

V. <i>Ius cogens superveniens</i>	99
1. Divisibilidad e indivisibilidad	104
2. El problema de la retroactividad	108
3. ¿Retroactividad o irretroactividad?	110
4. El derecho intertemporal	114

V

IUS COGENS SUPERVENIENS

Así como el artículo 53 de la Convención de Viena enuncia el *ius cogens* antecede (a la conclusión del tratado), el artículo 64, a su vez, da razón del *ius cogens*, al decir que: “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”.

Según lo expresó la Comisión de Derecho Internacional en su comentario, este artículo es un “corolario lógico” de la norma contenida en el actual artículo 53. Partiendo del principio de que hay un orden público internacional (*international public order*) al que no puede derogarse por convenios particulares entre los Estados, la consecuencia natural es la de que el *ius cogens* en que se expresa dicho orden, debe afectar a todos los tratados, pasados, presentes y futuros.¹

Estos razonamientos no encontraron por entonces oposición en el seno de la Comisión de Derecho Internacional. Lo que, en cambio, fue vivamente discutido, fue la ubicación del nuevo artículo dentro del texto de la Convención. Después de arduos debates, la Comisión decidió al fin que el artículo debía tener su lugar no dentro de la sección 2 de la parte V (*nullité des traités*), sino dentro de la sección 3 (*extinction des traités et suspension de leur application*). La razón de este acuerdo fue la necesidad de distinguir con toda claridad entre la nulidad *ex tunc* del artículo 53 y la nulidad *ex nunc* del artículo 64, y por esto privó el aspecto de la terminación sobre el de la nulidad, por más que uno y otro aspecto estén indisolublemente ligados en el texto del artículo 64.

Fue sobre esto último —más que sobre la idea de *ius cogens emergens vel superveniens*— fue sobre la conciliación o contrariedad entre nulidad y terminación (*devient nul et prend fin*) sobre lo que hubo mayor debate

1 A/CN. 4/L. 1116/Add. 3, par. 1: This follows from the fact that a rule of *ius cogens* is an overriding rule depriving any act or situation which is in conflict with it of legality.

en el seno de la CDI, al conocer, con esta doble nota, el texto introducido por Waldock.² Todos los matices y sutilezas tuvieron libre curso, y hasta hoy es un placer intelectual el de pasar los ojos por aquella heurística.

La primera impresión fue la de la contrariedad, cuando no contradicción, entre nulidad y terminación, entre el *ex tunc* y el *ex nunc*. Todo el mundo estaba acostumbrado a ver actos nulos *ab initio*, pero no actos perfectamente válidos que de repente devienen nulos, y que, por esto mismo, terminan, pero no con la terminación del tratado válido hasta el momento de expirar, por causas naturales o previstas en el tratado. La nulidad adventicia era así, según llegó a decirse, la terminación prematura, la que no pudo preverse al celebrar el tratado, y que resultaba de la aparición intempestiva de una nueva norma de *ius cogens*.

Tratando de cortar por lo sano, propuso Verdross que se suprimieran las palabras “se convertirá en nulo”, para alejar toda idea de nulidad *ex tunc*. En su concepto, bastaba con decir que el tratado se había extinguido por la aparición de una norma emergente de *ius cogens*. Varios miembros de la Comisión apoyaron a Verdross, entre ellos Castrén, en cuya opinión sería suficiente con decir que el tratado terminaba *eo ipso*, es decir automática y simultáneamente con la promulgación de la nueva norma imperativa.

A la postre, sin embargo, prevaleció el parecer del relator, sir Humphrey Waldock, para el cual no podía omitirse la mención de la nulidad, para dejar bien claro que el tratado caía por efecto de su colisión con una norma ulterior de *ius cogens*; ni tampoco, por otra parte, podía prescindirse del otro aspecto de la terminación (terminará) con objeto de disipar por completo toda aprensión posible de una nulidad *ex tunc*.

Al reclamar también, como Waldock, el empleo del doble término, Jiménez de Aréchaga³ hizo la observación, muy interesante por cierto, de que, al paso que en los casos de extinción normal subsisten los derechos adquiridos por virtud del tratado, estos mismos derechos desaparecen en los casos de extinción anormal, por efecto de una nulidad emergente, por lo que, en suma, había que hablar tanto de nulidad como de terminación. Sobre esta observación, realmente tan profunda, del jurista uruguayo, volveremos más tarde.

2 A/CN. 4/er. A/1963, sesión 711, pars. 27-51.

3 *Ibidem*, sesión 711, par. 43.

Al pasar por el examen de la Asamblea General (sexta comisión) corrió en general con buena fortuna la introducción del *ius cogens superveniens*. Un reflejo de la opinión general podría ser, por ejemplo, la declaración del delegado de Chipre: “Una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) ya sea que se establezca por un tratado multilateral o por una nueva norma de derecho consuetudinario, es una norma de orden público que prevalece sobre cualquier otra y que despoja de toda validez a los tratados incompatibles con ella”.⁴

Hubo, sin embargo, ciertas delegaciones (las occidentales, como era de esperarse) que exhibieron en este punto una actitud de extrema cautela. A juicio del delegado de los Estados Unidos, “el artículo 45 del proyecto necesitaría un examen mucho más a fondo. Es difícil determinar en qué momento una nueva norma de derecho internacional se encuentra tan sólidamente establecida como para poder considerarse como una norma imperativa”.⁵

La delegada británica, por su parte abundó en consideraciones análogas, y con referencia al *ius cogens* en general, al antecedente y al consecuente, dijo lo que sigue:

Como la propia comisión de derecho internacional lo ha reconocido, no se dispone aún de ningún criterio generalmente reconocido que permita comprobar que una norma general de derecho internacional pertenece al *ius cogens*... En opinión del representante del Reino Unido, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas ofrece una solución más flexible y más constructiva para el caso de conflicto entre las disposiciones de un tratado y una norma imperativa de derecho internacional.⁶

En oposición a los gobiernos occidentales, la Unión Soviética hizo patente, una vez más, su entusiasta adhesión al *ius cogens* en cualquiera de sus aspectos; y como ejemplo del *ius cogens* superveniente, citó la condenación del colonialismo y de los tratados desiguales, los cuales, por lo mismo, tenían que desaparecer. Más concretamente, y como prueba al canto, el delegado soviético se refirió a la situación especial de Cuba en sus relaciones con los Estados Unidos, situación que debía revisarse a la

4 Sexta Comisión, 783 ème séance, par. 22.

5 Sexta Comisión, 786 ème séance, pars. 4 y 5.

6 *Idem*.

luz del nuevo *ius cogens* que conllevaba la abolición del colonialismo. Su declaración fue la siguiente:

Cuba ha denunciado todos los tratados inicuos que le fueron impuestos en el pasado por los Estados Unidos y ha preconizado a justo título la denuncia de los acuerdos unilaterales (*sic*) de febrero y agosto de 1903, sobre la base militar de Guantánamo. La lucha de los Estados jóvenes contra los tratados desiguales es justa y legítima; es una lucha por el restablecimiento de los derechos soberanos inalienables de los países en desarrollo. El proyecto de artículo sobre el *ius cogens* ayudaría a los pueblos en su lucha legítima contra los tratados desiguales.⁷

Una manifestación concordante con la que acabamos de transcribir del delegado soviético, la encontramos en Michel Virally, para el cual el *ius cogens*, en uno de sus aspectos fundamentales, representa:

Una prohibición que asegura la protección del Estado contra sus propias flaquezas, o contra la enorme fuerza de sus contrapartes eventuales. En otros términos, trátase de un proyecto contra las desigualdades en el poder de negociación (*bargaining power*)... A este respecto, habría una analogía con el *ius cogens* del derecho social en el orden jurídico estatal (contrato de trabajo).⁸

El paralelo es realmente muy sugestivo, porque así como en las relaciones laborales el poder público ha debido intervenir, en razón de la desigualdad radical entre el patrón y el obrero, y el derecho del trabajo pertenece, en sus estructuras fundamentales, al *ius cogens* interno, así también el *ius cogens* internacional está llamado a llenar una función análoga en las relaciones entre las grandes potencias industriales y los países del Tercer Mundo. De ahí el entusiasmo de estos últimos por la nueva institución, y sobre todo, tal vez, por el *ius cogens* emergente, porque lo que más les interesa no es el *ius cogens* académico del pasado, sino el que pueda surgir dentro del nuevo orden económico internacional. Piénsese, por ejemplo, lo que para los países débiles representará el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales el día en

7 Sexta Comisión, 910 sesión, párs. 24 y 25. Dejamos al delegado soviético la responsabilidad de ciertos pormenores históricos, quizá no muy correctos, en la justa lucha del pueblo cubano por su integridad territorial y su independencia política. Lo esencial es la apreciación global de la situación.

8 Virally, Michel, *Réflexions sur le ius cogens*, AFDI, 1996, vol. 12, pp. 12 y 13.

que se haya consolidado definitivamente como norma imperativa dentro de la sociedad internacional. Y de ahí también, por natural reacción y en defensa de sus propios intereses la resistencia que han presentado las potencias capitalistas con argumentos, a decir verdad, muy razonables dentro del orden de la prudencia; sólo que en el progreso del derecho hacia un orden ecuménico más justo y más humano, la prudencia debe hermanarse con la audacia.

Como representativa por excelencia de la oposición al *ius cogens*, compareció en la Conferencia de Viena —ya lo sabemos— la delegación francesa, y más aún el *ius cogens* emergente. Escuchemos a uno de sus miembros lo que dice en sus *Memorias*:

Más aún que la precedente (la del artículo 53), esta disposición afectará de precariedad a los acuerdos internacionales. En efecto, no solamente un tratado se verá afectado de nulidad si, en el momento de su conclusión, está en oposición con una norma establecida en virtud de consideraciones morales, de tratados multilaterales generales o de resoluciones existentes, sino que podrá llegar a ser nulo en el futuro si se establecen nuevas normas declaradas imperativas por los mismos procedimientos, aun en ausencia del consentimiento de esta u otra de las partes en el tratado. De ahí el temor de ver surgir una serie de nuevas normas, promulgadas por mayorías más o menos responsables con la pretensión de extraer de tratados multilaterales o de resoluciones existentes o futuras, consecuencias a las cuales se atribuye progresivamente un valor imperativo y que se tratará de imponer, en caso necesario contra su voluntad, a todos los Estados, con apoyo en disposiciones de naturaleza semejante a las que figuran en la convención sobre el derecho de los tratados.⁹

En la literatura posterior, y con la notable excepción de Michel Virally, puede observarse un desagrado, una irritación análoga en los autores franceses. Muy severa es, a este propósito, la crítica de Paul Reuter:

En los debates oficiales (sobre el *ius cogens*) fueron aducidos prudentemente ejemplos inofensivos y que a nadie interesan, la esclavitud por ejemplo; pero descubriendo sus ambiciones, los promotores del *ius cogens* han ido al extremo de prever nuevas normas imperativas (artículo 64). Parece difícil admitir que tales normas no sean absolutamente universales, ya que según el artículo 53, trátase de normas aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”; lo cual plantea la cuestión crucial de saber

9 Delau, Olivier, *Les positions françaises à la conférence de Vienne sur le droit des traités*, p. 17.

cómo han sido establecidas tales normas. Ningún organismo internacional dispone por el momento de tal poder; la costumbre internacional no se aplicaría a un Estado que se hubiera opuesto a su formación, y en cuanto al mecanismo convencional, sería de todos el menos indicado, dada la norma absoluta según la cual el tratado no produce ningún efecto con respecto a terceros Estados. Con todo ello, no hay duda que se está configurando una especie de representación mental según la cual la comunidad internacional está vagamente personificada, que dispone de un nuevo instrumento llamado, en la jerga internacional, “consensus”, y que con este título podrá legiferar, así sea por tratado, con tal que estos tratados vinculen a casi todos los Estados...¹⁰

1. *Divisibilidad e indivisibilidad*

En un aspecto tan sólo difiere el régimen del artículo 64 del establecido en el artículo 53, en cuanto a la nulidad del tratado que esté en conflicto con una norma de *ius cogens*, anterior o posterior a la conclusión del tratado. Este aspecto es el de la divisibilidad o indivisibilidad de sus cláusulas, en forma tal que sólo resulten afectadas de nulidad las cláusulas en conflicto con la norma imperativa, o bien el tratado en total, por más que no en todas sus cláusulas pueda darse el susodicho conflicto. Ahora bien, la Comisión de Derecho Internacional (y así pasó a la Convención de Viena) decidió aplicar el principio de la indivisibilidad en el caso del artículo 53, y el de la divisibilidad, en cambio, en la situación del artículo 64. Así resulta con toda claridad el siguiente párrafo con el comentario de la propia Comisión:

Análogamente, aunque la Comisión estimó que el principio de la divisibilidad no es adecuado cuando un tratado es nulo *ab initio* según el artículo 50 a causa de una norma vigente de *ius cogens*, opinión que se aplican otras consideraciones en el caso de un tratado que era totalmente válido en el momento de su celebración, pero que luego, en cuanto a algunas de sus disposiciones, resulta en oposición con una norma de *ius cogens* establecida con posterioridad. La Comisión estimó que, si se juzga que esas disposiciones pueden ser separadas del resto del tratado sin menoscabo de éste, el resto del tratado habrá de ser considerado como todavía válido.¹¹

10 Reuter, Paul, *La Convention de Vienne sur le droit des traités*, París, 1970, pp. 20 y 21.

11 A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 3, p. 86.

A decir verdad, ni en el artículo 53 ni en el 64 se enuncia el principio que a cada uno concierne, el de la indivisibilidad para el primero, y el de la divisibilidad para el segundo, pero uno y otro régimen están expresados con toda claridad en el artículo 44 de la Convención, cuyo epígrafe es el siguiente: “Divisibilidad de las disposiciones de un tratado”. No tenemos por qué reproducir el artículo en su integridad; nos bastará con transcribir los textos siguientes:

3. Si la causa se refiere sólo a determinadas cláusulas, no podrá alegarse sino con respecto a esas cláusulas cuando:

a) dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;

b) se desprende 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; y

c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

5. En los casos previstos en los artículo 51, 52 y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.

De lo anterior resulta que, aparte de la nulidad por causa de conflicto entre el tratado y una norma preexistente de *ius cogens* (artículo 53) hay otras dos nulidades en que tampoco es admisible el principio de la divisibilidad, y que son el caso de la “coacción sobre el representante de un Estado” (artículo 51) y el de la “coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza” (artículo 52).

El reconocimiento de la coacción, tanto sobre el representante del Estado como sobre el Estado mismo, como vicio de consentimiento, y su sanción con nulidad absoluta, es otro de los progresos más notables de la Convención de Viena. No sólo la nulidad, sino la inseparabilidad de las cláusulas del tratado afectado por ella. En todos los demás casos (en el artículo 64, por consiguiente) rige el principio de la separabilidad de las cláusulas del tratado, con tal que, por supuesto, se llenen los requisitos prescritos en el artículo 44.

Es fácil comprender por qué no puede aplicarse el principio de la divisibilidad de las cláusulas del tratado en los casos de los artículos 51 y 52. Si, en efecto, el tratado, todo él, ha sido celebrado bajo el imperio de la coacción, ninguna validez podrán tener sus estipulaciones, aun cuando la coacción haya cesado, por lo que será preciso celebrar un nue-

vo tratado, cuya primera condición ha de ser la entera libertad de ambas partes. En cuanto a la situación que aquí y ahora nos concierne directamente, es decir la nulidad del tratado en el caso del artículo 53, la Comisión de Derecho Internacional, después de reconocer que entre sus miembros hubo un debate sobre este punto, expone los motivos que la llevaron a tomar la decisión que tomó, en la forma siguiente:

En el párrafo 5 se exceptúa también totalmente del principio de divisibilidad el caso del tratado cuya celebración es incompatible con una norma de *ius cogens* (artículo 50). Algunos miembros estimaron que no convenía disponer que la totalidad del tratado queda anulada cuando únicamente una parte, incluso pequeña, del tratado sea incompatible con una norma de *ius cogens*. Sin embargo, la Comisión opinó que las normas de *ius cogens* tiene un carácter tan fundamental que, cuando las partes celebran un tratado en el que figura una cláusula cualquiera incompatible como una norma de *ius cogens* ya existente, hay que considerar el tratado como totalmente nulo. En tal caso, las propias partes pueden modificar el tratado para ajustarlo al derecho, y, si no lo hacen, el derecho debe imponer la sanción de la nulidad a todo el acuerdo.¹²

Como quiera que sea, la solución adoptada no es, ni mucho menos, evidente por sí misma, y hasta entre los mismos relatores especiales hubo diferencias en este particular. Para Lauterpacht, sobre la base de que la colisión con una norma imperativa puede afectar al tratado en su conjunto, o a una o algunas de sus cláusulas (“un tratado o cualquiera de sus estipulaciones”), “la intención es aplicar el principio de la divisibilidad”.¹³ Para Fitzmaurice, por el contrario, debe estimarse que todo el tratado es nulo *ab initio*.¹⁴ Waldock, a su vez, cuando le llegó su turno, fue del mismo parecer que Lauterpacht (la divisibilidad), pero fue vencido por la mayoría de la Comisión, en consideración al carácter “tan fundamental” de las normas *iuris cogens*. Pero como observa Jerzy Sztucki, el conflicto de una cláusula particular de un tratado con una norma imperativa, no es una enfermedad contagiosa que se propague a los demás artículos del tratado, los cuales pueden perfectamente tener cumplimiento, y sobre todo en tratados que no versan sobre una materia única.¹⁵

12 A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 8, p. 62.

13 YILC, 1953, II, p. 155.

14 Fitzmaurice, G.G., *Third Report A/CN.4/115. Yearbook*, 1958, vol. II, p. 28: ...where the treaty is void ab initio, the whole transaction is a nullity.

15 Sztucki, Jerzy, *Ius cogens and the Vienna Convention on the law of treaties*, Springer, 1974, p. 148.

En conclusión, y razonando de propia cuenta, lo que a nosotros nos parece es que la solución más lógica, la más ajustada a la técnica jurídica, es la adopción del principio de la divisibilidad, como se hizo en el caso del *ius cogens* emergente. Si en el caso del artículo 53 se adoptó la solución contraria, fue, a lo que nos parece, por motivos de orden psicológico, para sancionar con la nulidad total el desafío al orden público internacional al celebrar, con plena premeditación y conciencia, un tratado contrario, en todo o en parte, a una norma de *ius cogens*. La respuesta a este desafío es la nulidad total del tratado. En el fondo, es la sanción de la mala fe. Cuando, por el contrario, las partes han obrado de buena fe, como en el caso del *ius cogens* emergente, se impone, como la solución más justa, el principio de la divisibilidad. Nos complace adherirnos en esto a la opinión del jurista romano Ion Diaconu, el cual, con referencia a la divisibilidad aceptada en la hipótesis de una norma imperativa ulterior, dice lo siguiente:

La convención suscrita en Viena prevé que en caso semejante, se admite la divisibilidad en las condiciones establecidas en el artículo 44; por consiguiente, si se reúnen estas condiciones, debemos separar las cláusulas incompatibles con la norma imperativa, y que son nulas, de las otras disposiciones del tratado, que conservan su validez.

Esta solución es en el fondo una aplicación del principio de la buena fe, toda vez que las partes no han incurrido, por la conclusión del tratado, en ninguna violación del derecho internacional en vigor, puesto que la norma imperativa ha sido posterior. Es, pues, del todo natural que las disposiciones que no son incompatibles con la nueva norma imperativa y que son separables de las disposiciones en conflicto con esta norma continúen produciendo efectos; han sido, en efecto, establecidas de buena fe y ninguna norma ulterior se opone a su continuación, ya que no están estrechamente vinculadas con una norma afectada de nulidad.

En la práctica, sin embargo, no creemos que la divisibilidad pueda operar muy frecuentemente, porque siempre será difícil separar de las otras disposiciones del tratado una disposición que ha adquirido tanta importancia.¹⁶

16 Diaconu, Ion, *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international* (*ius cogens*), Bucarest, 1971, p. 128.

2. El problema de la retroactividad

Tratándose de disposiciones tan drásticas como las que contienen los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena, o sea la sanción de la nulidad del tratado en los casos allí previstos, era natural que se hubiera pensado en articular en términos inequívocos, la garantía de la irretroactividad de aquellas estipulaciones.

El tratado internacional, que, a lo que se dice, es ley entre las partes, reclama en su favor la garantía que, para la ley en general, encontramos en el artículo 1o. del Código Napoleón: *La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif* (“La ley no dispone sino para el porvenir; no tiene efecto retroactivo”).

Este es, sin duda, el *locus classicus* en la materia; y sin embargo, nos parece que está mejor la formulación del principio en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

En su perjuicio, decimos, porque en su beneficio bien puede ser la ley retroactiva; más aún, debe serlo. ¿O no deberá quedar en libertad el condenado por un delito al que la nueva ley hace perder este carácter, mientras está aquél purgando su condena?

Con esto no queremos decir que esté mal redactado el artículo correspondiente del Código Napoleón, porque, después de todo, pertenece a un ordenamiento puramente civil. Lo único que aquí nos interesa es ponderar que, como dicen Colin y Capitant, aquel texto en apariencia tan claro ha dado lugar, dentro y fuera de Francia, a un sinnúmero de controversias. ¿Qué quiere decir exactamente “volver a actuar sobre el pasado” (*rétroactif, retro agere*) si hemos de ir más allá de esta caracterización puramente etimológica y, por lo mismo, tautológica?, ¿qué ganamos con decir en latín lo que acabamos de decir en romance?

No vamos, por supuesto, a enzarzarnos en toda la problemática o la exegética de la retroactividad. Sería interminable y ajeno, además, a nuestro actual propósito. De lo que, en cambio, no podemos eximirnos es de adoptar, así sea a título provisional o como hipótesis de trabajo, una noción de retroactividad, la que por lo pronto nos parezca más plausible y a cuya luz podamos considerar el carácter retroactivo o irretroactivo de la Convención de Viena en lo tocante a los artículos 53 y 64. Y por más que en este capítulo estemos tratando expresamente sólo del *ius*

cogens emergente (artículo 64), el problema de la retroactividad, que nos sale al paso, nos obliga a tratarlo igualmente en relación con el *ius cogens* preexistente (artículo 53).

Ahora bien, la noción de retroactividad que, a lo largo de muchos años, nos ha parecido ser la más lógica, la más acomodada al sentido natural del término, es la que, inspirándose en Vareilles-Sommières, Duguit, Jèze, Bennecase y otros autores, da Marcel Planiol en los siguientes términos: “La ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado, ya sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, ya para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizados. Fuera de esto no hay retroactividad, y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos inclusive anteriores, sin ser por ello retroactiva”.¹⁷

Al proponer esta definición, Planiol se opone con toda energía a la teoría que en un tiempo predominó en la ciencia jurídica francesa, y según la cual “la ley es retroactiva cuando modifica *derechos adquiridos*, y no lo es cuando se limita a destruir *simples expectativas*”.

A esta distinción se aferraron por largos años (en México lo sabemos harto bien) las empresas transnacionales, aunque entonces no se les llamaba así, que pretendían continuar en el disfrute ininterrumpido de los recursos naturales del país de inversión, a despecho de la legislación que los reinvidicaba para el pueblo al que *naturalmente* pertenecían.

Pero como observa Planiol, “nadie ha podido jamás dar una definición satisfactoria de derecho adquirido”, y lo único que hacen los defensores de aquella teoría es definirlo por sus efectos: “se dice que hay derecho adquirido cuando la ley antigua se aplica con exclusión de la nueva, y simple expectativa cuando los interesados sufren el efecto del cambio de legislación”.¹⁸

Según, que la nueva ley se aplique o no íntegramente a la situación jurídica hasta allí existente, habrá una simple expectativa o, por el contrario, un derecho adquirido. De suerte, que no hay ningún criterio intrínseco para distinguir esto de aquello, por lo que la célebre teoría —aparte del espíritu capitalista que claramente la inspira— cae por su base.

Aclarada esta cuestión —era necesario hacerlo, para desvanecer representaciones equívocas— preguntémonos, a la luz de la noción de retroactividad a que acabamos de adherir, hasta qué punto puede predi-

17 Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1928, vol. I, p. 98.

18 *Idem*.

carse la retroactividad del *ius cogens*, en los términos de la Convención de Viena.

3. *¿Retroactividad o irretroactividad?*

Cuando el actual artículo 53 fue discutido en la Conferencia de Viena, la delegación mexicana, según lo dijimos con antelación en el capítulo consagrado a la historia del *ius cogens*, presentó la siguiente enmienda aditiva: “La presente disposición no tendrá efectos retroactivos”.¹⁹

Según lo explicó el representante de México, la enmienda se introdujo no para forzar un voto sobre ella, sino para que la tuviera en cuenta el Comité de Redacción, por lo que, una vez que este último dio seguridades en tal sentido, fue retirada la enmienda. Ahora, sin embargo, pensamos que tal vez hubiera estado mejor insistir en ella, por lo que se verá enseguida.

Por lo pronto, la Comisión de Derecho Internacional insistió una y otra vez en el carácter irretroactivo de los artículos 50 y 61 de su proyecto (53 y 64 en el texto actual). La Comisión se expresó como sigue:

La segunda cuestión es el carácter irretroactivo de la norma enunciada en el presente artículo. El artículo debe entenderse en conexión con el artículo 61 (aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general) y la Comisión opina que no cabe admitir que el presente artículo tenga efectos retroactivos. El artículo se refiere a las hipótesis en que un tratado es nulo *en el momento de su celebración* por el hecho de que sus disposiciones están en pugna con una norma ya existente de *ius cogens*. El tratado es totalmente nulo porque su celebración efectiva es incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general que ningún Estado puede derogar ni siquiera por consentimiento mutuo. Por otra parte, el artículo 16 se ocupa de las hipótesis en que el tratado, válido en el momento de su celebración, *se hace* nulo y se extingue por el establecimiento ulterior de una norma de *ius cogens* con la cual son incompatibles sus disposiciones. Las palabras “será nulo y terminará” expresan con toda claridad que la aparición de una nueva norma de *ius cogens* no tiene efectos retroactivos sobre la validez del tratado. La nulidad se produce únicamente a partir del momento en que se establece la nueva norma de *ius cogens*.²⁰

19 A/CONF. 39/11/Add. 2, p. 187.

20 *Ibidem*, par. 6, p. 72.

Esta declaración, sin embargo, no permite resolver la cuestión —la gran cuestión— de si los artículos 53 y 64 no podrán alguna vez invocarse con respecto a un tratado concluido antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena y que, en el momento de su conclusión, estuviera en conflicto con una norma de *ius cogens* o bien, segunda hipótesis, con respecto a un tratado que sólo después de su conclusión se haya encontrado en conflicto con una norma imperativa emergente, y todo esto, igualmente, antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena. Y una y otra hipótesis no tienen nada de insólito, ya que, así fueran dos o tres y fuera cual fuese el nombre que recibieran, siempre hubo normas imperativas de derecho internacional general. *¿Quid de his casibus?*

Aquí está, una vez más, todo el meollo de la cuestión, y hay que reconocer que ni el artículo 53 ni el artículo 64 ofrecen una solución categórica a este respecto. Todo habría quedado claro si en ellos se hubiera insertado una provisión análoga a la fallida enmienda mexicana; una provisión que, por ejemplo, dijera: “Este artículo no será aplicable sino a los tratados concluidos después de la entrada en vigor de la Convención, y para cada Estado que llegue a ser parte en la misma”. Con esto o algo semejante habría quedado disipada toda duda posible, pero no con el texto actual. Veamos, pues, si otros artículos de la Convención permiten aclarar este punto.

Hay, en primer lugar, el artículo 4o. (“Irretroactividad de la presente Convención”) que dice como sigue:

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.

La cuestión surge de inmediato: ¿pertenece el *ius cogens* al “derecho internacional independientemente de la Convención”, y que la propia Convención reconoce expresamente?

Enseguida, y para complicar más aún las cosas, tenemos el artículo 28 (“Irretroactividad de los tratados”) que dice así:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en

vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Ahora bien, es obvio que los dos artículos que acabamos de citar se completan entre sí, por cuanto que el artículo sobre la no retroactividad de los tratados se aplica directamente a la Convención de Viena en su condición de tratado internacional. Habría que preguntarse, por tanto, si “una intención diferente” no resulta de *este* tratado (artículos 53 y 64) o si esta intención no consta “de otro modo”. Tanto en el texto francés (*par ailleurs établie*) como en el texto inglés (*otherwise established*) las locuciones son de una notable imprecisión y permiten la mayor libertad de interpretación.

Ahora bien ¿hasta qué punto es posible apreciar en los *travaux préparatoires* la intención diferente de que habla el artículo 28, la intención, es decir, de que los artículos 53 y 64 se apliquen inclusive a los tratados concluidos antes de la Convención de Viena?

Desde nuestro punto de vista, una “intención” de esta especie podemos encontrarla en el quinto informe del relator especial, sir Humphrey Waldock, en el párrafo siguiente:

Por supuesto, si la norma contenida en el artículo 37 hubiera de considerarse como una innovación total en el derecho internacional, el factor tiempo se presentaría con una perspectiva diferente. En esa hipótesis, la aplicación del artículo habría lógicamente de limitarse a los tratados concluidos después de entrar en vigor una convención general sobre el derecho de los tratados en que figurase la norma. El Relator Especial no cree, sin embargo, que la Comisión haya querido proponer en el artículo 37 una norma completamente nueva del derecho de los tratados. En el párrafo 1o. de su comentario, la Comisión “llegó a la conclusión de que en la codificación del derecho de los tratados debía dar por sentado que existen ciertas normas y ciertos principios de los cuales los Estados nos pueden exceptuarse por arreglos convencionales”. En otras palabras, reconoció que en derecho internacional existían ya algunas normas de *ius cogens* y en el artículo 37 se limitó a enunciar las consecuencias lógicas de tal hecho.²¹

A decir verdad, es el artículo 28, mucho más que el artículo 4o., el que puede abrir fisuras en el principio de la irretroactividad. El artículo

21 ACDI, 1966, vol. II, par. 6, p. 26.

4o., si bien se mira, no hace sino refrendar el conocido principio de que el derecho convencional, a menos de derogación expresa, deja incólume el derecho consuetudinario. El artículo 28, por el contrario, hace vacilar un tratado (la Convención de Viena, por consiguiente) cuando una intención adversa a la irretroactividad “se desprenda del tratado o conste de otro modo”. Ahora bien, y conforme a lo expresado con antelación, la intención diferente resulta no sólo del informe del relator especial, sino en general de los antecedentes legislativos de los artículos 53 y 64, y así lo puntualiza Ion Diaconu al decir lo siguiente:

Para saber si el concepto de *ius cogens* se aplica a los tratados concluidos antes de la entrada en vigor de la Convención, habría que establecer si los artículos 53 y 64 contienen una nueva norma, aplicable desde el momento de la entrada en vigor de la Convención para las partes interesadas, o una norma que existe antes e independientemente de aquel momento.

La práctica internacional y los deberes que tuvieron lugar en las Naciones Unidas y en la Conferencia de Viena, el hecho de que la existencia de normas imperativas está reconocida en el texto de la Convención de codificación del derecho de los tratados, permite, en nuestra opinión, sostener que este concepto ha entrado por la costumbre como norma de derecho internacional y que no depende del momento de entrada en vigor de la Convención para uno u otro Estado. Por otra parte, sería difícil sostener que normas tales como la prohibición de la esclavitud o del genocidio no produjeran efecto como normas imperativas sino después de la entrada en vigor de la Convención de Viena para los diferentes Estados.²²

Es inútil continuar especulando sobre este tema. Sólo el futuro podrá decir, por voz de la jurisprudencia, hasta qué punto podrán o no tener efecto los artículos 53 y 64 sobre los tratados concluidos anteriormente a la Convención de Viena. Por otra parte, es de presumirse que el solo paso del tiempo acabará por eliminar el problema, ya que de uno u otro modo terminarán por extinguirse los tratados que, por cualquier motivo, no se ajusten al nuevo orden público internacional. De los tratados de sujeción colonial o semicolonial, por ejemplo, no quedan hoy sino unos cuantos, y muy pronto, así lo esperamos, no habrá ninguno. Desde el punto de vista práctico, por consiguiente, trátase de cuestiones residuales que el tiempo por sí solo se encargará de liquidar del todo.

22 Diaconu, Ion, *Contribution à une étude... cit.*, p. 125.

4. *El derecho intertemporal*

Hacia el futuro, una vez más, es hacia donde debemos mirar, a la aplicación que tendrá el *ius cogens*, antecedente o consecuente, en los términos pactados en Viena. Y es sobre todo el artículo 64, con su concepción verdaderamente revolucionaria, el que nos da la clave de cómo hay que entender, para el *futuro*, el problema de la retroactividad.

Si nos hubiéramos quedado tan sólo con el actual artículo 53, podría haberse entendido que continuaban vigorizando indefinidamente los tratados que, “en el momento de su conclusión”, no eran contrarios a una norma de *ius cogens*, lo cual habría sido tanto como trasladar el derecho internacional a la antigua teoría civilista de los derechos adquiridos. Habría sido tanto, en otras palabras, como congelar para siempre el orden antiguo, el orden de la intervención y de la explotación, del colonialismo político y financiero. Ahora, en cambio, con la venturosa introducción del *ius cogens superveniens*, se respeta el principio de la irretroactividad, pero en su sano y recto sentido, el que aprendimos de Planiol, Ripert y tantos otros autores. Es la teoría que deja intactos los actos de todo género, con los lucros consiguientes, realizados bajo el imperio de la ley antigua, pero que permite a la ley nueva actuar con pleno vigor, para el futuro, desde el momento de su promulgación. Dejaremos una vez más la palabra a Marcel Planiol:

La extensión, la naturaleza, el modo de ejercerse de nuestros derechos y de nuestras obligaciones, pueden en todo momento ser modificados por una nueva ley... La doctrina de los derechos adquiridos no tiene nada que hacer aquí, puesto que la ley nueva, por regla general, regirá los efectos futuros de derechos y de situaciones adquiridos o adquiridas bajo la ley precedente... El legislador, en efecto, no nos garantiza de ningún modo el ejercicio indefinido para el porvenir de nuestros derechos actuales; estos derechos no existen y no permanecen sino mientras está en vigor la ley que los rige y los autoriza, por lo que deben sufrir el efecto de todo cambio de legislación.²³

Realmente no se comprende cómo alguna vez pudo haber tenido curso la teoría de los derechos adquiridos, no en cuanto explicativa del principio de la irretroactividad en general (esto podría entenderse) sino en cuanto exegética del artículo 2o. del Código Napoleón. Portalis, en efec-

23 Planiol-Ripert, *Traité élémentaire... cit.*, p. 102.

to, uno de sus autores, había escrito lo siguiente en su *Exposé des motifs*: “Destruir una institución existente, no es ciertamente hacer una ley retroactiva, pues si así fuese, habrá que decir que las leyes no pueden cambiar nada. Ahora bien, el presente y el futuro están bajo su imperio. No pueden ellas ciertamente hacer que lo que existe no haya existido, pero pueden decidir que no existirá más”.²⁴

Estas ideas, “tan simples y tan claras”, como dice Planiol, son las que, trasladadas al derecho de los tratados, informan hoy la nueva institución del *ius cogens superveniens*, y pertenecen además, allende la noción de irretroactividad, a una constelación jurídica más amplia, cuya noción rectora es la que hoy se designa con el nombre de derecho intertemporal.

La conexión entre *ius cogens* emergente y derecho intertemporal ha sido percibida por más de un autor, como Christos Rozakis y Ion Diaconu, en concepto del cual la teoría del derecho intertemporal podría configurarse de la siguiente manera: “La validez de todo acto jurídico debe apreciarse según el derecho en vigor en el momento de su celebración; el acto mantiene su validez y produce efectos mientras llena las condiciones de validez establecidas por el derecho internacional en su evolución”.²⁵

El *locus classicus* del derecho intertemporal, como todo el mundo lo sabe, se encuentra en el célebre laudo de Max Huber en el caso de la isla de las Palmas. El árbitro dijo lo siguiente:

En cuanto a la cuestión de saber el sistema jurídico que habrá de aplicarse en un caso particular cuando se dan varios sistemas en épocas sucesivas —el derecho llamado intertemporal—, hay que distinguir entre la creación de derechos y la existencia de derechos. El mismo principio que sujeta el acto creador de un derecho al derecho, en tanto que conjunto de normas jurídicas en vigor en el momento en que nace el derecho, exige que la existencia de este derecho, o en otros términos su manifestación continua, se ajuste a las condiciones exigidas por la evolución del derecho en tanto que conjunto de normas jurídicas.²⁶

Es, en el fondo —comenta Diaconu— la concepción de un derecho internacional en evolución continua, en función de las necesidades de la sociedad internacional, ella misma en evolución permanente. Esta evolución afecta necesariamente a todos los dominios del derecho internacional, a todas las ins-

24 *Idem*.

25 Diaconu, Ion, *Contribution à una étude... cit.*, p. 122.

26 *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845.

tuciones y normas jurídicas. No puede haber, en derecho internacional, sectores sustraídos a esta evolución.²⁷

Un jurista tan conservador como M. Bindschedler (Suiza) hizo suya, en la Conferencia de Viena, la doctrina del derecho intertemporal, y al referirse a los derechos adquiridos al amparo de una legislación vigente en aquel momento, dijo lo siguiente: “Ahora bien, estos derechos no tienen, ni en derecho internacional ni en derecho civil interno, una existencia ni un contenido inmutable. Esto no significa de ninguna manera una excepción al principio de no retroactividad. Un derecho que pierde así su validez no la pierde a título retroactivo”.²⁸

Por lo que toca a la jurisprudencia internacional, en tres casos por lo menos²⁹ la Corte Internacional de Justicia ha adherido formalmente a la doctrina del derecho intertemporal. En uno de estos casos, el de los islotes *Minquiers et Ecréhous* (Canal de la Mancha), en el cual declaró la Corte que habían caducado hacía siglos los títulos de soberanía que sobre dichos islotes pudo haber tenido Francia en la Edad Media, el juez Gros, comentando el laudo de Max Hüber, declaró lo siguiente:

Un hecho jurídico debe apreciarse a la luz del derecho que le es contemporáneo... Cuando desaparece el sistema jurídico en virtud del cual el título en cuestión ha sido válidamente creado, este derecho no puede ya mantenerse en el sistema jurídico nuevo, a menos que no se conforme a las condiciones exigidas por este último.³⁰

En el caso del Sahara occidental, por último, la Corte, a pesar de que reconoce³¹ que en lo antiguo bien pudo darse la existencia de vínculos jurídicos de vasallaje (*liens juridiques d'allégeance, legal ties of allegiance*) entre ciertas tribus del Sahara occidental y el sultán de Marruecos o la entidad de Mauritania (*ensemble mauritanien*), no obstante esto, en la actualidad y en el momento de pronunciar su opinión consultiva,

27 Diaconu, Ion, *Contribution à une étude... cit.*, p. 123.

28 A/CONF/39/11/Add. 1, 103 séance, p. 354.

29 *Affaire des Minquiers et Ecréhous* (1953); *affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis au Maroc* (1952); *avis consultatif sur le Sahara Occidental* (1975).

30 CIJ, *Mémoires, Minquiers et Ecréhous*, vol. II, p. 375.

31 *Avis consultatif*, 16 de octubre de 1975, par. 162.

la Corte no ha comprobado la existencia de vínculos jurídicos que por su naturaleza pudieran modificar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en cuanto a la descolonización del Sahara occidental y en particular la aplicación del principio de autodeterminación gracias a la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pobladores del territorio.³²

En su voto particular (*opinion individuelle*) emitido en el mismo negocio, el juez español Federico de Castro, refiriéndose concretamente al *dictum* de Max Huber, dijo lo siguiente: “En derecho internacional, por lo tanto, hay que tener por admitido el principio general aceptado en derecho intertemporal y que formula la regla *tempus regit factum*”.³³

Vemos así cómo una doctrina que fue formulada con ocasión de un litigio de soberanía territorial, y aplicada luego por el tribunal de La Haya en casos análogos, ha terminado naturalmente por convertirse en un principio de derecho internacional y ha entrado, como por su propio peso, en el derecho de los tratados. Lo que en última instancia viene a decir el *ius cogens superveniens*, en esta recentísima aplicación del derecho intertemporal, es que contra la historia no hay derechos adquiridos de tal índole que puedan frustrar las transformaciones sociales. *Tempus regit factum*, en la expresiva fórmula del juez De Castro, quien, en otra parte de su voto particular, añade que no hay ningún estatuto (*Statut*) del que pueda decirse que está *crystallisé et fixé ad aeternum*. Sólo Dios, en efecto, está por encima del tiempo, pero no los hombres ni las naciones, ni los convenios que celebran entre sí.

La doctrina del derecho intertemporal, en suma, proporciona, a nuestro parecer, un auxilio hermenéutico de gran valor para entender adecuadamente y hacer justicia a esta nueva institución del *ius cogens* en general, y sobre todo, tal vez, del *ius cogens* emergente. Cada sistema jurídico nace, medra y desaparece en consonancia con las nuevas demandas y la sensibilidad axiológica de cada época. Un orden jurídico mundial, por consiguiente, que adolece de injusticias profundas, es natural que no pueda sobrevivir ante los intereses supremos de la comunidad internacional, expresados en las normas imperativas que se imponen a la conciencia jurídica de la humanidad en cada momento histórico.

32 CIJ, *Mémoires, Miniquiers... cit.*, p. 375.

33 *Ibidem*, p. 169.

Con todo ello, no nos dejemos llevar del entusiasmo. Nadie puede desconocer, en efecto que el artículo 64 ha de dar mucho quehacer en la práctica. Nadie pudo contestar de manera categórica a las cinco preguntas que en la Conferencia de Viena formuló el delegado helvético, profesor Bindschedler, a saber:

La delegación suiza desea plantear a la consulta del experto correspondiente cinco preguntas a las cuales no ha podido encontrar respuesta la propia delegación. Primero, ¿cómo llega a existir una nueva norma imperativa de derecho internacional? Segundo, ¿una norma imperativa es engendrada por la costumbre, por un tratado o por ambos? Tercero, para convertirse en norma imperativa, ¿una norma debe ser aceptada por todos los Estados de la comunidad internacional o solamente por una mayoría de estos Estados y, en este último caso, por qué mayoría? Cuarto, ¿una nueva norma imperativa implica la necesidad de una declaración expresa con referencia a su carácter imperativo, o recibe este carácter del consentimiento que le es otorgado? Quinto, ¿una norma imperativa no es válida sino para las partes en un tratado, o bien lo es para todos los Estados? La delegación suiza piensa por su parte que no es válida sino para las partes en el tratado.³⁴

34 A/CONF/39/11/Add. i, p. 132.