

LA TEORIA DEL OBJETOR PERSISTENTE

PROSPER WEIL*



Más allá de las innumerables dificultades que suscita la costumbre internacional —esta misteriosa alquimia que transforma lo que los Estados hacen en lo que los Estados deben hacer— se llegó a acuerdo en torno a dos líneas de acción.

*Director del Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Derecho, Economía y C. Sociales de París. Miembro del Tribunal Administrativo del Banco Mundial.

PRIMERO: La costumbre está formada por la conjunción de dos elementos, una práctica de los Estados y una “*opinio juris*” (es decir el sentimiento de que esta práctica es obligatoria). Actualmente está comprobado que estos dos elementos no necesitan ser unánimes o universales. Basta, para que el derecho consuetudinario se origine, que la práctica y la obligación jurídica sean *generales*. Lo que claramente significa que un Estado puede estar obligado por una norma de derecho consuetudinario, en cuya formación no participó, y que no basta el no aceptar una norma consuetudinaria ya establecida para poder sustraerse a ella. Lo que explica que, luego de un período de vacilación, los Estados recién formados, resultantes de la descolonización, hayan abandonado prácticamente la tesis según la cual no estarían comprometidos por derechos consuetudinarios establecidos antes de su independencia.

SEGUNDO: Un Estado puede, en cambio, declararse no ligado a una cierta norma, que objetó desde el comienzo de su formación y que no ha dejado de objetar de manera constante e inequívoca. La norma que surge de una práctica y de una “*opinio juris*” suficientemente generales, por más que se imponga a otros Estados, no le será oponible si, desde el principio del proceso de formación de la costumbre, aquel Estado manifestó su oposición.

Se establece así una distinción entre la norma ya establecida, a la que todo Estado debe plegarse, independientemente de su consentimiento, y la norma en vías de formación, a la que un Estado puede sustraerse mediante una objeción hecha con la debida anticipación y renovada constantemente. Esta distinción es la expresión de la profunda contradicción que afecta a la teoría clásica del derecho consuetudinario.

Por una parte, el concepto mismo de derecho consuetudinario implica un cierto grado de exterioridad. La norma debe imponerse al Estado sin necesidad de asentimiento; es decir, se impone en cierta forma desde el exterior. Sin duda se ha recurrido, de vez en cuando, a la explicación del asentimiento tácito, pero todos concuerdan en que se trataría, en este caso, de una ficción y que, si la costumbre liga al Estado que no participó en su formación, es debido a que toda norma de derecho implica un elemento irreductible de heteronomía y de objetividad.

Por otra parte, el orden jurídico internacional se sustenta en el principio de que el Derecho Internacional proviene de la voluntad de los Estados. Este principio consensualista es inherente a la estructura misma de la sociedad internacional, la que está desprovista de autoridad centralizada y está compuesta por entidades independientes, iguales o igualmente soberanas. Los Estados son los autores de la norma y a su vez están sometidos a ella. En la medida en que estén sometidos, la norma se les impone desde el exterior, como acabo de mencionarlo. Pero en la medida en que sean sus autores, hay que admitir que, en ciertas condiciones, un Estado tenga la facultad de marginarse de una norma que no desee. Para cumplir con esta exigencia, se ha acordado conceder a un Estado la posibilidad de *opt out*, de *contract out*, de una norma de costumbre, con la condición de haber manifestado su objeción, en una etapa suficientemente temprana en la formación de esa norma, y de haber mantenido su objeción de manera persistente.

Ocurre, sin embargo, que si bien una literatura gigantesca ha investigado todos los rincones y recovecos del proceso de formación, así como el efecto obligatorio de la norma ya establecida, aún respecto de los que no participaron en su formación, poca atención se ha prestado, en cambio, a la facultad de *opt out* de una norma en vía de formación, gracias a una objeción persistente. Desde hace casi un siglo, prácticamente la totalidad de los autores menciona esta facultad, pero lo hacen breve, discretamente, con una nota al pie de la página, como una verdad evidente que no exige explicación y que no merece largas discusiones.

Pero, desde hace algunos años, este modesto *foot-note* del Derecho Internacional se encuentra en el corazón de una verdadera tempestad, en el ojo de un ciclón doctrinal político-jurídico.

Primero, señal que no engaña, esta concep-

ción jurídica hasta ahí innominada, recibió un nombre, al menos en inglés: se habla de la teoría (o de la norma) del *persistent objector*. En francés no ha prevalecido todavía ninguna denominación; hablaré de objeción persistente. No creo que el español esté más adelantado en este aspecto.

Varios artículos importantes se han dedicado a esta materia en el transcurso de estos últimos años, sea para criticar la teoría o para justificarla; y, a menudo, ha originado acaloradas discusiones entre adversarios y partidarios.

Por último —y es el síntoma más significativo— la norma del *persistent objector* acaba de obtener el derecho de ciudadanía en el prestigioso *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, editado hace apenas seis meses, consagración tanto más relevante por cuanto la publicación anterior no hacía mención de esta teoría. Cuando se piensa en la seriedad con que este trabajo fue preparado y de la autoridad que goza en el mundo entero, esta consagración merece, sin duda alguna, llamar la atención.

¿Qué dice el *Restatement*? Respecto del principio adoptado por la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, según el cual los fondos marinos más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales (prácticamente más allá de 200 millas) son patrimonio común de la humanidad y no pueden en lo sucesivo ser explotados sino conforme al régimen restrictivo instituido por la Convención de 1982, el *Restatement* señala fundamentalmente lo siguiente: aún si fuere aceptado en el futuro por la generalidad de los Estados, hasta el punto de convertirse en una norma de derecho consuetudinario, este principio, sin embargo, no ligará a los Estados Unidos, que han objetado persistentemente, de tal manera que los Estados Unidos podrán en el futuro practicar el *deep sea mining*, sin respetar el nuevo régimen consuetudinario aceptado por la generalidad de los Estados. No se podría ser más claro en la afirmación de la teoría del *persistent objector*.

Esta situación nos lleva a formularnos tres preguntas:

- ¿Por qué esta larga hibernación?
- ¿Por qué este brusco despertar?
- ¿Qué debe pensarse al respecto?

En primer lugar

I. ¿POR QUÉ ESTE LARGO SUEÑO?

A. Si no se habló más sobre la posibilidad para

un Estado de sustraerse a una norma de costumbre, objetándola tempranamente es tal vez, simplemente, porque no había mucho que decir. Aun cuando ella estuviese avalada por una doctrina imperativa, esa facultad parecía, en efecto, tener poca acogida en la práctica de los Estados.

Sin duda; ha ocurrido, frecuentemente, que un Estado haya buscado justificar jurídicamente su rechazo en aplicar una norma que otros Estados pretendían oponerle, en calidad de norma de costumbre. Pero la experiencia demuestra que son rarísimos los casos en los que un Estado se ha mantenido, de manera clara e indiscutible, en su posición de *objector persistente*, y en los que los otros Estados le hayan reconocido esa calidad privilegiada.

A menudo, en efecto, el Estado o los Estados disidentes, han encontrado más cómodo sostener, simplemente, que la norma que le pretendían oponer no se había formado por no existir una práctica y una *opinio juris* suficientemente generales.

Hasta una fecha reciente, por ejemplo Estados Unidos, para escapar al régimen de explotación de los fondos marinos previstos por la Tercera Conferencia, ha preferido negar la existencia de una nueva norma y, sólo hace poco tiempo, acabo de mencionarlo, que ellos parecen considerar la formación de la nueva norma relativa a los fondos marinos, patrimonio común de la humanidad, reivindicando a la vez para ellos el status de *Persistent Objector*.

De igual forma, los Estados occidentales que rehusan inclinarse por las nuevas normas, que la mayoría de la Asamblea General ha resuelto enunciar en materia de indemnización, por nacionalización y por expropiación, han preferido negar que esas normas, que han encontrado cabida dentro de la doctrina del Nuevo Orden Económico Internacional y dentro de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, hayan adquirido valor de costumbre, a falta, precisamente, de su propio asentimiento.

La Unión Soviética tampoco parecería haber invocado jamás el status de *persistent objector* para apoyar su rechazo a la teoría de la inmunidad restringida de los Estados; como tampoco, por otra parte, los otros Estados le han reconocido este status: todo lo contrario, ya que muchas potencias occidentales adoptaron una legislación, instituyendo ante sus tribunales la inmunidad restringida.

En otros casos, el Estado recalcitrante ha encontrado incómodo aislarse por mucho tiempo y por último halló más afín a sus intereses aliarse a la posición mayoritaria, aceptando la nueva norma.

De esta manera, varias potencias marítimas, entre las cuales están Japón, Estados Unidos y el Reino Unido, han objetado la extensión, por otros Estados, del Mar Territorial más allá de las 3 millas, y, con mayor razón, a la instauración de zonas de pesca exclusiva o de una zona económica exclusiva, de hasta 200 millas.

Estas potencias, a veces, trataron de proteger sus derechos, enviando barcos de pesca a la proximidad de las costas de terceros Estados. Sin embargo, estos últimos, consideraron estas acciones contrarias al Derecho Internacional e impusieron, en ciertas ocasiones, sanciones a los pescadores, aprovechándose de la posición asumida por estos países al pescar, ellos mismos, en las proximidades de sus costas.

Ante esta situación, por lo menos incómoda, las tres potencias marítimas en cuestión, terminaron por ceder y, finalmente, proclamaron Mares Territoriales más extensos, así como Zonas de Pesca o Zonas Económica Exclusivas de 200 millas.

Aún hoy día, Estados Unidos sostiene que el Estado costero no tiene jurisdicción más allá del Mar Territorial para ciertas especies de atunes migratorias y ha procurado concretar este derecho, sin por ello basarse formalmente en la teoría del *persistent objector*. Los terceros Estados no les reconocieron ningún status especial e impusieron multas a sus barcos de pesca, que los Estados Unidos se vieron obligados a pagar.

En estas condiciones, se entiende que la *foot note* doctrinal no haya podido jamás, estar avalada por ejemplos convincentes. El *Restatement* cita, sin embargo, el caso de los Estados escandinavos, quienes reivindicaron, con éxito, un Mar Territorial de 4 millas, en una época en que la extensión aproximada admitida era de 3 millas.

B. De esta manera, es más bien en la jurisprudencia que en la práctica en la que los autores se han podido apoyar para exponer lo que llaman la norma del *persistent objector*.

Se cita siempre a este respecto dos pasajes de la Corte Internacional de Justicia. Pero, a decir verdad, ninguno es decisivo. Respecto a una norma consuetudinaria sudamericana relativa al derecho de asilo que Colombia pretendía oponer a Perú, y a propósito de la norma de las

10 millas relativa al cierre de las bahías que el Reino Unido deseaba oponer a Noruega, la Corte se valió, efectivamente, de la constante objeción de los dos países interesados para explicar que la norma invocada no les era oponible. Sin embargo, en los dos casos, en el asunto del derecho de asilo, en 1950, como en el de las Pesquerías, en 1951, la Corte insistió previamente en dejar en claro que, a falta de una práctica y de una *opinio juris* suficientemente generales y uniformes, la norma invocada no se había establecido; sólo después de esto, ella agregó, en forma casi incidental, que de todas maneras, incluso suponiéndola formada, esta norma no era oponible a los Estados que la habían objetado siempre.

Es decir que estos antecedentes jurisprudenciales, si indiscutiblemente existen, no tienen un alcance determinante. Todo ocurre como si la Corte no hubiera querido contradecir una idea enunciada por la casi totalidad de los autores; pero ella no quiso fundamentar directamente su decisión, como habría podido hacerlo, en la norma del *persistent objector*, aun cuando esta haya sido expresamente invocada y debatida en uno de los dos casos.

Ante tanta incertidumbre y tan poco interés real, se entiende que el asunto haya quedado latente por largo tiempo y no haya llamado, para nada, la atención y menos aún suscitado interés.

II. PERO ENTONCES, ¿POR QUE ESTE RECIENTE DESPERTAR DE LA BELLA DURMIENTE?

1. El fenómeno está ligado al renacimiento de la costumbre, junto a una profunda alteración de su función en la vida internacional.

Sabemos que la influencia de la costumbre, que fue muy importante durante los primeros siglos del Derecho Internacional, tendió a dejar paso al auge de las convenciones multilaterales, principalmente de codificación. Ahora bien, desde hace algunos decenios el movimiento se invirtió. Lejos de aceptar la *decadencia* y la *mínima productividad* presagiada por algunos, la costumbre gozó de un nuevo impulso, de una segunda juventud. En vez de constituir, como antes, el punto de desenlace de un lento proceso consuetudinario, las convenciones multilaterales sirven actualmente para expresar, para cristalizar, o, para servir como punto de partida de normas consuetudinarias, cuya fuerza jurídica es independiente de los textos que las expresan.

Paralelamente, la costumbre se constituye más rápido y más fácilmente. Ya desde su origen no requiere de una lenta maduración, extendiéndose por mucho tiempo; basta una negociación, o incluso el voto de una resolución. Hasta tal punto que, paradójicamente, se habla, a veces, de *costumbre instantánea*. Esta evolución es tanto más notable cuanto que la costumbre cubre actualmente campos cada vez más vastos: en el asunto de Nicaragua, la Corte abarcó en el derecho consuetudinario principios tan indeterminados como el de la no intervención, de no uso de la fuerza, de solución pacífica de las controversias; ella habla, incluso, del "concepto jurídico fundamental de la soberanía de los Estados en derecho consuetudinario".

En resumen, la costumbre, hoy día, está en todas partes, lo abarca todo; todo es costumbre. 2. Esta evolución es la que da toda su importancia a la teoría del *persistent objector* y explica su renacimiento y revitalización.

Importancia jurídica, primero, ya que la facultad de liberarse, solo o con otros, de una norma de costumbre, deseada por la mayoría de los otros constituye lo revelador del sutil equilibrio entre el consensualismo y el objetivismo, entre la primacía de la norma de derecho y la inexpugnable soberanía de los Estados.

De allí que sea la naturaleza del sistema internacional íntegro que se encuentre cuestionado. ¿Se trata, como hasta ahora, de una sociedad en la que la voluntad de una minoría no podría ser dominada por la de una mayoría? O bien ¿se orienta hacia una comunidad internacional en la que la minoría debe someterse a los deseos de la mayoría? En resumen, ¿un Estado tiene todavía el derecho de ser lo que un autor sistemáticamente llamó un *different drummer*?

Algunos, sin duda, negarán que el problema se presente en términos de voluntad mayoritaria contra voluntad minoritaria. Si el Estado disidente debe ceder, opinan ellos, no es ante la voluntad de la mayoría sino ante la expresión de realidades objetivas tales como el derecho espontáneo, o la comunidad internacional, o las necesidades sociales, o la conciencia universal.

Pero no hay que hacerse ilusiones ni dejarse engañar. La conciencia universal, el derecho espontáneo, la necesidad social, la comunidad internacional, no son realidades legibles directamente; están determinados por la voluntad de algunos, la mayoría de las veces los más numerosos o los más poderosos, quienes identifican la voluntad general con su propia voluntad. Los

conceptos objetivos invocados tan fácilmente para someter al Estado recalcitrante son máscaras que ocultan la voluntad de algunos que se arrojan el derecho de hablar por todos. El enfoque objetivista es, al fin de cuentas, la expresión más acabada del voluntarismo —pero del voluntarismo de algunos.

Todo el problema de la costumbre internacional gira en torno a este debate; y la cuestión del *persistent objector* va a constituir la hora de la verdad de la cual, en lo sucesivo, ya no será posible escapar.

(b) El interés teórico del problema, sin embargo, no bastaría para explicar la aspereza de las controversias que se llevan a cabo actualmente en torno a la norma del *persistent objector*. La verdadera explicación se encuentra en la encrucijada política del debate.

Como siempre cuando se habla de la costumbre, en cuanto fuente de Derecho Internacional, se trata de una cosa diversa, y más, que el proceso técnico de producción de normas lo que es cuestionado; a través de *normas sobre las normas*, como la cuestión de las fuentes ha sido llamada, es el problema más amplio de saber quién está ligado y como puede no estarlo lo que suscita. Ahora bien, en tales casos, las tomas de posición son raramente inocentes y los conceptos jurídicos se prestan fácilmente a manipulaciones.

A los ojos de los Gobiernos, todos los consentimientos no son iguales. Yo no me inclino sino a las normas que consiento; los otros deben someterse a ellas en nombre la preeminencia del derecho. Los que tienen interés en cambiar la norma de derecho existente, no tendrán pues el mismo punto de vista que aquellos a los que la norma existente satisface. Y los que están respaldados por una mayoría de Estados no reaccionarán de la misma manera que los que se sienten minorías o, peor aún, aislados. La teoría del *persistent objector* constituye, en cierta manera, el último refugio del minoritario contra una corriente mayoritaria, que perdió toda esperanza de revertir o de bloquear. Es decir que el minoritario tendrá tendencia a adherirse al consensualismo y, preferencialmente considerará la teoría del *persistent objector*, mientras que el Estado que forma parte de la mayoría pondrá en duda el voluntarismo y no verá con buenos ojos que se pueda escapar a la norma general.

La actitud de los países nuevos es, a este respecto, reveladora. Hostiles a la costumbre

universal y objetiva cuando se ha tratado de *viejas* costumbres del Derecho Internacional clásico, se convirtieron en fervientes partidarios cuando les pareció posible, gracias al incentivo de la nueva manera del derecho consuetudinario, de hacer prevalecer sus opiniones. En la medida en que los Estados del Tercer Mundo han adquirido el control de la producción de las normas recientes, a menudo gracias al apoyo del bloque del Este, han sido convertidos al *mayoritarismo* y, bajo pretexto del universalismo del Derecho Internacional, buscaron imponer cambios del derecho que Occidente repelía.

La creciente concentración del proceso consuetudinario, en el espacio y en el tiempo, ha hecho perder a Estados poderosos, pero minoritarios, como los Estados Unidos, el control de este proceso; son actualmente los Occidentales quienes se inclinan hacia el voluntarismo y suscribirían, sin dificultad, a la profesión de fe consensualista, enunciada hace cuarenta años por el profesor soviético Tunkin: “En las relaciones internacionales”, escribía este último, inmediatamente después de la guerra, “la mayoría de los Estados no pueden crear normas obligatorias para otros”; “no sería posible”, agregaba, “obligar a los Estados a plegarse a las fuerzas preponderantes de la comunidad internacional”. Arrinconados contra el muro, impotentes para paralizar la práctica y la *opinio juris* suficientemente como para obstaculizar la creación de la nueva norma, los Occidentales piden que, por los menos, ellos puedan mantenerse al amparo de esta norma, que por lo menos, esta norma no les sea oponible. Por esta razón, actualmente, en ciertos medios jurídicos, la regla del *persistent objector* es fácilmente percibida como *pro-occidental*, mientras que sus adversarios sacan partido de la etiqueta del *tercer mundistas* o de *progresistas*.

A decir verdad, aún si estos encantos parecen más o menos atrayentes tanto a unos como a otros, según la coyuntura política internacional, la norma del *persistent objector* no es ni del Este ni del Oeste, ni del Norte ni del Sur. Si los países del tercer mundo han cambiado de actitud frente al derecho consuetudinario, los países occidentales hicieron exactamente lo mismo, pero en sentido contrario. No hay duda que en la época en que los Occidentales eran mayoría en las Naciones Unidas, el consensualismo y la norma del *persistent objector* tenía menos atractivo para ellos que el universalismo del Derecho Internacional.

Es por sus propios méritos, y más allá de toda coyuntura política, por esencia fluctuante, que la teoría del *persistent objector* debe ser juzgada. Esto es tanto más necesario por cuanto la polarización Oeste contra Este más tercer mundo está, quizás, en vías de reestructuración. Es sorprendente, en particular, constatar que una cierta convergencia se establece en este momento entre las aproximaciones del Este y del Oeste en materia de consensualismo, provocando de esta manera una notable renovación doctrinal de la teoría consensualista clásica. "If there is no consent, there is no law": esta proposición, ¿ha sido sacada del *Restatement*? No, ella es del profesor Yankov, jurista búlgaro, en un coloquio reciente, "Modern international law is rooted in acceptance by States. Law cannot be made by the majority for all": esta formulación de principio, ¿es del profesor Tunkin o del profesor Yankov? No, procede directamente del *Restatement*.

La teoría del *persistent objector* no pierde por ello su utilidad. No sólo la oposición Este-Oeste no está sobrepasada en todos sus ámbitos, lejos de eso, pero un país mediano o chico puede muy bien, mañana, sacar ventajas de la protección que le ofrece, como último recurso, esta institución. Esto me lleva a formular la tercera pregunta.

III. ¿QUE VALOR TIENE, PUES, ESTA TEORÍA?

A. Cuando un Estado formula una objeción persistente contra una norma en vías de formación, tres soluciones, tres escenarios, son teóricamente concebibles.

1. Primera posibilidad. Una solución totalmente consensualista: la objeción constituye un obstáculo para la formación de la norma consuetudinaria.

Esta concepción de un consensualismo llevado al extremo, conduciría a otorgar a cada Estado, aun cuando fuese el más pequeño, un derecho a veto pero, presentaría, sin embargo, el gran inconveniente de obstaculizar la producción de nuevas normas consuetudinarias y paralizaría el desarrollo del Derecho Internacional. Esta primera solución sería, por lo tanto, tan impracticable como mal fundada jurídicamente.

2. De la misma manera la solución diametralmente opuesta, totalmente objetivista, según la cual la objeción persistente no solamente no constituiría obstáculo a la formación de la nueva norma, sino que tampoco impediría que esa nor-

ma fuese oponible al Estado que objeta. No sometiéndose a la norma objetada, este Estado violaría el Derecho Internacional.

Esta solución es también imposible, por cuanto, como ya se dijo, bajo pretexto de la primacía de la norma de derecho, de la conciencia universal o de la Comunidad Internacional, ella establecería una dictadura de la mayoría, profundamente contraria a la naturaleza de la sociedad internacional y a las funciones del Derecho Internacional.

Es así como ni la solución consensualista, llevada al extremo, ni la solución objetivista total, son aceptables. Exigir el acuerdo de cada Estado tornaría imposible la producción de nuevas normas, pero no exigirlo, sería forzar la voluntad de algunos en función de otros.

3. De esta manera se llega a la conclusión de que se impone una tercera alternativa; aquella que permite al que objeta mantenerse fuera de la norma, sin por ello constituir obstáculo a su creación. Sólo de esta manera puede ser mantenido el equilibrio entre las exigencias contradictorias de la evolución del derecho consuetudinario y del respeto a la soberanía de los Estados minoritarios.

B. Dicho lo anterior, está claro que la situación de *persistent objector* sea, a veces, difícil de identificar. Si el que objeta es un Estado poderoso y representativo, o si no objeta solo, acompañándose en su objeción por otros Estados poderosos o representativos, el umbral es fácilmente franqueable, o se puede estimar que, a falta de una práctica o de una *opinio juris* suficientemente generales, la norma simplemente no se formó. De esta manera puede considerarse razonablemente, que la oposición de los Occidentales a las disposiciones de la Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados, sobre la indemnización por nacionalización o por expropiación, impidió a estas disposiciones cobrar valor de normas consuetudinarias. E incluso luego de la toma de posición del *Restatement*, no sería para nada absurdo sostener que la posición de Estados Unidos y otras potencias industrializadas sobre el "deep sea mining" constituye un obstáculo para que el sistema de la Convención de 1982 haya adquirido el valor de costumbre.

Difícil de identificar, la situación de *persistent objector* es igualmente inestable y a menudo de corta duración. La presión mayoritaria, la mala conciencia dada al disidente, su denuncia

como marginal, que permanece insensible a las tendencias de la Comunidad Internacional y desafía la voluntad de la mayoría, y aún más, las dificultades prácticas que puede experimentar al estar aislado; todo ello explica como lo demuestran los ejemplos que cité, que más de una vez el que objeta se da por vencido y termina por unirse a la corriente dominante. Lo cual no quiere decir que es importante dejar al Estado disidente la posibilidad de beneficiarse, aunque fuese sino temporalmente, de esta válvula de seguridad en el momento que intereses nacionales superiores le parecen justificar que enfrente las dificultades y venza las presiones.

El profesor norteamericano Charney puso en duda, enérgicamente, la teoría del *persistent objector*, reconociéndole sólo un valor *estratégico y temporal* en la *dinámica del desarrollo del Derecho Internacional*.

Yo diría, muy por el contrario, que es precisamente en razón de su interés *estratégico* que la norma del *persistent objector* merece llamar la atención. Incluso, lo merece más que nunca. Con el renacimiento del derecho consuetudinario y la alteración de su función, con la creciente heterogeneidad de una sociedad internacional más *multi-cultural* que nunca, con la proclamación del *derecho a la diferencia*, la teoría del *persistent objector* ejerce una función esencial en el sistema internacional contemporáneo. Lejos de ser un asunto intelectual, esta institución es una expresión jurídica indeformable de la realidad de las relaciones internacionales.

C. Esta observación permite hacer justicia a la crítica que, a veces, se le hace a la teoría del *persistent objector* de obstaculizar la universalidad del Derecho Internacional y provocar —incluso legitimar— la fragmentación de la norma de derecho. La norma jurídica, se dice, es o no es; y cuando es, debe ser para todos la misma.

Estas proposiciones, ciertamente exactas en el orden jurídico interno, no lo son tanto en el orden jurídico internacional. Casi no es necesario recordar que, a falta de una jurisdicción obligatoria, el contenido de una buena cantidad de normas del Derecho Internacional se mantiene en controversia, de tal manera que cada Estado es libre de preconizar su propia interpretación.

Esto es lo que se ha llamado el principio de auto-interpretación, según el cual —para retomar la fórmula de la sentencia arbitral del *Lago Lanoux*— “corresponde a cada Estado apreciar razonablemente y de buena fe, las situaciones y las normas que lo ponen en tela de juicio”. A es-

to se agrega una verdadera polinormatividad, en este sentido, normas diferentes pueden muy bien dirigir al mismo tiempo la misma materia en las relaciones entre Estados diferentes. Además, el Derecho Internacional se interesa tanto en los conceptos de oponibilidad y de reconocimiento como en los de validez y de nulidad. Se sabe que en esta perspectiva fue concebida la teoría de las reservas a los tratados multilaterales. Me parece que la comparación es ilustrativa y casi podría decirse que la objeción persistente es a la norma consuetudinaria lo que la reserva es al tratado multilateral. En consecuencia, si hay varios Estados que objetan, habrá dos sistemas de derecho simultáneamente vigentes: los Estados de la mayoría gobernados por la nueva norma, en tanto que los Estados que objetan, por definición minoritarios, formarán lo que se llamó un *sistema especial* regido por la antigua norma.

La verdadera dificultad no radica en la coexistencia de los dos sistemas normativos. Esta sólo surgirá cuando se presente el problema de una relación entre un Estado que objeta y un Estado mayoritario. Allí se presentó la dificultad que experimentó Japón, el Reino Unido y Estados Unidos cuando pretendieron ejercer actividades pesqueras a menos de 200 millas de la costa de los Estados tercer mundistas, quienes habían proclamado una zona exclusiva de pesca o una zona económica exclusiva. En semejantes casos, la coexistencia de dos normas diferentes y contradictorias es, efectivamente, impracticable y una debe fatalmente prevalecer sobre la otra. Lógicamente la dificultad no tiene solución ya que el asentimiento de una no vale más que la objeción de la otra y, recíprocamente. El problema se resolverá, prácticamente, gracias a un juego de consentimiento y de protesta, según la relación de poderes del momento y los intereses de cada cual. Esto explica, por ejemplo, que las tres potencias marítimas, que acabo de mencionar, hayan estimado preferible, luego de un cierto tiempo, levantar sus objeciones a la extensión de las jurisdicciones marítimas y hayan a su vez, adherido al grupo mayoritario.

Otra dificultad del mismo orden: ¿se puede objetar a normas de *jus cogens*? El asunto fue discutido, principalmente, a propósito de la política de *apartheid* de Africa del Sur, pero este asunto no tiene más importancia para la materia, erizada de incertidumbres, del *jus cogens*, que para la teoría del *persistent objector*. No es seguro, por lo demás, que el problema realmen-

te se presente, puesto que Africa del Sur no parece haberse apoyado en la norma *persistent objector* para justificar su política.

Estas dificultades, por serias que sean, no alteran, sin embargo, la conclusión a la que me parece llevar un examen objetivo y desprovisto de prejuicios de los datos del problema. La teoría del *persistent objector* ya no puede, actualmente, limitarse al enunciado rápido y superficial al cual se lo circunscribió por mucho tiempo. El interés que despierta desde hace algunos años, se justifica plenamente no sólo porque la costumbre constituye, de alguna manera, el modelo reducido del orden jurídico internacio-

nal, sino, aún más porque, más precisamente, la norma del *persistent objector* desempeña una función irremplazable en la sociedad internacional, actualmente heterogénea y contrastada. Así como debe adaptarse una llave a la cerradura que requiere abrirse, del mismo modo el Derecho Internacional debe, para desempeñar sus funciones, estar adaptado al estado de la sociedad que está llamado a dirigir.

Desear, como algunos lo hacen, la desaparición de la norma del *persistent objector* no sería jurídicamente fundado ni políticamente deseable.