

IMPLICANCIAS DE LAS CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LOS TRATADOS*

IMPLICATIONS OF THE CONSEQUENCES OF NULLITY OF TREATIES

*Zlata Drnas de Clément***

Resumen: la nulidad de los tratados -en particular las consecuencias de ella- representa uno de los temas más sensibles del Derecho internacional. La parte V de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados es un verdadero compendio explícito e implícito de ponderaciones sobre los principios generales del derecho internacional (v.g. abstención de la amenaza o del uso de la fuerza, solución pacífica de controversias, igualdad soberana de los Estados, buena fe, cooperación). Sobre su base se clasifican y jerarquizan las consecuencias de la nulidad de los tratados, tomando en consideración la libertad de las partes, la buena fe, el orden público y los intereses de la comunidad internacional.

Palabras-clave: Tratados - Nulidad - Consecuencias.

Abstract: Thee invalidity of treaties - in particular the consequences of it - represents one of the most sensitive issues in international law. Part V of the Vienna Convention on the law of treaties is a true explicit and implicit compendium of considerations on the general principles of international law (v.g. abstention from the threat or use of force, peaceful settlement of disputes, sovereign equality of States, good faith, cooperation). On its basis, the consequences of the nullity of treaties are classified and ranked taking into consideration the freedom of the parties, good faith, public order and the interests of the international community.

Keywords: treaties - Nullity - Consequences.

Sumario: I. Aspectos generales introductorios. I.1. Terminología - Clases. I.2. Importancia de la buena fe. I.3. Invocabilidad y buena fe. II. Invalidez y nulidad / anulabilidad de los tratados. II.1. Distinciones doctrinarias. III. Causales de nulidad. Conceptualización y práctica. IV. Relación entre convencionalidad y responsabilidad a la hora de sopesar las consecuencias de la nulidad de un tratado. V. Breve reflexión final.

I. Aspectos generales introductorios

* Publicado en el *Cuaderno de Derecho Internacional XIII* (2019-2020), del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, JE Editores, Buenos Aires, 2021, pp. 191-231.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

Como lo señalara Paul Guggenheim¹, cada orden jurídico establece por sí mismo los requisitos para la validez de los actos jurídicos y las consecuencias de la falta de validez de los mismos.

La cuestión de la nulidad -según Paul Reuter²- es una de las más delicadas en materia de derecho de los tratados. Se basa en conceptos que se han utilizado en el derecho nacional y que están sustentados en gran medida en la naturaleza altamente estructurada del derecho interno, lo que dificulta su manejo en el derecho internacional público. Además, el sistema de nulidades varía considerablemente de un país a otro, utilizando el vocabulario propio de cada sistema legal, lo que hace que los malentendidos y los errores se den con facilidad en el plano internacional. A pesar de estos obstáculos, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) es el primer instrumento internacional que le ha otorgado un lugar importante al régimen de nulidad, no sin causar cierta preocupación general por las consecuencias que podrían surgir con respecto a la estabilidad de los tratados. Por otro lado, la sola “declaración” de una nulidad constituye un acto de autoridad (similar al acto de anulación). Ello adquiere una dimensión especial si se tiene en cuenta que -salvo en el caso de los actos propios de ciertas organizaciones internacionales (por ejemplo, UE)- son los propios Estados los que declaran la nulidad en ausencia de una autoridad jurisdiccional institucionalizada permanente. Es imposible, en estas circunstancias, que el sistema de nulidades no dé lugar a ciertas aprehensiones y reticencias.

La cuestión de los *efectos de la nulidad hacia el pasado* condiciona importantes *aspectos prácticos, i.a.*: las cuestiones relativas a qué personas pueden invocar una causa de nulidad; si es posible renunciar el derecho a invocar una nulidad; a qué elementos del acto se aplica la nulidad; hasta qué punto ciertas nulidades pretenden reconstruir el pasado eliminando los efectos del tratado nulo; etc.

No hay nulidad de un acto legal sin un defecto sustancial desde su origen, salvo “aparentemente” la causa enunciada en el art. 64. Decimos “aparentemente” en tanto el centro del problema no se halla en el origen del tratado como tal, sino en el origen de la causa que da lugar a la nulidad del tratado.

Ese defecto puede invocarse desde el nacimiento y el acto nunca tendrá ningún efecto, pero esta situación no es la más frecuente. En la práctica, de hecho, el acto, al amparo de las apariencias y circunstancias, generalmente ha producido efectos en el momento en que se plantea el problema de sus defectos.

La dificultad esencial de cualquier sistema de nulidad es eliminar las *consecuencias* de un acto que es privado por el derecho de todo efecto. Esta es la fuente de todos los matices traídos al sistema de nulidades en los diferentes sistemas legales. Si el respeto de las condiciones de regularidad de los actos debe llevar a una multiplicación de las nulidades, la seguridad de las relaciones sociales y la necesidad de respetar los intereses legítimos se verán afectados, por lo que se considerarán más adecuadas soluciones más moderadas. Esta última consideración puede tener aún más peso en el derecho internacional público debido al alcance de los intereses colectivos involucrados y la falta de autoridad central.

Oriol Casanovas y Ángel Rodrigo³ recuerdan que el DI muchas veces debe proteger intereses en conflicto. Así, por un lado, debe proteger la obligatoriedad de los

¹ GUGGENHEIM, P. *Recueil des Cours, Collected Courses* 1949, Volumen 74, p. 199 y ss.

² REUTER, P. *Introduction au droit des traités*, troisième édition revue et augmentée par Philippe CAHIER en 1995 dans la collection *Publications de l'Institut de Hautes Études Internationales*, Genève, Presses Universitaires de France, Paris (<https://books.openedition.org/iheid/1758>).

³ CASANOVAS, O. - RODRIGO, Á.J. *Compendio de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, p. 99 y ss.

tratados (*pacta sunt servanda*)⁴ y por otro la libertad de consentimiento⁵, la buena fe y el orden público internacional.

Terminología - Clases

El texto de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados deja dudas sobre la precisión de ciertos términos, especialmente al utilizar las expresiones “carencia de efecto jurídico”, “invalidez”, “nulidad”, enlazadas a las concepciones “inexistencia del tratado”, como también la relación “nulidad”, “anulabilidad”. La “invalidez”, ¿abarca genéricamente a todas? Se suele señalar que esta última es más propia del derecho interno que del internacional (ello, independientemente del empleo del término en el art. 45 de la CVDT para referirse a las causales de los art. 46 a 50). Cabe preguntarse también qué rol en materia de nulidades juega el art. 103 de la Carta de Naciones Unidas al establecer que “*En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta*”⁶.

Ernesto De la Guardia recuerda expresiones de Llambías⁷ al expresar que “la inexistencia es un acto conceptual -no legal- que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que -no obstante tener la apariencia de actos jurídicos- no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica”⁸. Por su parte Margarita Beladiez Rojo⁹ recuerda que la nulidad y la anulabilidad han sido, junto con la inexistencia, las categorías jurídicas en torno a las cuales se ha explicado desde siempre la teoría de invalidez de los actos jurídicos. En derecho interno la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, o nulidad relativa, han sido categorías jurídicas cuya existencia no ha sido nunca discutida. Beladiez Rojo

⁴ Así, el art. 43 de la CVDT recuerda que la nulidad de los tratados no afectará la obligación de cumplir las obligaciones impuestas por el Derecho internacional general (norma consuetudinaria) enunciada por el tratado, pero existente independientemente del tratado.

⁵ En todas las causales rige el principio: “*ex consensu advenit vinculum*”. Se refiere al consenso real, verdadero, puro. La calidad de vicio que afecta el consenso determina la existencia o no del tratado y las consecuencias sobre la validez del mismo y amplía o no los sujetos que pueden reclamar.

⁶ Asimismo, atento a lo establecido en la CNU en el artículo 102: *1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible. 2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas*, cabe preguntarse si es posible invocar una nulidad de tratado ante tribunal u órgano internacional del ámbito de las ONU si éste no ha sido registrado conforme a lo establecido en el art. 102 referido. Varios casos de nulidad hacen a la invalidez antes de que una registración sea posible (art. 46, 47 por ejemplo).

⁷ LLAMBÍAS, J. J. *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, 3ra ed., Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 569 cit. por DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los tratados*, Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1997, p. 268.

⁸ Como ejemplos de actos inexistentes en derecho internacional se suelen citar: un bloqueo no efectivo, una ocupación sin posesión efectiva (VERZIJL, J.H.W. *International Law in Historical Perspective*, Volumen 6, A.W. Sijthoff Ed., Leiden, 1973 (<https://books.google.com.ar/books?id=B2TYeklwLB4C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>). En p. 59 distingue entre tratados válidos y nulos y señala la “gama” que la doctrina ha ido construyendo: absoluta inexistencia del acto, nulidad absoluta y relativa, actos jurídicos nulos y anulables, las nulidades *ex officio* y las invocadas por las partes, nulidad total y parcial, nulidad reparable o irreparable, anulación *ex nunc* y *ex tunc*. Asimismo, se pregunta si hay diferencias entre tratado inválido y no existente.

⁹ BELADIEZ ROJO, M. “La nulidad y anulabilidad. Su alcance y significación”, *Revista de Administración Pública*, n° 133, enero-abril 1994, p. 155 y ss.

considera que todas las ramas del derecho al tratar el tema de las nulidades suelen remitir al Derecho Civil por ser el área del ordenamiento jurídico donde se han ido formando durante siglos las categorías propias de la teoría general del Derecho

Paul Reuter¹⁰ recuerda que los tratados internacionales han sido creados para ser aplicados, si bien, en algunos casos ello no sucede. Distingue cuándo la causa e nulidad se da por un acto jurídico (existencia de norma obligatoria en contrario, por ilícitos en la celebración del contrato) o por mero hecho.

Beladiez Rojo¹¹ considera que el acto nulo indica el acto inválido. El acto nulo de pleno derecho es aquel que carece de valor para el Derecho por incurrir en una grave infracción del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el acto anulable es un acto que no es inválido, pero puede llegar a serlo (acto invalidable) si el perjudicado por el vicio así lo requiere. Su validez depende de que la parte dañada por el vicio lo consienta o no. En los actos anulables el vicio determinante de la invalidez afecta al elemento subjetivo del acto o negocio jurídico y determina la falta de capacidad o el vicio en el consentimiento. En estos supuestos, aunque el acto ha infringido el ordenamiento no se considera inválido si el perjudicado por sí mismo no lo exige. En estos casos, como el vicio afecta únicamente al elemento subjetivo, la ilegalidad cometida sólo puede perjudicar a aquel cuya voluntad se formó sin respetar el ordenamiento. Por ello, si la parte en cuyo beneficio se establece la eventual nulidad consiente el acto, al ser este conforme a Derecho en todo lo demás, el ordenamiento no tiene ningún interés en eliminarlo del mundo del derecho. De ahí que los actos anulables sólo puedan ser invalidados si los perjudicados por sí mismos lo solicitan. Ello no debe llevar a confusión con relación a lo expresado en el art. 42.1: *La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención, ya que lo establecido no se refiere al "ordenamiento" violado sino al derecho a invocar una nulidad.*

En lo que hace a este tópico (*derecho a alegar una causa de nulidad*), la CIJ ha admitido en el caso de las *Pesquerías noruegas (Reino Unido v. Noruega)* (1951)¹² que *la ignorancia negligente debe equipararse con el conocimiento* (conocimiento constructivo). Ello de similar manera al silencio prolongado y a la aquiescencia. Sin embargo, ha habido una fuerte oposición al principio contenido en el Artículo 45¹³. En el ámbito de la CDI, al elaborarse el proyecto, se propuso la eliminación de ese contenido. Sin embargo, la eliminación fue rechazada por 47 votos a favor, 20 en contra y 27 abstenciones. Se presentaron tres razones principales contra el proyecto de artículo en la CDI. En primer lugar, se consideraba que era un principio "incierto", "demasiado subjetivo para dominar un tema tan sensible como la pérdida de derechos". En segundo lugar, algunas delegaciones señalaron el peligro de que el principio favoreciera el *statu quo* en detrimento de los Estados nuevos o débiles. Por último, algunas delegaciones se opusieron a cualquier idea de pérdida de derechos a raíz de un comportamiento o meros silencios. Más marginalmente, se ha argumentado el problema de la responsabilidad extracontractual a la que podría dar lugar la aplicación del Artículo 45. Es inadmisibles, se dice, que una parte culpable de fraude pueda invocar contra la otra parte inconducta.

¹⁰ REUTER, P *Introduction au droit des traités*, Ob. Cit., puntos 231 y 232.

¹¹ BELADIEZ ROJO, M. Ibidem.

¹² CVDT Art. 45: *Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad (...) de un tratado. Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado (...) con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 a 50 (...) si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación según el caso; o b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.*

¹³ ICJ Reports, 1951, p.26 y ss.

Se ha sostenido que haber sido engañado no da libertad absoluta a la otra parte; en particular, no otorga el derecho de engañar a su vez o de adoptar un comportamiento contradictorio. Este es el significado profundo de la regla de *tu quoque* (tú también). El Estado lesionado debe determinar si quiere o no quiere mantener el tratado. Lo anterior no excluye que en la aplicación judicial pueda darse un ajuste de conducta culpable¹⁴.

Los casos de “nulidad relativa”, llamados “casos de anulabilidad” se establecen para los arts. 46, 47, 48, 49 y 50 de conformidad al art. 45. El alcance de la regla excluye a las nulidades absolutas (*jus cogens* y coacción), ya que las obligaciones bilaterales que buscan proteger la confianza mutua no pueden ser una excepción al interés de mantener el orden público internacional.

Importancia de la buena fe

Dado que en los casos de anulabilidad de los arts. 49 y 50 y de invalidez-nulidad de los 51, 52, 53, 64 el involucramiento de una violación del derecho en los tratados -*i.a.* del principio de buena fe¹⁵- se han establecido tratamientos diferenciados.

Así, el proyecto de codificación del derecho de los tratados realizada en la década de 1930 bajo los auspicios de la Universidad de Harvard, en su artículo 27 dice lo siguiente: “Si un Estado no cumple de *buena fe* sus obligaciones en virtud de un tratado, cualquier otra parte en el tratado, actuará dentro de un plazo razonable después de la falta (...)” (AJIL, vol. 29, 1935, supl., p. 662). Si bien, se refiere al cumplimiento del tratado y no a la mala fe en su constitución, cubre la situación.

Rudolf Bernhardt¹⁶ refiere varios casos en los que la falta de buena fe en la conclusión o ejecución de los tratados se ha discutido ante tribunales internacionales, si bien esas situaciones no encajan en ninguna de las causales de nulidad de la CVDT.

Entre esos casos de falta de buena fe, se halla el sometido a la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) entre Francia y Perú, cuestión surgida en torno a los ricos depósitos de guano peruanos con los que el gobierno pudo pagar los bonos que habían entrado en “default” y sostener nuevas obligaciones. Sin embargo, entró en crisis económica y nuevos incumplimientos, llevando al poder al dictador Nicolás de Pierola, quien dictó decretos en la materia, entre ellos el de 26 de octubre de 1886, limitando los derechos de

¹⁴ En vano se buscó durante la Conferencia establecer una fecha límite a partir del día en que se descubrieran los hechos que constituyen una causa de nulidad o extinción, fecha después de la cual ya no podrían ser invocados. Se suele señalar que el artículo 45 compensa parcialmente la ausencia de prescripción en el Derecho internacional, y que la prescripción en el derecho internacional consiste esencialmente en la aplicación de los principios de aquiescencia y estoppel. Ya había dictaminado la CIJ en el caso *Derecho de paso por territorio indio*, el derecho a invocar una causa de nulidad (anulabilidad) cuando -conocidos los hechos- el Estado ha convenido en su continuación o se ha comportado de manera que pueda deducirse su aquiescencia a la validez (CIJ *Recueil* 1960, p. 37).

¹⁵ Robert Kolb recuerda que la buena fe objetiva es un principio general del derecho. Si bien se centra en la protección de las expectativas legítimas de las partes, también está dirigido a la protección de fines comunes. Atempera el voluntarismo tradicional del derecho internacional al introducir consideraciones objetivas de seguridad, estabilidad y justicia (KOLB, Robert. *La bonne foi en Droit international public*, Collection Publications de l'Institut de Hautes Études Internationales, Genève, Presses Universitaires de France, Paris (<https://books.openedition.org/iheid/2253>). George Abi Saab, quien redacta el prólogo de la obra de Kolb, señala que la buena fe es un principio general del derecho, uno de los más generales, una especie de pivote del orden jurídico internacional, que informa y consolida un enorme conjunto normativo, cuando no todo el complejo de normas de derecho internacional. Sirve como cemento que mantiene unido al edificio y proporciona los ligamentos que permiten que el *corpus juris* se mueva y funcione. recuerda que para Kolb la buena fe es un imperativo racional impuesto por necesidad lógica (ABI SAAB, G. “Prólogo”, en KOLB, R. Ob. Cit.).

¹⁶ BERNHARDT, R. “Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitration”, *Max Planck Encyclopedia*, Amsterdam, 1981, p. 107.

los acreedores. Uno de los acreedores fue “Dreyfus Frères y Cia”, empresa que reclamó 3.200.000 de libras, mientras el gobierno sólo estaba dispuesto a pagar 25.000.000 de libras. Se involucró Francia en ejercicio de la protección diplomática. La CPA en su dictamen de 1921 (árbitros Ostertag, Sarrut, Elguera), rechazó la nulidad del decreto de Piérola que afectaba el convenio, en el entendimiento que no podía ser invocado “contra extranjero de buena fe”.

Otro Caso referido por Bernardt¹⁷ es el de la deuda externa de Alemania (Grecia v. República Federal de Alemania). Antes de la entrada de Grecia en la Primera Guerra Mundial, Alemania hundió varios barcos griegos de la fuerza naval, causando daños a bienes y personas. Tras la Guerra, un Tribunal Arbitral Mixto Greco Alemán resolvió varias reclamaciones a favor de Grecia. Como numerosos casos, quedaron no resueltos en el período interguerras. Tras la Segunda Guerra Mundial se adoptó el Acuerdo de Londres de 27 de febrero de 1953 (ratificado por los dos países involucrados). Dado que Alemania Federal entre 1954 y 1965 rechazó demandas griegas, por Acuerdo de Londres de 1968 se constituyó un Tribunal Arbitral y Comisión Mixta el que se pronunció el 26 de enero de 1972. En el considerando 50, el Tribunal expresa: “*To the extent that these representations are intended to induce the Tribunal to conclude that the Federal Republic did not act in good faith or that it deliberately avoided further discussions or negotiations leading towards a possible settlement, the Tribunal considers that such conclusions are unsupported by the record before it.*”¹⁸ El Tribunal dio similar importancia a la buena fe en el pacto de contrahendo que en el negociando (considerando 62).

La existencia o falta de buena fe incide en la divisibilidad del tratado. Así, el art. 44.2., con relación a la nulidad, establece: *Una causa de nulidad (...) de un tratado (...) no podrá alegarse sino con respecto a la totalidad del tratado, salvo en los casos previstos en los párrafos siguientes: (...) 3. Si la causa se refiere sólo a determinadas cláusulas, (...sólo podrá) alegarse respecto a esas cláusulas cuando: a) dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación; b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto; c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta. 4. En los casos previstos en los artículos 49 y 50, el Estado facultado para alegar el dolo o la corrupción podrá hacerlo en lo que respecta a la totalidad del tratado o, en el caso previsto en el párrafo 3, en lo que respecta a determinadas cláusulas únicamente. 5. En los casos previstos en los artículos 51, 52 y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.*

El tratamiento diferenciado dado a los artículos 49 y 50 se comprende, ya que -si bien los cinco casos responden a ilícito y violación del orden público (a diferencia de los tres casos anteriores -arts. 46, 47, 48)¹⁹, los casos de los arts. 51, 52, 53 responden al carácter *ipso iure* de la nulidad *in totum* y su ineficacia *ex tunc*. En los casos de dolo y corrupción del representante no todo el complejo contractual necesariamente está viciado, a diferencia de los casos de los artículos 51, 52 y 53.

Por razones lógicas, un tratado obtenido por coacción al representante o al Estado o vulnerando norma de *jus cogens* no puede parcialmente tener partes no viciadas. Frente a ese tipo de violaciones existe la imposibilidad de consentir esos actos

¹⁷ *Ibidem*, p. 109 y ss.

¹⁸ ILR, Vol. 47 (1974), p. 418 y ss. (http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIX/27-64.pdf).

¹⁹ No por ello deja de observarse el tratamiento más riguroso para las situaciones de mala fe de los art. 49 y 50 de la CVDT, ya que el afectado puede a su discreción pedir la nulidad de todo el tratado o de ciertas cláusulas únicamente. *V. infra*.

por ser nulos de pleno derecho. Se trata de violaciones que lesionan el contenido esencial de los derechos amparados por la sociedad internacional en su conjunto. Actos que violan la institucionalidad internacional en su núcleo duro, en su contenido sustantivo esencial. Como más adelante señalaremos, atento a que la coerción implica uso de la fuerza (si bien en distintos matices), las causales de los art. 51, 52, 53 quedan emparentadas²⁰. Estas causales también están vinculadas a la buena fe en tanto ningún Estado de la comunidad internacional podría dejar de reconocer que está socavando de mala fe las bases de la sociedad común²¹.

No compartimos la posición de Capottorti²² de que todas las causales se rigen por el mismo procedimiento (art. 65 CVDT) y tienen las mismas consecuencias en lo que hace a sus elementos fundamentales.

Invocabilidad y buena fe

Gutiérrez Espada y Cervell Hortal²³ recuerdan que, si la invalidez de un tratado se invoca inmediatamente después de su conclusión, no habrá problemas, pero que ésa no es la situación más común. Lo frecuente es que el tratado haya tenido ejecución, con lo que se plantea la cuestión de si son válidos los actos ejecutados. Consideran que tanto los efectos *ex tunc* como los *ex nunc* son excesivos. La primera, por olvidar que la vuelta en el tiempo generalmente es imposible y la segunda por equiparar la nulidad a la terminación de los tratados. Además, hay que tener en cuenta que en los efectos *ex tunc* (art. 51, 52, 53), “todas” las partes deben ajustar sus relaciones a la norma imperativa sin necesidad de una solicitud previa y pueden exigirse mutuamente el *statu quo ante*. Por ello, entienden que tanto la CVDT del 69 como la del 86 han dispuesto correcciones a una posición tan radical. Así, el *statu quo ante* “podrá” exigirse -y de hacerlo- “en la medida de lo posible” (art. 71.1). La nulidad del tratado no convierte en ilícito *per se* los actos ejecutados de *buena fe* (art. 60.1-2). Sin embargo, esas dos condiciones no juegan en beneficio del sujeto al que le es imputable el dolo, la corrupción o la coacción (arts. 48-52 y 69.3). Según Georges Perrin²⁴ era la única solución posible en el estado de la comunidad internacional del momento.

Cuando se trata de la nulidad por vicios del consentimiento (art. 46 al 48) las *consecuencias* de la nulidad se aplican entre el Estado invocante de la nulidad y las otras partes en el tratado, pero no entre las otras partes *inter se*.

II. Invalidez y nulidad/anulabilidad de los tratados

Distinciones doctrinarias

Cesáreo Gutiérrez Espada y María José Cervell Hortal señalan que existen ocho causas de nulidad²⁵. En cambio, Pierre-Marie Dupuy²⁶ explícitamente considera tratados

²⁰ v. *infra*.

²¹ V. *infra* lo relativo a los actos *ejecutados* de buena fe y la buena fe con relación a los arts. 49 a 53 incl.

²² CAPOTTORTI, F. *Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, CEDAM. Padua, 1977 cit. p.206. GUTIÉRREZ ESPADA, C. - CERVELL HORTAL, M. J. *El Derecho internacional en la encrucijada*, ed. Trotta, Madrid, 2008.

²³ CAPOTTORTI, F. *Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, Ob. Cit., p. 206.

²⁴ PERRIN, G. J. *Droit international public, sources, sujets, caractéristiques*, Schulthess Polygraphisches Verlag, Zurich, 1999, p. 253 y ss.

²⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, C. – CERVELL HORTAL, M. J. *El Derecho internacional en la encrucijada*, Ob. Cit., p.202.

nulos sólo a los arts. 49 a 53 y 64. Excluye las causales de los art. 46, 47, 48 por constituir vicios del consentimiento que hacen a la existencia o no de un acuerdo. No puede declararse nulo o anulable a algo que no existe, no ha nacido. En sentido equivalente, según Verdross se trata de actos inexistentes, ya que no ha habido acuerdo de voluntades²⁷. Sin embargo, entiende que no son de suyo inválidos sino total o parcialmente impugnables, considerando que el término “anulables” no resulta correcto. Guggenheim distingue entre actos inexistentes (cuando un individuo y/o entidades jurídicas pretenden haber creado un acto jurídico, aunque elementos esenciales estén ausentes por lo que no puede haber nacido)²⁸ y nulos (absoluta o relativa nulidad, pero sin diferenciar entre nulos y anulables). A diferencia de los actos inexistentes -los que no debieran producir efectos- los nulos o anulables producen efectos y tienen cierto grado de efectividad hasta que un órgano competente los declara inválidos. Pierre-Marie Dupuy considera nulos a los acuerdos constituidos con fraude, corrupción, coacción a la persona del representante de un Estado, coacción a un Estado, el desconocimiento de una norma imperativa del derecho internacional general (arts. 49, 50, 51, 52, 53). Esa falta de observación de obligación está vinculada en esos cinco casos a la *buena fe*. Por una parte, esa falta de buena fe opera en atención a la alteración de la voluntad subjetiva de las partes, por otra parte, por la vulneración de intereses esenciales de la comunidad internacional. En el segundo caso se da incompatibilidad objetiva con las bases éticas de la sociedad internacional, lo que se manifiesta en su máximo nivel en la violación de una norma superior imperativa, como el caso del *jus cogens*, cuyas consecuencias tienen tratamiento separado en la CVDT (art. 71). Como señalaremos más adelante hay una estrecha relación entre los arts. 52 y 53.

Los casos previstos en el art. 46 (disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, si la incompetencia es manifiesta - admisibles en casos de tratados simplificados no sujetos a ratificación), en el art. 47 (disposiciones concernientes a la capacidad del representante para celebrar tratados, siempre que el grado de competencia haya sido notificado), en el art. 48 error esencial (no inducido), anclan en un hecho inherente al Estado que lo invoca. En los casos de falta de consentimiento sin ilícito, la convención busca proteger el interés de las partes, su libertad de consentimiento. El consentimiento del afectado puede subsanar el acto una vez corregida la falta de capacidad o eliminada la causa que viciaba el consentimiento. Es decir, el acto inválido²⁹ puede adquirir validez por la subsanación del vicio o defecto que le invalidaba. La falta de consentimiento era su vicio y la subsanación reconstruye el consentimiento. De hecho, en los actos anulables, el único consentimiento que puede sanar el acto es el de aquella de las partes cuya voluntad se formó defectuosamente³⁰. En realidad, lo que se anula no es el tratado en sí (no llegó a constituirse) sino la condición de válido del consentimiento.

El artículo 45 de la CVDT es aplicable a ratificaciones imperfectas. Según muchos autores, la nulidad ya no podría invocarse si el tratado tuviera un comienzo de ejecución porque el defecto habría sido cubierto por la aquiescencia o por la doctrina del estoppel. La base de esta pérdida de derechos radica en la confianza a la que ha dado

²⁶ DUPUY, P.-M. “Droit des traités, codification et responsabilité internationale”, *Annuaire français de droit international (AFDI)*, volume 43, 1997. pp. 7 y ss.

²⁷ VERDROSS, A. *Derecho internacional público*, Aguilar, 1982, p.155.

²⁸ Como ejemplo, Guggenheim señala el caso de un acuerdo acordado por un Estado desaparecido, como los Estados bálticos entre 1940 y 1941 (GUGGENHEIM, P. “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, *Recueil des Cours*, 1974, tomo 1, p. 203 y ss.).

²⁹ Según Verdross es inexistente ya que no ha habido acuerdo de voluntades (VERDROSS, A. *Derecho internacional público*, Ob. Cit., p.155).

³⁰ BELADIEZ ROJO, M. ob. cit., p. 162.

lugar la conducta del Estado durante la ejecución. Interpretado extensivamente, el artículo 45 se presta así a una concepción de que *cualquier defecto es cubierto automáticamente por cualquier acto de ejecución del tratado*. Este efecto solo se refuerza ante la imposibilidad de invocar ignorancia del vicio, la que generalmente, en ausencia de negligencia, podría impedir el funcionamiento de los principios de aquiescencia o estoppel.

El defecto contemplado en el artículo 46 (al igual que el del art. 47) como una violación manifiesta de una disposición interna fundamental (o incompetencia del representante notificada), no puede ser ignorada sin negligencia, situación que hace operar la “ratificación por conducta”.

Kolb³¹ señala que la buena fe hace que la estabilidad internacional prevalezca sobre la legalidad interna y las consecuencias son notables: “el derecho interno se halla *inter fauces iuris gentium*”.

Precisamente por ello es que las nulidades se fundan en la comisión de un hecho ilícito, el que no sólo es de interés de las partes, sino también de la comunidad internacional como tal, respondiendo a los aforismos “*ex injuria jus non oritur*”, “*unjust acts cannot create law*”. Sin embargo, como señala Valerio de Oliveira Mazzuoli³² -parafraseando a Vera Lúcia Viegas- incluso en el caso del *jus cogens* la Convención ha dado más peso a la estabilidad de los tratados, ya que a pesar de ser una violación contra la comunidad en su conjunto sólo pueden invocar la causal de nulidad las partes en el tratado.

III. Causales de nulidad. Conceptualización y práctica

Consideraciones introductorias

Bien señala Ernesto de la Guardia que las causas de nulidad han sido largamente consideradas por la doctrina, pero que la práctica es escasa y que muchas veces ella ha denotado el peso político de las situaciones dadas³³.

El mencionado autor agrupa el esquema de causales mantenido en el Congreso de Viena -a pesar de las discusiones que despertara-:

Nulidad relativa: a) vicios formales (defecto de competencia y restricción de poderes); b) vicios sustanciales (error, dolo, corrupción).

Nulidad absoluta: a) vicios sustanciales (coacción sobre el representante, coacción sobre el Estado); b) otras causas (oposición a *jus cogens* existente o emergente³⁴).

CVDT art. 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados

³¹ KOLB, R. Ob. Cit. Nota 15.

³² OLIVEIRA MAZZUOLI, V. de. *Derecho internacional público contemporáneo*, Cuscatleca-bosch ed., Barcelona, 2019, p. 301 y ss.

³³ DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los tratados*, Ob. Cit., p. 272.

³⁴ Por nuestra parte consideramos que el tratado en oposición a norma de *jus cogens* no debería considerarse que es “otra causa”, ya que el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (incluso en sentido amplio) está proscripto en calidad de *jus cogens*, por lo que los artículos 51 y 52 bien representan causa de violación de *jus cogens*.

Art. 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Según algunos autores, el artículo 7 (2) de la CVDT establecería una presunción definitiva a favor de la competencia y la regularidad de los actos de los órganos designados, los que incluyen a Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores y otros. La reserva de derecho interno a la que está sujeto el artículo 46 podría interpretarse únicamente en relación con la división de poderes y los procedimientos internos y no con el poder de representación externa, una cuestión decidida estrictamente por el artículo 7 de la CVDT.

La referencia a “norma de importancia fundamental de derecho interno” fue incorporada en la Conferencia de Viena de 1969 a propuesta del representante de Perú, copatrocinada por Ucrania (a/conf.39/c.1/1.228 y add.1), y el requerimiento de “violación manifiesta”, es decir, que sea “objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme la práctica usual y de buena fe” fue incorporado en la conferencia a solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña (a/conf.39/c.1/1.274).

Uno de los casos de la práctica que suele citarse³⁵ es el del ***Conflicto sobre el tratado de límites de 15 de abril de 1858 entre Costa Rica y Nicaragua***. En el impasse entre la vieja constitución de 1838 y la adopción de la nueva, la asamblea legislativa nicaragüense dictó varias disposiciones, entre ellas, la de 5 de febrero de 1858 que establecía: “(...) el poder ejecutivo queda autorizado para actuar como crea más conveniente en la resolución de las dificultades con Costa Rica (...) sin necesidad de ratificación por parte del legislativo”. El 26 de abril de 1858 se produjo el intercambio de ratificaciones y el 28 de mayo del mismo año la Asamblea aprobó un decreto por el cual “el tratado de límites (...) quedaba aprobado”. El 19 de agosto de 1858 adoptó la nueva constitución. En 1878 Nicaragua impugnó la validez del tratado de límites de 15 de abril por contrario a las disposiciones de la nueva constitución. En 1886 sometieron la controversia a arbitraje del presidente de los EE.UU. Cleveland, quien entendió que aun cuando la constitución de 1838 hubiese estado vigente al momento de la celebración del tratado la delimitación no estaba definida y el tratado era ajustado al derecho interno. Cualquier irregularidad procedimental en el uso de los poderes del ejecutivo quedaba subsanada por la aprobación del legislativo³⁶.

Otro caso es el ***Nicaragua contra Colombia*** (2007) por desacuerdo con la asignación de varias islas. En 1928 ambos Estados firmaron un tratado relativo a islas. Nicaragua desconforme apeló a la Corte Internacional de Justicia para que tome una “decisión final”. Nicaragua invocó el Pacto de Bogotá de 1948 que incluye la siguiente cláusula: la Corte Internacional de Justicia tiene jurisdicción para resolver disputas entre Estados en las fronteras marítimas, excepto disputas que ya están resueltas por un tratado o una decisión judicial. Colombia argüía que ya habían firmado un tratado en 1928, pero Nicaragua invocó la nulidad de ese tratado, alegando que se había visto

³⁵ CASANOVAS, O.- RODRIGO, A. J. *Casos y textos de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 129.

³⁶ MOORE, J.B. *International arbitrations*, vol. XI, Washington, 1898, pp. 1945-68.

obligada a firmarlo porque en 1928 era Estado ocupado militarmente por los Estados Unidos. La Corte Internacional de Justicia entendió que el tratado seguía vigente, ya que fue ratificado en 1928 y, en 1950 y 1970, todavía estaba en vigor.

También suelen citarse los siguientes antecedentes de la práctica: el caso de la *Convención comercial franco-suiza* (1912) (RSA, vol. XI, pp. 411, 418); el caso de los *Bienes británicos en el Marruecos español* (1925) (RSA, vol. II, p. 724); el caso de la ratificación de un *Acuerdo financiero de Alemania con los Países Bajos* (1963) (ILR, vol. 43, p. 251, Corte constitucional federal alemana).

En el caso de los *Yacimientos diamantíferos de Grigueland Occidental*, Transvaal se negó a reconocer el arbitraje de 17 de octubre de 1871, argumentando que el compromiso de arbitraje no había sido autorizado por el parlamento (RSA, vol. II, p. 703). Por la misma razón, *Rumania* no reconoció la validez del *Tratado de comercio con Austria de 14 de agosto de 1920*. En el mismo sentido se manifestó la posición griega en el denominado "*Incidente Politis*" (*asunto de las minorías greco-búlgaras*) (1924), entre otros casos.

También se suele citar el dictamen del tribunal arbitral en el caso de *Límites marítimos entre Guinea-Bissau y Senegal* (1989)³⁷, que consideró que la solución expresaba el derecho consuetudinario incluso antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena y era aplicable al acuerdo de 26 de abril de 1960 entre Francia y Portugal sobre el límite marítimo entre sus posesiones coloniales. Portugal había alegado que ese acuerdo era nulo por la violación de disposiciones constitucionales fundamentales (falta de aprobación parlamentaria en tanto se refería a una enajenación del territorio nacional). El tribunal arbitral indagó sobre el estado del Derecho internacional en el tema tal como existía en 1960 y consideró que la solución adoptada por el artículo 46 representaba en ese momento derecho internacional consuetudinario. Así expresó que, para identificar la apariencia legítima, es necesario tener en cuenta la práctica constitucional real, es decir la ley tal como es interpretada y aplicada realmente por los órganos del Estado (les précédents diplomatiques *n'étaient pas uniformes mais, en général, l'on peut en déduire que seule une violation grave et évidente du droit interne aurait pu justifier une déclaration de nullité d'un traité. Le tribunal estime que sa décision à ce sujet doit être régie par le principe de la bonne foi. Celui-ci était, indubitablement, la règle observée par les états en 1960 en ce qui concerne la conclusion d'un accord international*"; "si l'on considère le texte de l'accord du 26 avril 1960, l'intervention sporadique de l'Assemblée Nationale dans l'approbation des conventions internationales, le fait que quelques textes aussi importants que la Charte des Nations Unies n'ont pas été approuvés par elle et que l'accord a été signé par le d' Antonio Oliveira Salazar, chef incontesté du régime à caractère autoritaire qui existait alors au Portugal, l'on peut conclure que le gouvernement français a eu des raisons de croire, en toute bonne foi, que le traité signé était valable". cf. J.P. QUÉNEUDEC, "L'arbitrage relatif à la détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal"³⁸.

CVDT Art. 47. Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado

CVDT Art. 47. Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado. Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado

³⁷ RSA, vol. XX, p. 121 y ss.

³⁸ AFDI 1989 (35), p. 332.

determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás estados negociadores.

En el caso del *Límite terrestre y marítimo entre Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria, Guinea Ecuatorial interviniente), la CIJ desechó el argumento nigeriano de falta de poderes para representar al Estado del Jefe de Estado nigeriano en el sistema interno del país, en base, *i.a.* a lo establecido en el art. 7 de la CVDT (no necesidad de presentación de plenos poderes en el caso de Jefes de Estado). El fallo recuerda que los Estados no están obligados a conocer las disposiciones legislativas o constitucionales que puedan tomar otros Estados³⁹.

Uno de los ejemplos de plenos poderes insuficientes en claridad y precisión en la práctica internacional es el relativo al caso sucedido en 1894 cuando los *plenipotenciarios chinos y japoneses se reunieron en Hiroshima para concluir un tratado de paz*. Los agentes japoneses se negaron a aceptar los plenos poderes presentados por los enviados chinos sobre la base de que los documentos no autorizaban a esos presuntos agentes estatales a concluir un tratado y que, ni siquiera mencionaban el tema de las negociaciones, a más de guardar silencio sobre el tema de la ratificación (cf. MOORE, J.B. *A Digest of international law*, vol. v, Washington, 1906, p. 179-80, cit. por KOLB, R. Ob. Cit.).

El caso *Metzger* (Estados Unidos contra Haití, 1900) se originó en el suministro insuficiente de agua a la empresa molinera Metzger en Haití. se llevó a cabo un intercambio de notas entre el ministro haitiano en Washington y el gobierno de los Estados Unidos de América. En este acuerdo, el ministro haitiano aseguró a las autoridades estadounidenses que las demandas de la compañía Metzger serían satisfechas. Posteriormente, el gobierno haitiano cuestionó la competencia del ministro haitiano, argumentando que no podía asignarse prerrogativas comunales. El árbitro Morse sostuvo que un acuerdo debe ser ejecutado sin tener en cuenta cualquier limitación de derecho interno desconocida, vinculando el caso con la buena fe: "no puede ser que la buena fe sea menos obligatoria para las naciones que para las personas que llevan adelante acuerdos (...). No considero que las limitaciones a la autoridad oficial, no reveladas en el momento al otro gobierno, puedan impedir la ejecución de los acuerdos diplomáticos". En resumen, las limitaciones no notificadas de los poderes conferidos no pueden establecerse contra las partes contratantes⁴⁰.

CVDT Art. 48. Error

CVDT Art. 48. Error. 1. Un Estado podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su

³⁹ ICJ Reports 2002, p. 33, paras. 258 y 265-266.

⁴⁰ COUSSIRAT-COUSTÈRE, V. - EISEMANN, P.M. (Eds.) *Repertory of International Arbitral Jurisprudence*, t. I (1794-1918), p. 9; *Papers on the Foreign Relations of the United States*, vol. 42 (1901), p. 271, cf. KOLB, R. Ob. Cit. V. asimismo, EVANS, Ch. I. *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. VIII, publicación del Departamento de Estado, Washington, 1971) (<https://books.openedition.org/iheid/2271#bodyftn474>) p. 645 y ss.; CAHIER, P. "La violation du droit international relative à la compétence pour conclure des traités comme cause de nullité des traités", *RDI* 1971 (54), p. 227.

consentimiento en obligarse por el tratado. 2. El párrafo 1 no se aplicará si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error. 3. Un error que concierna sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste: en tal caso se aplicará el artículo 79.

Generalmente, se citan como casos de error en un tratado los relativos a la **Soberanía sobre determinadas parcelas fronterizas**⁴¹ y el caso del **Templo de Préh Vihéar**⁴², en los que la CIJ hizo presente que el error debía ser: *esencial, *que el Estado invocante no debía haber contribuido al error; *que las circunstancias no fueran tan evidentes que el Estado hubiese tenido que estar advertido del error. También como ejemplo de error -aunque parcialmente- puede recordarse el **Diferendo limítrofe con Brasil por la ubicación correcta del río San Antonio** y otros. Se trata centralmente de errores de la Comisión Demarcadora de 1759 y de la de 1788, por ubicar la desembocadura del río San Antonio en el río Grande de Curitiba o Iguazú. El tratado de 28 de septiembre de 1885 entre el representante brasileño Leonel M. de Alençar y el MRE argentino Francisco J. Ortiz, estableció el nombramiento de comisiones para el estudio de los ríos y del área disputada. Su art. 2º establecía: “*A la comisión mixta constituida (...) le incumbirá reconocer, de conformidad con las instrucciones anexas a este tratado, los ríos Pepirí-Guazú y San Antonio y los dos situados al oriente de ellos, conocidos en el Brasil por los nombres de Chapecó y Chopim y que los argentinos llaman Pequiri-Guazú y San Antonio Guazú, así como el territorio comprendido entre los cuatro*”. La comisión concluyó en 1887 que el río San Antonio Guazú señalado por el comisionado Oyarbide no era el Chopim, sino uno ubicado más al este, el río Jangada. Desde ese momento el gobierno argentino reclamó al río Jangada como límite, divisoria que Brasil seguía rechazando. Tras la caída del imperio del Brasil y el establecimiento del gobierno republicano en noviembre de 1889, la Argentina se manifestó contraria a que el conflicto se solucionara mediante un laudo arbitral, dado que los Estados Unidos era un país aliado de Brasil. Se firmó un nuevo tratado (Montevideo de 25 de enero de 1890). El tratado dividía la zona en disputa en partes iguales, pero fue rechazado por el congreso brasileño -mayoritariamente monárquico- alegando que los diplomáticos brasileños habían realizado concesiones excesivas. El caso fue sometido a laudo arbitral del presidente de los EE.UU. Cleveland pronunciado el 5 de febrero de 1895 (*Cuestión Misiones*), el que fue totalmente favorable a la posición brasileña.

Entre otros casos en que se invocó error como causal de nulidad ante la CIJ se suelen citar: el caso relativo a la **Sentencia arbitral del rey de España de 23 de diciembre de 1906 (Honduras/ Nicaragua)**⁴³. También puede citarse el caso de la **Frontera de los Andes (Río Palena-Encuentro)**, arbitraje de la reina Isabel II entre Argentina y Chile (sentencia de 1966)⁴⁴. COT⁴⁵ recuerda que la sentencia destacaba que la redacción del compromiso arbitral no autorizaba a las partes a cuestionar la validez de la sentencia del rey Eduardo VII al invocar un vicio (error) en la expresión de la voluntad del árbitro. Sin embargo, reconoció que la noción jugaba un papel importante

⁴¹ CIJ *Recueil* 1959, para 220, 222 y 225.

⁴² ICJ *Reports* 1961 (excepciones preliminares) p. 30; CIJ *Reports* 1962 (fondo), p. 26.

⁴³ CIJ. *Recueil* 1960, p. 172 y ss. y p. 215. V. DUBOIS, L. “L’erreur en Droit international public”, *Annuaire français de droit international*, volume 9, 1963, p. 191 y ss.

⁴⁴ *Revue Général de Droit International Public* 1967, p. 167.

⁴⁵ COT, J.-P. “L’affaire de la frontière des Andes (sentence arbitrale de la reine Elisabeth II du 9 Décembre 1966)”, *Annuaire français de droit international* 1968, volume 14, pp. 237 y ss.

en el caso, ya que el error cometido en 1902 se encontraba en el origen de la disputa. Si el rey Eduardo VII hubiera descrito correctamente el curso de río Encuentro, la controversia no se habría producido. Las pretensiones argentinas permanecían dentro del marco establecido por el compromiso, ya que, para el gobierno argentino, el error cometido en 1902 no viciaba la sentencia ni en su totalidad ni en parte. Si se tomaba en cuenta el error, su efecto sólo debía ser limitado a la frase que evidenciaba el error (p. 20 del dictamen). Para el gobierno chileno, Argentina era responsable del error cometido, ya que entregó al tribunal el mapa Lange en el que se basa el laudo arbitral de 1902. Además, argumentaba que las autoridades argentinas se dieron cuenta rápidamente del error, pero no lo señalaron a la comisión de demarcación ni al gobierno chileno. A este error inicial se agregaba un error posterior cometido por la Comisión Conjunta de las Fronteras en 1955, cuando consideró erróneamente el brazo sur del río Encuentro como el brazo principal del río. Este nuevo error constituyó según el gobierno chileno un defecto de consentimiento que invalidaba la minuta adoptada por el Comité Conjunto el 1 de noviembre de 1955. El Tribunal arbitral rechazó las acusaciones chilenas y consideró que Argentina no era responsable del error cometido en el laudo arbitral de 1902 y que las autoridades argentinas no estaban obligadas por norma internacional a advertir a Chile ni al árbitro del error. La tesis de que el error trastornó la línea divisoria entre los hitos 16 y 17 pareció al Tribunal difícilmente compatible con la validez del laudo arbitral y consideraba que el error a veces distorsiona la expresión de la voluntad sin afectar su esencia misma. Recordó que, de acuerdo con la fórmula del código civil suizo, citado por el árbitro Lardy en el caso de la isla Timor, "es necesario buscar la intención real y común de las partes, sin detenerse en las expresiones o tergiversaciones que fueron capaces de usar ya sea por error o para disfrazar la verdadera naturaleza de la convención" (RSA, vol. XI, p. 497). La doctrina jurisprudencial requiere que el intérprete haga que la intención del autor de la norma prevalezca sobre la tergiversación contenida en el instrumento. El tribunal, ante la falta de poderes asignados en el compromiso arbitral hizo prevalecer la estabilidad del pronunciamiento de Eduardo VII en lo que hace a la invocación de error. Sin embargo, en base a otras varias argumentaciones, la línea demarcatoria del dictamen de Isabel II dividió la zona discutida (hito 16-Río Encuentro a Cerro de la virgen) en partes aproximadamente intermedias a las pretensiones de los dos Estados.

Es de observar que, a veces, un error de texto, común en los casos de tratados confeccionados en varios idiomas, puede importar acción dolosa. Tal el caso del *Acuerdo ítalo-etíope de Wuchale entre el Reino de Italia y el Reino de Etiopía (2 de mayo de 1889)*. El texto en etíope establecía una relación en paridad de trato soberano, en cambio el italiano (presumiblemente, de modo intencional), una situación de protectorado sobre Etiopía (Imperio Abisinio)⁴⁶. Menelik II⁴⁷, quien desconocía que la versión en italiano del tratado convertía su país en protectorado italiano, ni bien lo supo, rompió el tratado y lo declaró nulo. Italia invadió Abisinia con una tropa de alrededor de 20.000 hombres. El general italiano Oreste Baratieri propuso hacer el primer movimiento la noche del 29 de febrero de 1896, esperando sorprender a los abisinios mientras dormían. Sin embargo, las tropas etíopes al mando de Menelik II vencieron a las italianas en la batalla de Adua (primera guerra ítalo-etíope).

CVDT Art. 49. Dolo

⁴⁶ Etiopía suele ser presentada como el único país africano que nunca fue colonizado por los europeos.

⁴⁷ Menelik II modernizó el reino etíope, fundó la nueva capital (Adís Abeba), abolió la esclavitud, y proyectó instaurar la enseñanza obligatoria y un moderno código de derecho.

CVDT Art. 49. Dolo. Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.

Como ejemplo de dolo se suele citar el caso *Saint Croix River, Mixed Commission under article v of the treaty between Great Britain and the United States* (november 19, 1794)⁴⁸, por el uso fraudulento de patente otorgada a sir William Alexandre.

Otro caso es el citado precedentemente relativo a la intención fraudulenta escondida bajo un presunto error de traducción en el *Tratado de Wuchale de 2 de mayo de 1889 entre el Reino de Italia y el Reino de Etiopía*.

Se ha sostenido que el dolo no puede invocarse en tratados multilaterales por la dificultad para identificar al causante. Paul Reuter⁴⁹ señala que el fraude está cerca del error en el sentido de que solo la víctima del fraude puede invocarlo y puede cubrir el vicio con su consentimiento expreso o su comportamiento; se aleja del error por sus efectos más rigurosos relacionados con la idea de delito internacional. De hecho, cuando la divisibilidad puede jugar, la CVDT le da al Estado víctima de dolo una opción que él libremente usa de acuerdo a su interés: aceptar la divisibilidad y mantener en vigor una parte del tratado o exigir la nulidad completa del mismo. Esta última opción muestra claramente el carácter de sanción al dolo. Por otro lado, otra opción aún está abierta a la víctima: la víctima puede solicitar la eliminación de todos los actos realizados sobre la base del tratado nulo, pero no está obligada a hacerlo. El Estado responsable del fraude no puede solicitar por sí la eliminación del vicio (artículo 69. 3 CVDT). De manera más general, el tratado doloso es un acto ilícito con todas las consecuencias jurídicas del caso.

CVDT Art. 50. Corrupción del representante de un Estado

CVDT Art. 50. Corrupción del representante de un Estado. Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.

Paul Reuter, en la obra citada, recuerda que este caso de nulidad fue demorado por la Comisión y su existencia fue cuestionada como caso separado de nulidad (condición sostenida por De Luna y Tunkin)⁵⁰. Para algunos, el caso de fraude cubriría perfectamente las hipótesis de corrupción, para otros la corrupción era solo un medio de coacción ejercido sobre la persona del representante de un Estado. La CVDT mantuvo la corrupción como un caso separado. En este caso también hay engaño, pero tal como lo señalara la CDI es un fraude particular y especialmente grave. La corrupción puede haber sido obtenida por coacción, en cuyo caso, se aleja del dolo. El soborno del representante en realidad le hace perder a éste su condición de representante del Estado, pero sin conocimiento del afectado. Para que la corrupción sea un vicio del acto, debe haber sido capaz de llevar a la aceptación del tratado tal como es (incluso si su efecto se refiere a una sola cláusula no esencial). Es la corrupción, la infidelidad del representante

⁴⁸ *International Adjudications*, Oxford University Press, New York - London, 1929, p. 3 (<https://catalog.hathitrust.org/Record/007910974>; <https://catalog.hathitrust.org/Record/007910975>).

⁴⁹ REUTER, P. Ob. Cit.

⁵⁰ ILC. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 195.

la que invalida el acto. La pregunta más delicada es quién debe invocar el acto de corrupción para tener tales efectos. El problema surge principalmente del hecho de que los ejemplos de corrupción que podrían alegarse se producen principalmente en las relaciones económicas (comercio, inversiones, suministro de armas, contratos de equipos, etc.) y, generalmente, el tratado es doble: interestatal y con acuerdos entre empresas (privadas o públicas). La respuesta a la dificultad -según Reuter- debe estar dada por los principios generales de la responsabilidad internacional que dominan el caso de corrupción más que por los del fraude. El acto de corrupción debe ser imputable al Estado, pero eso no significa que deba emanar de uno de sus representantes oficiales. Es suficiente que emane de una persona que actúa bajo el control del Estado, en su nombre o que el Estado sea cómplice del hecho ilícito. En cuanto a los efectos de la corrupción -vicio dominado estrechamente por la naturaleza ilegal del acto-, su régimen es exactamente el mismo que el del fraude. El caso aún está dominado por el interés exclusivo del Estado víctima, pero con amplios derechos -como en el dolo- por la naturaleza ilícita del vicio.

Puede citarse como ejemplo de corrupción del representante el *Acuerdo celebrado entre Italia y Etiopía en 1928 alcanzado por gratificación indebida al ras Tafari* (cabeza de gobierno Tafari) que implicaba la división del Estado en zonas de interés comercial y político entre Italia y Gran Bretaña (básicamente, explotación de vías férreas para Italia y construcción de obras de regadío para Gran Bretaña). Primero se recurrió a la presión sobre el gobernante, pero ante la queja del mismo ante la Sociedad de Naciones y la opinión pública británica negativa ante la situación, cambiaron la modalidad por un “regalo”, efectuado por intermedio del príncipe italiano Luis Amadeo de Saboya que “ablandó” al ras Tafari -más tarde denominado Heile Selassie I⁵¹- con el obsequio de una suntuosa limusina Isotta Fraschini (de valor actual aproximado a los 350.000 dólares actuales). Gutiérrez Espada y Cervell Hortal consideran que en la actualidad son múltiples los acuerdos comerciales y de inversiones viciados por corrupción. Ello a tal punto que han llevado a la conclusión de convenios generales contra la corrupción (vg. Convención interamericana de 1996 y Convención de Naciones Unidas de 2003, siendo Argentina parte en ambas).

CVDT Art. 51. Coacción sobre el representante de un Estado

CVDT Art. 51. Coacción sobre el representante de un Estado. La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico.

La coacción sobre el representante de un Estado consiste en actos o amenazas dirigidos contra el representante de un Estado en su persona y no en su calidad de órgano (daño a su integridad física, su reputación, su carrera o la de sus seres queridos, etc.). Al igual que la corrupción, la coacción sustituye al verdadero representante del Estado por una persona privada que deja de ser representativa del Estado, en tanto en la negociación pasa a defender sus propios intereses, resultando incapaz de actuar a nombre del Estado. La CDI y la Conferencia de Viena consideraron más grave la coacción que la corrupción y la sujetaron, en cuanto a sus efectos, a un régimen más riguroso, entendiendo que la coerción es más grave que el fraude y la corrupción. En la ejecución del ilícito implica el uso de la fuerza o amenaza de la fuerza, un daño

⁵¹ Designación tomada de la estirpe imperial de su madre.

anunciado, lo que excede a la concernencia de las partes, afectando a la comunidad internacional y al orden público. En cuanto a los efectos, se encuentran en la propia fórmula del artículo 51 CVDT: la expresión del consentimiento así obtenido "no tiene efecto legal". De hecho, es un acto que se supone que nunca existió. Su imperfección ni siquiera podría ser cubierta por el consentimiento de la víctima. Técnicamente hablando, si la víctima aceptara algunas de las consecuencias de tal acto, solo podría hacerlo mediante un tratado completamente nuevo, que de ninguna manera se consideraría un acto de confirmación del tratado nulo.

Ejemplo de coacción al representante y al Estado suele considerarse el producido en el *Acuerdo de Múnich de 29 de septiembre de 1938*. Se trata de una situación atípica ya que quienes presionaron al Jefe de Estado checoslovaco Edvard Beneš fueron Italia, Francia y el Reino Unido (para evitar conflicto con Alemania) y, además, fueron esos Estados los que firmaron el acuerdo con Alemania que estipulaba que Checoslovaquia (ausente en el tratado y que había manifestado su negativa a la entrega) debía ceder el territorio checoslovaco de los Sudetes a Alemania. La ocupación alemana de los Sudetes se completó el 10 de octubre del mismo año (más tarde se expandiría a otros territorios checos, húngaros y polacos). Los checoslovacos señalaron que el tratado de Munich concertó "acerca de nosotros, sin nosotros y contra nosotros" y fue visto como una traición de sus aliados occidentales, los que para evitar-dilatar la guerra, sacrificaron a Checoslovaquia. Beneš renunció el 5 de octubre y una vez estallada la segunda GM formó en Londres el gobierno checoslovaco en el exilio. El 11 de diciembre de 1973 fue ratificado en Praga en el castillo de Hradčany el acuerdo estipulado el 20 de junio del mismo año en Bonn relativo a la normalización de relaciones diplomáticas entre la República Federativa de Alemania y la República Socialista de Checoslovaquia, el que además *i.a.* declaraba nulo el acuerdo de Múnich de 1938. Esa nulidad se vio como un éxito de la URSS y no de Checoslovaquia⁵². En noviembre de 1938 asumió como nuevo presidente del "resto" libre de Checoslovaquia (Segunda República Federada de Chequia-Eslovaquia) Emil Hácha. Hitler convocó a Hácha a Berlín y durante las primeras horas del *15 de marzo de 1939* informó a Hácha de la inminente invasión alemana y bombardeo a Praga. Hácha sufrió un ataque cardíaco durante la reunión, debiendo ser atendido por personal médico. Finalmente cedió y firmó un documento (considerado acuerdo nulo debido a la coacción) en los que aceptaba los términos de rendición. Esa misma mañana del 15 de marzo, tropas alemanas entraron en Bohemia y Moravia, sin encontrar resistencia. Hácha gobernó hasta el fin de la segunda GM.

Se han considerado tratados obtenidos mediante coacción sobre el representante: *el *Concordato de Sutri concluido el 9 de febrero de 1111 entre el rey Enrique I de Inglaterra y el Papa Pascual II (Querrela de las investiduras)*⁵³, obtenido por la fuerza luego de haber estado el Papa prisionero durante dos meses. El Concilio de Letrán declaró en 1123 nulo este concordato; *la conclusión del *Tratado de Madrid, de 14 de junio de 1526*, que cedía Borgoña a Carlos V, por medio de violencia sobre Francisco I, cautivo en un castillo en Madrid; *la ratificación obtenida por la violencia –

⁵² V. GLEDJURA, S. *La política exterior de la República Federal de Alemania* (www.cepc.gob.es/controls/mav/getdata.ashx?mavqs...). V. asimismo, FITZMAURICE, M. "The practical working of the law of treaties", en EVANS, M. D. *International law*, 2da. ed., Oxford University Press, 2006, p. 194 y ss.)

⁵³ Conflicto entre dos percepciones: *visión eclesiástica: el Papa estaba por encima de los reyes o emperadores a los que tenía que legitimar; *visión monárquica: el poder civil consideraba tener derecho, tal como se venía haciendo "desde siempre", a elegir a obispos, regidores, dignatarios eclesiásticos (y hasta al mismo papa). El conflicto había surgido entre el Papa Gregorio VII (1073-1085) y el Emperador del Sacro Impero Romano Germánico, el alemán Enrique IV (1050-1056-1106).

apresamiento de miembros hostiles de la Dieta- de los *Tratados de 18 de septiembre de 1773 y de 24 de septiembre de 1793, que consagraban la partición de Polonia*; *la conclusión del tratado de 17 de noviembre de 1905 que estableció un *protectorado sobre Corea*, luego de que el palacio imperial de Seúl fuera ocupado por fuerzas japonesas y se efectuaran amenazas directas contra el emperador de Corea y sus ministros⁵⁴.

CVDT Art. 52. Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza

CVDT Art. 52. Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Probablemente, el caso del *acuerdo de Múnich de 1938* y el documento de marzo de 1939 puedan considerarse coacción sobre el Estado. En pretendida aplicación del art. 52 se ha señalado el *caso de la Jurisdicción pesquera (RU vs Islandia)*⁵⁵. El fallo señala que un tratado concluido por la amenaza del uso de la fuerza es nulo. Sin embargo, en el caso, concluyó que “las negociaciones que llevaron al intercambio de notas de 1961 revelan que esos instrumentos fueron libremente negociados entre las partes sobre la base de perfecta igualdad y libertad de decisión de ambas partes”.

Paul Reuter⁵⁶ hace presente que no toda fuerza invalida un acto jurídico, caso contrario todos los acuerdos de paz serían nulos. Es por ello que se incorporó la referencia en el art. 52 a los “principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”. La doctrina alemana consideró nulo al *Tratado de Versalles de 1919* no sólo por el uso de la fuerza sino por la condición de estado débil “desigual” que ni siquiera participó de las negociaciones. Sólo el uso “ilícito” de la fuerza tiene capacidad de invalidar un tratado.

Se ha discutido sobre si se trata sólo de coacción militar o bien se incluye a la coacción política o económica. Debe tenerse en cuenta que, en la Conferencia de Viena de 1969, juntamente con la Convención se adoptó (contra la voluntad de los Estados occidentales) la “*Declaración sobre la proscripción de la coacción militar política o económica en oportunidad de la conclusión de los tratados*”, como fórmula transaccional con los países en desarrollo. La Declaración, *i.a.* expresa: “Esta declaración (...) condena el uso de la amenaza o el uso de todas las formas de presión, ya sea militar, política o económica (...) en violación de los principios de la igualdad soberana de los Estados y libertad de consentimiento”. El tema del alcance del uso de la fuerza no pudo ser resuelto unívocamente en la Res. AGNU 2625 (XXV) como tampoco se ha logrado hasta la fecha⁵⁷.

Como en el caso anterior (coacción sobre la persona de un representante), la sanción es particularmente rigurosa: el tratado es nulo e inválido en todas sus disposiciones sin que sea aplicable la regla de divisibilidad (Artículo 45 CV). El comentario de la CDI expresa que otros Estados además de la víctima pueden invocar el

⁵⁴ V. IGLESIAS VELASCO, A. J. “Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: Especial referencia a España”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29 (2013), p. 182.

⁵⁵ ICJ Reports 1973, p. 2, para. 24.

⁵⁶ REUTER, P. *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho, Buenos Aires, 1999, p. 209.

⁵⁷ V. ABI-SAAB, G. “Cours général de droit international public”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 207, 1987, p. 426.

defecto⁵⁸. Más aún, tienen el derecho e incluso la obligación de no reconocer una situación derivada de un tratado celebrado en tales condiciones. Cuando la víctima de violencia desee beneficiarse total o parcialmente de las disposiciones del acto viciado, no podrá renunciar a la nulidad ni cubrirla de manera alguna. Como en el caso de violencia sobre la persona de un representante, para tornar válido un texto debe concluirse un nuevo acuerdo que tenga el mismo contenido que el anterior, pero sin mediar coacción. Esta es la solución expresamente prevista en el Informe de la Comisión mencionado anteriormente. Esta percepción fue confirmada por la CIJ en el caso de las *Actividades militares de los Estados Unidos en Nicaragua*⁵⁹.

En el caso de la coacción contra el Estado podría existir un problema si se argumenta que la prohibición de la coacción-amenaza o empleo de la fuerza es una norma *de jus cogens*, ello especialmente si se toma en consideración el Artículo 71. 2 de la CVDT⁶⁰.

El régimen es estricto: denegación del beneficio de la regla de divisibilidad, imposibilidad de cubrir la nulidad mediante la posterior aceptación, invocación de la nulidad por todas las partes en el tratado (si bien no lo dice) pero la "víctima" es no sólo el coaccionado sino la comunidad en su conjunto. El artículo está fuera de la relación de consentimiento para ubicarse en el plano de la sanción de un delito cometido contra toda la comunidad internacional. Ello, especialmente si seguimos las nuevas tendencias que generalizan la noción de "crimen internacional" en términos de responsabilidad.

CVDT Art. 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens")

CVDT Art. 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

En lo que hace a los ejemplos, atento a que el Tribunal de Nuremberg consideró a los *acuerdos de 1938 y a la ocupación -en base al documento/acuerdo firmado por Hácha-Checoslovaquia en 1939* como actos de agresión, la situación puede ser encuadrada tanto en el art. 51, como en el 52 y en el 53 en virtud de las distintas situaciones por las que esos hechos han transitado (presión sobre los Jefes de Estado para concertar un instrumento, presión sobre el Estado para que acepte la invasión, el carácter de acuerdo de agresión que ha importado el Tratado de Múnich de 1938 del que no participó Checoslovaquia. Es de observar que la proscripción del uso de la fuerza contra la independencia e integridad territorial de un Estado constituye una norma de *jus cogens*, por lo que la coacción sobre el representante (órgano del Estado) o sobre el Estado -si bien enunciadas como causales independientes- son violaciones a normas imperativas de derecho internacional, contempladas en el art. 53 de la CVDT.

⁵⁸ CDI *Anuario 1966*, vol.2, p. 269.

⁵⁹ CIJ *Informes 1984*: p. 392 y *1986*: p. 14.

⁶⁰ V. *infra*.

CVDT Art. 64 Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internación al general (jus cogens)

Art. 64 Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Este artículo debe relacionarse con el art. 71. Tal como lo señalan varios doctrinarios, el Artículo 71.2 está particularmente mal redactado, ya que establece que el tratado "es nulo y terminará", afirmación en sí misma contradictoria. Por otro lado, simultáneamente, se pretendió proclamar firmemente la no retroactividad de este lapso del tratado y el fin de todos los derechos, obligaciones y situaciones que surgen de la aplicación justa del tratado antes de su vencimiento, en la medida en que su mantenimiento se realice "en conflicto con la nueva norma perentoria del derecho internacional general". Los efectos del tratado obsoleto, que han sido instantáneos, se mantendrían así, pero los que se han configurado en el establecimiento de una situación continua tendrían que terminar. Por lo tanto, para tomar un ejemplo, suponiendo que surja una regla imperativa absoluta indiscutida relacionada con el derecho de los pueblos a la libre determinación, ¿qué sucedería con todas las conquistas territoriales consagradas en violación de este derecho por los tratados antes de la entrada en vigor de la CVDT? Los actos ejecutados antes del nacimiento de la nueva regla, para el futuro ¿podrían reducirse a nada?, ¿cómo? Es cierto que las laboriosas contradicciones incorporadas en la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU en relación con el derecho de los pueblos a la libre determinación demuestran que ésta es una hipótesis teórica. En resumen, las incertidumbres que hacen a los efectos del *jus cogens* son tan inciertas como la noción misma.

En este contexto suele citarse el ***Acuerdo Corea-Japón*** para proveer mujeres para servicios sexuales forzados durante la Segunda GM (esclavas sexuales mujeres y niñas reclutadas por la fuerza, de distintos orígenes étnicos, estimadas entre 20.000 por historiadores japoneses y 410.000 por historiadores chinos). El 28 de diciembre de 2015, Corea del Sur y Japón acordaron la solución "definitiva" para el problema de las denominadas "mujeres consuelo-comfort women" a través de disculpas y reparaciones. El objeto ilícito que ofende a la conciencia de la comunidad internacional hace a la nulidad del acuerdo.

Nulidad de los tratados (arts. 51, 52, 53 de la CVDT) ante tribunales domésticos

En varios casos, órganos judiciales domésticos han declarado la nulidad de tratados internacionales porque el consentimiento estatal había sido obtenido mediante *coacción* sobre el Estado. Es el caso de tribunales holandeses que tuvieron que resolver tras la Segunda Guerra Mundial si los checoslovacos residentes en la región de los Sudetes que habían sido convertidos en alemanes por el Tratado entre Alemania y Checoslovaquia de 1938 debían ser calificados como enemigos. Las instancias judiciales domésticas rechazaron aplicar el citado tratado, considerándolo nulo por razón de la coacción sufrida entonces por el Estado checoslovaco⁶¹.

⁶¹ Pronunciamientos coincidentes: *del Tribunal de Distrito de Arnhem de 17 de enero de 1952 en el caso *Nederlands Beheers-Instituut v. Nimwegen and Männer*, *ILR* 249 (1951); *de la división judicial del Consejo para la restauración de derechos legales de 29 de junio de 1956 en el caso *Ratz-Lienert en Klein v. Nederlands Beheers Instituut*, 23 *ilr* 536 (1957); y *del tribunal de distrito de La Haya de 11 de

Igualmente existen decisiones judiciales internas sobre nulidad de tratados por incompatibilidad con normas internacionales imperativas (*jus cogens*)⁶², aun cuando existen supuestos de elusión de tribunales nacionales ante cuestiones de ese tipo, por no considerarse facultados para determinar si un tratado es o no nulo según el Derecho internacional⁶³. Sin embargo, varios los jueces domésticos se han declarado competentes para entender en casos relativos a los efectos de los tratados de guerra y la sucesión de Estados/gobiernos. Por ejemplo, la jurisprudencia local frecuentemente consideró que el estallido de una guerra causaba la terminación⁶⁴ de todos los tratados vigentes entre los Estados beligerantes, pero esta doctrina varió después de la Segunda Guerra Mundial, en el sentido de aceptarse que sólo terminan con la ruptura de hostilidades aquellos tratados cuya continuidad fuere incompatible con un conflicto armado debido a su naturaleza, materia o propósitos⁶⁵.

IV. Relación entre convencionalidad y responsabilidad a la hora de sopesar las consecuencias de la nulidad de un tratado

diciembre de 1956 en el caso Amato Narodni Podnik v. Julius Keilwerth Musikinstrumentenfabrik, 24 *ILR* 435 (1957) (V. IGLESIAS VELASCO, A. J., Ob. Cit. p. 182).

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 7 de abril de 1965 en el caso AG in Zürich, BVERFGE, vol. 18, p. 441, sobre si era compatible con el *ius cogens* un tratado entre Alemania y Suiza en materia tributaria (*ibidem*). El tribunal señaló que “solo unos pocos mandamientos jurídicos elementales deberán considerarse como normas contractuales indispensables del derecho internacional consuetudinario”: “*Nur einige elementare Rechtsgebote werden als vertraglich, unabdingbare Regeln des Völkergewohnheitsrechts anzusehen sein. Die Qualität solcher zwingenden Normen wird nur jenen in der Rechtsüberzeugung der Staatengemeinschaft fest verwurzelten Rechtssätzen zuerkannt werden können, die für den Bestand des Völkerrechts als einer internationalen Rechtsordnung unerlässlich sind und deren Beachtung alle Mitglieder der Staatengemeinschaft verlangen können (...)*” (Traducción libre de la autora del artículo: “Solo unas pocas leyes básicas deberán considerarse como normas contractuales e indispensables del derecho internacional consuetudinario. La calidad de tales normas obligatorias se otorgará solo a aquellas leyes firmemente arraigadas en la convicción legal de la comunidad de Estados, que son indispensables para la existencia del derecho internacional como un orden jurídico internacional y cuya observancia puede requerir que todos los miembros de la comunidad de Estados (...).” (Informes y Documentos, Jurisdicción alemana en cuestiones de Derecho internacional 1958-1965, parte a: paz general, derecho internacional) (http://www.hjil.de/28_1968/28_1968_1_b_48_147.pdf#page=12).

⁶³ El Tribunal de Distrito de La Haya (Países Bajos), en una sentencia de 20 de mayo de 1986, caso Stichting Verbiedt de Kruisraketten (SVK) *et al.* c. Estado de Holanda, rechazaba entrar a pronunciarse sobre la validez de una convención internacional relativa a la instalación de misiles nucleares de Estados Unidos en territorio holandés, que había sido impugnada por los demandantes como contraria al *jus cogens* (en *NYIL*, vol. 18 [1987], p. 417); y en la segunda instancia judicial, el Tribunal de Apelación de La Haya, también mantuvo la misma opinión en su sentencia de 30 de diciembre de 1987 (en *NYIL*, vol. 20 [1989], pp. 364-369), si bien el Tribunal Supremo de ese país estimó finalmente en ese caso que los jueces holandeses pueden resolver si un tratado es compatible o no con otras normas de Derecho internacional (en *NYIL*, vol. 22 [1991], pp. 453-460) (V. IGLESIAS VELASCO, Alfonso J., Ob. Cit. p. 182).

⁶⁴ Tratamos esta referencia a la terminación de los tratados a los efectos del art. 64 de la CVDT.

⁶⁵ Vg. sentencias del Reichsgericht (Tribunal del Imperio) tras la primera guerra mundial y sentencias del Tribunal constitucional federal de Alemania. Sobre la misma cuestión se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 9 de junio de 1947 en el caso Clark v. Allen *et al.* (331 U.S. 503) en el que Alvina Wagner residente de California, fallecida en 1942, quien por un testamento fechado el 23 de diciembre de 1941 y admitido en una corte testamentaria en un tribunal de California en 1942, legó todo su patrimonio a cuatro familiares nacionales y residentes en Alemania. Otros herederos residentes en California reclamaron por entender que los ciudadanos alemanes no eran elegibles como legados bajo la ley de California por la situación de guerra (*Ibidem*).

Dado que las nulidades (con el alcance dado por Paul Reuter a los artículos 49 a 53) se fundan en la comisión de un hecho ilícito, la separación absoluta entre convencionalidad y responsabilidad no puede darse.

Entre las consecuencias principales de las situaciones de nulidad es su falta de fuerza jurídica como lo establecen los arts. 69 y 71 de la CVDT⁶⁶. Además, su invocación o declaración sólo puede darse en virtud de las causales previstas en la Convención, como lo establece el art. 42.1 de la CVDT. A ello se agrega, la “sanción” que la misma CVDT prevé para los casos de ilícito.

Hans Baade⁶⁷ hace presente que "nulidad" y "falta de validez" en sí mismos son términos jurídicos que indican consecuencias legales, no hechos reales. Además, son expresiones condicionadas teleológicamente, ya que se refieren a consecuencias previstas y no a cualquier consecuencia⁶⁸.

La “falta de validez o del consentimiento en forma” significan una **calidad objetiva** del acto legal convencional (incluso si se le impide producir efectos legales porque un defecto afecta el consentimiento de uno o más de los sujetos que son parte de él). Tal como lo señala el art. 42 1. *La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.* Ello a diferencia de la terminación o suspensión que se dan en aplicación de la Convención o de las disposiciones del tratado.

No comparto la posición de P.-M. Dupuy⁶⁹ cuando señala en general, que mientras la nulidad del art. 53 protege el "orden público internacional" con una lógica estructural, los otros casos de nulidad (en general) aseguran la integridad y libertad de consentimiento de las partes con una lógica contractual (**calidad subjetiva**). Ello, porque los casos de nulidad (dolo, coacción, coerción) por su condición de contrarios a la buena fe en las relaciones internacionales también afectan el orden público del sistema por implicar violaciones a la buena fe, principio que la parte preambular -que da luz a todo el tratado- considera está universalmente reconocido y actúa como principio rector de la Convención, lo que se advierte especialmente en la Parte V y los artículos

⁶⁶CVDT. Art. 69. *Consecuencias de la nulidad de un tratado. 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 no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado. 3. En los casos comprendidos en los artículos 49, 50, 51 o 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 determinado en obligarse por un tratado multilateral este viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado y las partes en el tratado.*

Art. 71. *Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. i. 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.*

⁶⁷ BAADE, H. W. "Nullity and Avoidance in Public International Law: A Preliminary Survey and A Theoretical Orientation", *Indiana Law Journal*, Vol. 39-3, p. 498 (<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol39/iss3/5>).

⁶⁸ V. *supra*.

⁶⁹ DUPUY, P.-M. "Droit des traités, codification et responsabilité internationale", Ob. Cit. Nota 26.

específicamente dedicados a las consecuencias de la nulidad de los tratados. El requerimiento de buena fe es el que ha llevado a considerar a los tratados nulos por *jus cogens* sobreviniente (art. 64) con consecuencias *ex nunc*, haciendo valer la buena fe de las partes durante la primera etapa⁷⁰.

El art. 45 de la CVDT relativo a la *pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad* de un tratado, establece que *un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto los artículos 46 a 50 si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación (...); o b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso*. Es decir, ha purgado el ilícito con su consentimiento, diluyendo el efecto del acto de mala fe de su coparte.

Por el contrario, el 53 importan una manifestación de que no hay plena libertad para contratar: no se puede celebrar un tratado cuyo objeto esté en oposición a una norma *jus cogens*⁷¹ ya que “carecerá de efecto jurídico”.

La *restitutio in integrum* no solo tiene como objetivo la reparación material de la situación del Estado víctima, sino que -en particular en el caso contemplado por el art. 71 de la CVDT- apunta a restaurar el orden legal que precedió a la creación del hecho ilícito. Sin ser necesariamente automático o incluso obligatorio, la declaración de nulidad del acto viciado por el hecho ilícito aparece como un elemento de la restauración jurídica (restauración de la *injuria*).

En las primeras causales de nulidad constituyen un instrumento para salvaguardar la libertad del consentimiento subjetivo de un Estado, pero en las últimas se muestra como un elemento indispensable para el restablecimiento de la legalidad internacional objetiva. Una "sanción" de la conducta ilícita del sujeto que ha violado la legalidad internacional, concepto que un alto número de doctrinarios no acepta, separando netamente la nulidad de los tratados de la responsabilidad internacional por ilícito.

Eficacia “ipso iure” de la nulidad

La eficacia *ipso iure* de la nulidad -incluso la plena, de pleno derecho, absoluta, insanable- queda debilitada por los requerimientos procedimentales de la propia Convención.

Suele analizarse si la causa de nulidad opera automáticamente y cabe que los tribunales nacionales se nieguen a aplicar un tratado en caso de considerarlo nulo, o deben esperar a que se produzca la denuncia previa de su Estado en el plano internacional y se siga el procedimiento establecido en los artículos 65 a 68⁷². Abi

⁷⁰ V. VIEGAS, V. L. “Ius cogens e o tema das nulidades dos tratados”, *Revista de Informação Legislativa*, nº 144, p. 303.

⁷¹ PALACIOS TREVIÑO, J. *Tratados. legislación y práctica en Méjico*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Universidad Iberoamericana, 5ta. ed. 2009, p. 178.

Suele citarse como caso de *acuerdo contrario a las buenas costumbres* al pronunciamiento del juez Schücking en el asunto Oscar Chinn (CPJI A/V 63, p. 149-150) y el caso del **tratado entre Alemania y el gobierno de Vichy por el que se destinaban a la industria alemana de armamentos prisioneros de guerra franceses** (TPI de Nuremberg).

⁷² CVDT 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.1. 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*

Saab⁷³ recuerda el rechazo en la Conferencia de Viena 1968-69 de los países socialistas -y buena parte de los del Tercer Mundo- al sometimiento a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia y considera que una solución de compromiso fue la del art. 66 por el que los diferendos relativos a los artículos 53 y 64 son sometidos obligatoriamente a la CIJ pero los otros de la Parte V a la conciliación obligatoria reglamentada en el Anexo a la Convención, a menos que las partes acuerden otro procedimiento.

Benedetto Conforti y Angelo Labella⁷⁴ entienden que la automaticidad de ciertas causales de nulidad no es simple. Las mismas normas de la CVDT no contribuyen a ello, especialmente cuando expresa “un tratado (...) no tendrá ningún efecto legal”, o “un tratado es nulo”, o “un tratado se considerará como (...)”, “un Estado puede invocar (...)”, etc., que permiten presuponer distintas situaciones. Si bien, hay causas de nulidad que operan automáticamente y cualquier tribunal u órgano estatal puede o debe no aplicar el tratado (caso del *jus cogens*), en otros casos es más dificultoso, especialmente, cuando la causa debe ser probada como en los casos de error, fraude, corrupción o coacción.

suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que ésta se funde. 2. 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. 3. 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. 4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.

CVDT Artículo 66 Procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y conciliación. Si dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes: a) 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; b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de uno de cualquiera de los restantes artículos de la Parte V de la presente convención podrá iniciar el procedimiento indicado en el anexo de la convención presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto.

CVDT Artículo 67 Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación. 1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito. 2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 65 se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes.

CVDT Artículo 68 Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67. las notificaciones o los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 podrán ser revocados en cualquier momento antes de que surtan efecto.

⁷³ ABI-SAAB, G. “Cours Général de Droit International Public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 207, 1987, p. 237.

⁷⁴ CONFORTI, B. - LABELLA, A. “Invalidity and termination of treaties: The role of national courts”, *EJIL*, vol. 1 (1990), p. 44 y ss.

François Voefray⁷⁵ al ocuparse de la *actio popularis* en relación a los tratados se centra en la invocación de nulidad por violaciones a los tratados que protegen intereses colectivos. En lo que hace al derecho a invocar la nulidad de un tratado, entiende que depende de la naturaleza del interés protegido. Si la nulidad está destinada a proteger únicamente a los intereses de las partes contratantes, solo se debe permitir que el Estado víctima invoque la nulidad. Si el interés protegido es de interés de la comunidad internacional en general, la *actio popularis* presentada por un tercer Estado se vuelve legítima. En el derecho interno de los contratos, esta distinción se refleja en la oposición entre la nulidad relativa y la nulidad absoluta. Examina cómo se ha incorporado esa distinción en las normas del derecho internacional de los tratados, en particular en el trabajo de codificación de la Comisión de Derecho Internacional.

La cuestión de la *actio popularis* se planteó en una etapa muy temprana del trabajo de la CDI sobre el Derecho de los tratados. Ya en 1950, uno de los miembros de la Comisión, el Sr. Yepes (Colombia), sugirió que se hiciera una provisión para la ilicitud del objeto del tratado y que se previera la *actio popularis* para ello. El proyecto de artículo propuesto por Yepes estaba redactado de la siguiente manera: “Para que sea válido un tratado en el sentido de esa convención debe tener un objeto lícito conforme al derecho internacional. En caso de controversia sobre la legalidad de un tratado, la Corte Internacional de Justicia decidirá sobre la solicitud de *cualquier* Estado directa o indirectamente involucrado, o de las Naciones Unidas. Un tratado cuyo propósito no sea lícito no puede registrarse en la Secretaría de las Naciones Unidas. El Secretario General de las Naciones Unidas solicitará una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia cuando haya dudas sobre la licitud de un tratado presentado para su registro”. Al presentar su propuesta a los demás miembros de la Comisión, Yepes habló de "acción popular internacional", que puede ser la primera referencia a esta institución en un documento oficial⁷⁶. Yepes renunció a la CDI en 1953 y su propuesta no fue ni siquiera discutida oficialmente.

Hersch Lauterpacht, el segundo Relator Especial de la Comisión de Derecho de los Tratados designado en 1952⁷⁷, propuso en su primer informe en 1953 dos disposiciones que cubrían en parte la cuestión planteada por Yepes. La primera se refería a tratados concluidos bajo coacción, y la segunda a la licitud del objeto del tratado⁷⁸. Para el caso de coacción Lauterpacht sugirió aplicar un sistema de nulidad absoluta reservando la declaración de esa nulidad a la Corte Internacional de Justicia. El proceso judicial fue propuesto como una salvaguardia contra el abuso, ya que Lauterpacht señaló que ello evitaría que el argumento de coerción fuera invocado unilateralmente por un Estado y se convirtiera en una "fuerza desintegradora" de los tratados. El artículo que propuso tenía el siguiente contenido: “*Treaties imposed by or as the result of the use of force or threats of force against a State in violation of the principles of the Charter of the United Nations are invalid if so declared by the International Court of Justice at the request of any State*”⁷⁹. Justificó tal acción popular en el hecho de que la prohibición del uso de la fuerza es una preocupación de toda la

⁷⁵ VOEFFRAY, F. *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Premio Paul Guggenheim 2004, CAP. III, p. 273 y ss. (<https://books.openedition.org/iheid/1214?lang=es>).

⁷⁶ CDI. *Anuario 1953*, vol. II, p. 165.

⁷⁷ El primer relator fue J.L. Brierly. Ya en su primer período de sesiones, en 1949, la Comisión había seleccionado el derecho de los tratados como un tema de codificación prioritario. En relación con su labor sobre el tema, la Comisión tuvo ante sí los informes de los Relatores Especiales, información proporcionada por los gobiernos, y documentos preparados por la Secretaría.

⁷⁸ CDI. *Yearbook 1953*, vol. II, p. 151.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 147.

comunidad internacional y también expuso el argumento de que el Estado directamente víctima no siempre es capaz de hacer valer la nulidad por sí mismo. Para Lauterpacht, esta posición de actuar de todos estaba claramente vinculada a otros elementos, como el régimen de nulidad absoluta que correspondía a la causal y a la imposibilidad de aquiescencia por parte de la víctima. No resulta claro (tampoco fue fundado por el Relator), por qué previó disposición separada para la ilicitud del objeto del tratado. La disposición es similar a la de la coacción del Estado, pero no contempla la posibilidad de actuación de terceros Estados: “Un tratado, o cualquiera de sus disposiciones, es nulo si su cumplimiento involucra un acto que es ilegal según el derecho internacional y es declarado por la Corte Internacional de Justicia”⁸⁰. Los informes de Lauterpacht no fueron considerados por la CDI⁸¹.

En 1955, tras la elección de Lauterpacht como Juez de la Corte Internacional de Justicia, Gerald Fitzmaurice lo reemplazó como miembro de la Comisión y como Relator Especial. Fitzmaurice adoptó un enfoque diferente del de su antecesor, alejándose de la idea de “proyecto de convención” para inclinarse a una codificación expositiva. Si bien, también aceptó a la coacción y a la ilicitud del objeto del tratado como causas de nulidad, los definió de una manera más restrictiva que su antecesor, considerándolos problemas limitados a las relaciones entre las partes en el tratado, es decir, no generando capacidades para ningún miembro de la comunidad internacional. Sólo su primer informe fue considerado por la CDI.

En 1961, tras la elección de Fitzmaurice como juez de la CIJ, fue designado relator, Humphrey Waldock quien fue encomendado de retornar el modelo de “proyecto de convención”⁸². Reconsideró lo trabajado por Lauterpacht y con relación a la coacción propuso: “[...] (A) *treaty procured by a threat or use of force in violation of the principles of the Charter must be characterized as void, rather than as voidable. The prohibitions on the threat or use of force contained in the Charter are rules of international law the observance of which is legally a matter of concern to every State*”⁸³. En lo que hace a los tratados contrarios al *jus cogens*, Waldock propuso desde el comienzo la nulidad *ab initio*. El derecho de cualquier Estado a invocar la nulidad del tratado no fue discutido específicamente por el Relator Especial ni por la Comisión, sin embargo, se deduce implícitamente de nulidad la absoluta propia de la naturaleza misma del *jus cogens*. Debido a que el *jus cogens* encarna intereses colectivos de una naturaleza superior. Ello llevó a la no divisibilidad y a la imposibilidad de aquiescencia en la causal⁸⁴. Al reconocer que una codificación de las causas de la invalidez y la terminación de los tratados podría ser peligrosa para la estabilidad de las relaciones del tratado, Sir Humphrey Waldock propuso, al igual que sus dos predecesores, acompañar esta codificación con un mecanismo procesal diseñado para prevenir abusos. Sin embargo, renunció a la idea de Lauterpacht de otorgarle jurisdicción obligatoria a la Corte Internacional de Justicia para decidir sobre la nulidad del tratado, considerando que una conferencia diplomática difícilmente aceptaría tal solución. El Estado que deseara invocar un motivo o extinción debía notificar por adelantado su reclamación a los Estados interesados y, en caso de conflicto, iniciar negociaciones o acordar someter

⁸⁰ Ibidem, p. 154.

⁸¹ La Comisión solo examinó el tema del derecho de los tratados en sus períodos de sesiones segundo (1950), tercero (1951), octavo (1956), undécimo (1959) y decimotercero a decimotercero (1961-1966).

⁸² CDI. *Yearbook 1961*, vol. I, p. 247-258.

⁸³ CDI. *Yearbook 1966*, vol. II, pp. 246-247).

⁸⁴ V. SCHEUNER, U. “Legal consequences of the conflict between peremptory rules of general international law and a treaty”, Comments on Arts. 50, 61 and 67 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties, *Zaerv*, 1967 (<http://www.zaerv.de>).

el conflicto a la investigación, mediación, conciliación, arbitraje o resolución judicial. Durante los debates de la CDI en 1963, varios miembros señalaron que tal procedimiento no era acorde a la idea de nulidad absoluta. El carácter esencialmente bilateral del procedimiento propuesto no encajaba con la presencia de intereses colectivos. Sin embargo, el Relator Especial se mostró a favor de mantener un procedimiento uniforme por todas las causas de nulidad.

En la versión final del texto de la Convención de Viena – señala Voefray en la obra citada- las causas de la nulidad relativa se definen en los artículos 46 a 50: la violación de las normas de derecho interno relativas a la competencia para celebrar tratados, el error, de fraude, y la corrupción del representante de un Estado. Del texto de los artículos en cuestión se desprende que solo el Estado cuyo consentimiento ha sido viciado puede invocar la nulidad. Además, el artículo 44 de la Convención de Viena autoriza, bajo ciertas condiciones, al Estado víctima a invocar la nulidad solo con respecto a ciertas disposiciones del tratado. El artículo 45 de la Convención prevé la posibilidad de una aceptación explícita o implícita del Estado víctima. Un sistema más estricto de nulidad rige la coerción ejercida contra el representante o el Estado (artículos 51 y 52) y los casos de infracción de *jus cogens* (artículo 53). La naturaleza absoluta de la invalidez se deriva del contenido mismo de las disposiciones antes mencionadas. En lugar de limitar la posibilidad de una invocación al Estado víctima como los artículos anteriores, los artículos 51 a 53 utilizan una formulación absoluta e impersonal. La naturaleza absoluta de la nulidad también se deriva del hecho de que la nulidad afecta a la totalidad del tratado y de que se excluye la posibilidad de aquiescencia del Estado directamente interesado (artículos 44 y 45). La razón de ser de este régimen de nulidad absoluta es clara: no es solo tratar de proteger a la víctima, sino, sobre todo, desalentar los comportamientos contrarios a los intereses fundamentales de la comunidad internacional.

¿Esta atribución de jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia equivale al reconocimiento de una *actio popularis* según lo previsto por Yepes y Lauterpacht? Es de observar que, incluso en el caso de un conflicto con *jus cogens*, la posibilidad de una remisión a la Corte Internacional de Justicia solo se prevé **en una segunda etapa, después de una fase procesal** inicial establecida en el artículo 65 de la CVDT, artículo que sólo se refiere a "partes" y el art. 2 (g) de la Convención establece: “*Se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor*”. Sin embargo, el art. 66 hace referencia las “*partes en la controversia*” -si bien en una etapa posterior al procedimiento del art. 65 limitado a los Estados parte en el tratado, lo que queda reforzado por los establecido en el ar. 67 al requerirse que quien firme, acredite sus plenos poderes si no reviste la condición de Jefe de Estado o equivalente. No obstante, al referirse a esto último no habla de Estado parte sino del representante del “*Estado que lo comunique*”⁸⁵. Esto último, más el hecho de

⁸⁵ CVDT. Art. 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. 1. 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 la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que ésta se funde. 2. 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. 3. 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. 4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones*

que el art. 66⁸⁶ relativo a las controversias sobre la aplicación a la interpretación de los art. 53 o 64, abre el espectro de modo amplio a lo impersonal. Con ello, da lugar a que se abra la cuestión a interpretación.

Por nuestra parte consideramos que, si bien el tratado no está en vigor para terceros para comprometerlos, sí está para ellos en vigor la norma imperativa, por lo que, dado que el tratado es nulo, en los hechos, aun cuando ninguna parte haya tramitado la nulidad, cualquier Estado puede hacer valer (/o debe) la nulidad del mismo y tornarlo no operativo, una consecuencia equiparable a la *actio popularis* sin necesidad de disparar el procedimiento. El principio de buena fe -y las normas consuetudinarias en materia de responsabilidad- hacen que los terceros Estados no puedan permanecer ajenos a los actos nulos o gravemente viciados en la buena fe y en los intereses de la comunidad internacional, aceptándolos o haciendo un ejercicio de simulación de “terceridad” no interesada.

V.- Breve reflexión final

Tal como lo señaláramos al inicio, el tema de la nulidad de los tratados -en particular las consecuencias de ella- representa uno de los temas más sensibles del Derecho internacional. La Parte V de la CVDT es un verdadero compendio explícito e implícito de ponderaciones de los principios generales del derecho internacional (v.g. abstención de la amenaza o del uso de la fuerza, solución pacífica de controversias, igualdad soberana de los Estados, buena fe, cooperación) en base al cual se clasifican y jerarquizan las consecuencias de la nulidad de los tratados, tomando en cuenta la relevancia del vicio del acuerdo que se pretendió celebrar o del vicio que conlleva el tratado mismo, aspectos en los que libertad de las partes basadas en la buena fe, el orden público y los intereses de la comunidad internacional juegan un rol esencial.

de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación. Art. 67. Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación. 1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito. 2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 65 se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el jefe del Estado, el jefe del gobierno o el ministro de relaciones exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes.

⁸⁶ V. Nota 72.