho Internacional Privado, teniendo en cuenta la posibilidad del inicio de una nueva etapa de esta evolución con la sanción y entrada en vigor en agosto del 2015 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que

---

<sup>8</sup> Sobre este tema, puede verse: FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte General y Especial*. Editorial Estudio. 2015.

precisamente encara el tema de las fuentes en el artículo 2594<sup>9</sup>. Ciertamente, tomando como punto de partida, las enseñanzas que el maestro de Heidelberg desarrollara en el Curso General de 1995 en la Academia de La Haya, quien enfatizara que “la pluralidad de las fuentes, propia del derecho posmoderno, requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico, esta es una condición para la eficiencia y la justicia en una época marcada por la tendencia de legislarse sobre las más variadas materias, muchas veces convergentes, tanto en el derecho interno como internacional”<sup>10</sup>.

## II. DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA<sup>11</sup>

La cuestión 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<sup>12</sup>: la dualista, monista y la de coordinación<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Vid. FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “La prelación de las fuentes del Derecho Internacional Privado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista Jurídica La Ley, Tomo 2015, E, diario del 22 de septiembre del 2015 y de la misma autora, “Las fuentes del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, [www.eldialjuridico.com](http://www.eldialjuridico.com) publicado en el Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, 25 de septiembre del 2015, Editorial Albremática, Argentina.

<sup>10</sup> JAYME, Erik “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en Recueil des Cours, Vol. 251, Leiden, 1995, p. 60/251.

<sup>11</sup> Puede ampliarse en: FELDSTEIN de CARDENAS, 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.

<sup>12</sup> Vid. FELDSTEIN de CARDENAS, 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

La reforma de 1994 de la Constitución Nacional, en verdad un acierto normativo, introdujo varias innovaciones trascendentes en lo que concierne a la relación entre derecho interno y derecho internacional, aun cuando resultado sabido que los artículos 27 y 31 de la Carta Magna no han sido modificados, atento 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<sup>14</sup>, 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 suprallegal pero infraconstitucional puesto que deben respetar los principios de derecho público constitucional

---

del 2015, Pp, 416. BECERRA RAMÍREZ, 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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".

(art. 27 CN). Seguidamente, jerarquizó, dándoles el mismo rango de la Constitución a once instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>15</sup>, que son "constitucionalizados"<sup>16</sup>, pero no incorporados a la Constitución Nacional. En efecto, gran parte de la doctrina ha señalado que tales instrumentos no son incorporados al texto de la Carta Magna, sino que "valen" como ella<sup>17</sup>, se encuentran en pie de igualdad, conforman junto con la Constitución Nacional el denominado "bloque de constitucionalidad"<sup>18</sup>.

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<sup>19</sup> y por Ley 25.778, a la Convención sobre la

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Cfr. BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 78.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad<sup>20</sup>.

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

---

<sup>20</sup> 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.

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 <sup>21 22</sup>.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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](http://www.academia.edu). Página visitada el 30 de septiembre de 2015 y de la misma

Simétricamente, la Constitución reformada otorga jerarquía supralegal a los tratados de integración y al derecho derivado siempre que se cumplan las condiciones prescriptas en el art. 75 inciso 24 CN<sup>23</sup>.

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<sup>24</sup>, en el cual nuestro más alto tribunal de justicia reconoció jerarquía supralegal 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<sup>25</sup>.

---

autora: "El conflicto de multiculturalidad en materia de familia: Réquiem para el Orden Público Internacional?", Primera y Segunda Parte. Publicados el 8 y el 10 de julio del 2015, en Microjuris S.A. [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com).

<sup>23</sup> 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".

<sup>24</sup> "Cafés La Virginia", CSJN, 10 de octubre de 1994, en *Fallos* 317:1282.

<sup>25</sup> 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

Sin embargo, resulta atinado señalar que 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 de 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.

A esta altura, cabe plantearse 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, característica que lo aleja de otros espacios integrados dado que las decisiones que se toman dependen

---

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”.

de los funcionarios de los Estados que reciben instrucciones de los gobiernos de turno<sup>26</sup>.

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 de 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"<sup>27</sup>.

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".

Se han transitado dentro del derecho argentino en materia de prelación de fuentes del derecho internacional privado, **una primera etapa**, entre 1953 y 1963, en que se interpretó el artículo 31 de la Constitución Nacional de

---

<sup>26</sup> Vid. FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. "La insostenible levedad del no ser del MERCOSUR", que puede verse en [www.academia.edu](http://www.academia.edu). De la misma autora: "El Mercosur: una mirada al futuro", publicado en Revista Urbe et Ius. Editorial Eudeba.

<sup>27</sup> "Cocchia, J. D., c/ Estado Nacional y otros/ acción de amparo", CSJN, 2 de diciembre de 1993, en Fallos 316:2624.

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, Ekmedjián, 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 el 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 “Ekmedkjián, 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 22 y 24 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.

Así, en el caso “**Sancor Cul (TF 18476-a) c/ DGA**”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, del 14 de septiembre 2006, afirmó que: “Resulta incontestable que, luego de la Reforma Constitucional de 1994, es evidente que los Tratados poseen jerarquía superior a las leyes, y lo que ellos establezcan, no puede ser violado por normas internas...Siendo que el Tratado de Asunción constituye un acuerdo de integración económica, jurídica y política, de alcance parcial en el marco de la ALADI, adecuado al GATT y encuadrado por las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como así también que, conforme las obligaciones que crea, se lo denomina “tratado - ley”, en razón de que imparte normas jurídicas

generales con poder de vigencia indefinida, los derechos y las obligaciones en él contenidas, son jurídicamente obligatorias para los Estados Partes desde su entrada en vigencia.”

“Es inconstitucional la resolución del Ministerio de Economía que fijó derechos de exportación para consumo adicionales del 10% para las mercaderías comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur — detalladas en las seis plantillas que como Anexo forman parte integrante de la mentada disposición— y 5% para las mercaderías comprendidas en la misma Nomenclatura —pero no consignadas en el Anexo— toda vez que implica una violación a una norma supra - legal suscripta por el Estado Nacional.”

“Resulta por demás evidente, que como principio básico del derecho, y conforme los diferentes niveles de validez de las normas a través de la llamada pirámide jurídica, si una ley no puede ir en contra de un tratado, todas las normas de menor jerarquía - entre ellas las resoluciones - menos aún.”

“Establecer derechos de exportación en los términos de la resolución dictada por el Ministerio de Economía, viola de forma directa lo establecido en el Preámbulo, artículo 1º y 5º del tratado de Asunción, ya que produce exactamente lo contrario a lo que la norma supralegal dispone; el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir la implementación del Tratado de Asunción.

“La resolución dictada por el Ministerio de Economía —que fijó derechos de exportación para consumo adicionales del 10% para las mercaderías

comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur no sólo viola el tratado de Asunción, sino que hace lo propio respecto a la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, principalmente en cuanto a los artículos 26 y 27, los que prescriben que deben cumplirse de buena fe y que, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

Por su parte en la Causa N° 15.799/2004, "**Sancor Cooperativa Unidas Ltda. (TF 18095 - A) c/DGA**" del 26 de marzo de 2008, el mismo tribunal consideró, en relación concretamente al Tratado de Asunción, señaló que “los derechos y las obligaciones en él contenidas, son jurídicamente obligatorios para los Estados Partes desde su entrada en vigencia. Que, resulta pertinente mencionar dos características que presenta el Tratado de Asunción -en lo que a esta causa resulta trascendente-, como ser la de un acuerdo marco y programático.

En cuanto a estos dos puntos se refiere, cabe señalar que respecto a la calificación de marco, debe establecerse que, si bien la parte sustancial del Tratado resulta así, debe distinguirse que en sus Anexos -parte integrante del mismo- se acuerdan políticas específicas y operativas que ponen en jaque tal consideración. Respecto a la nota de programático, debe resaltarse que la norma supra-legal establece un programa a cumplir a través de sus disposiciones.”

En el caso, el conflicto surge por la aplicación de la Resolución N° 11/02 del Ministerio de Economía, que fijó derechos de exportación para consumo adicionales del 10 % para las mercaderías comprendidas en la

Nomenclatura Común del Mercosur, detalladas en las seis planillas que como Anexo forman parte integrante de la mentada disposición, y 5 % para las mercaderías comprendidas en la misma Nomenclatura, pero no consignadas en el Anexo. En el caso de autos, se imponen los derechos indicados a las exportaciones de leche en polvo a los países de Brasil y Paraguay.

En consecuencia, la cuestión a resolver consiste en determinar si la resolución 11/02 resulta inconstitucional por violación a una norma supra-legal suscripta por el Estado Nacional; a tales efectos, se deberá establecer si un Tratado que no contiene expresamente la forma concreta de eliminación de derechos de exportación entre los países suscriptores, o dicho de otro modo, si un acuerdo (de rango superior a una ley) que no es operativo (en su totalidad) puede ser violado por una norma de carácter interno y unilateral por parte de un Estado, que contradiga, impida o dificulte lograr el objetivo (programa) buscado por aquél.

El tribunal declaró la inconstitucionalidad de la mentada norma por los siguientes motivos:

a) Como se desprende de lo resuelto por la C.S.J.N., no puede tolerarse constitucionalmente que se puede modificar un tratado por una ley y si así lo hiciera, ese acto violaría el principio de la jerarquía de las normas (art.31 de la C.N.) y por ende, sería inconstitucional. A mayor abundamiento, y conforme lo apuntado en el considerando V del presente, el más alto Tribunal destacó en numerosos precedentes que no se puede invocar normas de derecho interno que afecten las disposiciones de un tratado

internacional, puesto que los tratados están situados en jerarquía superior a las leyes (conf. C.SJ.N. in re: "Ejmekdjian c/Sofovich" sentencia del 7/7/92; "Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" del 7/7/93; "Gioldi Horacio D." del 7/4/95 entre otros).

b) Establecer derechos de exportación en los términos de la resolución 11/02, viola de forma directa lo establecido en el Preámbulo, artículo 1° Y 5° del Tratado de Asunción, ya que produce exactamente lo contrario a lo que la norma suprallegal dispone. En este sentido, conforme lo establecido por el Máximo Tribunal, el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir la implementación del Tratado de Asunción.

c) La circunstancia de que se trate de un supuesto Tratado llamado "marco", se ve claramente atenuada por el hecho de que, parte de sus disposiciones poseen normas operativas que establecen un régimen específico de desgravaciones (en este sentido ver el A.C.E. N° 18).

d) El fundamento de que la falta de compromiso expreso en cuanto a los derechos de exportación implica la posibilidad de establecerlos por argentina (esbozado por el Tribunal Fiscal) resulta claramente objetable, toda vez que, como advierte con agudeza la actora, de seguir tal lógica, el Tratado de Asunción debería expresamente incluir las miles de posiciones arancelarias existentes para que aquel se cumpla.

e) La resolución 11/02, no solo viola el Tratado de Asunción, sino que hace lo propio respecto a la Convención de Viena Sobre los Derechos de los Tratados, principalmente en cuanto a los artículos 26 y 27, los que prescriben que deben cumplirse de buena fe y que, un Estado no puede

invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

A su turno, en la Causa N° 18.551/2008, "**Muresco SA c/ EN -DGA- Resol. 1013/A|1015/08 Y 1078/08 (EX 13289- VRS/07) s/ Dirección General de Aduanas**", del 30 de junio de 2010, y en la Causa N° 21050-08, "**Whirlpool Argentina S.A. (TF 24128-A) c/DGA**", del 7 de julio del mismo año, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que el art. 1 del Tratado de Asunción es una norma programática, ya que requiere otra norma (sea ley en sentido formal, tratado o acuerdo de alcance parcial) que reglamente su ejercicio. Asimismo, se señaló que el art. 31 de la Convención de Viena establece que en la interpretación de los tratados internacionales se debe tener en cuenta la práctica seguida por las partes en su aplicación pues constituye la "prueba objetiva del acuerdo entre las partes en cuanto al sentido del tratado" y que, sobre el particular, la práctica en la materia muestra que el art. 1 del Tratado de Asunción, en cuanto establece la libre circulación de bienes y servicios, está sujeta a la reglamentación de los acuerdos de alcance parcial, en los que se estatuye cómo se interpretarán y aplicarán las normas aduaneras contenidas en los tratados internacionales y las pertenecientes a cada ordenamiento interno. Por otra parte, se puso de resalto que, según el art. 30.3 de la Convención de 1969, "cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado, ni su aplicación supeditada conforme el art. 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida

en que las disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior", es decir, que los acuerdos de alcance parcial limitan el alcance del Tratado de Asunción y, en consecuencia, ya por práctica ulterior aceptada entre las partes o por los acuerdos complementarios de aplicación parcial, la exportación e importación entre Argentina y Brasil se, rige por el Tratado de Asunción siempre que esté reglamentado por un acuerdo de alcance parcial que le dé plena aplicación.

Según el parecer del tribunal, el derecho tributario originario del MERCOSUR está conformado por el Tratado de Asunción y los Protocolos de Brasilia y Ouro Preto y sus Anexos (agrega el Protocolo de Olivos), tienen las mismas características que los tratados fundacionales de la Unión Europea, aunque no pueden asimilarse a una constitución frente al déficit; institucional del MERCOSUR, que "no es todavía una institución comunitaria o de integración". Son "tratados fundacionales", pero no en el mismo sentido jurídico-institucional que los que dieron vida a la Unión Europea. Se trata, más estrictamente, de "Tratados Marco", donde se establecen los mecanismos y parámetros esenciales para llegar a la formación de un mercado común entre las partes, aunque por una vía evolutiva y dinámica a la que los tratados solo otorgan ciertas bases institucionales flexibles.

Para la Argentina estos tratados gozan de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, aunque no sobre la Constitución Nacional. No se cumplen hasta el momento las condiciones de reciprocidad e igualdad exigidas por el art 75 inc. 24 de la CN, ya que no todas las constituciones

de los Estados miembros aseguran, de manera clara y suficiente, la misma jerarquía de los tratados de integración tal como lo hace la Constitución Argentina (conf. Cassagne, Juan C., (Dir.), Derecho Administrativo (homenaje a Miguel Marienhoff) Buenos Aires, 1998, LexisNexis nro. 1701/001026). En el Estado actual del MERCOSUR puede concluirse que la Decisión 21/2002 forma parte del derecho comunitario derivado, pero para tener carácter supranacional obligatorio debe ser adoptada por la legislación interna, por la falta de configuración de las condiciones previstas por el art. 75 inc. 24 de la Constitución Nacional.

En la Causa N° 23.631, “**Whirlpool Puntana S.A. c/DGA**”, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el 22 de noviembre de 2011 manifestó que no puede admitirse (desde el punto de vista constitucional) la imposición de derechos aduaneros agravantes de los existentes al tiempo de firmarse el Acuerdo de Asunción, aunque ello se base en una situación de emergencia, que -por cierto- resulta para nuestro país la regla y no la excepción.

Establecer derechos de exportación en los términos de la resolución 11/02, viola de forma directa lo establecido en el Preámbulo, artículo 1° y 5° del Tratado de Asunción, ya que produce exactamente lo contrario a lo que la norma suprallegal dispone. En este sentido, conforme lo ha dicho el Máximo Tribunal, el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir la implementación del Tratado de Asunción.

En virtud de lo expuesto, se resuelve hacer lugar al recurso de la actora, revocar la decisión apelada y, por ende, dejar sin efecto las resoluciones administrativas recurridas.

En el Expte. N° 19.020/2011, "**Dow Química Argentina SA (TF 28020-A) c/DGA**" del 16 de febrero de 2012, la Sala V de la misma Cámara expuso que la cuestión a elucidar en el caso de autos es si el establecimiento de derechos de exportación por parte de los Estados parte resulta violatorio del mencionado Tratado. En este punto, las disposiciones que a criterio de la recurrente estarían vulneradas como resultado de la exigencia de tales derechos son los artículos 1° y 5° de dicho instrumento internacional.

Cabe observar que no es materia de debate si el Tratado de Asunción tiene jerarquía supralegal, pues tal cuestión tiene una respuesta clara en el artículo 75 inciso 22 CN. Del mismo modo, idéntica jerarquía poseen las normas de derecho derivado, dictadas por los órganos del referido tratado (art. 75 inc. 24 CN). En cambio, en autos debe determinarse la inteligencia de algunas de sus cláusulas, en tanto se alega que ciertas normas de derecho interno (específicamente la Resolución N° 11/2002 del Ministerio de Economía) contradicen obligaciones asumidas por el Estado argentino en virtud de ese tratado.

“El Tratado de Asunción no establece, en forma inequívoca, la imposibilidad de que un Estado Parte imponga a los productos nacionales derechos de exportación, pues ello no es una obligación que surja expresamente de dicho instrumento internacional. En tal sentido, las

normas que menciona la actora apuntan a objetivos, respecto de los cuales los Estados Parte deben elegir los medios que estimen más adecuados para lograrlos. Evidentemente, el Tratado es claro en cuanto a la progresiva eliminación de los gravámenes a la importación de mercaderías (previéndose un cronograma a tal efecto), pero no se consagra en él una obligación jurídica de suprimir los derechos de exportación.”

“En efecto, el tratado cuya violación se aduce es un marco, que supone la adopción de acuerdos adicionales tendientes a concretar las metas previstas en él.”

Por otra parte, “debe tenerse en cuenta que uno de los principios del proceso de integración regional es el de reciprocidad (art. 2° del Tratado de Asunción). Este principio coexiste con los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, mencionados en el Preámbulo, a fin de lograr el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía.”

“En el caso, la mera invocación del objeto y fin del Tratado de Asunción (conforme surgen de su Preámbulo y de su Capítulo I) no puede suplir la ausencia de una norma que específicamente prohíba a los Estados Parte el establecimiento de los derechos de exportación.”

“Aun cuando pueda argüirse que es conveniente la supresión de los derechos de exportación para el desarrollo del proceso de integración, en el sub lite se trata de establecer si ellos son incompatibles con el propósito

perseguido por el Tratado de Asunción, teniendo para ello en cuenta el actual desarrollo del derecho comunitario del Mercosur. De otro modo, se estaría imponiendo unilateralmente, por acción de los tribunales internos, obligaciones que aún no han sido asumidas por los demás Estados Partes.”

En mérito a las consideraciones que anteceden, el Tribunal declaró improcedente la invocación del Tratado de Asunción a fin de invalidar las normas que establecen derechos de exportación de mercaderías hacia otros países del Mercosur.

En el Expte. N° 30.591/2011, "**Champion IB SA (TF 28432-A) c/DGA**", del 1 de marzo de 2012, el mismo tribunal de alzada destacó, nuevamente, que no es materia de debate si el Tratado de Asunción tiene jerarquía supralegal, debido a que esa cuestión tiene respuesta en lo prescripto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.-

Ahora bien, en el sub lite debe determinarse la inteligencia de algunas de sus cláusulas, en tanto se alega que ciertas normas de derecho interno (el Decreto N° 310/02, la Resolución [ex Ministerio de Economía e Infraestructura] N° 11/2002 y la Resolución M.E. N° 35/02) contradicen obligaciones asumidas por el Estado argentino en virtud del Tratado de Asunción, así como normas derivadas dictadas por órganos del Mercosur con capacidad decisoria (art. 2 del Protocolo citado).

A su turno, el Consejo del Mercado Común dictó la Decisión CMC N° 22/30 con fecha 29 de junio de 2000. Allí se destacó "la importancia de la libre circulación de bienes como elemento básico (...) para la conformación del mercado común postulado en el Tratado de Asunción" y la "necesidad

de acordar un plan de trabajo" para el tratamiento de las medidas existentes que fueran restrictivas del comercio entre los Estados Parte. Por ello, al tiempo que estableció, en su artículo 1o, que los Estados Parte no debían adoptar medidas restrictivas al comercio recíproco, previó que se elaborara un listado identificando las medidas de carácter impositivo, fiscal, aduanero, etc. vigentes al momento del dictado de la norma, y que limitaban el acceso a los mercados.

Según puede advertirse, “ni el Tratado de Asunción ni la invocada Decisión N° 22/00 del Consejo del Mercado Común permiten sostener que ellos determinan, en forma inmediata, la imposibilidad de que en los Estados Parte existan derechos de exportación aplicables a los productos nacionales, pues ello no es una obligación que surja expresamente de dicho instrumento internacional. En tal sentido, las normas que menciona la actora apuntan a objetivos, respecto de los cuales los Estados Parte deben elegir los medios que estimen más adecuados para logrados. Evidentemente, el Tratado es claro en cuanto a la progresiva eliminación de los gravámenes a la importación de mercaderías (previéndose un cronograma a tal efecto) y la decisión del Consejo del Mercado Común, si bien establece que no se debe restringir el comercio recíproco, no consagra una obligación jurídica inmediata de suprimir los derechos de exportación, sino que ello debe alcanzarse a través de las vías institucionales que establecen las normas primarias y secundarias del Mercosur.”

Por lo tanto, no se pueden inferir obligaciones concretas para los Estados Parte a partir de los objetivos enunciados en el Tratado de Asunción, al

menos en materia de derechos de exportación. Ello, toda vez que tales objetivos, contenidos en el Capítulo I del Tratado, permiten al intérprete dar sentido a las obligaciones concretas previstas en otras cláusulas o en acuerdos que complementan a aquél, teniendo en cuenta que los tratados internacionales deben interpretarse de buena fe, considerando, entre otros aspectos, su objeto y fin (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados).

Asimismo, a ello cabe añadir que “el Consejo del Mercado Común, cuya Decisión N° 22/00 ha sido citada como fundamento de la postura de la recurrente, no es un órgano en el que se hayan delegado competencias específicas en los términos del artículo 75 inciso 24 de la Constitución Nacional. En caso de aceptarse este criterio, habría que considerar que el Estado argentino ha abdicado de la facultad de establecer derechos aduaneros previstos en el artículo 75 inciso 1° de la ley fundamental. Si bien ello es jurídicamente posible, no cabe inferir que se haya efectuado una delegación de facultades en el Protocolo de Ouro Preto a favor de ese órgano del Mercosur, al menos sin un fundamento normativo expreso (esta Sala, in re "Urdega SA c/ EN - DGA - Resol 1833/08 34/09 s/ Dirección General DE Aduanas" del 28/10/2010).”

En mérito a tales consideraciones, el tribunal declaró improcedente la invocación del Tratado de Asunción y de decisiones de los órganos del Mercosur a fin de invalidar las normas que establecen derechos de exportación de mercaderías hacia otros países de dicho espacio económico.

Según podemos apreciar, si bien nuestros tribunales reconocen uniformemente la jerarquía superior de los tratados de integración frente a las leyes internas, no siempre se terminan aplicando sus normas porque en algunas sentencias se ha interpretado que no son operativas y que no crean obligaciones jurídicas concretas para los Estados partes.

### **III. EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION<sup>28</sup>**

La cuestión que nos convoca se encuentra regulada en la fuente interna a partir de agosto del 2015, en el Capítulo I del Título IV del Libro VI del Código (CCCN), titulado “Disposiciones Generales” el cual incluye las normas que pueden ser consideradas fundamentales dentro de las denominadas Disposiciones Generales de Derecho Internacional Privado.

Se trata de un conjunto de reglas técnicas destinadas a los operadores jurídicos cuando se encuentran ante una cuestión, un asunto que encierre una relación jurídica con elementos extranjeros en la que aparece por lo menos un interés privado.

Y así pues, abriendo el Título IV del Libro VI el artículo 2594 establece el orden de prelación de las fuentes de Derecho Internacional Privado y resuelve en un código de fondo la histórica controversia sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, entre tratado y la ley

---

<sup>28</sup> El Poder Ejecutivo por Decreto 191 del 23 de febrero de 2011, creó la Comisión de Reforma integrada por los Doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci. Para colaborar en la elaboración de las normas relativas al Derecho Internacional Privado fueron convocados los doctores Adriana Dreyzin de Klor, Marcelo Iñiguez, María Susana Najurieta y María Elsa Uzal. La aprobación del Código se ha dado por Ley 26994, sancionada el 1 de octubre de 2014, y promulgada el 7 de octubre del 2014 y publicada en el B.O. 8/10/2014.

interna, dándole primacía a las fuentes internacionales.

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 “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”.

Se consagra la superioridad jerárquica del tratado internacional por encima de la ley interna, es decir, el legislador adhiere a la teoría del monismo con supremacía relativa del derecho internacional, estableciendo que el tratado se encuentra en una situación infraconstitucional aunque supralegal.

Para ser comprendida la norma en análisis, tiene que ser leída conjuntamente con el artículo 1 del CCCN que en materia de fuentes del mismo texto normativo establece: “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 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”. Precisamente, la mención a los tratados de derechos humanos, en el inicio del cuerpo legal bajo estudio,

denota la preocupación del legislador argentino por alinearse definitivamente dentro de llamada “constitucionalización del derecho privado”, estableciendo “una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado”<sup>29</sup>.

En este entendimiento se expresa en los Fundamentos que parten del principio que “los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes”. Y se destaca en primer lugar a la ley”, considerando que “de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión *contra legem* que origina litigiosidad innecesaria”.

Con relación al texto del artículo 2594, a pesar de las observaciones que pueda merecer en la terminología expresada, se trata de una disposición que cumple su cometido al aportar algunas pautas técnicas encaminadas a los operadores jurídicos, a los magistrados lo cual es loable si se atiende a su nada desdeñable función docente<sup>30</sup>.

Refiriéndose al Libro VIII sobre Disposiciones de Derecho Internacional Privado de 1998, parte de la doctrina sostuvo que el Título I “en realidad no son sino soluciones doctrinarias que las autoras adoptan frente a los diversos problemas que constituyen la parte general del Derecho

---

<sup>29</sup> De los Fundamentos del Código Civil y Comercial sancionado.

<sup>30</sup> Vid. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. “La prelación de las fuentes en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en el Diario La Ley, Tomo 2015, E, diario del 22 de septiembre del 2015. También de la misma autora “Las fuentes del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, suplemento de derecho internacional privado y de la integración, [www.eldialjuridico.com](http://www.eldialjuridico.com), ejemplar de septiembre de 2015. En estos trabajos me he explayado sobre el artículo 2594, cuando emplea términos inapropiados por su ambigüedad, por su imprecisión.

Internacional Privado, en el tratamiento académico de la cátedra universitaria. Plantea serias dudas que quepa fijar e 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, podrán permitir acceder a una más afinada valoración de justicia en una rama del derecho que, como pocas, exige de 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...”<sup>31</sup>.

Está claro como el agua, que a partir de agosto del 2015 en la hipótesis que

<sup>31</sup> Vid. UZAL, María E. “Comentario crítico sobre el Libro VIII del Derecho Internacional Privado”, publicado en *El Derecho* 188-1143. La autora de este último trabajo, y miembro de la Comisión que se ocupara de redactar el Título IV del Libro VI junto a otros prestigiosos juristas, parece haber cambiado de perspectiva respecto a la opinión vertida aquí sobre los temas de reenvío, fraude, aplicación del derecho extranjero, cuando además refiriéndose al reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros dijo y cito: “...Entendemos que esta exclusión resulta desacertada pues, fijar la procedencia del reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos extranjeros constituye cuestión que delimita un aspecto del ámbito de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a pronunciamientos de autoridades de Estados extranjeros y es el modo de ejercer una parte de las facultades de control dentro del ámbito de la soberanía jurisdiccional propia. Encaradas estas facultades de este modo y con este rango, la fijación de las pautas a las que debe sujetarse el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros han de considerarse facultad delegada por las Provincias en el Congreso de la Nación, ya que participa de la naturaleza federal reconocida por nuestra Corte Suprema a las normas de jurisdicción internacional (véase: Fallos, 308:2638 y sigtes. Caso ‘Méndez Vallés vs. A.M. Pescio, S.C.A.’). En efecto, son facultades exclusivas del gobierno federal: el dictado de los códigos y leyes de fondo (CN, art. 75, inc. 12), arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación (CN, art. 75, inc.15) y celebrar, aprobar y rechazar tratados con otras naciones (CN, arts. 75, incs. 22 y 99, inc.11), etc. Y la CN, art. 75, inc. 32, autoriza al poder legislativo a ‘hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes’ y todos los otros concedidos al gobierno de la Nación’, es decir, le concede los poderes implícitos, indispensables para el ejercicio de facultades expresamente delegadas, dentro de los cuales ha de considerarse comprendido el dictado de las disposiciones que se analizan...”.

el aplicador del derecho se encuentre al momento de tomar su decisión, en la disyuntiva de resolver la cuestión que pende ante sí, entre un tratado y una ley interna, deberá saber que el legislador argentino ha consagrado en el código de fondo en el Código Civil y Comercial de la Nación y ésta es realmente una alteración legislativa, la preeminencia de la fuente convencional por encima de la fuente interna, con excepción de la Constitución Nacional. Y como es de toda obviedad, no solamente sabrán a qué atenerse los jueces, sino todas las demás personas, cuando todavía no exista un “caso”, aún antes del estallido de una controversia que pudiere nunca llegar a producirse.

#### **IV. A MODO DE COLOFÓN**

- 1) El área del Derecho Internacional Privado no ha podido desatender las transformaciones de la sociedad posmoderna, y esta rama del derecho ha sido impregnada, iluminada por los tratados de derechos humanos que se erigen en una fuente de permanente inspiración, de interpretación.
- 2) Resulta innegable, la importancia que reviste el conocimiento de la evolución de la jurisprudencia en materia de fuentes sobre todo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina en materia de prelación de las fuentes de Derecho Internacional Privado. Su estudio puede contribuir para que los operadores jurídicos tengan certeza acerca del derecho aplicable cuando

coexisten en el sistema normativo las fuentes convencionales y las fuentes internas. Podrán saber, confirmar qué fuente tiene preeminencia en el sistema de Derecho Internacional Privado argentino.

- 3) Se ha podido verificar, por ser hitos jurisprudenciales, la existencia de distintas etapas, que van desde la aceptación del monismo con supremacía del derecho internacional absoluto, esto es, el tratado por encima inclusive de la propia Constitución Nacional, pasando por la paridad entre el tratado y la ley interna, hasta llegar a la adopción de la teoría del monismo con supremacía relativa del derecho internacional que es la doctrina jurisprudencial y legislativa actual (Artículos 75 incisos 22 y 24 de la CN, el Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1979 (fuente convencional) y en el Código Civil y Comercial de la Nación (artículos 2594 y 1 de dicho texto normativo).
- 4) Con respecto a la disposición analizada del artículo 2594, si bien hago en general una valoración positiva por el esfuerzo que implicara su elaboración, no puedo desconocer que algunas cuestiones puntuales podrían haber gozado de mayor precisión. Más allá de los aciertos y errores de una obra humana, en verdad siempre perfectible, no se puede negar que resulta crucial contar con un instrumento debidamente sistematizado que recoja las tendencias

modernas en el derecho comparado en el área del Derecho Internacional Privado.

- 5) Por todo lo cual, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación puede vislumbrarse que en materia de interpretación jurisprudencial de las fuentes del Derecho Internacional Privado se abre una nueva etapa, la cuarta, en la que debería primar aquello que dice "...La honestidad es la mejor política, incluso en las sentencias judiciales"<sup>32</sup>,

---

<sup>32</sup> JUENGER, F. K. *Derecho Internacional Privado y justicia material*. Traducción Diego FERNANDEZ ARROYO, México, Porrúa. Universidad Iberoamericana. 2006.