

VII. Cuestiones procesales	135
1. Demanda y notificación	136
2. Formas de pronunciamiento de la nulidad	140
3. Consecuencias de la nulidad	147

VII

CUESTIONES PROCESALES

Por drásticos que parezcan ser, en sus disposiciones sustantivas, los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena (*ius cogens* preexistente y *ius cogens* emergente) la efectividad de la nulidad en ellos consignada dista mucho de ser automática.¹

Así es, desde luego, en el foro doméstico, donde la intervención del juez es indispensable, al efecto de que nadie pueda hacerse justicia por su mano, y no podrá ser de manera distinta en las relaciones internacionales. Como en este dominio, sin embargo, no hay un juez con los mismos poderes que tiene el juez en derecho interno, sino que la intervención judicial viene sólo en último extremo, la Convención de Viena ha dispuesto un mecanismo más o menos complicado, y desde luego muy lento, para procurar ante todo el avenimiento entre las partes, reservando para el final, y como a la desesperada, la solución compulsoria.

Este temperamento de la Convención de Viena se explica fácilmente a la luz de las circunstancias prevalentes en el momento de su adopción. Había que tranquilizar a los Estados recelosos, en menor o mayor grado, de la introducción del *ius cogens* en el texto de la Convención, y es prácticamente seguro que buena parte de ellos no la hubieran suscrito si hubieran percibido el menor automatismo en la aplicación de la nulidad consiguiente a la infracción de una norma imperativa. De ahí la necesidad, que en aquel momento se sintió, de rodear de toda suerte de cautelas y garantías el pronunciamiento de la nulidad. Más en concreto, fue muy vivo el temor (del que se hicieron eco, entre otros, Kelsen y Lauterpacht) de que cualquier Estado, llevado del exceso de exonerarse de sus obligaciones contractuales, pudiera invocar el supuesto conflicto del tratado que más le pesara con una norma de *ius cogens*; era la más fácil receta

¹ Nicolodoudis, E. P., *La nullité de ius cogens et le développement contemporain du droit international public*, Atenas, 1974, p. 162: La nullité est dépourvue de toute sorte d'automatisme effectif.

en la hipótesis de la nulidad automática. Ahora bien, y en la imposibilidad de encontrar el perfecto equilibrio entre uno y otro requerimiento, la Convención (en la opinión de numerosos autores, que de nuestra parte compartimos) parece haberse inclinado más bien en favor de la certeza y estabilidad de los tratados, antes que de su caducidad o destrucción.² Podemos, evidentemente, aplaudirlo o censurarlo, pero así ha sido, y no nos queda sino tratar de explicitar y comprender la sección 4 (procedimiento) de la parte V de la Convención.

1. *Demanda y notificación*

Como acabamos de decir, aunque la Convención de Viena instituye un procedimiento especial para la aplicación de los artículos 53 y 64, esto no viene sino en la etapa final, y en las etapas previas las partes han de sujetarse al procedimiento general del artículo 65: “Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado”.

Como toda acción procesal, la acción de nulidad, al producirse el *casus nullitatis* previsto en los artículos relativos al *ius cogens*, debe empezar normalmente por una demanda de la parte interesada, la cual deberá ser debidamente notificada a las demás partes en el tratado. En el foro doméstico, todo esto se hace ante el juez y por su mediación. En las relaciones internacionales, no habiendo ningún juez que pueda actuar *ex officio*, estos primeros pasos, demanda y notificación, tienen lugar directamente entre las partes. Con la respuesta negativa, por cualquier aspecto, de alguna de las partes, quedará formada la *litis contestatio*.

De estos pasos preliminares se hace cargo, para todas las hipótesis antes aludidas, el artículo 65, al disponer en su fracción I lo que sigue:

La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En

² Ronzitti, Natalino, “La disciplina dello *ius cogens* nella convenzione di Vienna sul diritto dei trattati”, *Comunicazioni e Studi*, vol. XV, p. 277n; Ancora una volta il principio della stabilità e certezza dei trattati ha prevalso sull’interesse ad una sollecita caducazione del trattato in contrasto con la norma imperativa.

la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que ésta se funde.

Reflexionemos un poco sobre el texto que acabamos de transcribir, no tan claro en su totalidad como pudiera parecer a primera vista.

Lo primero en que debemos reparar es en que la acción procesal, cualquiera que sea su objeto o su naturaleza, está abierta tan sólo a las partes en el tratado. Ahora bien, si es esto lo que debe ser, tratándose de la nulidad relativa, de la estatuida en beneficio y para la protección de la parte perjudicada, no deja de sorprender el que se adopte el mismo temperamento en el caso de la nulidad absoluta, cuando lo que está en juego no es el interés particular de ningún Estado, sino el interés de la comunidad internacional en su conjunto. En un caso semejante, estaría fundado, al parecer, el reconocimiento de una *actio popularis*. La Convención de Viena, sin embargo, adoptó otro punto de vista, cuya razón de ser la explica Nicoloudis en los siguientes términos:

Las consecuencias que implicaría la trasposición del principio de nulidad *erga omnes* en materia de demanda de nulidad, pondrían seguramente en grave peligro la seguridad internacional que se vería amenazada de manera permanente por la politización de controversias puramente jurídicas y normalmente rutinarias. Fuera de las partes interesadas, la única entidad que podría presentar en la actualidad una demanda de nulidad, tendría que ser una autoridad independiente de los Estados y que exprese su voluntad común.³

Son razones, sin duda, muy respetables; pero ¿qué pasará cuando un Estado haya sido obligado por la coacción a consentir en un determinado tratado, y que la coacción continúe ejerciéndose en forma tal que le sea imposible a dicho Estado deducir la acción de nulidad? En una situación semejante, ¿no podría otro Estado actuar como gestor oficioso, supliendo así la incapacidad física del primero? Ahora bien, la Convención de Viena parece haber pasado por alto una hipótesis que no tiene seguramente nada de irreal.

Pasemos a la notificación de la demanda, y por ahora limitémonos a la demanda de nulidad, aunque estamos todavía en la fase general (nulidad, extinción, retiro o suspensión). La notificación, pues, si se le lee atentamente el artículo 65.1, debe contener los siguientes tres elementos:

³ Nicoloudis, E. P., *La nullité de ius cogens et le développement...* cit., p. 165.

el motivo (*motif* en el texto francés, “causa” en el texto español) invocado contra la validez del tratado, la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones de ésta.

De estos tres elementos, el más fácil de entender es el primero, o sea la causa de impugnar la validez de un tratado. En el caso de los artículo 53 y 64, esta causa no podrá ser sino el conflicto entre un tratado, o algunas de sus cláusulas, con una norma de *ius cogens*.

Hasta aquí, no parece haber la menor dificultad. Pero en lo que concierne a los otros dos elementos, ¿en qué podrían consistir las medidas contempladas y las razones de éstas?

En lo que hace a las medidas, en primer lugar, podríase pensar en que el artículo 65.1 remite al artículo 71, en el cual, como veremos después, se enumeran varias medidas de carácter práctico, que son, como lo dice el encabezado de dicho artículo, “consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Lo que sean estas consecuencias o, en otros términos, la efectividad de la nulidad, lo veremos poco después.

Esta podría ser, como decimos, una interpretación, pero en contra de ella puede objetarse que las medidas o “consecuencias” del artículo 71 no parece que dependan del arbitrio de las partes, antes por lo contrario la convención establece muy claramente que las partes están obligadas a ejecutar esas medidas.

Hay, es cierto, otra interpretación según la cual “el autor de la notificación debe dar a conocer qué medida se propone tomar con respecto al tratado, o sea su denuncia, su extinción, su suspensión, etcétera”.⁴ Pero esta interpretación (como lo reconoce el mismo autor que la registra sin asumirla) no puede sostenerse, ya que, en tal caso, “medida” no sería sino una reiteración pleonástica de “causa”, *in initio articuli*, o sea la medula y sustancia de la demanda en sí misma; ahora bien, “medida” debe ser, en cualquier hipótesis, algo posterior a la demanda, con posterioridad lógica y cronológica. De suerte, pues, que no habiéndonos ilustrado a este respecto la comisión de derecho internacional, no sabemos a qué atenernos.

Igual incertidumbre, por último, en lo que concierne al sentido del término “razones”, las de la “medida” que contempla el Estado demandante. Si se tratara de un particular, podría pedírsele tal vez que indicara los

⁴ *Ibidem*, p. 168.

motivos psicológicos, las “razones” de su demanda; pero ¿qué sentido tiene exigir de un Estado otro tanto?

Por haberlo expuesto él con tanta claridad y competencia, preferimos dejar en este punto la palabra a Nicoloudis:

“¿Cuáles podrían ser estas razones? La Convención de Viena permanece muda sobre esta cuestión. Si pensamos, sin embargo, en las medidas susceptibles de mencionarse en la notificación antes aludida, comprobaremos que estas razones no son muy distintas de los motivos de la demanda de nulidad”.⁵

De todo lo expuesto resulta, en suma, que el artículo 65, en su fracción primera, es, en algunos de sus pormenores por lo menos, una fuente de ambigüedad y confusión. Este ha sido, seguramente sin proponérselo, el resultado del propósito de la CDI, de rodear de todas las cautelas y garantías posibles la nulidad o caducidad de un tratado, como la propia comisión lo declara en los siguientes términos: “Por consiguiente, la Comisión estimó esencial que el proyecto de artículos contenga garantías de procedimiento para impedir que se alegue arbitrariamente la nulidad o la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación”.⁶

En el fondo de esta apreciación, resuenan las históricas palabras de Lauterpacht, el de la primera época:

“La pretendida nulidad de los tratados inmorales es una invitación constante a los violadores del derecho, para zafarse unilateralmente y de una manera heroica de una obligación que les molesta”.⁷

Prosigamos. Una vez notificada la demanda de nulidad (o de extinción, retiro o suspensión), puede ocurrir una de estas dos cosas: o que las demás partes en el tratado no formulen ninguna objeción o, por lo contrario, que la formulen. *Tertium non datur*. En la primera hipótesis, el párrafo 2 del artículo 65 dispone lo siguiente: Si después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto.

⁵ *Idem*.

⁶ A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 1, p. 86.

⁷ Lauterpacht, *Règles générales du droit de la paix*, *Rec. des cours*, 1937, vol. 62, p. 307.

Lo único que hay que aclarar, al parecer, es quien deberá fijar el plazo de que aquí se habla, y cuál podrá ser su extensión máxima, ya que el artículo estipula únicamente la mínima.

Según el comentario de la comisión, al que hay que acudir cuando el texto del artículo es mudo a este respecto, la fijación del plazo corre por cuenta de la parte interesada: “ha de dar a las otras partes un plazo razonable para la respuesta”.⁸ Y es natural que, así como la convención determina un plazo mínimo (dentro de lo “razonable”, precisamente), así, por el contrario, deje a la libertad de la parte demandante la fijación de un plazo máximo. A las otras partes en el tratado, en efecto, no les corre ninguna prisa, y pueden, por lo mismo, madurar su respuesta tan lentamente cuanto lo desee la parte interesada.

Si pasa, pues, el referido plazo sin que se registre ninguna objeción por cualquiera de las partes, la parte demandante “podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto”. Esta forma, en los términos de este artículo, es muy solemne: “un instrumento comunicado a las demás partes... firmado por el jefe del Estado, el jefe de Gobierno o el ministro de Relaciones Exteriores... o bien un representante del Estado investido de plenos poderes”.

Después de haber comunicado este instrumento a las otras partes, después de esta segunda solemne notificación, la nulidad del tratado será un hecho consumado, y sólo faltará poner por obra las “consecuencias de la nulidad” del artículo 71. Pero antes veamos las otras formas en que, esta vez en el terreno contencioso, puede pronunciarse la nulidad.

2. *Formas de pronunciamiento de la nulidad*

Con arreglo a la sistemática que en esta materia ha hecho el profesor Nicoloudis, habría tres formas o vías (aunque él las llama posibilidades) para llegar, dentro de la Convención de Viena, al pronunciamiento de la nulidad de un tratado por causa de conflicto con una norma de *ius cogens*, a saber: 1) anulación quasi unilateral; 2) anulación convencional; y 3) anulación judicial. Expliquémonos.

La primera forma es la que hemos descrito con antelación, es decir, la que tiene lugar cuando la propuesta unilateral de la parte interesada no encuentra ninguna objeción de las otras partes. Y si Nicoloudis la

⁸ A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 5, p. 87.

llama “anulación quasi-unilateral”, es porque el silencio de las otras partes, su apatía si queremos, equivale en la práctica a un reconocimiento de la demanda. “Por esta especie de aquiescencia tácita el pronunciamiento de la parte interesada pierde su carácter unilateral”.⁹ Lo pierde, podríamos agregar, no del todo, sino en parte.

Las otras dos formas de nulidad son oriundas de la objeción levantada por alguna de las partes en el tratado, en cuya hipótesis el artículo 65, párrafo 3o., prescribe lo siguiente: “Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas”.

La objeción de que aquí se trata es verosímilmente (y sería difícil pensar en otra de otro género) la de que, contra lo que pretende la parte demandante, el tratado en cuestión no está en conflicto con una norma de *ius cogens*, y no tiene, por ende, por qué afectarle la nulidad. Ahora bien, siendo esta una cuestión eminentemente jurídica, lo lógico sería tal vez recurrir de inmediato a la solución jurisdiccional. Los autores de la Convención, sin embargo, han preferido, en una primera etapa, procurar el avenimiento directamente entre las partes, desplegando ante sus ojos, a este efecto, el amplio abanico de posibilidades que ofrece el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, a saber:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

Hay, como se ve, una rica variedad de opciones, pero ninguna de ellas tiene el menor carácter compulsorio, ni siquiera cuando el Consejo de Seguridad, al intervenir en la controversia en casos excepcionales, se limita a “instar a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios”.

No por esto, sin embargo, debe pensarse que las negociaciones directas entre las partes hayan de fracasar por fuerza, cuando es más bien lo con-

⁹ Nicoloudis, *La nullité de ius cogens et le developpement...* cit., p. 176.

trario lo que de ordinario acontece. “El recurso a una jurisdicción es siempre la excepción, el caso patológico. La interpretación es ante todo la tarea cotidiana de las cancillerías”.¹⁰

Si éste fuera el caso, el del avenimiento entre las partes, se habrá operado entonces la segunda forma de anulación del tratado, la anulación convencional. Pero si, a pesar de todo, persevera el desacuerdo, y esto por un año (doce meses más los tres meses como plazo mínimo entre la notificación de la demanda y la respuesta) el artículo 66(a) impone —es el caso único en toda la Convención— la solución judicial en los términos siguientes: “Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje”.

La interpretación casi unánime de esta disposición es la de que en ella debe verse la consagración de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, si las negociaciones directas han fracasado, y si, además, las partes no hubieren convenido en el recurso al arbitraje. Para ello basta con que una de las partes, por un recurso unilateral (mediante solicitud escrita) decida someter la controversia a la jurisdicción de la Corte.¹¹ Este fue además el entendimiento que prevaleció en la Conferencia de Viena, y que compartieron tanto los abogados del pro como los abogados del contra.¹² Quedó entendido entonces que, “para las partes en la controversia”, habría un derecho de emplazamiento ante la Corte. Notemos con particular cuidado, antes de seguir adelante, cómo tampoco aquí puede tener lugar ninguna especie de *actio popularis*, o sea que, fuera de las “partes de la controversia” nadie tiene el derecho de poner en movimiento la jurisdicción de la Corte. Y por si el artículo 66 no fuera en esto lo suficientemente explícito, recordemos cómo la misma Corte Internacional de Justicia ha rechazado en general la noción de acción popular, aún estando de por medio la existencia de un interés público de la

10 Leonetti, Antoine-Jean, *Interprétation des traités et règles impératives du droit international général*, Österreichische Zeitschrift für öffentl. Recht, 24, 1973, p. 103.

11 Ronzitti, Natalino, *Comunicazioni e Studi...* cit., p. 283: Nei limiti ora accennati, la giurisdizione della corte è obbligatoria, nel senso che la messa in moto del procedimento non richiede il consenso delle parti; il procedimento può essere promosso da una delle parti della controversia.

12 *Ibidem*, p. 284: Quelli che votarono contro (e taluni di quelli che si astennero) lo fecero perché si opponevano ad una disposizione che introduceva la giurisdizione obbligatoria della Corte anche se si trattava di giurisdizione limitata alla materia dello *ius cogens*.

comunidad internacional. Al desconocer la personería que reclamaban Etiopía y Liberia para promover en nombre del pueblo de Namibia, la Corte dijo lo siguiente:

Este argumento (el de la necesidad) es tanto como decir que la Corte debería admitir una especie de acción popular, o un derecho para cada miembro de una colectividad de intentar una acción en defensa de un interés público. Ahora bien, si es posible que ciertos sistemas de derecho interno conozcan esta noción, el derecho internacional, tal como existe actualmente, no la reconoce.¹³

Por lo demás, es difícil no percibir cierta contradicción (o, si preferimos, cierta evolución) en el pensamiento de la Corte en este particular, si comparamos lo dicho en la sentencia anterior con lo que cuatro años más tarde, en el caso de la *Barcelona Traction*, expresó de la siguiente manera:

Debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que nacen con respecto a otro Estado en el cuadro de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Considerada la importancia de los derechos en causa, todos los Estados parecen tener un interés jurídico en que estos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*.¹⁴

Comentando este pronunciamiento de la Corte, el profesor Nguyen Quoc Dinh dice lo siguiente:

De conformidad con el concepto de orden público, la Corte anuncia la posibilidad de una *actio popularis* cuando las normas violadas son normas de *ius cogens*; y esboza además una distinción entre las diferentes normas de responsabilidad internacional que la CDI intenta hoy explicitar en el cuadro de sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados: la violación de las normas de *ius cogens* correspondería a un crimen, y no a un delito internacional.¹⁵

13 Lauterpacht, “Affaire du Sud-ouest africain...”, *Recueil des cours*, 1966, p. 47.

14 *Ibidem*, p. 32.

15 Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit international public*, 2a. ed., p. 193.

Este *obiter dictum* de la Corte es sin duda muy importante, en cuanto que reconoce francamente la “distinción esencial” entre *ius cogens* y *ius dispositivum* dentro del derecho internacional, y es de creerse que en la Corte hayan podido influir los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, y luego la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La evolución es, pues, en el sentido del reconocimiento, para el futuro, de una *actio popularis*, como tiene que ser si las obligaciones son *erga omnes*. De momento, estamos coartados por el artículo 66 (a), que restringe la acción procesal únicamente a las partes en la controversia.

Como quiera que sea, bien o mal, el artículo 66(a) representa un gran paso adelante en la evolución de la justicia internacional; sólo que, por sus antecedentes, por las circunstancias concretas en que fue adoptado, es de temerse que no esté respaldado por una adhesión entusiasta de la comunidad internacional. Fue, en efecto, el fruto de un compromiso político de lo más híbrido, sin que ninguna de las partes que lo suscribieron quedara plenamente satisfecha. Nos explicaremos brevemente sobre esto.

Aunque la idea del control judicial en la determinación del *ius cogens* venía de muy lejos (recuérdese, por ejemplo, el primer informe de Lauterpacht, artículo 15) la Comisión de Derecho Internacional no se había atrevido, ni en su proyecto definitivo, a ir más allá de lo estatuido en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y que la comisión había incorporado en su proyecto. No se prevéa ningún medio compulsorio de solución pacífica, en ninguna hipótesis. “La situación —decía la comisión— es esencialmente la misma cuando un Estado invoca la incompatibilidad con una norma de *ius cogens* que cuando alega otras causas de nulidad del tratado”.¹⁶ La comisión, según seguía diciendo, había llegado a la conclusión de que los textos propuestos por ella representaban “el más amplio denominador común que podría encontrarse entre los gobiernos y en el seno de la misma comisión”.¹⁷

La Conferencia de Viena, por su parte, postergó hasta que no pudo más, la consideración del problema, pero tuvo que hacerle frente al final de la segunda sesión, *in extremis*, como si dijéramos. Muchas delegaciones, en efecto, las occidentales sobre todo, abogaban por una solución arbitral o jurisdiccional, en última instancia, de las controversias que pudieran surgir, sin lo cual, según decían, no podrían suscribir la conven-

16 A/CN. 4/191, pp. 198 y 199.

17 *Ibidem*, pp. 238-240.

ción. Otras delegaciones, por el contrario, de los países socialistas sobre todo, no querían ni oír hablar de estos controles, sino que preferían seguir en el goce de la libertad omnímoda del artículo 33 de la Carta, en suma, la *dolce vita*.

La batalla parlamentaria fue ardua, tenaz y complicada, y por nuestra parte pensamos que procedemos bien en hacer gracia al lector de buen número de sus enredos y peripecias, para quedarnos únicamente con aquello que interesa más directamente a nuestro actual propósito.

En la primera etapa del debate, fueron desechadas las proposiciones (Suiza, Japón) que preconizaban la jurisdicción obligatoria de la Corte, ya para todas las controversias sobre la nulidad, ya para aquellas relativas únicamente al *ius cogens*. La gran mayoría de las delegaciones (no sólo las socialistas, ni mucho menos) estuvieron abiertamente en contra. El delegado del Brasil, por ejemplo, llegó a decir “que es dudoso que la Corte Internacional de Justicia sea el tribunal más adecuado para pronunciarse sobre las nuevas tendencias del derecho internacional”,¹⁸ entre ellas, obviamente, el *ius cogens*. El desarrollo del mismo pensamiento, otras delegaciones, manifestaron que, siendo una noción tan imprecisa, la del *ius cogens*, la Corte, al dictar su fallo en alguna controversia de este género, haría en realidad obra legislativa, lo que ciertamente no está de acuerdo con su función.

Como del debate hubiera quedado la impresión de que numerosas delegaciones, hostiles a la solución judicial, favorecían más bien la solución arbitral (jueces de su elección y articulación del compromiso en cada caso concreto), circuló entonces el proyecto de las 13 potencias, que pronto llegaron a 19, y cuyos autores, ubicados en las más diversas áreas geográficas, parecían encarnar adecuadamente los distintos sistemas jurídicos del mundo. El proyecto, pues, para decirlo en pocas palabras, estipulaba, después de cierto plazo de infructuosas negociaciones, el recurso automático a la conciliación, de cuyos trámites cuidaría el secretario general de las Naciones Unidas. En seguida, y para el caso de que tampoco por este procedimiento pudiera resolverse la controversia, las partes se obligaban a recurrir al arbitraje, y en la inteligencia de que si las partes no pudieran ponerse de acuerdo en la persona del tercer árbitro y presidente de la comisión, su nombramiento lo haría directamente el secretario general. La sentencia, apenas si hay que decirlo, sería *obligatoire et dé-*

¹⁸ A/CONF. 39/11/Add. 1, sesión 96, par. 19, p. 304.

finitive. Tanto la conciliación como el arbitraje cubrirían todas las controversias del actual artículo 65.

Contra todas las esperanzas, ya que parecía tan bien equilibrado, el proyecto de los 19, no obstante haber sido aprobado en comisión, fue derrotado en plenaria, al no haber obtenido la necesaria mayoría de dos tercios. En aquel momento, la conferencia pareció enfrentar el fracaso más cierto, ya que numerosas delegaciones, comenzando por las de los países occidentales, no la habrían suscrito en el estado en que estaba.

Fue entonces, a la desesperada y como un verdadero *deus ex machina*, cuando surgió el proyecto de los diez (todos ellos países afroasiáticos) por el cual se presentaban a la aprobación de la conferencia, y con carácter absolutamente indisociable (*as a package deal*), dos documentos por completo heterogéneos entre sí. El primero era una declaración, que iría anexa al texto de la convención, y por la cual se invitaba a la Asamblea general a proceder con el criterio más liberal posible al invitar a otros Estados, no miembros de las Naciones Unidas o de sus organismos especializados, a suscribir la Convención, suscrita en Viena, sobre Derecho de los Tratados. El segundo documento era el texto del actual artículo 66, es decir el recurso a la Corte Internacional de Justicia, por vía de solicitud (*requête*) unilateral, en los litigios relativos al *ius cogens*, y la simple conciliación para las demás controversias relativas a otras disposiciones de la parte V.

En esta forma se hacía presión sobre los tres bandos, el Occidente, los socialistas y el tercer mundo, obligando a cada cual a aceptar lo que le repugnaba (la transformación de cualquier frente de liberación en Estado, por ejemplo) con tal de lograr, en parte por lo menos, lo que apetecía.

En el curso del debate que siguió, los autores del proyecto mantuvieron inflexiblemente hasta el fin la indisociabilidad de los documentos. Había que votarlos juntos, pues constituían, según dijeron, una “propuesta en bloque”, a lo que repuso tristemente sir Francis Vallat que “una propuesta en bloque es rara vez atractiva y en algunas ocasiones resulta ser al fin y al cabo solamente un mal trago”¹⁹ y lo más interesante de la discusión, cuando la vemos hoy serenamente y en visión retrospectiva, fue tal vez el poner de manifiesto cómo todos los que en ella intervinieron, los del pro y los del contra, compartieron por igual la interpretación (que después ha llegado a ponerse en duda) según la cual el texto que

19 *Ibidem*, p. 201, sesión 34, par. 37.

pasó a ser el actual artículo 66(a) consagra real y efectivamente la jurisdicción obligatoria de la Corte en los litigios relativos al *ius cogens*. Con base precisamente en esta interpretación, anunció el delegado soviético su voto contrario al proyecto, el cual, a su entender, era notoriamente desigual y en favor de los occidentales. En efecto, mientras que la Asamblea General quedaba en completa libertad de invitar a quien quisiera, a suscribir la convención, no obstante la exhortación que le hacía la conferencia, en el nuevo artículo, por el contrario, había “obligaciones firmes”, y proseguía diciendo:

Por lo que respecta a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, el nuevo artículo no enuncia disposiciones vagas para el futuro ni generalidades, sino que impone compromisos netamente obligatorios, aunque limitados. De ahí que todo Estado que apoye la propuesta debe aceptar en principio la jurisdicción obligatoria de la Corte y revisar su actitud respecto del arbitraje obligatorio.²⁰

El proyecto de los diez fue finalmente aceptado en bloque, según lo exigieron sus autores, por 61 votos contra 20 y 26 abstenciones.

Por lo antes expuesto, es evidente que esta votación —nada abrumadora, por lo demás—, no representa sino la aceptación, a más no poder, de un compromiso político, pero no una adhesión íntima a la solución jurisdiccional. Lo confirmaría así, además, el escaso número de Estados que han suscrito la cláusula optativa (artículo 36 del estatuto de la Corte), y esto sin contar con las reservas que a menudo adolece el instrumento de adhesión, y que a veces son de tal naturaleza que la tornan prácticamente nugatoria (enmienda Connally de los Estados Unidos, copiada por México).

3. *Consecuencias de la nulidad*

Nos queda, por último, pasar muy sumariamente (por ser los textos muy claros) por las consecuencias prácticas de la nulidad de un tratado, por su conflicto con una norma imperativa, ya sea que la nulidad se le llegue por cualquiera de las vías antes mencionadas: quasi unilateral, convencional, o judicial, con sus variantes del arbitraje, donde los jueces son de elección de las partes.

²⁰ *Ibidem*, sesión 34, par. 42, p. 202.

Ahora bien, en la Convención de Viena encontramos las consecuencias de la nulidad a que aludimos, en dos artículos distintos. El primero (artículo 69) configura el régimen general para todas las nulidades de cualquier especie, y el segundo (artículo 71) tiene que ver con la situación específica de conflicto entre el tratado y una norma de *ius cogens*, preeexistente o emergente.

El artículo 69 dice lo siguiente:

1. Es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la presente Convención. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.

2. Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:

a) Toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos;

b) los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad nos resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado;

3. en los casos comprendidos en los artículos 49, 50, 51 ó 52, no se aplicará el párrafo 2 con respecto a la parte a la que sean imputables el dolo, el acto de corrupción o la coacción;

4. en caso de que el consentimiento de un Estado determinada en obligarse por un tratado multilateral esté viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado y las partes en el tratado.

Conforme a lo que dicen en su comentario De la Guardia y Delpach,²¹ el artículo transcrita ha sabido resolver, “con simplicidad y rigor científico”, la difícil situación resultante de la nulidad *ab initio* del tratado, y los actos de buena fe, ejecutados en su cumplimiento. Como lo dijo CDI en su comentario, “se reconoce que el principio de la nulidad del tratado ha de tener plenos efectos a partir de la fecha de su celebración y que cualquier parte puede por tanto pedir que en lo posible se restablezca el *statu quo ante*”.²²

Es lo que, en el derecho interno, expresan los códigos de numerosos países, entre ellos el Código Civil mexicano, el cual, en su artículo 2226, previene lo siguiente: “La nulidad absoluta, por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad”.

21 De la Guardia y Delpach, *El derecho de los tratados...* cit., p. 433.

22 A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 3, p. 89.

A falta del juez, las partes en el tratado deben ponerse de acuerdo entre ellas para destruir retroactivamente, según la enérgica locución de la ley mexicana, los efectos que el acto pudo producir mientras no se conoció o no se pronunció su nulidad. Mas por otra parte, debe darse a la *bona fides* toda la protección posible, y poner a salvo, por consiguiente, los actos ejecutados de buena fe mientras no haya sido invocada la nulidad del tratado. Por la misma razón, los actos ejecutados de mala fe, como lo son los actos de dolo, corrupción o coacción, no pueden reclamar protección de ninguna especie.

Del artículo genérico (69) pasemos, por último, al artículo específico (artículo 71: “consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”) redactado en estos términos:

1. Cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes deberán:
 - a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general; y
 - b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.
2. Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado:
 - a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado;
 - b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.

El artículo transscrito está dividido, como es evidente, en dos párrafos que conciernen, respectivamente al *ius cogens* preexistente y al *ius cogens* emergente.

El párrafo primero confirma, una vez más, que una cosa es la teoría, y otra muy distinta es la práctica, y el párrafo en cuestión ha sabido hacerse cargo de este doble aspecto de la situación. En teoría, en efecto, el tratado a que se refiere el artículo 53, es nulo *ab initio*, y la nulidad opera, por consiguiente, *ex tunc*. En la práctica, sin embargo, el tratado en apariencia válido (una pura ilusión, si se quiere) se ha impuesto por cierto tiempo, y ha generado un conjunto de relaciones y situaciones, perfecta-

mente reales esta vez, y no eliminables automáticamente. Es una red que, en cierto momento, puede ser inextricable, y por esto el artículo 71.1 prescribe la eliminación de las consecuencias prácticas del tratado inválido, pero únicamente “en lo posible”. Habrá efectos prácticos del tratado que serán ineliminables y que continuarán por siempre.

He ahí lo que dispone el párrafo 1(a). El inciso siguiente, 1(b) ordena a su vez que las partes están obligadas a “ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general”.

¿De qué se trata exactamente? En su comentario, la comisión de derecho internacional dice lo siguiente:

El párrafo 1o. exige en primer lugar que las partes en un tratado nulo *ab initio* en virtud del artículo 50 eliminan en lo posible las consecuencias de todo acto que hayan realizado basándose en cualquier disposición que esté en oposición con la norma de *ius cogens* y, en segundo lugar, que conformen sus relaciones mutuas a esa norma. La Comisión no creyó oportuno que en estos casos el párrafo se ocupase del reajuste mutuo de los intereses de aquéllas en cuanto tales, y estimó que el párrafo debía tratar únicamente de asegurar que las partes restablezcan una situación plenamente conforme con la norma de *ius cogens*.²³

A pesar de esta explicación, confesamos no haber entendido bien, por más esfuerzos que hemos hecho, el sentido y alcance de la nueva obligación. Porque una vez que las partes se han esforzado por eliminar (con toda sinceridad y buena fe, esto va de suyo) las consecuencias del tratado inválido, ¿no han ajustado, por ello mismo, sus relaciones mutuas a la norma de *ius cogens* que había sido violada en el tratado?, ¿a qué, entonces, hacer de este ajuste, de esta conformidad, una nueva obligación?, ¿o será simplemente una amonestación a las partes en el tratado para que no reincidan en la violación de aquella norma? Pero, ¿podría dignamente hacerse a un Estado soberano una amonestación semejante?

Después de haberlo pensado mucho, y a título, por supuesto, de simple conjectura, pensamos que a menos de ser pleonástico del párrafo que inmediatamente le precede (el de la eliminación de las consecuencias) el texto que comentamos no puede tener otro sentido que el de obligar a los Estados a conformar su conducta en su totalidad —y no solamente en sus relaciones mutuas— a la norma imperativa que antes, consciente

²³ *Ibidem*, par. 3, p. 91.

o inconscientemente, violaron en el tratado; y no faltan autores que, al parecer, favorecen esta interpretación.²⁴ Si así fuere, habría que ver tal vez en esas enigmáticas palabras una alusión a la posibilidad de que el *ius cogens* internacional pudiera regir no solamente actos recíprocos, sino también actos unilaterales, cuestión que aún tendremos que examinar brevemente en lo que falta.

El párrafo 2 del artículo 71, por último, relativo al *ius cogens* emergente, no ofrece ninguna dificultad. Aplica correctamente, en efecto, la teoría más moderna, y la más sana, sobre retroactividad de la ley (y del derecho en general) que hemos explicitado con antelación. Por tratarse de una nulidad que opera no *ex tunc* sino *ex nunc*, deja intacto el pasado, pero en el futuro, y de acuerdo con la doctrina del derecho intertemporal, tendrá lugar lo que la comisión de derecho internacional declara en los siguientes términos:

Cualesquiera derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de las partes creados por la ejecución del tratado podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma de *ius cogens*. En otras palabras, no se podrá anular con efecto retroactivo un derecho, una obligación o una situación jurídica válidos originalmente, pero su mantenimiento *ulterior* después de establecida la norma de *ius cogens* sólo es admisible en la medida en que no esté por sí mismo en oposición con esa norma.²⁵

24 Capotorti, Francesco, *La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Padova, 1969, p. 73: Affinchè la norma cogente sia rispettata, non basta che il trattato difforme sia dichiarato nullo e privo di effetti, ma occorre altresì che la condotta degli Stati, fra cui il trattato medesimo era intervenuto, si adegui à ciò che detta norma prescrive.

25 A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 4, p. 93.