

VI. La sanción del <i>ius cogens</i> . . . . .	119
1. Inexistencia, nulidad, anulabilidad . . . . .	120
2. Nulidades absolutas y nulidades relativas . . . . .	124
3. Error, dolo, corrupción, violencia . . . . .	127

## VI

### LA SANCIÓN DEL *IUS COGENS*

La sanción que, por virtud de la Convención de Viena, afecta a los tratados que están en oposición a una norma de *ius cogens*, es al tenor de los artículos 53 y 64, la nulidad: “es nulo... se convertirá en nulo”. Ahora bien, la nulidad es, entre las sanciones del acto ilícito, la más radical, toda vez que reduce aquel acto a la nada, a la nada jurídica: *nihil, nullus, nul*.<sup>1</sup>

Hay que hacer hincapié en esta idea de la nada radical que lleva en sus entrañas el acto nulo, para distinguirlo desde el principio de otro acto igualmente segregado del orden jurídico, pero, a pesar de esto, dotado de vida propia; un acto, en suma, perfectamente legal, pero mutilado en su actuación al exterior: “una mónada sin ventanas”, como habría dicho Leibniz. Estamos hablando, por supuesto, del acto inoponible (*inopposable*), como puede serlo, en derecho privado, una compraventa que, aunque celebrada con todas las formalidades legales, y en pleno vigor entre las partes, no podrá oponerse a terceros mientras no se proceda a su inscripción en el registro público de la propiedad. En derecho internacional, a su vez, un caso muy claro de inoponibilidad, aunque estatutariamente restringida, es el que, a nuestro parecer, encontramos en el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas:

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.

1 Nicoloudis, E. P., *La nullité de ius cogens et le développement contemporain du droit international public*, Atenas, 1974, p. 48: Les notions de nul et de nullité représentent en milieu juridique l'idée du néant, du non-être... frapper un traité de nullité, équivaut à l'égaliser à zero, à le faire disparaître du monde juridique...

Al contrario del artículo 18 del Pacto de la Sociedad de Naciones, que privaba de toda obligatoriedad a los tratados (concluidos, se entiende, por un miembro de la Sociedad) que no hubiesen sido registrados en el secretariado (*ne sera obligatoire avant d'avoir été enregistré*), la Carta de las Naciones Unidas, por su parte, se limita a hacer inoponibles a terceros estos tratados, y únicamente dentro de la Organización. De este modo, la inoponibilidad no es una reprobación del tratado, sino una garantía, en favor de terceros Estados, de que no tendrán por qué parar mientes en un tratado que no conocen, por no haber sido registrado en el secretariado de la Organización. La nulidad, por el contrario, es la reprobación categórica del acto que desafía abiertamente el orden público, interno o internacional, y uno y otro constituido por normas en absoluto imperativas.

### 1. *Inexistencia, nulidad, anulabilidad*

Algo más, sin embargo, hay que decir sobre esto en estos preliminares, toda vez que, según lo reconocen todos los civilistas, la materia de las nulidades en una de las más oscuras o, si lo preferimos, de las más embrolladas. Decir que el acto nulo es el que entra en la región de la nada, sería lo más claro del mundo si a su vez fuera clara la noción de la nada; ahora bien, la mejor prueba de que no es así, la tenemos en las incontables especulaciones de que está llena la historia de la filosofía sobre el no-ente, la nada y demás nociones correlativas. Y la razón de esta oscuridad, a nuestro modo de ver, está en que como todo cuanto concebimos lo concebimos, según enseñó santo Tomás, *sub ratione entis*, de ahí que, sin poderlo remediar, imaginemos la nada como el espacio vacío, o que, de otro modo, la carguemos de positividad, como lo hace Sartre al decir que “el hombre es el ser que introduce la nada en el mundo”, o que “la nada está en el seno mismo del ser, en su corazón, como un gusano”.

Todo lo estraga la cavilación, así en derecho como en filosofía, y por esta razón, nunca fue más clara la noción de nulidad jurídica que en los buenos tiempos en que los primeros romanos, no curándose ni poco ni mucho de filosofía, veían en el acto nulo simplemente lo que se ofrece naturalmente a la primera percepción; allí no había nada, nada en absoluto.

Con la mayor energía lo dicen los textos: *Nullum est negotium, nulla obligatio; nihil agitur, nihil actum est*.

Pero ya desde la época del imperio romano empezaron a complicarse las cosas. En su generoso empeño por humanizar el derecho quiritaro, el pretor, con el fin de poder anular un acto válido ante el *ius civile*, introdujo, al lado de la nulidad civil, la nulidad pretoriana. Ahora bien, si la primera continuaba operando de pleno derecho, automáticamente, la segunda, en cambio, por ser prácticamente un recurso de gracia, suponía el ejercicio de una acción judicial y no tenía lugar sino con la sentencia.

Ya desde entonces, como es fácil ver, se desdobra la nulidad en nulidad absoluta y nulidad relativa, o con otro léxico, en nulidad y anulabilidad. Y como el factor de división tiene que ser un factor positivo, el resultado es que la nulidad se aleja cada vez más de la noción concomitante de la nada, o dicho de otro modo, que deja cada vez más de ser la noción negativa por excelencia.

Una y otra especie de nulidad reciben la denominación, en el antiguo derecho francés, de nulidad legal y nulidad judicial (*nullité légale, nullité judiciaire*). Hasta aquí, aunque sin la vigorosa simplicidad antigua, la gente hubiera acabado por entenderse; pero a principios del siglo XIX (1804) se introduce un nuevo término, el de “inexistencia”, al discutirse en Francia, en la época del Consulado, el caso de ciertos contratos, como el matrimonio, en los que ni siquiera ha habido consentimiento.<sup>2</sup> La nueva categoría es gradualmente aceptada y también contradicha por parte de los civilistas, pero sólo tardíamente, y no de manera uniforme, entra en la legislación. En México, por ejemplo, no recibe acogida sino en el Código Civil de 1928, artículo 2224:

“El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.

Hasta donde podemos aventurarnos a opinar en un campo que no es el de nuestra especialidad profesional, hasta hoy reina gran incertidumbre sobre la noción precisa del acto jurídico inexistente. Decir que un acto de esta especie es aquel al que le faltan uno o varios elementos sin los

2 A lo que se dice, la teoría habría surgido de las siguientes palabras de Bonaparte, quien asistía habitualmente a estas deliberaciones: Il ne faut pas mêler ensemble les cas où le mariage n'existe pas, et ceux où il peut être cassé. Il n'y a pas de mariage si on a écrit que la femme a dit oui quand elle a dit non; si la femme ayant dit oui, prétend ensuite avoir été forcée, il y a mariage, mais il peut être annulé.

cuales no puede existir, o simplemente concebirse, es decir lo mismo por lo mismo, en suma, una pura tautología.

De los tres elementos a que en general suele aludirse: consentimiento, objeto y forma, y cuya falta, la de cualquiera de ellos, tornaría inexistente el acto jurídico, únicamente el primero, el consentimiento, se impone con absoluta evidencia y es hasta cierto punto fácil de controlar en la práctica. Si el contrato, en efecto, todo contrato, es un acuerdo de voluntades, es claro que no habrá contrato donde no haya voluntad. El artículo 146 del Código Civil francés lo dice muy expresivamente: “No hay matrimonio cuando no hay consentimiento”.

Cuando del consentimiento pasamos al objeto del contrato, nos encontramos ya no con un elemento general y común a todos los contratos, sino con un elemento que en cada caso ha de ser determinado según la naturaleza específica de cada contrato, y teniendo presente que el “objeto” no es el objeto físico, sino el que como tal determine la ley. Dentro del derecho mexicano, por ejemplo, un contrato de compraventa será inexistente si las partes, después de haber determinado la cosa materia del contrato, olvidan estipular por parte del comprador, el pago de “un precio cierto y en dinero” (artículo 2248 del Código Civil). Ahora bien, si éste es un caso bastante fácil de entender, tratándose de otros contratos no siempre está muy claro lo que la ley prescribe como elemento esencial o puramente accidental del contrato, con lo que no se sabe si la falta de tal o cual requisito redundo o no en la inexistencia del contrato mismo.

Pasando, por último, al requisito de forma, es algo en lo que la doctrina está de los más dividida. Porque, en primer lugar, la forma es un elemento esencial al contrato no en todos los casos, no cuando la forma es *ad probationem*, como se decía en el derecho antiguo, sino únicamente cuando es *ad solemnitatem*. De esta distinción, tan difícil de establecer en la práctica, se hace cargo el Código Civil mexicano al decir, en el artículo 2228, lo siguiente: “La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes... produce la nulidad relativa del mismo (del acto jurídico)”.

Así pues, únicamente cuando la forma es requerida *ad solemnitatem actus*, es cuando se aplica el adagio *forma dat esse rei*, determinando, con su ausencia, la inexistencia del acto. Y sin embargo, aun con esta restricción, hay autores para los cuales la falta de forma produce a lo más la nulidad absoluta, pero no la inexistencia, toda vez que el acto puede

perfectamente concebirse sin la forma prescrita por la ley, y está, además, el hecho histórico de que muchos contratos, el matrimonio entre ellos, fueron por largo tiempo puramente consensuales. La conclusión que de todo esto extrae Planiol es la siguiente: “Si el acto irregular en la forma resulta afectado de esterilidad, no es porque de hecho sea inexistente: es la voluntad de la ley que lo reduce a la inexistencia jurídica, es decir que es nulo”.<sup>3</sup>

Digamos aún, para terminar con esto, que si la diferencia entre inexistencia y nulidad<sup>4</sup> es fácil de entender desde un punto de vista puramente conceptual y sin meterse en casuísticas, en la práctica es difícil encontrar la diferencia, a no ser tal vez en el caso de la aparición de una norma de *ius cogens* emergente, así en derecho interno como en derecho internacional, que nulifique un acto que hasta aquel momento fue válido. El acto no era nulo *ab initio*, sino que ha llegado a serlo (*est devenu nul*). Un acto jurídicamente existente, por el contrario, en la realidad, bien entendido, y no en la apariencia, no deviene inexistente, sino que simplemente se extingue por voluntad de las partes, por desaparición del objeto o por disposición de la ley. Pero con esta posible diferencia, el acto nulo de pleno derecho es también nulo *ab initio*, o como diría Strupp, *ein juristisches Nichts*. La intervención del juez, cuando por cualquier motivo fuese necesaria, es puramente declaratoria.

En lo que concierne al derecho internacional, y más concretamente al derecho de los tratados, es indudable que puede haber tratados jurídicamente inexistentes. Los autores suelen aludir, a este respecto, al caso de un tratado celebrado por un Estado miembro de una Federación, si la Constitución Política del Estado federal le niega al primero todo *ius tractatum* de manera absoluta.<sup>5</sup> Pero no por esto hace falta ponerse a codificar las causales de incapacidad, pues por lo general saltan a la vista, y sólo cuando la otra parte pueda estar a este respecto en un error de buena fe, habrá que advertirla. Sobre esto volveremos más tarde, a propósito del artículo 46 de la Convención de Viena.

3 Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1928, t. I, p. 138.

4 Cuando hablamos de nulidad *simpliciter*, nos referimos siempre a la nulidad absoluta, la que opera de pleno derecho.

5 Es el caso, entre otros, de México, cuya Constitución Política dice lo siguiente: Artículo 117. Los Estados (de la Federación) no pueden, en ningún caso: I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las potencias extranjeras.

Para terminar con esta introducción general, digamos aún dos palabras sobre los conceptos de nulidad absoluta y nulidad relativa que, aunque sin esta denominación, están de hecho en los artículos pertinentes de la Convención sobre el Derecho de los Tratados.

Dejando de lado un sinnúmero de puntos litigiosos en torno a esto, nos parece que, así en la doctrina como en la legislación, hay acuerdo sustancial en cuanto a que la nulidad absoluta reviste los caracteres siguientes:

- 1) La nulidad es inmediata; reduce a la nada el acto jurídico en el momento de nacer, y si algunos efectos ha podido producir de hecho, “serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad” (artículo 226 del Código civil mexicano);
- 2) De esta nulidad puede prevalecerse toda persona interesada. Por ello es absoluta esta nulidad, porque tiene lugar *erga omnes*; y<sup>6</sup>
- 3) La nulidad no desaparece ni por prescripción. Así lo enuncia la antigua máxima: *Quod nullum est nullo lapsu temporis convalescere potest*.

La nulidad relativa, a su vez, es aquella a la que le falta cualquiera de los caracteres antes enumerados (artículo 2227 del Código Civil mexicano).

En el orden jurídico doméstico, la nulidad absoluta, según hemos visto, es aquella que afecta a los actos con un objeto ilícito, *contra bonos mores*, o que son contrarios a una ley de orden público. Sobre esto nos hemos explayado abundantemente. Y pasemos, sin otro preámbulo, al capítulo de nulidades (parte V, sección 2) de la Convención de Viena.

## 2. Nulidades absolutas y nulidades relativas

Una visión general de estas nulidades, esto por lo menos, nos es indispensable por dos motivos principalmente: primero, para acabar de entender adecuadamente la naturaleza típica del *ius cogens* en función de la sanción consiguiente a su violación y dentro del cuadro de sus conexiones orgánicas con nulidades de otro tipo; y segundo, porque alguna de estas otras nulidades concierne muy directamente a una norma especial de *ius cogens*, y de las más prominentes por cierto.

6 Planiol-Ripert, *Traité élémentaire... cit.*, I, p. 133: L'acte est donc nul pour tout le monde, parce que sa nullité est fondée sur une considération d'intérêt général.

Nos ajustaremos, en lo que va a seguir, al excelente esquema ideado por Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, que reproducimos íntegramente, con la sola variante de colocar nosotros los vicios formales antes de los sustanciales, por ser ésta la marcha del espíritu a la que estamos más habituados, y por enumerarlos también en este orden la Convención de Viena. A juicio, pues, de los citados juristas argentinos,<sup>7</sup> las nulidades listadas en la Convención, podrían agruparse en el siguiente cuadro:

Relativas	a) vicios formales	defecto de competencia (artículo 46)
		restricción de poderes (artículo 47)
Relativas	b) vicios sustanciales	error (artículo 48)
		dolo (artículo 49)
		corrupción (artículo 50)
Absolutas	a) vicios sustanciales	coacción sobre representante (artículo 51)
		coacción sobre el Estado (artículo 52)
Absolutas	b) otras causas	<i>ius cogens</i> existente (artículo 53)
		<i>ius cogens</i> emergente (artículo 64)

<sup>7</sup> De la Guardia y Delpech, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, 1970, p. 387.

Hagamos una breve descripción, lo más sucinta posible, de estas nulidades, deteniéndonos un poco más en aquellas que guarden mayor relación con nuestro tema.

De las nulidades relativas por vicios formales, está en primer lugar la que proviene de la falta de competencia del Estado para celebrar el tratado, por causa de sus disposiciones de derecho interno, y que el artículo 46 de la Convención reglamenta como sigue:

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y 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.

Este artículo debe tomarse en concordancia con el artículo 27 (derecho interno y observancia de los tratados): “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

Aparte de que no nos atañe directamente, aquí y ahora, no tenemos la menor intención de meternos en una de las cuestiones más difíciles del derecho de los tratados. Personalmente creemos que la Convención ha tenido el acierto de seguir una vía media entre el monismo y el dualismo, de los cuales el primero trata de transportar en bloque todo el derecho interno (por lo menos el derecho constitucional) al derecho de los tratados, y el segundo, a su vez, se desinteresa por completo del papel que puedan tener ciertos órganos del Estado en la formación del *treaty-making power*. Lo único que queremos observar (y por esto nos hemos permitido reproducir aquellos artículos) es que la Convención ha rehusado considerar la falta de competencia en tales casos como una causal de inexistencia del tratado —lo que podría perfectamente haberse sostenido— pero ni siquiera ha tratado este defecto como nulidad absoluta, sino relativa, al decir que el referido vicio de consentimiento “no podrá ser alegado... a menos que...”. Si no se invoca, no habrá pasado nada, y el

tratado habrá entrado y continuará en vigor. La Convención, por consiguiente, no sólo se desentiende por completo de la inexistencia como categoría jurídica del derecho de los tratados, sino que su tendencia natural es establecer apenas, cuando fuere necesario, la nulidad relativa, con el fin de proporcionar a los Estados la mayor seguridad posible en la contratación internacional. Cuando, por lo tanto, la Convención prescribe la nulidad absoluta, es que debe haber de por medio intereses muy graves de la comunidad internacional en cuanto tal.

Consideraciones semejantes a las del artículo 46 y una solución análoga, la encontramos en el artículo 47, relativo al caso del representante de un Estado que se ha obligado en su nombre con poderes particularmente restringidos. En este caso no basta —para poder invocar la nulidad— con que sea manifiesto este vicio del consentimiento (como en el artículo anterior) sino que la indicada restricción debe haber sido notificada a los demás Estados que participan en la negación. De lo contrario, el Estado en cuestión habrá contratado válidamente.

### 3. *Error, dolo, corrupción, violencia*

Una de las grandes novedades de la Convención de Viena ha sido la incorporación definitiva al derecho de los tratados, *mutatis mutandis*, de los vicios del consentimiento que eran tradicionales en derecho civil: error, dolo, violencia y lesión, con la sola excepción de este último. Aunque las delegaciones socialistas se batieron hasta lo último por hacer aceptar la condenación de los llamados tratados desiguales, la mayoría consideró que las cosas no habían madurado aún lo suficiente como para poder definir con toda precisión, en derecho de gentes, la *laesio enormis*, y eventualmente la *enormissima*. En cambio, la Convención añadió, después de un largo debate, un vicio hasta entonces inédito, el de la corrupción del representante de un Estado. A decir verdad, no era que este vicio fuera precisamente desconocido —¡cuán lejos de ello!— pero se le tenía comúnmente por una subespecie del dolo, por lo que no se sentía la necesidad de darle un lugar especial.

De estos tres vicios, error, dolo y corrupción, trata la Convención en sus artículos 48, 49 y 50, y en todos ellos usa la misma Convención un lenguaje uniforme, al hacer meramente potestativa la invocación de cada vicio (“podrá alegar”) con lo que está claro que estamos en el terreno de la nulidad relativa.

La violencia, en cambio (coacción) produce la nulidad absoluta del acto consumado bajo su imperio, y el lenguaje de la Convención es, por ello, completamente diferente. El artículo 51 (coacción sobre el representante de un Estado) dice así: “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”.

El artículo transcrito no habla expresamente de nulidad, es cierto, pero la intención de la Comisión de Derecho Internacional fue la de hacer equivalente de nulidad absoluta la expresión “carecerá de todo efecto jurídico”, según puede apreciarse el siguiente párrafo de su comentario:

La Comisión estudió la cuestión de si la coacción sobre un representante, a diferencia de la coacción sobre el Estado, ha de hacer que el tratado sea nulo *ipso facto* o ha de conferir al Estado el derecho de alegar la coacción para invalidar su consentimiento en el tratado. La Comisión llegó a la conclusión de que la coacción sobre el representante de un Estado con el fin de obtener la celebración de un tratado es un asunto tan grave que el artículo debe disponer la nulidad absoluta del consentimiento obtenido por ese medio.<sup>8</sup>

Según podemos leer en el mismo comentario, la Comisión, después de dudarle mucho, decidió al fin distinguir, en dos artículos por separado, la “coacción ejercida sobre el representante de un Estado” de la “coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza”. Al proceder de este modo, la Comisión no dejó de darse cuenta, y así lo reconoce, que, lo más a menudo, en la práctica andarán indisolublemente asociados uno y otro tipo de coacción. A este propósito, la Comisión alude con toda pertinencia a la noche de tortura moral que Hitler hizo pasar, en el alto de Berchtesgaden, al presidente Hacha de Checoslovaquia, obligándolo a suscribir al protectorado alemán sobre Bohemia y Moravia, bajo la amenaza de que, de no hacerlo así, la fuerza aérea germánica bombardearía Praga dentro de breves horas. Era, evidentemente, una coacción tanto sobre el representante del Estado como sobre el Estado mismo. “Sin embargo —sigue diciendo la Comisión— las dos formas de coacción, aunque pueden a veces presentarse juntas, son algo diferentes desde el punto de vista jurídico; la Comisión ha decidido por ello colocarlas en artículos separados”.<sup>9</sup>

8 A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 3, p. 70.

9 *Ibidem*, par. 1.

A decir verdad, no quedamos muy convencidos. ¿Por qué dar un tratamiento separado a cosas que son apenas “algo diferentes”?

A lo que nosotros pensamos, razonando de cuenta propia, la razón profunda de la separación estriba simplemente en que, mientras que el vicio del consentimiento que resulta de la coacción ejercida sobre el representante de un Estado era *lex lata*, el otro vicio resultante de la coacción que se ejerce sobre el Estado mismo no era, hasta aquel momento, sino *lex ferenda*. Tratemos, muy sucintamente, de hacerlo ver así.

Que la coacción del primer tipo daba lugar al vicio consiguiente del consentimiento, y que esta apreciación era generalmente aceptada, lo da a entender la Comisión de Derecho Internacional en el siguiente párrafo de su comentario: “En general se conviene en que los actos de coacción o de amenaza dirigidos contra los representantes, *en sus personas o en su calidad de representantes*, para obtener la firma, ratificación, aceptación o aprobación de un tratado invalidan incuestionablemente el consentimiento así obtenido”.<sup>10</sup>

Nadie niega, en efecto, que no hay consentimiento cuando le llevan a uno la mano por la fuerza para obligarlo a firmar un contrato, o bajo el cañón de la pistola. En el caso de la firma de un tratado internacional la apreciación no puede ser diferente, y así se vio desde tiempos muy antiguos. Escribiendo hace más de un siglo, Bluntschli consigna lo siguiente:

Artículo 409. Si las personas que representan a un Estado en la firma de un tratado no gozan de su libre voluntad, sea por causa de enajenación mental o de la imposibilidad para ellas de darse cuenta de sus actos, sea porque se ha hecho uso contra ellas de violencia o de amenazas graves e inmediatas, estas personas no están en capacidad de asumir en nombre de su gobierno compromisos obligatorios.<sup>11</sup>

En su comentario al artículo anterior, Bluntschli ilustra la situación en los términos siguientes:

Cuando el enviado que ha recibido los poderes necesarios para firmar un tratado se ve afectado de demencia o se encuentra en un estado de ebriedad tal que no sabe lo que hace, el Estado no está obligado por la firma de su enviado. La firma de un soberano tampoco obliga al Estado, si se le ha llevado

<sup>10</sup> *Ibidem*, art. 48, par. 1, p. 69.

<sup>11</sup> Bluntschli, *Le droit international codifié*, París, 1886.

la mano usando la violencia contra él, o si se le ha obligado a firmar con amenaza de muerte; o bien si, como en la dieta de Polonia, se obtiene la ratificación de una asamblea con tropas estacionadas alrededor de la sala y amenazando a los votantes con muerte o prisión. En todos estos casos, el tratado es nulo, no porque el Estado no tenga libre voluntad, sino porque esta libertad ha faltado en los representantes del Estado.<sup>12</sup>

La nulidad resultante de este vicio del consentimiento y en tales circunstancias, podía, pues, considerarse, aún en derecho internacional, como *lex lata*. La Convención de Viena, sin embargo, ha dado un gran paso adelante al sancionar con la nulidad absoluta lo que hasta entonces no se sancionaba sino con la nulidad relativa. Dicho en otros términos, la coacción entraba en la misma línea del error y el dolo, o sea que el acto jurídico afectado de tales vicios podía subsanarse con el tiempo, cuando la parte interesada no ejercitaba la acción de nulidad dentro de un plazo determinado. Un año establece a este efecto el Código suizo de las obligaciones (artículo 31), añadiendo que “el plazo corre desde que el error o el dolo ha sido descubierto, o desde que se ha disipado el temor”. El Código Civil mexicano, por su parte, dice lo siguiente: “Artículo 2237. La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses contados desde que cese este vicio del consentimiento”.

A despecho de estos precedentes, y yendo incluso más allá de lo que prescribe el derecho civil, la Convención de Viena sanciona con la nulidad absoluta la coacción (*contrainte*) ejercida ya sobre el representante del Estado, ya, como en seguida lo veremos, sobre el Estado mismo. Es la consagración de una norma de *ius cogens* en el texto mismo de la Convención, y es, además, la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad en el sentido de rechazar, de manera absoluta, el empleo de la fuerza. Si en el orden jurídico doméstico puede convalecer el contrato afectado originalmente de coacción, es porque, en fin de cuentas, no se mira sino al interés privado. En el derecho de gentes, por el contrario, es la comunidad internacional en cuanto tal la que está interesada en la proscripción absoluta de la fuerza, en cualesquiera circunstancias, en las relaciones internacionales.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 247.

Pasando ahora al caso de la coacción ejercida sobre el Estado mismo, el mismo juriconsulto helvético citado con antelación, va a decirnos lo que sobre esto se pensaba en su tiempo: “Artículo 408. Admítase que un Estado conserva su libre voluntad, aún cuando esté forzado, por su debilidad o por la necesidad, a consentir en el tratado que le dicte otro Estado más poderoso”.

Como puede verse, es el *coacta voluntas, sed tamen voluntas* de la época más férrea del derecho quirritario.

Si estuviera permitido —agrega Bluntschli en su comentario— atacar la validez de los tratados de paz en razón de que uno de los Estados contratantes no habría estado en posesión de su libre voluntad y no habría firmado sino por temor o a consecuencia de amenazas, los conflictos entre las naciones no tendrían fin y no podría nunca asegurarse la paz.<sup>13</sup>

En su comentario al artículo 52 de la Convención, un comentario, por cierto, de gran profundidad y riqueza, la Comisión de Derecho Internacional reconoce que tal era, en efecto, el derecho internacional vigente hasta 1919:

Con anterioridad al Pacto de la Sociedad de las Naciones era doctrina tradicional que la validez de un tratado no se menoscababa por el hecho de que se hubiera obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza. Sin embargo, esta doctrina era mero reflejo de la actitud general del derecho internacional de la época con respecto a la legitimidad del uso de la fuerza para la solución de las controversias internacionales.<sup>14</sup>

De nuestra parte creemos que este estado de cosas perseveró aun después de la creación de la Sociedad de Naciones, cuyo pacto constitutivo no iba más allá, en fin de cuentas, que de la moratoria bélica, un trimestre apenas, instituida en el artículo 12. Igualmente tímido, a decir verdad, fue el pacto Briand-Kellog de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (¡una apreciación tanto tan subjetiva!) y no es sino con la vivencia que se tiene, en el curso de la Segunda Guerra Mundial, del carácter criminal de la guerra de agresión, cuando finalmente —pero esta vez en serio— queriendo poner la guerra fuera de la ley y para siempre,

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> A/CONF. 39/11/Add. 2, art. 49, par. 1, p. 70.

se estatuye lo siguiente en el artículo 2o., párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

Con estos antecedentes, la Comisión fue de opinión que es un principio de *lex lata* en el derecho internacional de nuestros días el que se consagra en el artículo 52 de la Convención, a saber: “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”.

No hay duda de que con este artículo “asistimos a una verdadera revolución jurídico-internacional”,<sup>15</sup> pero justo por esto nos permitimos discrepar del parecer de la Comisión de Derecho Internacional en el sentido de que la nulidad consignada en dicho precepto era ya (en el momento de suscribirse la Convención de Viena) un principio *de lege lata* en el derecho internacional contemporáneo. Podrá haber tenido este carácter la ilicitud de la amenaza o del empleo de la fuerza (en general y, por lo mismo, en la conclusión de un tratado) por ser ésta una norma que entró al derecho internacional positivo en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas. Concedámoslo, aunque no faltan quienes sostienen que el artículo 2o. de la Carta consagra sólo “principios”, y no normas propiamente dichas. Pero, en fin, y con todo el carácter normativo que se quiera, no va en ello implicada, *ipso iure*, la nulidad del acto contrario a la norma sino simplemente su ilicitud, con la responsabilidad que, como todo ilícito, pueda traer consigo. Para la nulidad, en cambio, hace falta una disposición especial, y por haberla introducido en el artículo que comentamos, ha sido la obra creadora de la Comisión. A ella se debe, en este punto preciso, la transformación de la *lex ferenda* en *lex lata*.

Por otra parte, la “coacción” (*contrainte*) de que habla el artículo 52, es de alcance mucho más restringido que la coacción del artículo 51, ya que aquélla queda reducida exclusivamente a “la amenaza o el uso de la fuerza”, de la fuerza militar, se entiende. La Comisión, en su comentario, excluye expresamente la presión económica, aun la más grave (“una amenaza de ahogar la economía de un país”), por considerar que una san-

15 De la Guardia y Delpech, *El derecho de los tratados... cit.*, p. 405.

ción del tratado por tal motivo, es aún algo prematuro dentro de la comunidad internacional contemporánea. En el caso del artículo 51, en cambio, la “coacción” puede ser, al parecer, de cualquier tipo.

Hay otro aspecto, además, de singular interés en el artículo 52, el de la coacción sobre el Estado. Según podemos leer en el comentario, la CDI optó por variar ligeramente el texto del artículo 2.4 de la Carta, para sancionar igualmente la amenaza o el empleo de la fuerza, pero con una amplitud mayor que en el texto de la Carta, ya que es suficiente —dentro del artículo 52— que se ejerza —en violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas—. Ahora bien, esta ligera variación tiene el enorme alcance que la propia Comisión declara en el siguiente párrafo:

Los principios relativos a la amenaza o el uso de la fuerza que figuran en la Carta son, a juicio de la Comisión, normas generales de derecho internacional cuya aplicación es ahora universal. Por ello parece legítimo y conveniente basar el artículo en los principios de la Carta. Al mismo tiempo, se ha preferido la expresión “violación de los principios de la Carta” a la de “violación de la Carta” con el fin de que parezca que el artículo está limitado en su aplicación a los Estados Miembros de las Naciones Unidas.<sup>16</sup>

Ahí tenemos, pues, en términos inequívocos, una norma de *ius cogens*, la más cierta de todas, y con obligatoriedad jurídica no sólo para los Estados partes en la Convención de Viena, o para los Estados miembros de las Naciones Unidas, sino en general para todos los miembros de la comunidad internacional. Compartiendo de nuestra parte plenamente estas apreciaciones de la Comisión, en lo único que discrepamos de ella (lo hemos anticipado más arriba) es en cuanto a reconocer que la sanción de la nulidad de los actos contrarios a la norma susodicha sea también, a su vez, una norma imperativa de derecho internacional general. Para nosotros, *salvo meliori iudicio*, la nulidad de los actos contrarios a una norma *iuris cogentis* es una creación específica de la Convención de Viena. A lo que nosotros pensamos, del derecho romano para acá hubo siempre necesidad de un precepto especial de derecho positivo que declarara la nulidad de los actos contrarios al *ius publicum*. Dicho en otros términos, en la noción de *ius publicum* —o del *ius cogens*, su heredero y sinónimo— no está incluida la noción de la nulidad de los actos que le sean

16 A/CONF. 39/11/Add. 2, art. 49, par. 5, p. 70.

contrarios. Norma imperativa y nulidad del acto conflictivo con ella, no enuncia un juicio analítico, sino un juicio sintético.

Desde otro punto de vista, el artículo 52 es una ilustración flagrante de la doctrina general consagrada en el artículo 53. La Comisión de Derecho Internacional, lo sabemos hartó bien, decidió al fin no ejemplificar en forma alguna el artículo sobre *ius cogens* (artículo 53), pero el hecho es que en el artículo precedente introdujo —con la sanción consiguiente a su violación— la más cierta norma *iuris cogentis* de cuantas pueden hoy postularse, y que nada tiene, por cierto, de hipótesis de escuela, es decir la prohibición de la amenaza y del empleo de la fuerza. Y notemos bien que en el artículo 52 (la coacción sobre el Estado) no se habla ya para nada de un vicio del consentimiento, sino que simplemente se enuncia la proscripción radical del empleo de la fuerza del ámbito de las relaciones internacionales, como norma fundamental, aunque esto último no se diga expresamente, del nuevo orden público internacional. He ahí lo que persiguen, uno con una situación concreta, el otro con la norma general, los artículos 52 y 53 de la Convención de Viena, “la esterilización jurídica radical de todo lo que constituye un ultraje al orden público mundial”.<sup>17</sup>

Baste lo anterior, por lo menos en un tratamiento de la cuestión, *summa per capita*, en lo concerniente a los aspectos sustantivos de la nulidad o, si preferimos, de las nulidades, en la Convención de Viena. Pasemos ahora al examen, no menos importante ni menos complicado, de los aspectos procesales.

17 Nicoloudis, E. P., *La nullité de ius cogens et développement.. cit.*, p. 116.