CONSTITUCIÓN NACIONAL Y JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

*Zlata Drnas de Clément**

Introducción

Ya la Constitución Nacional de 1853 ha consagrado, en el Artículo 31, el carácter de “ley suprema” de los tratados internacionales, aún cuando su ubicación jerárquica normativa debía dilucidarse a la luz del sistema jurídico argentino, incluidos *i.a.* los artículos 27 y 67 de la misma Constitución¹. La reforma de la Carta Magna argentina, realizada en 1994, ha establecido de modo explícito que los tratados internacionales son superiores a las leyes nacionales y que determinados tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos poseen jerarquía constitucional o pueden, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, alcanzarla (Art. 75).

Sin embargo, para determinar la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho interno, no podemos basarnos en consideraciones fundadas sólo en el derecho argentino. Debemos tomar en cuenta ciertos aspectos sustantivos del Derecho internacional que determinan la jerarquía de los tratados entre sí², los que deben ser interpretados en el contexto del derecho internacional como un todo³, aspecto contemplado de modo implícito por el Art. 75 de la CN y relevante para el abogado, el magistrado, el jurista, a la hora de invocar derechos u obligaciones fundados en un tratado internacional.

Por ello, en este trabajo, nos proponemos analizar aspectos relativos a la jerarquía de los tratados entre sí de conformidad al Derecho internacional, observando en particular

¹-V. REY CARO, E. J.- “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Consideraciones sobre la Reforma Constitucional”, en REY CARO, E. J. *et al.*- *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, Lerner, Córdoba, 1995, pp. 11-60.

²-Es decir, no habremos de ocuparnos de la jerarquía de los tratados en relación a las leyes nacionales o a la Constitución.

³-Cançado Trindade, en calidad de Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en voto concurrente, en la Opinión Consultiva relativa al *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos (OC-16 de 1 de octubre de 1999), ha recordado que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico vigente”.

cuestiones vinculadas al sistema de organización internacional (I), a la superioridad o inferioridad de una norma de conformidad a la posición doctrinaria o tipología del discurso jurídico (II), al contenido sustantivo de los tratados (III), a cuestiones formales de vigencia, validez y aplicabilidad de los tratados (IV).

I. Jerarquía de los tratados en base al sistema de organización internacional

La Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945) se halla en la cúspide del orden jerárquico de los tratados internacionales ya que su Artículo 103 dispone que en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta y sus obligaciones en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las disposiciones de la Carta. La Organización de Naciones Unidas constituye una organización internacional de alcance universal tanto por el número de miembros que la conforman⁴ como por sus propósitos. Tal relación ha consagrado lo que se dio en denominar la “constitucionalidad” o “supralegalidad” de la Carta de las Naciones Unidas en relación a otros tratados⁵.

Se ha discutido largamente si la expresión “obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la (...) Carta”, abarca las medidas colectivas adoptadas por los órganos y organismos de la ONU. También se ha tratado el problema relativo a quién compete declarar la incompatibilidad de una disposición de la Carta con otros acuerdos y mediante qué procedimiento. Algunos doctrinarios han entendido que corresponde a la Asamblea General o a la Corte Internacional de Justicia⁶.

Esta jerarquía de la Carta de las Naciones Unidas se ha invocado ante la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto Relativo a Cuestiones de Interpretación de la Convención de Montreal de 1971 Resultantes del Incidente Aéreo de Lockerbie - Excepciones Preliminares*, habiéndose alegado la inadmisibilidad de la demanda de Libia basada en la

⁴-191 Estados a la fecha de redacción de este trabajo (abril de 2003).

⁵-COT, J.-P. y PELLET, A.- *La Charte des Nations Unies. Commentaires Article par Article*, Economica, Paris, 1995, p. 1381 y ss.

⁶-*Ibidem*.

Convención de Montreal por ser incompatible con las obligaciones emergentes de resoluciones del Consejo de Seguridad y del juego de los Arts. 25 y 103 de la Carta de Naciones Unidas⁷.

También la CIJ se vio llamada a pronunciarse sobre la cuestión en el *Asunto Relativo a las Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*. Así, en la sentencia de 26 de noviembre de 1984, señaló que “todos los acuerdos regionales, bilaterales e incluso multilaterales que las Partes en el presente asunto hubiesen podido concluir en materia de solución de controversias o de jurisdicción de la CIJ están subordinadas al Art. 103 de la Carta de UN (...)”⁸.

Con anterioridad, el Pacto de la Sociedad de Naciones, en su Art. 20, también había establecido la supremacía del Pacto en relación a otros tratados al señalar que “los Miembros de la Liga reconocen, cada uno en lo que le concierne, que el presente Pacto abroga todas las obligaciones e inteligencias *inter se*, incompatibles con sus términos, y se comprometen solemnemente a no celebrar en el futuro ningún compromiso de esa índole (...)”.

En el marco institucional de la Carta de las Naciones Unidas actúan organizaciones regionales como la Organización de Estados Americanos, la Organización de la Unión Africana, las que se ocupan de problemas regionales en general, como también de cuestiones específicas, tales como aspectos económicos, políticos, militares. Por la naturaleza misma de esos entes, una serie de acuerdos internacionales deben ser interpretados como parte del cumplimiento de los objetivos de esos sujetos regionales.

Se ha solido afirmar que la Organización Mundial del Comercio (OMC) es para el comercio internacional lo que las Naciones Unidas para las relaciones políticas entre los Estados. Ello, dado que la OMC es la única entidad mundial que se ocupa del comercio mundial con alcance universal⁹, estando sus normas en la base de otros instrumentos convencionales internacionales, muchos de ellos relativos a procesos de integración¹⁰, como por ejemplo, MERCOSUR, CE, etc.

⁷-*CIJ Recueil 1992*, párrafo 50.

⁸-*CIJ Recueil 1984*, p. 440.

⁹-Debe recordarse que en la Ronda Uruguay, los Estados Partes del GATT de 1947 decidieron crear la Organización Mundial de Comercio y renovar al GATT (GATT 1994). Tal como lo señala el Acuerdo de Marrakech en su Art. II, la OMC es el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales a nivel planetario.

¹⁰-Ya se trate de áreas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, integraciones económicas plenas u otra modalidad integrativa.

Incluso, varios acuerdos de integración subregional se insertan en otros tratados de integración como Acuerdos de Complementación Económica, tal el caso de los acuerdos de la Comunidad Andina de Naciones y del MERCOSUR en el sistema de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Además, en los modelos comunitarios aparecen otras cuestiones jerárquicas, las que han quedado claramente establecidas en el *Laudo del MERCOSUR sobre Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco*, el que dispone que “(...) las obligaciones han de ser analizadas e interpretadas (...) como medios apropiados para alcanzar los fines comunes convenidos (...)”¹¹. “El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido. Es que no se trata de ‘un derecho acabado’ (...), sino de un proceso dinámico, dentro de una realidad en cambio. El método teleológico (...) procura garantizar que las normas “sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración (...)”. “(E)n estos instrumentos internacionales existe “la vocación común de extraer la plenitud de los efectos buscados” y derivar de los textos “todas las consecuencias razonables”¹². “Apreciación que vale no sólo para las formas institucionales más avanzadas y profundas con elementos de supranacionalidad sino también para las demás, incluso cuando los parámetros son todavía tenues. Los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración sino una guía concreta para la interpretación y para la acción. Aun sin llegar a una aplicación absoluta de la regla (...) “in dubio pro communitate”, y en tanto no haya contradicción con textos expresos, la interpretación de las disposiciones en un conjunto normativo cuyo fin es la integración debe guiarse por este propósito y hacerlo posible. Especialmente pertinente resulta este criterio cuando se presentan situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos en parte de la estructura jurídica y se hace necesario colmar las

¹¹-Párrafo 56.

¹²-Párrafo 57.

insuficiencias (...)”¹³.

A veces, algunos tratados señalan directamente su prevalencia en relación a otros. Así, la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar de 1982, en su Art. 311.1. dispone que: “Esta Convención prevalecerá en las relaciones entre los Estados Partes sobre las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 29 de abril de 1958”. Ello aparece como aplicable no sólo en base a la norma positiva sino en virtud de un principio general de derecho de carácter procesal (ley posterior deroga la anterior), resultando en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 30 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986.

También en relación al Derecho del Mar, es de recordar lo establecido en el Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de 1982, el que establece en el Art. 2.1. que, en caso de discrepancia entre el Acuerdo y la Convención prevalecerán las disposiciones del Acuerdo, aún cuando en este caso no es aplicable el principio “ley posterior deroga la anterior” ya que la Convención no había entrado en vigor al momento de la adopción del Acuerdo. Ello es válido en este caso aún cuando para la determinación de la condición de “tratado posterior” ha de tomarse en cuenta la adopción del tratado y no la entrada en vigor¹⁴.

Se ha destacable también la posibilidad de conflictos de jerarquía entre el Protocolo sobre Bioseguridad de 2000 (posterior en el tiempo) y los denominados “Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio”, vg, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio, el Acuerdo sobre Agricultura¹⁵.

2. Jerarquía de los tratados en base a la tipología del discurso jurídico

Las distintas posiciones doctrinarias del Derecho internacional han adjudicado prevalencia a uno u otro tipo de norma de conformidad a su percepción de los fundamentos del

¹³-Párrafo 58.

¹⁴-V. DE LA GUARDIA. E.- *Derecho de los Tratados Internacionales*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 212.

¹⁵-V. SAFRIN, S.-“Notes and Comments. Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, N° 3, July 2002, pp. 606-628.

derecho. Tal como señala Truyol y Serra, “[...] la solución dada a la jerarquía de las fuentes del derecho internacional público depende de la concepción de su naturaleza y su fundamento”¹⁶.

Según la escuela del Derecho Natural, en todas sus vertientes, los principios del derechos son universales, eternos, constituyendo la “recta lex, constans sempiterna”. Se ha señalado que el derecho natural nutre al derecho positivo como la sangre al cuerpo, que el derecho natural es un derecho positivo en potencia, que el derecho positivo se construye sobre él, que el derecho positivo sólo es exigible en la medida que no contradiga elementos objetivos de moralidad o razonabilidad. Así, los jusnaturalistas han privilegiado como fuente normativa a los principios generales del derecho y a la costumbre frente a los tratados o convenciones internacionales.

La escuela del Positivismo Jurídico en sus distintas corrientes teóricas ha basado el derecho en su concreción positiva, alejándola del elemento axiológico, histórico y metafísico, poniendo en lugar privilegiado a los acuerdos internacionales concertados libremente, fruto del entendimiento concreto entre Estados u otros sujetos internacionales. No obstante, la mayoría de los positivistas ha aceptado, de una manera u otra la existencia de limitaciones a la voluntad de los Estados a la hora de concluir tratados, basadas en la necesidad de “licitud” del objeto del acuerdo¹⁷.

El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) -al igual que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)¹⁸-, con especial cuidado, ha evitado en su Art. 38 cualquier referencia a la jerarquía entre las fuentes normativas. El Proyecto de Estatuto de la CPJI eliminó la frase: “en el siguiente orden de prelación” y, además, en ambos estatutos, se ha utilizado letras del alfabeto para enunciar las distintas fuentes, evitando el uso de números ordinales que hubiesen podido connotar un enunciado jerárquico¹⁹. No obstante ello,

¹⁶-TRUYOL Y SERRA, A.- “Théorie du Droit International Public. Cours Général”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, 173, 1981-IV, p. 257.

¹⁷-V. *infra* “Jerarquía normativa en base al contenido sustantivo de los tratados”.

¹⁸-El Estatuto de la CIJ reproduce casi en su totalidad al Estatuto de la CPJI de 1920.

¹⁹-También la doctrina es mayoritariamente conteste en considerar que no es posible “a priori” e “in abstracto” dar primacía a una u otra fuente principal del derecho internacional (tratados, costumbre, principios generales del derecho).

la CPJI y la CIJ, al igual que parte mayoritaria de la doctrina, han reconocido jerarquías entre las distintas fuentes del derecho internacional.

Así, la CPJI, en el *Asunto Relativo a los Decretos de Nacionalidad Promulgados en Túnez y Marruecos*, ha señalado que “[...]la soberanía legislativa de los Estados²⁰ [...] no es ilimitada sino una competencia en los límites trazados por el derecho internacional”²¹ ²². La CIJ, *i.a.* en el *Asunto Relativo al Estrecho de Corfú* ha colocado en una posición jerárquica superior a los principios que constituyen “consideraciones elementales de humanidad”²³. En el dictamen relativo a las *Reservas a la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio*, ha hecho referencia a “los principios reconocidos por las naciones civilizadas obligatorios para todos los Estados, incluso al margen del vínculo convencional”²⁴. En el dictamen relativo a *Namibia* ha establecido que “el principio general del derecho [...] existe de una manera inherente incluso cuando no ha sido expresado”²⁵.

De la Guardia ha entendido que, desde el punto de vista la fundamentación normativa, el orden jerárquico es: 1º) los principios generales del derecho, 2º) la costumbre y 3º) los tratados. Ello, dado que la costumbre es la fuente original y más antigua del derecho internacional, originándose instituciones jurídicas fundamentales, como las relativas al derecho del mar, el comercio, la guerra, el derecho diplomático y consular antes de toda convención en la materia, e incluso, antes de la aparición misma del Estado soberano. Trae a la memoria lo expresado por Oppenheim y Verdross en relación a la jerarquía de las normas internacionales:

“Por oposición a la regla concerniente a la costumbre, que tiene el carácter de regla primitiva (o fundamental) en la producción jurídica, la regla concerniente al acuerdo es

²⁰-Si bien la referencia es al derecho interno, la apreciación -atento a sus fundamentos- es válida para el internacional.

²¹-*CPJI, Avis 11*, p. 12.

²²-Ello ha llevado a Verdross a considerar que la posición significaba consagrar a la comunidad internacional como instancia suprema en la pirámide de autoridades temporales, jurídicamente ilimitada, pero al mismo tiempo, implicaba reconocer que esa comunidad estaba sometida a las reglas de la humanidad y de la justicia. (VERDROSS, A.- “Le Fondement du Droit International”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 16, 1927-I, p. 257 y ss.).

²³-*CIJ Recueil 1949*, p. 22.

²⁴-*CIJ Recueil 1951*, p. 23.

²⁵-*CIJ Recueil 1971*, p. 48.

una regla de la producción jurídica que tiene el carácter de norma secundaria, porque se origina en un procedimiento creado, a su vez, por la norma primaria”(Oppenheim).

“Se considera a los principios generales ya no como mera fuente sino como la base de la fundamentación jurídica del derecho internacional” (Verdross)²⁶⁻²⁷.

Es de tomar en consideración en relación a la cuestión de la jerarquía de las normas por su tipo, la sutil observación de Weil en relación al Derecho internacional como particularidad jurídica:

“Nadie puede ignorar que ni el fundamento ni la justificación última del Derecho internacional pueden encontrarse al interior del sistema de normas en sí mismo. (...). (Sin embargo) sin la aproximación positivista, la neutralidad del Derecho internacional, esencial a su función de coordinación entre entidades iguales y heterogéneas, correría, hoy al igual que ayer, el mayor de los peligros”²⁸.

3. Jerarquía de los tratados en base a su contenido

Si bien este tipo de supremacía normativa implica cierta forma de moral naturalista²⁹, tanto la práctica de los Estados como la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han reconocido la supremacía de ciertos tratados en virtud de su contenido, básicamente, los relativos a derechos humanos fundamentales, derecho humanitario y normas de *jus cogens*³⁰.

Incluso, el denominado “príncipe del positivismo”, Anzilotti, ha señalado que “la voluntad de los Estados no puede querer ni una cosa materialmente imposible (imposibilidad natural) ni una cosa prohibida por el derecho (ilicitud o imposibilidad jurídica) que comprende también el caso del acto inmoral, porque los preceptos de la ética adquieren pertinencia

²⁶-DE LA GUARDIA, E.- *Op. Cit.*, pp. 46-47.

²⁷-V. *infra* Punto 3.

²⁸-WEIL, P.- *Écrits de Droit International*, Doctrine Juridique PUF, París, 2000, p. 30.

²⁹-V. KOSKENNIEMI, M.- “Hierarchy in International Law: A Sketch”, *European Journal of International Law*, Vol. 8, N° 4.

³⁰-Debe tenerse presente que ciertos derechos humanos fundamentales y ciertas normas de derecho internacional humanitario forman parte de las normas de *jus cogens*.

jurídica en la medida que esos preceptos son asumidos expresa o tácitamente por el derecho”³¹.

Kaufmann, ha entendido que en los casos en que una convención estuviera en contradicción con los principios supralegales de las buenas costumbres, un juez podría rechazar la aplicación de una convención internacional³².

Los Jueces Van Eyssinga y Schücking en el *Asunto Oscar Chinn* (CPJI, sentencia de 12 de diciembre de 1934), han señalado que “[...] jamás la Corte aplicaría una convención cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres”³³.

Kelsen, por su parte, señaló que: “El poder del Estado para concluir tratados según el derecho internacional general es, en principio, ilimitado. Los Estados son competentes para celebrar tratados sobre cualquier materia que deseen, pero el contenido del tratado no debe estar en conflicto con una norma del derecho internacional general que tenga el carácter de *jus cogens*”³⁴.

En lo que hace a los *derechos humanos* Cançado Trindade en el fallo de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, citado *supra*, recordó que al jerarquizar a los derechos humanos fundamentales “estamos, pues, ante un fenómeno más profundo que el recurso tan sólo y *per se* a reglas y métodos de interpretación de tratados. El enlace entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos da testimonio del reconocimiento de la centralidad, en este nuevo *corpus juris*, de los derechos humanos universales, lo que corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos”. “Con la desmistificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la aserción de la idea de

³¹-ANZILOTTI, D.- *Cours de Droit International Public*, Sirey, París, 1929, T. 1. Cf. DE LA GUARDIA, E. *Op. Cit.*, p. 81.

³²-KAUFMANN- “Regles Générales du Droit de la Paix”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit de La Haye*, 1935-IV, p. 497 y ss.

³³-CPJI, *Serie A/B*, N° 63, pp. 149-150.

³⁴-KELSEN, H.. *Principles of International Law*, Rinehart & Co. Inc., New York, 1952/1956, pp. 332 y 323. Cf. nuestro trabajo *Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Jus Cogens). Dimensión Sustancial*, en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Coord.)- *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Prof. Ernesto J. Rey Caro*, Lerner, Córdoba, 2002.

una justicia objetiva”. En el mismo fallo recordó que la sentencia de la CIJ en el *Asunto Relativo a los Rehenes (Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos) en Teherán* (Estados Unidos *versus* Irán), en las medidas provisionales de protección ordenadas el 15 de diciembre de 1979, señaló que ningún Estado puede dejar de reconocer la existencia de “obligaciones imperativas”. Asimismo hizo presente su voto concurrente en el caso *Castillo Petruzzi versus Perú* (excepciones preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998) en la que designó *cláusulas pétreas* a las relativas a la protección internacional de los derechos humanos (párrafo 36). Ello es acorde a la tesis humanista desarrollada tras la Segunda Guerra Mundial la que establece limitaciones a la libertad de los Estados en defensa de derechos fundamentales de la persona humana tanto en tiempos de guerra como tiempos de paz.

Asimismo, es de tener en cuenta que, incluso en el caso de reservas a los tratados sobre derechos humanos, que pudieran ser contrarias al objeto y fin del tratado se observan distintas posiciones interpretativas. Una de las más duras considera que la reserva es inválida y que el Estado queda vinculado al tratado incluyendo la cláusula observada³⁵.

En relación al *derecho internacional humanitario*, es de recordar que, a través de la historia, han sido condenados ciertos actos inhumanos cometidos en el transcurso de conflictos armados, no admitiéndose acuerdo en contrario. Tal el caso del genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra propiamente dichos³⁶.

Entre las normas de *jus cogens*, ajenas a la protección de derechos fundamentales del hombre o al derecho internacional humanitario se reconocen la proscripción de la agresión armada, la dominación colonial por la fuerza, la contaminación deliberada, masiva de la atmósfera y de los mares.

Tal como lo señalara Thierry, las normas de *jus cogens*, son normas consuetudinarias o principios generales del derecho, aún cuando puedan estar contenidas en normas

³⁵-V. GOODMAN, R.- “Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, N° 3, July 2002, pp. 531-560.

³⁶-V. nuestros trabajos “El Principio de Complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias Sistémicas”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2002; “Algunas Consideraciones sobre Jurisdicción Nacional e Internacional en Caso de Violación de los Derechos Humanos”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. X, 2000 y “Jurisdicción Internacional Penal”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 2, N° 4, Año 1997.

convencionales³⁷. Tal el caso *i.a.* de ciertas disposiciones de diversas convenciones en materia de derechos humanos, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 en cuestiones de infracciones graves al derecho internacional humanitario, de la Carta de Naciones Unidas en materia de agresión, etc.

En la sentencia de la CIJ en el *Asunto Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, ha dictaminado que “la validez en derecho consuetudinario del principio de prohibición del uso de la fuerza expresado en el Art. 2.4 de la Carta de NU encuentra (...) confirmación en el hecho de que los representantes de los Estados la mencionan frecuentemente, no sólo como un principio del derecho internacional consuetudinario, sino como un principio fundamental o esencial de ese derecho. En sus trabajos de codificación del Derecho de los Tratados, la CDI ha expresado la opinión de que ‘el derecho de la Carta concerniente a la prohibición del uso de la fuerza constituye un ejemplo conspicuo de una regla de derecho internacional con carácter de *jus cogens*’ (...). Los EE.UU. en su contramemoria (...) incorporaron opiniones de comentaristas para los que el principio constituye una ‘norma universal’, una regla de ‘derecho internacional universal’, un ‘principio de derecho internacional universalmente reconocido’ y un ‘principio de *jus cogens*’”³⁸.

Un tratado que receptara normas consuetudinarias imperativas, tendría carácter superior a las normas fruto del mero acuerdo interpartes. Asimismo, y como contrapartida, un tratado que violara una norma imperativa sería nulo o terminaría³⁹. Así, lo establecen los Arts. 53 y 64 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986. Ello, dado a que hay normas más “pesadas”, más obligatorias que otras por su contenido⁴⁰. Las normas imperativas de derecho internacional general se hallan en la cúspide del sistema normativo⁴¹.

³⁷-THIERRY, H.- “Cours Général”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, 1990-III, pp. 67 y ss.

³⁸ *CIJ Recueil 1986*, párrafo 190.

³⁹-Vg. un acuerdo de agresión (uso de la fuerza armada contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas).

⁴⁰-La CIJ en el *Asunto Relativo a la Barcelona Traction*, ha distinguido entre las obligaciones de los Estados respecto de la Comunidad internacional en su conjunto (*erga omnes*) de las que nacen respecto de otro Estado (*CIJ Recueil 1970*, párrafos 33-35).

⁴¹-Roberto Ago, Relator de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas hizo referencia a la diferenciación entre obligaciones jurídicas en base al contenido de la norma. (*Annuaire CDI*, 1976, Vol. II (Parte I), p. 33 y (Parte II), pp. 90-94).

4. Jerarquía de los tratados en base a cuestiones formales de vigencia, validez y aplicabilidad de los tratados

A diferencia del derecho internacional común no escrito (costumbre, principios generales del derecho) que pasan a formar parte del derecho interno de los Estados sin formalidad alguna de recepción, los tratados internacionales, de conformidad al derecho interno de los distintos Estados, tienen distintos requisitos formales para su aplicabilidad⁴².

No basta que los tratados hayan sido incorporados por ley al sistema del derecho interno. Es necesario para su aplicabilidad que el convenio en cuestión haya entrado en vigor en el orden jurídico internacional, cuestión que debe ser verificada por quien lo invoca o aplica.

Debe tenerse en cuenta que la *entrada en vigor* no es un acto jurídico sino un hecho jurídico resultante de una suma de actos de las Partes o de las condiciones impuestas por el mismo acuerdo. Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en Art. 84, dispuso que el acuerdo entraría en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que hubiese sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión. La Convención de Jamaica sobre el Derecho del Mar de 1982, en su Art. 308, estableció que la Convención entraría en vigor doce meses después de la fecha en que se hubiese depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o de adhesión. Además, en relación a la entrada en vigor para los Estados que ratificaran o adhirieran a los documentos con posterioridad a las fechas y condiciones señaladas anteriormente, la Convención relativa a los tratados estableció que la entrada en vigor para esos Estados sería el trigésimo día a partir de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión y, en el caso de la Convención sobre Derecho del Mar, el trigésimo día desde el depósito de ese tipo de instrumento.

Debe tenerse en cuenta que la ratificación, adhesión, aceptación o aprobación de un tratado internacional es un acto que da efecto al acuerdo, no sólo en el orden internacional, sin

⁴²-V. BRIBOSIA, H.- “Applicabilité Directe et Primauté des Traités Internationaux et du Droit Communautaire”, *Revue Belge de Droit International*, Vol. XXIX, 1996-1. pp. 36 y ss.

también en el orden interno. A su vez, la fuerza obligatoria del tratado en el orden interno está ligada a su entrada en vigor en el orden internacional.

En un tratado bilateral no “formal”, es común que los Estados acuerden su entrada en vigor el mismo día de la suscripción o del canje de notas. En un tratado multilateral que nada diga sobre la entrada en vigor, tal efecto se producirá ni bien haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse⁴³.

Es de observar que ciertos Tratados que no han entrado en vigor son aplicables de conformidad a lo establecido en el mismo acuerdo. Tal el caso de la aplicación provisional establecida en el Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en virtud de su Art. 7.

También es necesario que quien invoca o aplica un tratado internacional se cerciore del *carácter autónomo o “auto-suficiente”* de un tratado internacional ya que, a veces un documento debe ser aplicado unitaria o conjuntamente con otro. Tal el caso del Acuerdo señalado en el párrafo anterior, el que debe ser interpretado y aplicado como un solo instrumento, juntamente con la Convención de Jamaica sobre derecho del Mar de 1982.

Además, generalmente, para que un tratado que establece *obligaciones para las personas físicas o jurídicas que no sean el Estado Nacional* sea exigible a esas personas (efecto directo subjetivo), se requiere su publicación en Boletín Oficial del Estado. Tal el caso de lo establecido en la Ley Nacional 24.080 de la República Argentina sobre Actos y Hechos Referidos a Tratados o Convenciones Internacionales en los que la Nación sea Parte⁴⁴.

Otro aspecto a tener en cuenta es el de la *condición ejecutoria o no de una norma convencional internacional*, lo que suele surgir del texto mismo del acuerdo. Es de tener presente lo señalado por la Corte Suprema de la Nación Argentina en el *Caso Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros*:

⁴³-Art. 24 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

⁴⁴-Art. 3.

“(…) La interpretación textual según la cual toda persona “tiene derecho a …”⁴⁵ despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que “la ley debe reconocer” (Art. 17) o “estará prohibido por la ley” (Art. 13.3)”⁴⁶.

En el caso de tratados acordados en el ámbito de procesos de integración se torna aún más compleja la cobertura de aspectos internos y externos para la aplicabilidad o invocabilidad de una norma convencional -incorporada bajo determinado tipo de norma comunitaria⁴⁷- en razón de las cuestiones de competencia de los órganos de cada Estado.

Conclusiones

La Constitución Nacional al señalar que los tratados son ley suprema de la Nación y que son superiores a las leyes nacionales (incluso, en ciertos casos, son de jerarquía constitucional), no resuelve la problemática de la jerarquía normativa del derecho interno. Por el contrario, nos introduce automáticamente en el complejo mundo de la prelación entre los distintos tipos de pactos internacionales y su aplicabilidad, tanto en base a razones sustanciales como formales, cuestión a la que sólo nos hemos aproximado, sin la pretensión de agotar los tipos convencionales ni los fundamentos condicionantes de su validez, vigencia y aplicabilidad.

⁴⁵-Se refiere la Corte al Art. 14.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁶-Sentencia de 7 de julio de 1992, párrafo 20.

⁴⁷-Tal el caso de una directiva.