

CREACIÓN DE ESTADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO EN CASOS DE SECESIÓN: EFECTIVIDAD/LEGALIDAD

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN (España)*

Sumario: I. Aproximación preliminar a la secesión. 1. Conceptualización de la secesión. 2. Las reclamaciones secesionistas en el Derecho internacional contemporáneo. II. La posición clásica relativa a la creación de Estados: la efectividad. 1. Los elementos constitutivos del Estado. 2. El principio de efectividad en este ámbito. 3. La teoría del éxito final como corolario de la efectividad. III. Aproximación contemporánea respecto a la creación de Estados: el factor legalidad. 1. Planteamiento de la aproximación contemporánea de la legalidad. 2. La práctica internacional que avala la necesidad de legalidad. 3. Límites legales del acceso a la estatalidad aplicables a la secesión. 4. Consecuencia del no respeto del criterio de legalidad. IV. La respuesta internacional a los casos de secesión. 1. El papel del reconocimiento. 2. La obligación de no reconocimiento.

I. Aproximación preliminar a la secesión

A nadie se le escapa que lo sucedido con relación a Kosovo –tanto por lo que se refiere a su declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008, como al Dictamen consultivo emitido por la Corte Internacional de Justicia el 22 de julio de 2010 con relación a la conformidad de la misma con el Derecho internacional–, ha supuesto un “renacer” y un punto de inflexión de la *secesión* en el ámbito internacional.

Quizá cabría, igualmente, poner en evidencia lo sucedido en Crimea. A saber, su declaración unilateral de independencia y posterior anexión a Rusia. Si bien, en este caso, no tanto por lo que la declaración de independencia entraña en sí –que también–, como, sobre todo, por el innegable factor político y de equilibrio de fuerzas de poder que entraña, al ser Rusia parte directamente implicada –lo que

* Miembro del IHLADI. Profesora titular (acreditada a catedrática) de Derecho internacional público y RRII. Universidad Complutense de Madrid, anagama@ucm.es.

evidencia el marcado carácter político que tienen los fenómenos secesionistas—. De ahí, que, a pesar del rechazo unánime de la comunidad internacional a lo sucedido, su trascendencia como precedente, y su impacto en las pretensiones secesionistas, haya sido muy diferente.

1. *Conceptualización de la secesión*

Como cuestión previa, es necesario precisar la razón y el sentido del uso de la expresión “**secesión**”, fenómeno sobre el que gira la ponencia, en la medida en que el mismo puede suponer o no la creación de un Estado. Un término que, por otra parte, se ha convertido de uso habitual en este contexto.

Es bien sabido, que cuando la Comisión de Derecho Internacional (CDI) abordó la problemática jurídica conexas al fenómeno de la sucesión de Estados, la terminología que acuñó para referirse al fenómeno del cambio en la responsabilidad de las relaciones internacionales en una parte del territorio de un Estado soberano, no fue el de secesión, sino el de “**separación de partes de un Estado**” (en la que luego fue la *Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados* de 1978), y “**separación de parte o partes del territorio de un Estado**” (en la *Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas* de 1978, así como en la Resolución de la Asamblea General 55/153 sobre *Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados*)¹. Esta sería, por tanto, la terminología recogida por el Derecho internacional positivo.

No obstante, el hecho de que en la práctica se hayan producido separaciones pacíficas —esto es, con el consentimiento expreso del Estado predecesor—, y separaciones no pacíficas —sin tal consentimiento—, e incluso violentas —con uso de la fuerza armada—, ha llevado a buena parte de la doctrina, de las instituciones científicas e, incluso, de los Estados y de las Organizaciones internacionales, a la utilización de un diferente léxico para referirse a uno u otro supuesto: separación, para el primero; secesión, para el segundo². Bien entendido que ambos se enmarcan en la categoría genérica acuñada por la CDI de “separación” y recogida en los referidos textos jurídicos.

¹ En este mismo contexto, la CDI distingue igualmente de manera clara este supuesto del de Estados de reciente independencia que viene referido a aquellos territorios no autónomos que se convierten en nuevos Estados. En este estado de cosas, es evidente que la problemática de la secesión no incluye la independencia de territorios bajo dominación colonial, ni tampoco bajo ocupación extranjera.

² Frente a esta distinción terminológica, hay autores (como es el caso de Accioly o Bendava) que usan ambas expresiones como sinónimos. Ciertamente, esta es una cuestión puramente semántica, sin consecuencias jurídicas *per se*.

Siendo esto así, con el término “secesión” nos estamos refiriendo –utilizando la definición facilitada por las profesoras Armas Pfirter y González Napolitano³– a “la separación de una parte del territorio de un Estado por su población con el propósito de crear un Estado independiente o someterse a otro Estado ya existente, realizada sin el consentimiento del Estado soberano”, a quien llamaremos Estado ‘matriz’ o ‘padre’–; y, en ocasiones, mediante el uso de la fuerza. De esta forma, tal y como indican, tanto el profesor Remiro Brotons⁴, como las profesoras Armas Pfirter y González Napolitano, la separación *strictu sensu* se referiría al fenómeno pacífico, esto es, al que tiene lugar con aceptación del Estado ‘matriz’; mientras que la secesión se vincularía con la separación de una parte del territorio, carente de tal asentimiento e incluso violenta, según hemos indicado con anterioridad.

Es evidente que, en ambos casos, tanto la finalidad como el posible resultado es el mismo: la creación de un nuevo Estado en lo que antes era una parte del territorio de otro que ahora se ve separado. Pero, lo que cambia sustancialmente es la forma o proceso de generación del mismo, lo que, a nuestro entender, supone una diferencia esencial en lo que se refiere a su fundamentación jurídica, a su legalidad y, sobre todo, a sus consecuencias respecto del objetivo de convertirse en Estado. Por ello, consideramos que usar una distinta terminología resulta, no solo útil, sino necesario para diferenciar ambas situaciones; a la vista de que, como veremos, el Derecho internacional contemporáneo parece darles distinto tratamiento jurídico con relación a dicho acceso a la estatalidad.

En este sentido, por tanto, resulta evidente que mantenemos la postura de rechazo a la existencia de un derecho de secesión o un derecho a la independencia a favor de entidad alguna dentro de un Estado soberano. Como dice, J.A. Carrillo Salcedo, el Derecho internacional contemporáneo no reconoce ese pretendido derecho a decidir unilateralmente la secesión. Esta podría darse como un hecho político, pero no como una consecuencia del ejercicio de un derecho reconocido por el Derecho internacional. Afirma, además, que estamos ante una tendencia “basada en la errónea creencia de que los pueblos gozan de un derecho ilimitado o absoluto de secesión. Una creencia no solo infundada sino además, y sobre todo, peligrosa porque si cada grupo humano pretendiese tener derecho a alcanzar el

³ Armas Pfirter, F., and González Napolitano, S., “Secession and International Law: Latin American practice”, in Kohen, M.G. (ed.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge University Press, 2006, p.375.

En idéntico sentido, J. Crawford sostiene que “secession is the process by which a particular group seeks to separate itself from the State to which it belongs, and to create a new State. It is to be distinguished from a consensual process by which a State confers independence on a particular territory and people by legislative or other means, a process which may be referred to as *devolution* or the *grant of independence* (“State practice and International law in relation to secession”, *BYBIL*, vol.69.1, 1998, pp.85–86).

⁴ Remiro Brotons, A., y otros, *Derecho Internacional*, Mac Graw, 2007, p.105.

estatuto de Estado, la fragmentación no conocería límite alguno y la paz quedaría seriamente amenazada”⁵.

La eventual posibilidad de un *derecho de secesión* debe ser escrudiñada a la luz del principio de libre determinación de los pueblos⁶; fuera de este contexto está claro que no existe derecho alguno. A este respecto, el Derecho internacional solo reconoce el derecho a la independencia a los pueblos sometidos a dominación colonial y a los pueblos sometidos a subyugación, dominación y explotación extranjera⁷. El resto de ‘pueblos’, a los que la Resolución 2625 (XXV) extendió el principio de libre determinación, ostenta solo lo que se denomina la autodeterminación ‘interna’ –derecho a decidir su propia organización política y sin discriminación por motivos de raza, credo o color–, pero no la ‘externa’; esto

⁵ Carrillo Salcedo, J.A., “Sobre el pretendido ‘derecho a decidir’ en Derecho Internacional contemporáneo”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº33, 2013, pp. 21–22.

En un sentido similar se manifiesta M. Seara Vázquez, al afirmar que “reconocer de modo efectivo la autodeterminación a los grupos nacionales, equivaldría a poner en duda todo el sistema internacional de Estados, ya que no hay prácticamente un solo Estado en el mundo que, en mayor o menor medida, no pueda considerarse multinacional” (“Los límites del principio de autodeterminación de los pueblos”, en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, UNAM, México, 1974, p.477).

De igual forma, A. Remiro Brotons señala que son los Estados los que forman primariamente el Derecho internacional y no ha de presumirse en ellos inclinaciones suicidas (*Derecho internacional... op. cit.*, p.190). Tal sería, un derecho ilimitado a la secesión.

Incluso los Estados más liberales y democráticos mantienen una posición muy conservadora con relación a la libre determinación (baste recordar las palabras del representante británico con relación a Kosovo, en 2007: el gobierno británico nunca usará el término libre determinación en el contexto de Kosovo ya que no hay voluntad de crear un precedente) y rechazan la idea de un derecho ilimitado a la secesión unilateral. En conjunto, los Estados permanecen ‘casados’ al tradicional respeto de la integridad territorial de los Estados y han defendido fuertemente dicho principio.

⁶ A pesar de la vinculación que la secesión guarda con la libre determinación de los pueblos, no vamos a entrar en un examen a fondo de la misma, pues ello extralimitaría los estrechos márgenes de la presente ponencia. La bibliografía sobre la materia es abundantísima, pero recomendamos como referente la lectura del excelente trabajo de Drnas Clément, Z., “El derecho de libre determinación de los pueblos: colonialismo formal, neocolonialismo, colonialismo interno”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol.III, 1987–1989, pp.193–240. Asimismo, por su expresa atención a la secesión en este marco, Tomuschat, Ch., “Secession and self-determination”, in Kohen, M.G. (ed.), *Secession... op. cit.*, pp.23–45; Perea Unceta, J.A., *El Derecho internacional de secesión*, UCM, Madrid, 2008. Y como más reciente el de Tesón, F.R., *The theory of Self-Determination*, Cambridge U.P., 2016.

⁷ Así lo dice expresamente la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, y lo ha ratificado la jurisprudencia de la CIJ (véase el párrafo 79 del Dictamen relativo a Kosovo). Con relación a los territorios no autónomos no hablamos de secesión pues, en el Derecho internacional contemporáneo, los mismos no forman parte del territorio del Estado que los administra. Por lo que se refiere al supuesto de subyugación y explotación extranjera, se refiere a territorios que han sido objeto de una ilícita anexión; una vez que el uso de la fuerza está prohibido por el Derecho internacional contemporáneo, se ha homologado la dominación extranjera a la dominación colonial en el marco de la libre determinación; tal podría ser el caso de la ‘recuperación de identidad’ de las repúblicas bálticas.

es, no tienen derecho a separarse del resto del Estado para constituir un Estado propio⁸.

Siendo esto así, no podemos dejar de mencionar la existencia de una tendencia, cada vez más extendida, según la cual existiría un derecho a la independencia de pueblos no coloniales –autodeterminación externa–, cuando el Estado al que pertenece dicho pueblo no respeta su autodeterminación interna. Lo que se conoce como ‘secesión remedio’. Para ello, toman como referencia la conocida como ‘cláusula de salvaguardia’ del párrafo 7 de la resolución 2625 (XXV), interpretándola *a sensu contrario*⁹.

El debate doctrinal a este respecto, está muy vivo. Sin embargo, no es nuestro objetivo entrar en el mismo. Ahora bien, no podemos dejar de indicar que a pesar del amplio –aunque no unánime– apoyo doctrinal, así como de que ciertos Estados –ni mucho menos la mayoría– entiendan que en circunstancias extremas esta posibilidad sería factible, lo cierto es que, a fecha de hoy, no contamos con práctica internacional que lo avale, lo que es necesario para poder afirmar que tal derecho existe –dado que el mismo pivota sobre una resolución de la Asamblea General que no es *per se* jurídicamente vinculante–. En tal supuesto entraría Bangladesh (1971), debido a la grave opresión a la que estaban sometidos los bengalíes por parte del gobierno central de Pakistán desde su independencia en 1947, aunque nunca se alegó de forma expresa. Claramente se encontraban en este supuesto los albanos–kosovares en 1999, época en la fueron sometidos a tremendos actos de represión e, incluso, de genocidio por parte del gobierno de Serbia; a pesar de ello, no se alegó, ni por el pueblo, ni por la comunidad internacional; ni siquiera lo hizo el Consejo de Seguridad cuando decidió tomar cartas en el asunto y adoptó la resolución 1244 (1999), la cual, por el contrario, reafirma el derecho a la integridad territorial de Serbia. De hecho, tampoco ha sido alegada por Kosovo en su declaración de independencia de 2008, ni la CIJ ha aludido a ello

⁸ Bajo el paraguas de la resolución 2625 (XXV), ‘todos los pueblos’ tienen derecho a la libre determinación. Lo que parece no quedar claro es el concepto de pueblo y, en consecuencia, quiénes entran en el marco de dicho derecho. No hay un texto que lo especifique, ni órgano con competencia para declarar a un ‘grupo’ como ‘pueblo’. Esto ha generado un debate doctrinal, sobre el que no vamos a detenernos. Como referente, podemos citar el Informe sobre *Implementación de la libre determinación de los pueblos* de la UNESCO de 1998, en el cual define pueblo como “... a group of individual human beings who enjoy some or all of the following common features: (a) a common historical tradition; (b) racial or ethnic identity; (c) cultural homogeneity; (d) linguistic unity; (e) religious or ideological affinity; (f) territorial connection; (g) common economic life” (<http://www.unpo.org/downloads/THE%20IMPLEMENTATION%20OF%20THE%20RIGHT%20TO%20SELF.pdf>, pp.10–11).

⁹ Este párrafo declara expresamente: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”.

(aunque sí lo hicieron algunos Estados en el proceso). Esta ausencia total de práctica, sitúa de momento a la secesión remedio solo en el plano doctrinal o teórico.

Lo que está claro es que un Estado cuyo gobierno represente al conjunto del pueblo o pueblos que residen en su territorio, en igualdad y sin discriminación, y que respete la autodeterminación en sus aspectos internos tiene derecho al mantenimiento de su integridad territorial en virtud del Derecho internacional, y al reconocimiento de la misma por los demás Estados¹⁰.

En tales circunstancias, los pueblos, minorías o entidades existentes dentro de un Estado solo tienen derecho a separarse en dos supuestos: consentimiento expreso del Estado predecesor (Singapur, Eritrea, Sudán del Sur, Montenegro), y que lo permita su derecho interno (tal es el caso actualmente de la Constitución de Etiopía de 1994 en su art. 39; la de Serbia lo preveía para Montenegro; también lo recogen la Constitución de 1983 de la Federación de Saint Kitts and Nevis, y la de Eslovaquia). Fuera de estos dos casos que dan derecho a la separación, si una entidad o pueblo de un Estado se declara unilateralmente independiente, es cuando hablamos de secesión, que es el fenómeno al que aquí nos referimos.

2. *Las reclamaciones secesionistas en el Derecho internacional contemporáneo*

Es obvio que la secesión no es, ni mucho menos, un fenómeno nuevo. Pensemos, que antes de 1945 la independencia no pactada de las entidades coloniales se englobaba en la secesión (algo claramente excluido ahora, como hemos indicado, por la aplicación del principio de libre determinación del que gozan los pueblos coloniales). Si bien es cierto que tiene un muy diferente tratamiento en el Derecho internacional contemporáneo que en el clásico¹¹ desde la entrada en escena de los principios fundamentales que rigen dicho ordenamiento jurídico, recogidos y consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.

Situados, pues, en el Derecho internacional contemporáneo, y sin remontarnos en exceso al pasado¹², debemos indicar que este fenómeno tuvo su momento más

¹⁰ Así se manifiesta, de forma tan clara, la Corte Suprema de Canadá en su Dictamen de 1998 sobre Quebec (<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/1643/1/document.do>, pa.135-136).

¹¹ Lo que motivaba que la respuesta de la sociedad internacional a los casos de secesión no fuera, ni mucho menos, la misma que recibe por parte de la comunidad internacional en el Derecho internacional contemporáneo. El caso de Panamá, en 1903, es tan solo una pequeña muestra en este sentido.

¹² La lista es extensa, sobre todo la relativa a las pretensiones secesionistas que no han fructificado y no han obtenido reconocimiento internacional. Véase, a este respecto, la lista facilitada por J. Crawford, "State practice and International Law in relation to secession", *BYBIL*, vol. 69, 1998, pp.107-108; así como la más actualizada de Medina Ortega, M., *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp.26-39.

álgido en la década de los noventa del pasado siglo –antes de esa fecha, resultan reseñables los intentos secesionistas de Katanga en Congo (1960), Biafra en Nigeria (1966–1970) o Mayotte en Comoros (1976) –.

Como es bien sabido, en esa época –los noventa–, se produjo una oleada de declaraciones unilaterales de independencia, particularmente en Europa. Tal es el caso de Eslovenia, Croacia, Macedonia, Bosnia–Herzegovina e, incluso, la propia Kosovo (su primera declaración de independencia se produjo el 22 de octubre de 1991), en la entonces Yugoslavia; de Abjasia y Osetia del Sur en Georgia; de Transnistria en Moldavia; de Nagorno–Karabaj en Azerbaij; de Chechenia en Rusia; y de algunas repúblicas serbias proclamadas dentro de Bosnia–Herzegovina (república Sprska).

Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido más recientemente con Kosovo, la posición de terceros Estados con relación a estas declaraciones de independencia de los noventa así como las de los sesenta–setenta, que no han contado en ninguno de los casos con el visto bueno del Estado “matriz”, fue de extremada prudencia. Así, en el caso de Yugoslavia, no fue sino hasta la constatación de su plena disolución, y cuando Serbia y Montenegro se constituyó en la República Federativa de Yugoslavia, cuando los nuevos Estados fueron admitidos en la ONU y se procedió a su pleno reconocimiento internacional. Es decir, no fue hasta la no–oposición del Estado–central, cuando las nuevas repúblicas fueron reconocidas y admitidas como miembros de la ONU (tal y como pasó en su momento también con Bangladesh).

Y con relación a las otras entidades anteriormente citadas, ninguna ha visto admitidos sus deseos de emancipación política por parte del Estado donde se sitúan. En consecuencia, salvo contadas y puntuales excepciones, no han sido objeto de reconocimiento como Estados independientes por parte de terceros Estados.

En cambio, son numerosos los Estados que, ante idénticas circunstancias, esto es, la negativa del Estado “matriz” a su desconexión, han procedido y se han apresurado a reconocer a Kosovo como Estado independiente tras sus declaración unilateral de independencia en 2008 (a fecha de hoy, 111; frente a 36 que manifiestan claramente su rechazo; y 50 que no se pronuncian, pero que tampoco reconocen la nueva república).

Es evidente que el panorama ante el que nos situamos es diferente, por mucho que todos, incluida la propia CIJ, se afanen por recalcar que Kosovo es una excepción, un caso único. Lo sucedido en Crimea lo corrobora. A nadie se le escapa, y menos aún a aquellos con unas más que proclamadas ansias independentistas, que Kosovo constituye –se mire por donde se mire– un peligroso

precedente, con un potencial “efecto dominó” innegable. Y que no podemos cerrar los ojos ante este hecho.

No hay más que echar un vistazo al resurgir de las reclamaciones independentistas que se ha producido en todo el mundo. Es el caso de las reivindicaciones de los serbios que han pedido una revisión de su estatus en Bosnia-Herzegovina, demandando el mismo derecho que los albaneses en Kosovo; o las de los albaneses en Montenegro, Macedonia y en el sur de Serbia.

Por no hablar, de la reclamación de independencia de Escocia dentro de Reino Unido, o de Cataluña en España –sin olvidarnos del País Vasco que está expectante de lo que ocurra en Cataluña–. Y las cada vez más vivas ambiciones independentistas de Flandes en Bélgica; Véneto, Nápoles y Padania en Italia; Córcega y Bretaña en Francia; Baviera en Alemania; Islas Feroe en Dinamarca. Recordemos, igualmente, que Ucrania afrontó la separación de Crimea y ahora enfrenta movimientos separatistas en las regiones de Donetsk y Lugansk.

Pero debemos tener presente que no es este un fenómeno exclusivo de Europa; muy al contrario, se trata de un problema global. Baste traer a colación las pretensiones del Tíbet en China. De los kurdos en Irak, Irán, Turquía y Siria. Indonesia lidia con movimientos secesionistas en Molucas, Papúa oriental y Aceh. Filipinas encara las luchas islamistas por crear un nuevo Estado en Mindanao. Sri Lanka lucha contra las pretensiones de los tamiles...

Si nos situamos en el continente africano, una de las pretensiones secesionistas más notables actualmente es la existente en el sur de Yemen, pues tras su fusión en 1990, desde 2011 se ha proclamado el Emirato Islámico de Shabua (rico en petróleo). De hecho, en África existen más de 35 movimientos separatistas, entre los cuales destacan las luchas secesionistas en Nigeria de grupos fundamentalistas como Boko Haram; los Tuareg en Malí y en Níger; los Diola en Senegal. Igualmente se presentan problemas de movimientos secesionistas en Mauritania, Argelia, Sierra Leona, Angola, Kenia, Somalia (Somaliland), Togo, Ruanda, República Democrática del Congo, Uganda, Etiopía (Ogaden), Burundi, o Liberia, entre otros.

Hoy por hoy, América parece el continente menos convulso (de hecho, sus fronteras no han sufrido cambios desde 1903 cuando Panamá se separó de Colombia). Salvo la perenne espada de Damocles que tiene Canadá con Quebec, no existen destacados movimientos secesionistas o quizá, sí existen, pero son menos conocidos o virulentos. Aunque, el triunfo de Donald Trump el pasado 8 de noviembre ha hecho surgir un nuevo movimiento secesionista en EE UU, con relación a California: “Yes California Independence” y al que se le ha dado en llamar ‘Calixit’. Dicho grupo reivindica para California un camino como el de

Quebec o Escocia, esgrimiendo argumentos similares a los de Cataluña que toman como referencia última Kosovo. Lo que corrobora, nuestra alerta inicial.

Mayoritariamente, lo que encontramos en América son movimientos indígenas que reclaman, no tanto la independencia, como un reconocimiento y respeto de sus derechos. Aunque no dejan de existir movimientos muy minoritarios que reclaman la independencia –los mapuche en Chile–. Más destacado es el movimiento separatista de *O Sul é o Meu País* (el sur es mi país) que propugna la independencia de la Región Sur de Brasil, formada por los estados de Paraná, Río Grande del Sur y Santa Catarina; Santa Cruz, en Bolivia (donde las élites blancas de la más rica región del país han promovido la independencia, sobre todo luego del ascenso al poder de Evo Morales, de origen aymara, quien decretó la nacionalización de las riquezas del país, antes en manos extranjeras). También, en Zulia –Venezuela–, donde se concentra una buena parte de la riqueza petrolera del país, diversos grupos llegaron a promover la celebración de un plebiscito que con fines separatistas, inconformes con la política de Hugo Chávez. En Guayaquil, el mayor puerto de Ecuador, existe también un proyecto de independencia. De hecho, en 2006, se creó en Guayaquil CONFILAR (Confederación Internacional por la Libertad y la Autonomía Regional) por organizaciones de Bolivia, Ecuador, Guatemala, Perú (Arequipa) y Venezuela, y que tiene como misión, según su acta fundacional, impulsar y difundir en Latinoamérica y en el resto del mundo el ideario de libertad y autonomía mediante foros, cursos, talleres, seminarios, conferencias y otros medios de difusión. Pequeños e incipientes conatos independistas se están produciendo en Alaska –EE UU–; Chiapas –México–.

Toda esta convulsa y confusa situación genera toda una cadena de interrogantes, que el Dictamen de la CIJ de 2010 con relación a Kosovo, lejos de aclarar, no ha hecho sino enturbiar y acrecentar aún más, dejando un sin fin de preguntas sin respuesta. Según dicho dictamen el Derecho internacional no prohíbe las declaraciones unilaterales de independencia (pero tampoco las autoriza) –lo que nos situaría en la llamada tesis de la ‘neutralidad jurídica’¹³–. Siendo así, resulta que un particular, una población puede declarar lo que quiera, puede declararse independiente sin que con ello infrinja el derecho internacional; pero, al mismo tiempo, sin que esto constituya tampoco el ejercicio de ningún derecho (pa.56).

¿Esto significa que puede una entidad territorial, un grupo, un pueblo declarar unilateralmente que es un Estado pero realmente no serlo? ¿Ello depende del principio de efectividad, esto es, de qué realmente actúen como Estado, o de que

¹³ Expresión utilizada en Salmon, J., (dir.), “Secession”, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.1022. También en Salmon, J., “Internal Aspects of the Right to self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?”, en Tomuschat, Ch., (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p.256.

sea legal? ¿Cuándo puede entonces un grupo, legítimamente, según el Derecho internacional constituirse en Estado? ¿Tiene Kosovo derecho a convertirse en un Estado independiente? ¿Y Cataluña u Osetia, Abjasia...? ¿Tenía derecho Crimea a sesionarse de Ucrania y unirse a Rusia? Si lo tenía, ¿podría entonces California votar por referéndum declararse independiente y decidir luego unirse a México? ¿Cuál es o debe ser la respuesta del Derecho internacional ante los casos de secesión? Más aún, ¿cuál debe ser, según, el Derecho internacional la respuesta de terceros Estados ante las secesiones ilegales o no pactadas?

Creemos que, más allá de los evidentes aspectos políticos que esta cuestión conlleva, en estos tiempos de aguas revueltas con el nuevo ímpetu adquirido por los movimientos secesionistas, es necesario que el Derecho internacional ofrezca un marco de referencia que limite ese factor político y establezca las normas jurídicas que entran en juego en casos de pretensiones unilaterales de independencia, las cuales deberán tener presente y respetar todos los actores internacionales implicados. La determinación acerca de cuál es o deba ser ese marco jurídico, es el objeto de la presente Ponencia.

La importancia y oportunidad del tema viene avalada, no solo por la situación anteriormente descrita. El propio procedimiento que dio lugar al Dictamen de la CIJ sobre Kosovo lo corrobora. No hay más que echar un ojo a los escritos de los Estados que participaron en el mismo, en los que precisamente buscaban que la Corte resolviera todas esas dudas. Algo, que como es bien sabido, no hizo, lo que ha sido objeto de crítica general, incluso por parte de algunos de los jueces. En este sentido, el sentir general al respecto lo expresa muy bien el juez Yusuf en su opinión individual:

“The Court had a unique opportunity to assess, in a specific and concrete situation, the legal conditions to be met for such a right of self-determination to materialize and give legitimacy to a claim of separation. It has unfortunately failed to seize this opportunity, which would have allowed it to clarify the scope and normative content of the right to external self-determination, in its post-colonial conception, and thus to contribute, inter alia, to the prevention of unjustified claims to independence which may lead to instability and conflict in various parts of the world”¹⁴.

También viene respaldada por el hecho de que otras instituciones científicas han manifestado su alerta por el tema y han planteado, igualmente, la necesidad de su tratamiento o, incluso han llegado a abordarlo parcialmente. Es el caso de la ILA. En 2009 creó el *Grupo sobre Reconocimiento/no Reconocimiento de Estados* con la finalidad de analizar “whether contemporary issues of secession, break-up of states and the creation of new states have changed international law and policy

¹⁴ Opinión individual del juez Yusuf, pa.17, p.225 (<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16005.pdf>). La negrita es nuestra.

with respect to recognition”. En la Conferencia de Washington de 2014, se aprobó el informe final¹⁵. En esta misma línea, en 1996, el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo de la CDI a largo plazo, propuso como posible tema el relativo precisamente a la “Estatalidad” vinculado a los casos de secesión.

Ciertamente resulta imposible analizar aquí todas las repercusiones jurídicas que lleva aparejadas este problema, de ahí que mi objetivo se centra, básicamente en la determinación del problema más crucial cual es el del acceso a la estatalidad de las entidades secesionistas, a los efectos de generar un debate constructivo en el marco de esta Institución científica, que nos lleve a la posibilidad de adoptar unas conclusiones claras que sean de utilidad a los actores internacionales implicados en estos procesos.

II. La posición clásica relativa a la creación de Estados: la efectividad

1. Los elementos constitutivos del Estado

La determinación acerca de cuáles son los requisitos que debe cumplir, lo que podríamos denominar como ‘*aspirante a Estado*’ para ser considerado como tal según el Derecho internacional es un tema omnipresente de la literatura *iusinternacionalista*, y, en cierta manera, un ‘clásico’ de nuestra disciplina. No en vano, el Estado es el epicentro del ordenamiento jurídico internacional y su sujeto principal.

A pesar de ello, no encontramos un texto de alcance de lo que sea un Estado para el Derecho internacional ni, por tanto, de sus requisitos o elementos constitutivos¹⁶. Si bien es cierto que resulta recurrente la referencia al art. 1 de la *Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados* de 26 de diciembre de 1933 –que recoge la opinión doctrinal imperante en la época¹⁷–. Dicho artículo dispone:

¹⁵ En la Conferencia de Sofía de 2012, el Grupo presentó su primer Informe. file:///C:/Documents%20and%20Settings/user/Mis%20documentos/Downloads/final_report_sofia_rev_aug_2014_42022.pdf

¹⁶ Gutiérrez Espada, C., *El Derecho internacional en la encrucijada*, Trotta, Madrid, 2008, p.55.

¹⁷ En este sentido, a principios del siglo XX, Franz von Liszt escribía que “independencia (Selbständigkeit) y supremacía sobre el territorio (Landeshoheit) eran los atributos indispensables del Estado (Liszt, F. von, *Das Völkerrecht: Systematisch Dargestellt*, 1904, p.65).

Por su parte, Fiore (Fiore, P., *International Law Codified and Its Legal Sanction or the Legal Organization of the Society of States*, 5th ed. 1918, p.106) señalaba: “*The State is an association of a considerable number of men living within a definite territory, constituted in fact as a political society and subject to the supreme authority of a sovereign, who has the power, ability and means to maintain the political organization of the association, with the assistance of the law, and to regulate and protect the rights of the members, to conduct relations with other states and to assume responsibility for its acts*”.

“El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos:

- I. Población permanente.
- II. Territorio determinado.
- III. Gobierno.
- IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”.

No hay duda acerca de que, desde su elaboración, esta disposición ha sido y sigue siendo, a fecha de hoy, el referente a la hora de determinar los requisitos de la estatalidad. En este sentido, J. Crawford califica dicho artículo como “best known formulation of the basic criteria for statehood”¹⁸. Más aún, si analizamos la práctica internacional en materia de reconocimiento de nuevos Estados, nos encontramos que una gran mayoría de los reconocimientos llevados a cabo por los Estados mencionan expresamente el cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 1 de la Convención de Montevideo por parte del Estado objeto del reconocimiento¹⁹.

No es nuestra pretensión entrar, ni en el análisis crítico acerca de cuáles deban ser considerados los elementos que den lugar a la estatalidad, ni tampoco en el estudio en detalle de los mismos. Sí creemos pertinente apuntar que, sin duda, el punto más controvertido con relación a los llamados “criterios de Montevideo” viene referido al cuarto –la capacidad para entrar en relaciones con otros Estados–, en la medida en que, tanto una parte de los Estados, como de la propia doctrina indican que no se trata tanto de un elemento autónomo en sí, como de una consecuencia de la adquisición de la propia estatalidad. Algo similar ocurre con el elemento de la “independencia” reivindicado también por algunos autores, como J. Crawford²⁰. Consideramos que la capacidad para entrar en relaciones con otros Estados puede ser considerado como un elemento intrínseco de la independencia política; resultando que, a su vez, esta última es exigible que se cumpla dentro del elemento gubernamental, en la medida en que éste requiere para

¹⁸ Crawford, J., *The Creation of States in International Law*, 1ª ed., Oxford, 1979, p.36. En la misma línea, dicho artículo es utilizado de forma recurrente por la doctrina. Véase, a este respecto, la recopilación doctrinal realizada por Th. D. Grant en “Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents” (*Columbia Journal of Transnational Law*, 37, 1998–1999, p. 415, nota 51) que, si bien no es exhaustiva ni completa –entre otras, no recoge curiosamente la abundante literatura en lengua española– sí demuestra la común aceptación acerca de que dicha disposición recoge los requisitos de la estatalidad según el Derecho internacional.

¹⁹ Tal puede cotejarse en el Primer Informe del Grupo de la ILA sobre Reconocimiento/No Reconocimiento, de 2012, anteriormente citado.

²⁰ Crawford, J., *The Creation of State... op. cit.*, p.62. En el mismo sentido, entre otros, Brownlie, I., *Principles of International Law*, 1998, p. 71; Marck, K., *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 1954, p.161; N. Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, 1994, pp. 398–399; Rousseau, Ch., *Droit International Public*, Recueil Sirey, Paris, 1974, p.68.

ser cumplido obrar sin sometimiento o sujeción a ningún Estado, es decir, independencia.

Sea como fuere, reteniendo como plenamente exigibles los 3 elementos constitutivos sobre los que existe un consenso general –población, territorio y organización política independiente–, según la posición doctrinal ‘clásica’, sustentada a principios del siglo XX por Jellinek (1905), y seguida por muchos otros, la existencia de un Estado resulta ser una cuestión de hecho, una materia política, fuera del ‘reino del derecho’²¹. De esta forma, el nacimiento de un Estado se compara con el nacimiento de una persona física, en el sentido de que el derecho puede fomentar o no la natalidad, pero no puede causar el nacimiento de un ser humano; toma nota de su existencia una vez que ha nacido²²: si una entidad tiene los tres elementos reseñados, automáticamente es un Estado. Este planteamiento nos llevaría a la conclusión, por ejemplo, de que Taiwán debe ser un Estado porque es evidente que cumple los requisitos para serlo; algo realmente paradójico sin tenemos en cuenta que Taiwán no reclama para sí mismo ser un Estado.

2. El principio de efectividad en este ámbito

Ahora bien, como indica Cançado Trindade, tales precondiciones fácticas surgen esencialmente del principio de efectividad²³. De tal forma que, al no existir condiciones legales, según la doctrina clásica, la única exigencia para ser un Estado reside en el *principio de efectividad*. Principio que permite al Derecho

²¹ Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von O. Haring, Berlin, 1905, p.329.

Esta es una afirmación generalizada que encontramos, no solo en todos los manuales clásicos, sino también en los modernos, por lo que no estimamos necesario hacer una relación pormenorizada de todos ellos. En este mismo sentido se pronunció la Comisión de Arbitraje de la Conferencia Internacional sobre la antigua Yugoslavia (Comisión Badinter), en su Dictamen n° 1, de 29 de noviembre de 1991:

“a) that the answer to the question should be based on the principles of public international law which serve to define the conditions on which an entity constitutes a state; that in this respect, the existence or disappearance of the state is a question of fact [...];

b) that the state is commonly defined as a community which consists of a territory and a population subject to an organized political authority; that such a state is characterized by sovereignty”.

El texto completo del Dictamen puede consultarse en Pellet, A., “The Opinions of the Badinter Arbitration Committee A Second Breath for the Self-Determination of Peoples”, *EJIL*, vol.3, 1992, pp.182–183.

²² Abi-Saab, G., “Cours général de droit international public”, *R. des C.*, vol. 207, 1987–VII, p. 68; Idem, “Conclusions”, in Kohen, M.G. (ed.), *Secession... op. cit.*, p.471.

²³ Cançado Trindade, A.A., “International Law for Humankind: towards a new *Ius gentium*. General Course on Public International Law”, *R. des C.*, vol.316, 2005, p.205. En el mismo sentido, J. Crawford afirma que la fórmula Montevideo y otras análogas están “essentially based on the principle of effectiveness” (*The Creation of States... op. cit.*, p.97).

internacional establecer ciertas circunstancias en ‘hechos–condiciones’ y, de esta forma, atribuir consecuencias jurídicas a ciertas situaciones reales²⁴.

Siendo esto así, la cuestión a preguntarse es la relativa al significado de la efectividad, dado que parece ser el único requisito para la estatalidad. En esta línea, tal y como apunta el profesor Pagliari,

“... el concepto de efectividad hace alusión a lo real y verdadero, en oposición a lo quimérico o dudoso; su significado tiene íntima vinculación con realidades, certezas, garantías, acciones, poder, en contraposición a lo aparente, iluso, o ineficaz”²⁵.

¿Qué significado tiene tal acepción aplicada a la aparición de nuevos Estados? Esta es una cuestión clave para saber a partir de qué momento concreto es posible afirmar que se está en presencia de un nuevo Estado. A este respecto, debemos hacer notar que pese a la importancia de la efectividad en este ámbito, la literatura sobre la materia es exigua. Son ciertamente escasos los autores que, como el profesor Pagliari antes citado, se han dedicado a estudiar un principio tan importante en Derecho internacional como es el de efectividad²⁶; resultando, además, que los pocos estudios existentes apenas se detienen en el análisis de su significado concreto en la creación de Estados, limitándose a una somera referencia a la necesidad de un gobierno efectivo que ejerza sus competencias sobre una población y un territorio determinado para que exista un Estado. Sin duda porque ésta es una cuestión difícil de concretar de manera objetiva, unido al hecho de que, como apunta Couveinhes–Matsumoto, el principio de efectividad

²⁴ Sin duda alguna, el principio de efectividad juega un papel importante en muchos ámbitos del Derecho internacional, tales como, creación normativa (costumbre–práctica efectiva), adquisición de soberanía territorial (posesión efectiva), ocupación bélica, bloqueo, protección diplomática (agotamiento de los recursos internos–nacionalidad efectiva), responsabilidad internacional (control efectivo) o derechos humanos.

²⁵ Pagliari, A.S., “El principio de efectividad en el Derecho internacional público”, en Rey Caro, E., y Rodríguez, C. (dirs.), *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje a la Dra. Zlata Drmas de Clement*, Advocatus, Córdoba (Argentina), 2014, p.641.

²⁶ Es inevitable la referencia a obras clásicas en la materia, que analizan en general el principio de efectividad en Derecho internacional (al margen de otras que solo analizan su aplicabilidad en ámbitos puntuales), como las de: Chemillier–Gendreau, M., “A propos de l’effectivité en Droit International”, *Revue Belge du Droit International*, 1975; Miaja de la Muela, A., “El principio de efectividad en Derecho internacional”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria 1957*, Valladolid, 1958, pp.2 y ss; *id.*, “Nuevas realidades y teorías sobre la efectividad en Derecho internacional”, *ADI*, vol.III, 1976, pp.3–47; Salvioli, G., “L’effectivité in Diritto internazionale”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1953, pp. 271–280.; Touscoz, J., *Le principe d’effectivité dans l’ordre international*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1964; Visscher, Ch. de, *Les effectivités du Droit international public*, Paris, 1967. Como trabajos más recientes, además del citado de Pagliari, también están: Couveinhes–Mtsumoto, F., *L’effectivité en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014; D’Aspremont, J., “‘Effectivity’ in International Law”, *Proceedings of the Annual meeting*, vol. 108, 2014, pp. 165 y ss.; Téllez Núñez, A., “El problema de la efectividad del derecho internacional público”, *Colección Estudios de Derecho Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008.

es un argumento maleable, cuya invocación se explica por consideraciones políticas e imprevisibles²⁷.

La pregunta que debemos entonces responder es *¿cuándo podemos decir que existe un gobierno efectivo?* Nos centramos en el elemento del gobierno efectivo pues es evidente que éste es el *elemento definidor* por excelencia de la estatalidad, en el que se subsumen los otros dos: la población permanente y el territorio definido están unidos por el distintivo patrón común del gobierno efectivo.

Dicho de otra manera, ¿cuándo ha logrado un gobierno la autoridad efectiva sobre la población y el territorio respecto del cual pretende ejercerla? Pregunta crucial, como señalamos, pero impregnada de incertidumbre y subjetividad, en la medida en que el Derecho internacional carece de un órgano con competencia para decidir con *objetividad* una cuestión tan fundamental como es la aparición de un nuevo sujeto internacional. ¿Qué sucede entonces? Pues en la marco de un orden eminentemente descentralizado, como es el Derecho internacional, resulta que van a ser los demás Estados, a través de sus **reconocimientos**, quienes tomarán la decisión al respecto, es decir, quienes constatarán que “sobre un territorio determinado existe una sociedad políticamente organizada, independiente de cualquier otro Estado existente, capaz de observar las prescripciones del Derecho internacional”²⁸. Y ello, en la medida en que el reconocimiento no es sino, “l’instrument polyvalent de la **constatation des faits** juridiques dans l’ordre international”²⁹. Ahora bien, debemos tener muy presente que estamos, sin duda, ante una cuestión [la del reconocimiento] subjetiva con un notable margen de apreciación, discrecionalidad e, incluso, parcialidad; por no hablar de su innegable componente político. De ahí que no resulte extraño comprobar que frente a una misma situación, unos Estados niegan el reconocimiento, mientras otros lo otorgan, incluso prematuramente –como en su día ocurrió con Francia al reconocer a EE UU; con éste al reconocer a Panamá; o como está ocurriendo con Kosovo–.

²⁷ Couveinhes–Matsumoto, F., *L’effectivité en droit international... op. cit.*, p.271.

²⁸ Definición del reconocimiento propuesta por el Institut de Droit International, en su sesión de Bruselas de 1936 (<http://www.idi-iiil.org>).

²⁹ Virally, M., “Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public”, *R. des C.*, vol.183, 1983–V, p.52 (la negrita es nuestra).

A este respecto, debemos tener en cuenta, como sostiene G. Kreijen (*State Failure, Sovereignty and Effectiveness*, Martinus Nijhoff, Developments in International Law, vol.50, 2004, p.22) que: “An entity may be formally independent, but without being recognised as such it cannot possibly materialise its capacity to enter into relations and, consequently, lacks real independence. Thus, in the sense that the capacity to enter into relations expresses both the ability to enter into the whole scale of international relations and its actual realisation –thereby giving evidence of a State’s full independence– it may be regarded as a useful criterion for statehood”.

En todo caso, en nuestra opinión, y respondiendo a la pregunta planteada, podemos afirmar sin ningún género de dudas que no basta la mera declaración de independencia para ser un Estado, que dicha declaración no produce por sí misma ningún efecto jurídico. Es evidente que la irrupción del principio de efectividad que, como hemos indicado, viene referido a algo real, hace que no exista automatismo en la creación objetiva del Estado, es decir, aunque se trate de un hecho, no es un hecho instantáneo. Muy al contrario, como indica M. Virally³⁰, se trata de un proceso.

La necesaria efectividad –imperativa para que se cree un Estado en Derecho internacional– exige que esa declaración venga fortalecida y consolidada por el ejercicio de un control general y exclusivo –sin la batuta de otros– por parte del gobierno sobre la población y el territorio, de tal forma que sea capaz, no solo de establecer, sino sobre todo de mantener el orden interno, así como de participar en las relaciones internacionales de forma independiente³¹. Para ello deberá desplegar todas las actividades propias de un Estado. De esta forma, un mero acto de efectividad no es suficiente; se necesita, lo que podríamos denominar una ‘efectividad duradera’. Es necesario, primeramente, un auténtico despliegue de todas las funciones estatales –similar al que el Derecho internacional exige para poder adquirir el título de soberanía sobre un territorio determinado a través de su posesión efectiva³²–. Además, ese ejercicio debe desplegarse de manera continua y prolongada; y, por supuesto, que se trate de una autoridad realizada con total independencia, esto es, sin sujeción a ningún otro Estado ni Organización internacional. Siguiendo estos parámetros dictados por la efectividad, es evidente que Kosovo no es un Estado porque carece de un gobierno que actúe con independencia³³. De igual forma, Osetia del Sur, Abjasia, Transnistria, Nagorno Karabaj o la RTNC, tampoco cumplen realmente el requisito de la efectividad en la medida en que no gozan de total independencia, pues dependen totalmente de su Estado ‘sponsor’: Rusia en los tres primeros casos, Armenia en el segundo, y Turquía en el último. Es decir, en todos estos casos no se cumple el principio de efectividad.

Podríamos resumirlo en palabras de Roth: los criterios de Montevideo solo confieren derechos soberanos, obligaciones, poderes, inmunidad –esto es, personalidad jurídica–, a una comunidad política territorialmente coherente

³⁰ Virally, M., “Panorama du droit international contemporain... *op. cit.*, p.50. En el mismo sentido, Kohen, M.G., “Introduction” in Kohen, M.G. (ed.), *Secession... op. cit.*, p.14.

³¹ Remiro Brotons, A., y otros, *Derecho internacional... op. cit.*, p.46.

³² Véase, a este respecto, nuestro trabajo, López Martín, A.G., *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

³³ La propia Administración internacional declaró a finales de octubre que no tenía la capacidad para poder emitir una legislación en materia de nacionalidad, lo que constituye la más básica de las acciones estatales. Prueba fehaciente de que Kosovo no es un Estado.

cuando se encuentra bajo el **efectivo control de larga duración** de un gobierno independiente³⁴.

En este marco, el **reconocimiento** por terceros Estados, como ya hemos apercibido, juega un papel importante en la cristalización de la necesaria efectividad, incluso para algunos es “the key to statehood”³⁵. No obstante, debemos advertir que el reconocimiento no es siempre, ni mucho menos, determinante de la estatalidad; lo que entra en plena lógica con su carácter meramente declarativo³⁶. Como lo demuestran los 111 reconocimientos de Kosovo, que aún no cumple los requisitos de la efectividad; o los 6 de Osetia del Sur, Abjasia, Transnistria o Nagorno Karabaj³⁷-. Ninguno de ellos Estado en aplicación del principio de efectividad –reconocerles como tal, sin aplicar el test de la efectividad entraña, además, el riesgo de crear Estados con una inherente debilidad o falta de capacidad (candidatos perfectos a convertirse en Estados ‘fallidos’ o Estados ‘marionetas’). En cambio, en el otro lado de la moneda, nos encontramos con Estados carentes de reconocimiento, como Somaliland, que cumple los tres elementos constitutivos con plena efectividad.

Todos estos ejemplos citados, no hacen sino corroborar dos cosas: una, que el reconocimiento es, a la postre, una decisión política; y otra, el importante papel de las superpotencias en este ámbito –a nadie se le escapa que si Kosovo ha recibido 111 reconocimientos es porque estamos ante una ‘apuesta’ personal de EE UU; circunstancia que igualmente demuestra el mayor peso que tiene EE UU comparado con Rusia, habida cuenta que sus ‘desafíos’ personales solo han logrado conciliar 5 reconocimientos más. Ello, además, nos da cuenta acerca de que el reconocimiento es la herramienta de los gobiernos más poderosos para decidir si hay o no un Estado.

3. La teoría del éxito final como corolario de la efectividad

En esta línea, parece evidente que no es el **‘éxito inicial’** de la secesión por su mera declaración de independencia el que se tiene en cuenta por el derecho, sino

³⁴ Roth, B., “Secession, Coups and the International Rule of Law: Assessing the Decline of the Effective Control Doctrine”, *Melbourne Journal of International Law*, vol.11, 2010, p.7.

³⁵ Kreijen, G., *State Failure... op. cit.*, p.13. Este mismo autor plantea la curiosa comparativa del reconocimiento como si se tratara de una ‘revisión por pares’, tan extendida hoy en el marco de las publicaciones científicas, y que todos conocemos.

³⁶ Como sabemos, según la teoría declarativa imperante –frente a la constitutiva–, el reconocimiento no es necesario para la creación de un nuevo Estado A este respecto el art. 3 de la Convención de Montevideo de 1933, anteriormente referido, comienza afirmando “La existencia política de un Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados...”.

³⁷ Tales son los de Rusia, Nicaragua, Venezuela, Vanuatu, Nauru y Tuvalu. Al margen de que estas cuatro entidades secesionistas se hayan reconocido entre ellas, lo que tiene un nulo valor en este ámbito.

realmente lo que se tiene en cuenta es el ‘éxito último o final’, esto es, su capacidad para imponerse y crear una situación aparentemente irreversible.

Siendo esto así, encontramos que existe una teoría, bastante asentada, según la cual para conseguir el ‘éxito final’ no basta solo la efectividad estatal anteriormente reseñada. Una secesión no debe considerarse exitosa más que a condición de que el antiguo régimen no adopte más medidas para contestar la validez de las secesiones o, al menos, que quede establecido con certeza que no va a tener éxito ya en restaurar su autoridad; esto es, que el Estado ‘matriz’ acepte la situación: aquiescencia.

A ello se refería Lauterpacht en 1947, cuando afirmaba que la efectividad debe quedar establecida “beyond all reasonable doubt” y que, en casos de secesión, el reconocimiento solo puede darse cuando “the parent State must in fact have ceased to make efforts (giving *de facto* its acquiescence), promising success, to reassert its authority”³⁸. En esta misma línea, J. Crawford sostiene que la entidad secesionista debe establecer firmemente su control más allá de toda esperanza de retorno con relación al Estado predecesor (en tal caso ya no se necesitaría el preceptivo consentimiento de este último)³⁹.

Es decir, como indica Christakis, aunque el Derecho internacional no prohíba la secesión, es más que evidente que se muestra hostil a la misma y le pone obstáculos importantes. El primero deriva de la propia efectividad, y es el establecimiento de una presunción contra la efectividad de la secesión y en favor de la integridad territorial del Estado ‘padre’, en la medida en que la misma necesita la aquiescencia o la resignación del mismo que se produce cuando abandona sus tentativas de recuperación⁴⁰.

Esta misma idea del ‘éxito último’ encuentra apoyo en la práctica interna de algunos Estados. Así, en el asunto *Madzimbamuto v. Lardner-Burke & Phillip George* (1969), el *Privy Council* británico rehusó reconocer cualquier valor jurídico a las decisiones adoptadas por el gobierno de Rhodesia del Sur al considerar que no era un Estado independiente y que el “éxito final” de la secesión no se había conseguido, habida cuenta que el Gobierno británico seguía teniendo el control⁴¹.

³⁸ Lauterpacht, H., *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947, p.8.

De esta forma, si ya tenemos ese consentimiento ‘tácito’, no hay violación de la integridad territorial; por lo que esta teoría del éxito final introduce, a la postre, el factor de legalidad.

³⁹ Crawford, J., “La pratique des Etats et le droit international relativement à la sécession unilatérale”, *Cour Suprême du Canada*, nº 25508, février 1997, pa.28.

⁴⁰ Christakis, Th., “The State as a ‘primary fact’: some thoughts on the principle of effectiveness” in Kohen, M.G. (ed.), *Secession... op. cit.*, pp.147-149.

⁴¹ El *Privy Council* se manifiesta en los siguientes términos: “*That the conceptions of international law as to de facto or de jure status were inappropriate where a court sitting in a particular territory had to*

De igual manera, la práctica internacional en materia de reconocimiento de entidades secesionistas parece confirmar esta teoría del ‘éxito último’ basada en la irreversibilidad de la situación, bien por la aceptación expresa del Estado ‘padre’, bien por su aceptación tácita de abandonar sus intentos de recuperación. Pues, por ejemplo, nunca una entidad secesionista ha sido admitida como miembro de Naciones Unidas hasta que el Estado padre no ha consentido la situación. Asimismo, la práctica estatal en este ámbito demuestra la tendencia, apuntada al inicio de este trabajo, a no reconocer al nuevo Estado, hasta que el Estado matriz consiente la situación de facto generada⁴². Para corroborar esta afirmación, tomemos como referencia el ya citado caso de **Bangladesh**. Por un lado, no fue admitido como miembro de la ONU hasta que Pakistán –Estado ‘matriz’– reconoció expresamente su independencia en 1974, esto es, manifestó su consentimiento. Por otro, no fue reconocido por ningún Estado (salvo India que fue, a la postre, el Estado ‘sponsor’ de su independencia) hasta que la secesión fue un hecho consumado aparentemente irreversible⁴³.

A *sensu contrario*, los Estados no han reconocido a entidades secesionistas que cumplieran los tres elementos constitutivos y de forma efectiva desplegada en el tiempo, en la medida en que el Estado ‘padre’ mantenía intactas sus pretensiones de recuperación –lo que finalmente consiguió–, como ocurrió con Chechenia (Rusia) –entre 1991–1994–, Katanga (Congo), Biafra (Nigeria), la República Sprska (Bosnia–Herzegovina), y, por supuesto, la RTNC (Chipre).

Si nos fijamos bien, esta teoría del ‘éxito final’ guarda un increíble paralelismo con la controvertida figura de la **prescripción adquisitiva**⁴⁴, Lo cual no deja de

decide upon the validity or otherwise of a new regime which had gained control of the territory; and that, accordingly, the usurping government in control in Southern Rhodesia could not, for any purpose, be regarded as a lawful government, since the United Kingdom Government, acting upon behalf of the lawful Sovereign, was still taking steps to regain control” (<http://www.uniset.ca/other/cs2/19691AC645.html>, pa. 649).

⁴² En esta misma línea, si bien en el contexto de los pueblos coloniales, cuando Gran Bretaña reconoció la independencia de las excolonias españolas en América a partir del año 1823, España protestó; pero aquella respondió que lo había hecho una vez que no veía posibilidad alguna de que recuperase los territorios independizados, y la lucha ya había cesado.

⁴³ A este respecto, señala J. Summers que Bangladesh llegó a convertirse en Estado, no porque ejerciera derecho alguno de secesión sino porque su independencia llegó a ser “un fait accompli apparemment irreversible” (*People and International Law – How Nationalism and Self-Determination shape a contemporary Law of Nations*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, p.335). Tal fue fruto del establecimiento de un gobierno efectivo, con bastante respaldo popular, al perder Pakistán la guerra originada por la intervención armada de India; tras lo cual se produjo la aceptación tácita pakistaní, lo que corroboró el hecho consumado (Remiro Brotons, A., y otros, *Derecho... op. cit.*, p.192).

⁴⁴ Ciertamente la prescripción adquisitiva tiene sus defensores y sus detractores. En la práctica son escasos, o casi inexistentes los ejemplos de adquisición de soberanía a través de este método: Gibraltar es el más conocido, aunque, desde el punto de vista de España aún no se ha consolidado, pues no ha dejado de protestar la ocupación británica del Peñón (no del territorio cedido en el Tratado de Utrecht). A este respecto, la CIJ ha evitado siempre manifestarse sobre esta institución en las pocas ocasiones que ha tenido

tener su lógica, pues el funcionamiento de la secesión y la prescripción es muy similar: en ambos casos se trata de una ‘posesión contraria’. Partimos de que un Estado es soberano de un territorio determinado, respecto del cual se produce un traspaso/cambio de soberanía sin su consentimiento (inicial): en la prescripción a otro Estado ya existente; en la secesión, a un nuevo Estado que se crea sobre el mismo. Siendo esto así, si el Derecho internacional exige aquiescencia del Estado soberano para que se perfeccione y produzca efectos jurídicos la prescripción – recordemos la novedosa fórmula utilizada por la CIJ en 2008 para otorgar a Indonesia el título de soberanía sobre Pedra Branca: *posesión efectiva+aquiescencia*–, por una cuestión de pura lógica y de analogía, cabe concluir que también es necesaria, no solo la efectividad en el control del territorio, sino la aquiescencia del Estado ‘matriz’ para que la secesión produzca efectos jurídicos en Derecho internacional –dentro de esta posición fáctica–.

En conclusión, según la *aproximación clásica puramente fáctica*, si una entidad cuenta con una población permanente, un territorio que controla de manera exclusiva y una organización política que los administra –fuera de toda duda– de manera efectiva con exclusión de otros Estados –esto es, sin la batuta de ningún otro Estado–, debe concluirse que existe un Estado. Y ello, con independencia de la forma en que el mismo haya surgido. Pues, la creación de un Estado es apreciada como un hecho, pero un hecho meta-jurídico que no puede explicarse por reglas jurídicas. Según Abi-Saab⁴⁵, la creación de un Estado es un ‘fait primaire’ que precede al derecho; de tal forma que toda interpelación sobre la intervención del derecho en el proceso de formación de un nuevo Estado es vana e inútil.

Desde esta perspectiva clásica expuesta, aunque se admite que la efectividad es una exigencia legal en este contexto, se niega que puedan existir criterios legales para la estatalidad no basados en la efectividad, pues el principio de efectividad conduce a una sumisión al hecho que excluye toda toma en consideración de la legitimidad o la legalidad de situación en cuestión; lo cual sucede porque las reglas internacionales relativas a la existencia del Estado están totalmente desconectadas de las otras⁴⁶.

oportunidad de hacerlo. Conocido es su *dictum* de 13 de diciembre de 1999 en el *Asunto de la Isla de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), donde expresamente conminado por esta última, obvió pronunciarse y se limitó a reiterar los alegatos de Namibia al respecto para luego rechazarlos (pa.97). No obstante, debemos reseñar que en la más reciente de 23 de mayo de 2008, relativa al *Asunto de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge*, la Corte ha ‘creado’ una nueva fórmula de adquisición de la soberanía territorial que recuerda mucho a la prescripción, pero sin etiquetarla como tal: *posesión efectiva+aquiescencia* (pa.273–275); fórmula que le llevó a otorgar el título de soberanía de Pedra Branca a Indonesia, frente al soberano original del mismo, Johor/Malasia.

⁴⁵ Abi-Saab, G., “Cours général de droit... *op. cit.*”, p.68.

⁴⁶ Kelsen, H., “Recognition in International Law. Theoretical Observations”, *AJIL*, 35.4, 1941, p.612.

En consecuencia, el problema de la secesión no puede plantearse en términos de ‘autorización’ o de ‘prohibición’ por el derecho, sino en términos de ‘éxito’ o ‘fracaso’. Según este planteamiento, cualquier entidad infra-estatal puede tratar de separarse si quiere, sin que exista condicionante o límite legal alguno. Si no lo consigue, mala suerte; pero, si por el contrario, consigue establecer los elementos constitutivos con efectividad, entonces, el resultado es que nos encontraríamos con el nacimiento de un nuevo Estado.

Como indicaba D. Anzilotti, “the legitimacy of the state resides in its existence”⁴⁷. Es decir, se parte de la máxima latina *ex factis jus oritur*.

III. Aproximación contemporánea respecto a la creación de estados: el factor legalidad

“El principio de efectividad no carece de límites jurídicos internacionales: solo funciona en el marco que el Derecho internacional establece. Si valiera sin restricciones, quedaría disuelto todo el Derecho internacional”⁴⁸.

1. Planteamiento de la aproximación contemporánea de la legalidad

Afirmaba R.Y. Jennings, con relación a la premisa *ex factis jus oritur*, que ‘la misma es expresión de una verdad de la que ningún ordenamiento puede ignorar sus peligros’⁴⁹.

En atención a esos ‘peligros’ que aventuraba Jennings que la máxima *ex factis oritur ius* puede encerrar, aplicados a los supuestos de secesión en los que, recordemos se plantea la creación de un Estado de una forma no pacífica, sin el consentimiento del Estado ‘matriz’ e incluso mediante el uso de la fuerza –lo que podría suponer dar el paso a otra máxima latina *ex iniuria oritur ius*–, nos encontramos que ha ido afianzándose de forma creciente una corriente doctrinal que, sin negar los presupuestos fácticos y la efectividad necesarios para la creación

⁴⁷ Anzilotti, D., *Corso di Diritto Internazionale*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1928, pp.154–155.

⁴⁸ Verdross, *Derecho internacional público* (5ª ed. alemana, traducida por A. Truyol Serra, Madrid, 1976, p. 116. En 1976, el profesor Carrillo Salcedo escribía que “la autonomía de la voluntad de los sujetos no es ilimitada en ningún sistema jurídico, ya que ello equivaldría a la negación del ordenamiento jurídico de que se trate” (Carrillo Salcedo, J.A., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1976, pp.257–258). En un sentido similar se manifiesta M. Couveinhes–Matsumoto (*L’effectivité en droit international... op. cit.*, p.47): “le droit international ne prescrit cependant jamais, au titre de l’effectivité, une approche uniquement fondée sur l’admission du fait, et sur l’exclusion de tout critère ou toute finalité dans l’appréciation de sa signification et de sa valeur en droit. Il est impensable que des éléments d’ordre juridique ne guident pas sourdement l’application d’un critère ou d’une exigence de l’effectivité, et qu’il soit possible de faire entièrement fi des autres règles juridiques dans cette operation”.

⁴⁹ Jennings, R.Y., “Nullity and Effectiveness”, in *Cambridge Essays in International Law Essays in Honour of Lord McNair*, 1965, p.74.

de un nuevo Estado, afirma la necesidad de tener igualmente en cuenta la **legalidad del proceso** de acceso a la estatalidad. Es decir, la efectividad es y debe ser necesaria como criterio de estatalidad, pero no es suficiente, debe ir acompañada de legalidad.

A este respecto, parece que se impone además una cuestión de pura lógica. A saber. Según la doctrina clásica basada exclusivamente en la efectividad resultaría que Manchukuo, Rhodesia del Sur, los Homelands o Bantustans de Sudáfrica (Transkei, Bophuthatswana, Venda y Ciskei), la República Turca del Norte de Chipre (RTNC) o la República de Sprska son o han sido, sin duda, Estados. Resulta ciertamente difícil de aceptar y más que dudoso que el Derecho internacional positivo pueda, al mismo tiempo, prohibir los ataques armados, la injerencia en los asuntos internos, las violaciones graves de los derechos humanos o de la libre determinación, y admitir sin ninguna dificultad que surja un Estado violando manifiestamente todo esto. Se trata de mantener una coherencia.

Además, tal posibilidad llevaría a una situación tan incoherente como la siguiente: un Estado no puede adquirir mediante el uso de la fuerza la soberanía de un territorio perteneciente a otro Estado, de tal forma que si lo invade sería claramente un acto de agresión, un hecho ilícito de extrema gravedad. Ahora bien, siguiendo la aproximación fáctica podría lograr hacerse con el territorio de una forma indirecta. ¿Cómo? Apoyando a un grupo, a una minoría nacional dentro de ese Estado que se declare independiente, que consiga efectividad en sus elementos, es decir, un gobierno efectivo; según la doctrina de la efectividad, automáticamente se constituye en Estado, protegido por todos los principios de Derecho internacional –lo que impediría al Estado matriz toda tentativa de recuperación, porque sería un atentado a su soberanía e integridad territorial⁵⁰–. Tiempo después, ese nuevo Estado puede decidir incorporarse al Estado que lo apoyó. Esto es, básicamente, lo que ha sucedido con Crimea. Y eso ¿no viola el Derecho internacional? ¿Hay que admitirlo por la simple vía de los hechos, esto es, por la efectividad de la situación generada?

Ya en 1947, evidentemente muchas décadas antes de que surgiera toda esta vorágine secesionista que vivimos actualmente, H. Lauterpacht se refería a la existencia de entidades que no son legalmente Estados⁵¹. Aunque es, sin duda, J. Crawford el autor que de forma más contundente ha venido requiriendo el asentamiento de un criterio de legalidad en el acceso a la estatalidad. A este respecto, en época relativamente lejana –1977– ya sostenía que se había producido un cambio en lo que tradicionalmente han sido las condiciones necesarias para la creación de Estados, resultando que debían igualmente cumplirse reglas objetivas

⁵⁰ Ejemplo que tomamos de Christakis, Th., “The State as a ‘primary fact’... *op. cit.*, p.164.

⁵¹ Lauterpacht, H., *Recognition... op. cit.*, p.9.

de legalidad⁵². Una afirmación que ha ido reafirmando en sus trabajos posteriores –el último, en 2006–, tomando para ello como apoyo la práctica internacional.

En este sentido, desde el inicio del Derecho internacional contemporáneo, con la irrupción de una nueva estructura institucional en la comunidad internacional, principalmente encarnada por la ONU, y, sobre todo, desde la década de los años setenta coincidiendo con la consolidación de la categoría jurídica del *ius cogens* –fundamentalmente con la adopción de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y de la Resolución 2625 (XXV)– observamos cómo un número creciente de autores insiste en la existencia de lo que algunos califican como un *cuarto elemento* necesario para la existencia de un nuevo Estado⁵³: *la ‘legalidad’ del proceso de creación*. Resultando así que si el proceso de creación estatal es producto de una violación del Derecho internacional, entonces, la entidad *de facto* no alcanzaría la estatalidad; o dicho de otra forma, un proceso ilegal de creación de un Estado trae como consecuencia la denegación de la estatalidad.

Incluso autores claramente pronunciados a favor de la aproximación puramente fáctica, como Degan, han terminado por reconocer que aunque la creación de un Estado es una cuestión de hecho que escapa a las reglas ordinarias del derecho, “*could be legally limited*”⁵⁴.

De esta forma, la introducción del criterio de legalidad –que es un criterio objetivo– supone un importante factor de seguridad jurídica, en la medida que sirve para contrarrestar la subjetividad, que como hemos visto, impregna la sola consideración de la efectividad. Algo que sucede, sobre todo, en el marco del reconocimiento que, como se ha señalado, es la herramienta para ‘verificar’ si hay un Estado, lo que viene generando una gran arbitrariedad.

Con este planteamiento, efectividad y legalidad no serían opuestos, sino complementarios; como una especie de vasos comunicantes. Pues, al igual que se sostiene que sin legalidad no hay Estado, también se indica que si la efectividad es débil, esta se puede compensar por su legalidad⁵⁵.

⁵² Crawford, J., “The criteria for statehood in International Law”, *BYBIL*, 1977, pp.94 y 144.

⁵³ Tancredi, A., “A normative ‘due process’ in the creation of States through secession”, in Kohen, M.G. (ed.), *Secession... op. cit.*, pp. 182–183. Son muchos los autores que afirman que la efectividad es necesaria pero no suficiente para crear un Estado; a título ejemplificativo, además de los referidos en este apartado, y los citados por Tancredi (notas 30–31), también se encuentran, entre otros, Chemillier–Gendreau, M., “A propos de l’effectivité ... *op. cit.*”, p.41; Kohen, M.G., “Introduction... *op.cit.*”, p.20; Taki, H., “Effectiveness”, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2010, pa.10.

⁵⁴ Degan, V.D., “Création et disparition de l’Etat (à la lumière du démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe)”, *R. des C.*, vol.279, 2007, pp.227 y 249.

⁵⁵ Peters, A., “Statehood after 1989: ‘Effectivités’ between Legality and Virtuality”, *Proceedings of the European Society of International Law*, vol.3, 2010, p.13.

En base a esta aproximación contemporánea, se limita la vigencia de la máxima *ex factis oritur ius* y su posible deriva a *ex iniuria oritur ius*, contraponiéndole otra máxima latina, *ex iniuria ius non oritur* que es una regla de derecho que responde a un imperativo evidente de seguridad jurídica; una especie de ‘piedra angular’ de todo sistema jurídico, como indica Corten⁵⁶, que además, ha sido reconocida por la CDI como un principio general de Derecho internacional.

Miaja de la Muela ya advertía acerca de los riesgos de sobreestimar las consecuencias de la efectividad en la vida jurídica, pues ello podría llevarnos a pasar desde *ex factis oritur ius* –reconocer la conformación del Derecho por su estructura socio-política–, hasta sostener que *ex iniuria oritur ius*, es decir, que del acto antijurídico puede nacer el derecho como regla de conducta y un derecho subjetivo para el autor del ilícito⁵⁷. Según este mismo autor, no es cierto que en Derecho internacional rija el principio *ex iniuria oritur ius*. El principio vigente es el contrario⁵⁸. En esa misma línea, afirma Touscoz que ningún sistema jurídico puede aceptar esta máxima, pues es una contradicción y una anomalía. En realidad, el principio de efectividad no puede tener como consecuencia permitir emerger un derecho de la ilegalidad; esto solo sucede en un sistema primitivo y pone de manifiesto, pura y simplemente, el fracaso del derecho frente al hecho⁵⁹.

En atención, por tanto, al principio *ex iniuria ius non oritur*, el acto antijurídico no es susceptible de crear por sí mismo ninguna situación jurídica, esto es, una acción ilegal no debe crear un derecho subjetivo en favor de su autor. Pues, como señalara Verdross, quien infringe el derecho no puede adquirir el derecho al que aspira⁶⁰. Si tal ocurriera, ello equivaldría a introducir en el sistema jurídico una contradicción, la cual solo puede resolverse negando su carácter jurídico⁶¹.

N.L. Wallace-Bruce ha formulado la doctrina de la siguiente forma:

“[A]n entity, in satisfying the traditional criteria must do so in accordance with international law...when an entity claims to be a state, it has to satisfy the international community that it is

⁵⁶ Corten, O., “Commentaire de l’article 52”, en Corten, O. et Klein, P. (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article per article*, Buylant, Bruxelles, 2007, pp. 1867 y ss. En el mismo sentido, Lagerwall, A., *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international*, Buylant, Bruxelles, 2016.

⁵⁷ Miaja de la Muela, A., “Nuevas realidades y teorías sobre la efectividad... *op. cit.*, p.45.

⁵⁸ Miaja de la Muela, A., *El principio de efectividad... op. cit.*, p.50.

⁵⁹ Touscoz, J., *Le principe d’effectivité... op. cit.*, p.256.

A pesar de esta realidad, también es cierto que en ocasiones un comportamiento ilícito puede llegar a convertirse en derecho, tal y como sucede en la formación de la costumbre, cuando una nueva práctica contraria a una costumbre puede llegar a reemplazar a esta última. Si bien debemos tener en presente en este caso, que para que esa práctica ilícita se convierta en una nueva norma consuetudinaria precisa de la aceptación generalizada de todos los demás Estados; si los demás no la aceptan, esa práctica seguirá siendo considerada como un ilícito internacional.

⁶⁰ Verdross, *Derecho internacional... op. cit.*, p.83.

⁶¹ Lauterpacht, H., *Recognition... op. cit.*, p.421.

*not the product of international illegality. Put another way, the process by which the entity emerges should not have breached any international rule... If an entity emerges into the international scene through acts which are illegal under international law, no matter how effective it might be, its claim to statehood could not be maintained. It is an illegitimate child which cannot be clothed with legitimacy by the international community. The effect is that the claimant fails this new test of international legality and so its claim should be denied*⁶².

De esta forma, si en el proceso de acceso a la estatalidad no se ha violado ninguna norma, una vez obtenida la necesaria efectividad surge un Estado y resulta plenamente vigente la máxima *ex factis oritur ius*; por ejemplo, la separación de Eritrea, Sudán del Sur o Montenegro. En cambio, si dicho proceso ha tenido lugar en violación del derecho, la máxima que rige es *ex iniuria ius non oritur* y, aunque exista cierta efectividad, no surge el Estado: República de Sprska, Bantustans, Rhodesia, Biafra, Katanga; y, cómo no, Transnitria, RTNC...

Pero no es ésta una mera opinión aislada de la doctrina. Cuando en 1996, el *Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo de la CDI a largo plazo* propuso como posible tema el relativo a la “Estatalidad”, en su informe de 26 de junio, en él proponía abordar la cuestión relativa a *los factores que deben tenerse en cuenta cuando una entidad reclama ser Estado para determinar si debe ser tratada como tal*. A este respecto, el Grupo señalaba que la misma debía considerarse a la luz de los principios de Derecho internacional moderno, incluyendo el respeto de los principios de la Carta y, en particular los principios de libre determinación e integridad territorial de los Estados, prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, no intervención en los asuntos internos –incluyendo conflictos armados internos–, respeto de los principios fundamentales de los derechos humanos y del derecho humanitario por parte de todas las entidades implicadas incluyendo su interacción⁶³. Es decir, la propia CDI manifiesta que la creación de un Estado está supeditada al respeto de los principios fundamentales del Derecho internacional.

2. La práctica internacional que avala la necesidad de legalidad

Entendemos que, más allá de la evidente discusión doctrinal que la introducción del criterio de legalidad genera, a la vista de la inexistencia de un texto convencional que regule la materia, lo importante realmente es la **práctica estatal** al respecto, de la que pudiera derivarse, eventualmente, la existencia de una norma consuetudinaria que lo recogiera.

⁶² Wallace-Bruce, N.L., *Claims to Statehood in International Law*, Carlton Press, 1994, p.66.

⁶³ Véase el texto en Crawford, J., *The Creation of States in International Law*, 2ªed., 2006, Appendix 4, pp.757–759. Sin embargo, el tópico fue finalmente descartado por la CDI y no llegó a aparecer en la lista de temas propuestos.

En nuestra opinión, existen elementos suficientes en la práctica internacional como para poder sustentar con fundamento la instauración o, cuando menos, el proceso de instauración de esta condición de legalidad en el marco de creación de Estados en el Derecho internacional contemporáneo. Y ese es el factor realmente relevante, del que cabría extraer la conclusión (o no) acerca de la necesidad de cumplir el criterio de la legalidad para acceder a la estatalidad en los casos de secesión.

Un primer elemento de la práctica estatal que debemos tomar en consideración es el relativo a que, como ya se ha indicado, con excepción de Bangladesh, ningún Estado ha surgido al margen de la descolonización sin el consentimiento del Estado ‘padre’ en el Derecho internacional contemporáneo; es decir, no hay práctica a favor de la secesión, e incluso, en este caso, se produjo finalmente la aquiescencia pakistaní a la secesión. Y ello es sumamente significativo si tenemos en cuenta que la lista de intentos secesionistas fracasados es amplísima. Por referir solo algunos de los casos más conocidos: Biafra (Nigeria), Katanga (Congo), Bougainville (Papúa Nueva Guinea), Aceh (Indonesia), Islas de Anjouan y de Mayotte (Comoros), Jura del cantón de Berna (Suiza), los Tamiles en Sri Lanka; además de los Bantustans sudafricanos. Ninguno de estos intentos ha tenido éxito, ni ha sido apoyado ni por ningún otro Estado, ni por ninguna Organización internacional; al contrario, han manifestado su oposición

Incluso en el caso de Bangladesh, salvo India que era el Estado ‘sponsor’, ningún otro Estado lo reconoció como Estado hasta que se hubo producido el ‘éxito final’ de la secesión, esto es, hasta que la situación estaba consumada, con la renuncia del Estado ‘padre’ –Pakistán– a la recuperación; fue en ese momento cuando, por ejemplo, se le admitió en la Commonwealth. Lo cual, por otra parte pudiera ser vinculado con la teoría del ‘éxito final’ que ya hemos visto respecto de la efectividad.

En esta misma línea, los Estados no han reconocido ningún intento o conato de secesión hasta que no se ha dado el consentimiento del Estado matriz: Sudán del Sur (Sudán), Singapur (Malasia) o Eritrea (Etiopía)⁶⁴. Igualmente, tampoco se ha admitido a ninguna entidad secesionista como miembro de la ONU hasta que el Estado matriz no ha consentido la separación (Bangladesh⁶⁵). Kosovo, ha sido

⁶⁴ Sobre este último, que conllevó incluso la participación de la ONU, véase, United Nations, *The United Nations and the Independence of Eritrea*, New York, 1996.

⁶⁵ Resolución 3203 (XXIX) de la Asamblea General. No vamos a entrar aquí en el análisis acerca de si los casos de Croacia, Eslovenia y Bosnia–Herzegovina son o no supuestos de secesión, pues es un tema que, si bien ha sido objeto de cierto debate –sobre todo con relación a Croacia que parece ajustarse a tal supuesto–, el mismo ha quedado superado tras la disolución final de la República de Yugoslavia. Al margen de esta cuestión, debemos señalar que ninguna de las tres repúblicas citadas fue admitida como miembro de la ONU hasta la constitución de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y

admitido en diversos foros internacionales, como el FMI, pero no ha sido admitido como miembro de la ONU. Esto conlleva, a *sensu contrario*, que, por ejemplo, ningún Estado ha reconocido aún a Somaliland como Estado, a pesar de llevar más de veinte años actuando con efectividad como Estado, puesto que Somalia no ha consentido su separación (igualmente podríamos referir la reiterada negativa de la inmensa mayoría de Estados –salvo 6–, a reconocer a Osetia del Sur, Abjasia, Transnistria, Nagorno–Karajab o RTNC).

Incluso, lo que encontramos es que muchos Estados han hecho declaraciones explicitando que no procedían al reconocimiento de los intentos de secesión por ser la misma contraria a normas internacionales, a la integridad territorial del Estado, o por considerar que era una cuestión de derecho interno sobre la que no debían inmiscuirse –caso de Chechenia–.

Baste referir solo algunos de los muchos ejemplos en este ámbito.

Así, por ejemplo, con relación a Abjasia, Italia ha manifestado expresamente que no le reconoce como Estado; que tal reconocimiento por terceros Estados no tiene fundamento en Derecho internacional, y está en oposición a la integridad territorial de Georgia. Argumentos sobre los que incidió en el debate mantenido ante el Secretario General de la ONU el 28 de agosto de 2008, donde se refirió a que el reconocimiento por Rusia de Abjasia no tiene fundamento en el Derecho internacional, mientras que la integridad territorial de Georgia es un principio incontestable del mismo⁶⁶.

En el mismo sentido, Japón no ha reconocido ni Osetia del Sur ni Abjasia porque afirma que se debe respetar la integridad territorial de Georgia y que ambas siguen siendo provincias de Georgia⁶⁷. De forma similar se pronuncia Australia que sostiene que Osetia del Sur y Abjasia son parte de Georgia, sometidas a su soberanía, y rechaza el reconocimiento por parte de Rusia. De igual forma, Reino Unido ha manifestado que no reconoce a Osetia del Sur y Abjasia como Estados y que no deben ser reconocidas como tal; al tiempo que acusa a Rusia de violar la soberanía y la integridad territorial de Georgia al apoyar a dichas entidades secesionistas. Similares son las declaraciones de EE UU. La postura de Brasil resulta aún más contundente, en la medida en que no reconoce ninguna entidad secesionada, ni siquiera Kosovo; respecto de su declaración de independencia, afirma que viola la integridad de Serbia y la resolución 1244 del Consejo de Seguridad⁶⁸.

Montenegro) en 1992, lo que supuso la aceptación de ésta de la disolución del Estado predecesor. Es decir, se produjo cuando hubo un aval –aceptación– por parte de todas las partes implicadas.

⁶⁶ UN Doc, S/PV.5969.

⁶⁷ http://www.mofa.go.jp/announce/announce/2008/8/1182958_1040.html.

⁶⁸ Pueden consultarse los textos de estas declaraciones en www.ssrn.com.

En este mismo contexto, resultan muy elocuentes las intervenciones de los Estados que participaron en el procedimiento relativo al Dictamen de la CIJ sobre Kosovo⁶⁹. Pues observamos, cómo los que se han opuesto a la legalidad de la declaración unilateral han manifestado de forma expresa que NO reconocen a Kosovo como Estado porque la declaración unilateral de independencia es contraria a normas internacionales –integridad territorial de Serbia y/o resolución 1244 del Consejo de Seguridad (Argentina, Brasil, España, Rusia, entre otros)–. Solo los Estados claramente a favor de la conformidad de la declaración de independencia con el Derecho internacional manifestaron que el derecho aplicable se reducía al principio de efectividad –lo cual no deja de ser, cuando menos contradictorio, a la vista de que la misma, evidentemente ni se daba, ni se da–. Si bien, insistiendo, al mismo tiempo, en que la situación de Kosovo era una excepcionalidad, un caso único o *sui generis* (justificado, en términos generales, por las graves violaciones de derechos humanos que sufrió la población kosovar en su momento por parte de la República Yugoslava; de lo que cabe inferir a *sensu contrario*, que en otros supuestos secesionistas no hubieran procedido al reconocimiento, como, en efecto, así ha sido. En efecto, esos mismos Estados no han reconocido la independencia de otras entidades secesionistas, incluso se han manifestado en contra de su reconocimiento por ser contrarias al Derecho internacional (es el caso, entre otros, de Australia, Italia, Japón, Reino Unido). Pero más aún, estos Estados partidarios de que la declaración kosovar no violaba el Derecho internacional llegaron a afirmar que, si bien el Derecho internacional no regula esta cuestión –por eso no se puede violar–, los intentos de secesión quedan sometidos a las normas imperativas de Derecho internacional general⁷⁰.

Muy elocuente resulta, en este sentido, la reflexión realizada por el juez Stotnikov en su opinión disidente, con relación a la afirmación de la Corte de que el Derecho internacional general no prohíbe las declaraciones de independencia (párr. 84):

“This is a misleading statement which, unfortunately, may have an inflammatory effect. General international law simply does not address the issuance of declarations of independence, because declarations of independence do not ‘create’ or constitute States under international law. It is not the issuance of such declarations that satisfies the factual requirements, under

⁶⁹ De los Estados que participaron en alguna de las fases del procedimiento, veinticinco de manifestaron a favor de la conformidad de la declaración de independencia con el Derecho internacional, y dieciocho en contra. Un análisis a este respecto puede verse en Jiménez Piernas, C., “Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida”, *REDI*, vol. LXIII, 2011.1, pp.29–54.

⁷⁰ Véanse, a este respecto, las exposiciones escritas de Dinamarca (pp.2–4), o Suiza (pp.26–29).

international law, for statehood or recognition. Under international law, such declarations do not constitute the legal basis for statehood or recognition”⁷¹.

Situados en la **práctica interna estatal**, además de las referencias ya vistas con relación a la teoría del ‘éxito final’ que son igualmente pertinentes, resulta imperativa la referencia a la Decisión de 20 de agosto de 1998 de la Corte Suprema de Canadá respecto de Quebec. En ella, la Corte afirma, frente a la alegación de la Asamblea Nacional, el poder legislativo o el Gobierno de Quebec de que ellos podrían ser independientes por la vía de los hechos, que el principio de efectividad no tiene ningún estatuto ni constitucional ni jurídico en el sentido de que no proporciona explicación ni justificación previa al acto. La aceptación de tal principio supondría que las autoridades quebequesas pueden actuar sin tener en cuenta el derecho, por la simple razón de que ellas afirman que pueden hacerlo. Si esta proposición se presenta como un enunciado de derecho, lo que viene a sostener es que se puede violar la ley si dicha violación tiene éxito. “*Une telle affirmation est contraire à la primauté du droit et doit donc être rejetée*”⁷².

Igualmente relevante es la **práctica de las Organizaciones internacionales** en la materia, la cual sigue la estela de la práctica estatal anteriormente referida, en el sentido de no aceptar y sí condenar las declaraciones de independencia que son contrarias al Derecho internacional.

Ya lo hizo la Sociedad de Naciones con relación a *Manchukuo* en 1932. Muy explícita es la práctica de la ONU en este sentido, con relación a diferentes intentos de secesión. Baste recordar las reiteradas condenas del Consejo de Seguridad durante 15 años respecto de *Rhodesia* (por violación de la libre determinación de los pueblos), insistiendo en que no le consideraba Estado y señalando que la declaración de independencia no tenía validez legal. Idéntica postura fue la sostenida con relación a los *Batustans* de Sudáfrica, por el apartheid. Igualmente contundente ha sido la reacción del Consejo respecto de la declaración de la *RTNC* –por el uso de la fuerza armada–, donde reiteradamente afirmó la invalidez de la misma y la consideración de la proclamación como ‘jurídicamente nula’, así como que todas las acciones del mismo eran nulas, ilegales e inválidas⁷³.

Muy clara y contundente es la resolución 787 (1992) adoptada con relación a la *República de Sprska*, donde el Consejo de Seguridad hace un llamamiento a todas las partes y todos los interesados para que respeten estrictamente la integridad territorial de Bosnia–Herzegovina y afirma que “no se aceptará ninguna

⁷¹ En ella, el juez Stotnikov hace suya la declaración al respecto del gobierno de Noruega (<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16002.pdf>, pa.17).

⁷² <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/1643/1/document.do>, p. 275.

⁷³ Entre otras muchas resoluciones, véase, respectivamente para cada uno de los tres casos: 216 y 217 (1965); 402 y 407 (1976); 541 (1983) y 550 (1984). Anteriormente, se había manifestado en contra de la secesión de Katanga (resolución 169 de 1961).

entidad declarada unilateralmente ni arreglos impuestos con violación a esa integridad”. En esta línea, encontramos la resolución 874 (1998) que afirma la integridad territorial de Azerbaijón respecto de Nagorno–Karabaj; o las resoluciones 1393 (2002) y 1808 (2008) respecto de la de Georgia frente a la secesión de Abjasia. Y, por supuesto, la resolución 1244 (1999) a favor de la integridad territorial de Serbia, la cual, hasta que el Consejo emita otra en sentido contrario, sigue plenamente vigente.

Incluso, debemos tener presente un dato importante con relación a Bangladesh. Sin duda, el triunfo de la secesión fue debido al apoyo recibido por India quien, alegando legítima defensa (no ayuda armada a la liberación bengalí), invadió Pakistán lo que originó una guerra entre ambos perdida por este último lo que consumó la secesión. Pues bien, hubo una propuesta de resolución del Consejo de Seguridad de condena de la intervención de India y en favor de la integridad territorial de Pakistán que no llegó a ver la luz por el veto de la URSS.

También la Asamblea General de la ONU ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la invalidez de estas declaraciones de independencia. La primera fue con relación a *Katanga*, respecto de la cual declaró en su resolución 1474 (XVI) que todas las actividades secesionistas eran contrarias a los principios fundamentales. Posteriormente, se ha manifestado respecto de *Biafra* o *Mayotte*; negando en todos los casos su reconocimiento, incluso manifestando su contrariedad con la obligación de respeto de la integridad territorial⁷⁴.

Sumamente relevante fue, en este sentido, la declaración de 4 de junio de 1970 del Secretario General de la ONU, U. Thant, en una Conferencia de Prensa en Dakar tras la crisis de Biafra, según la cual la ONU, en su condición de Organización internacional ni ha aceptado nunca, ni acepta ni aceptará jamás la secesión de una parte de uno de sus Estados miembros⁷⁵.

En esta misma línea, debemos referir la práctica de algunas organizaciones regionales. Así, en el ámbito europeo resulta muy clara la posición tanto del Consejo de Europa, como de la Unión Europea y la OSCE. Todas estas organizaciones han condenado las secesiones de *Osetia del Sur* y de *Abjasia* ocurridas en Georgia, por atentar contra la integridad territorial de Georgia o contra el uso de la fuerza, o contra ambos principios⁷⁶. De igual forma, la OSCE reafirmó la integridad territorial de Moldavia, en relación con *Transnistria*, y

⁷⁴ Resoluciones 1746 (XVI), 1752 (XVII), 2230 (XXI), 2355 (XXII), 3385 (XXX), 31/4 de 1976 y 34/91 de 1979.

⁷⁵ *United Nations Monthly Chronicle*, nº7, 1970, p.3.

⁷⁶ Una relación detallada de todas las decisiones adoptadas en el marco de estas tres Organizaciones europeas puede verse en Peters, A., “Statehood after 1989... *op. cit.*, pp.8–9. Incluso, el propio TEDH ha constatado que la RTNC no es un Estado (asunto *Loizidou*, 1996).

condenó el intento secesionista de *Chechenia* por violar la integridad territorial de Rusia.

En el ámbito africano, la OUA ha rechazado los intentos de secesión de Biafra, Katanga y de la isla de Anjouan, invocando el principio de integridad territorial y unidad nacional de Nigeria, Congo y Comoros, respectivamente⁷⁷. Recordemos, a este respecto, que la Carta de la OUA de 1963 reconoce como principio fundamental la integridad territorial de sus Estados miembros (art. III)⁷⁸.

En este mismo ámbito africano, es necesario referirse a la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos. En su decisión de 1994 adoptada en el asunto *Katangese People's Congress v. Zaire*, preguntada la Comisión acerca del derecho de secesión de Katanga en el marco del derecho de libre determinación, la misma sostiene que tal derecho no existe y que Katanga solo puede ejercer la dimensión interna de la libre determinación, afirmando, además, que

*"The Commission is obligated to up hold the sovereignty and territorial integrity of Zaire, a member of the OAU and a party to the African Charter on Human and Peoples Rights"*⁷⁹.

Una posición reiterada en su posterior decisión de 2009, con relación al asunto *Kevin Mgwanga Gunme et al/Cameroon*⁸⁰

Como podemos apreciar del examen de la práctica, la respuesta de Estados y Organizaciones es muy clara y contundente, además de generalizada, constante y uniforme –requisitos que hacen surgir una norma consuetudinaria en el ordenamiento jurídico internacional–: no se acepta el acceso a la estatalidad de las entidades secesionistas que declaran unilateralmente su independencia por ser un ataque a la integridad territorial del Estado matriz, y, según el caso, además, a la prohibición del uso de la fuerza, la libre determinación o la protección de los derechos humanos. Es decir, no son Estados debido a dicha violación.

3. Límites legales del acceso a la estatalidad aplicables a la secesión

Sin duda, la cuestión fundamental a precisar a este respecto, es la relativa a la determinación de cuáles son exactamente esos **límites legales** ¿Cuáles son esas **normas que deben respetarse para poder acceder a la estatalidad**? O, dicho

⁷⁷ Véase la referencia en Dugard, J. and Raic, D., "The role of recognition... *op. cit.*, p.111.

⁷⁸ Un principio fundamental que también recoge el Acta Final de Helsinki de 1 de agosto de 1975 (IV).

⁷⁹ Comunicación 75/92, pa.27–28.

⁸⁰ Comunicación 266/03, pa.194–195.

de otra forma, ¿cuáles son las normas que si no se respetan por una entidad aspirante a Estado impiden el acceso a la estatalidad?

A este respecto, G. Salvioli sostenía que si un Estado había surgido desconociendo los principios fundamentales de Derecho internacional, su efectividad no obligaba a los demás Estados a reconocerlo, ni otorgaba a ese Estado ningún status jurídico–internacional⁸¹.

Por su parte, Th. Grant afirma que:

*“Statehood has come to be defined as more than effectiveness. New criteria of statehood such as compliance with ius cogens norms, guarantee of minority rights, and democracy, reflect new claims to international competence over internal governance”*⁸².

Recordemos, igualmente, lo manifestado por el *Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo de la CDI a largo plazo*, en relación con los factores que deben tenerse en cuenta cuando una entidad reclama ser Estado para determinar si debe ser tratada como tal. A este respecto, el Grupo señalaba que la misma debía considerarse a la luz de los principios de Derecho internacional moderno, incluyendo el respeto de los principios de la Carta y, en particular los principios de libre determinación e integridad territorial de los Estados, prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, no intervención en los asuntos internos –incluyendo conflictos armados–, respeto de los principios fundamentales de los derechos humanos y del derecho humanitario por parte de todas las entidades implicadas, incluyendo su interacción.

De la mayor importancia en este contexto –pues son las únicas normas internacionales de derecho positivo con que contamos al respecto– son los **artículos 6 y 3** de las *Convenciones de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados de 23 de agosto de 1978 y sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 8 de abril de 1978*, respectivamente. En la medida en que dichas disposiciones, con contenido idéntico, establecen:

“La presente Convención se aplicará únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produzca de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”.

Ya hemos indicado que la secesión es un sub–tipo de la sucesión de Estados acaecidas en el supuesto de ‘separación’ recogido por ambas Convenciones.

⁸¹ Añadía, además, que legitimar las situaciones de hecho porque han sido efectivamente realizadas equivale a una inversión entre norma y hecho, y a la eliminación de cualquier valoración de lo lícito y lo ilícito (Salvioli, G., “L’effectivité in Diritto... *op. cit.*, p.279).

⁸² Grant, Th. D., *The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution*, Westport, Praeger, 1999, p.213.

Siendo esto así, y con interpretación a *sensu contrario* de los artículos anteriormente referidos, nos encontramos que los mismos reconocen claramente la posibilidad de sucesiones que no se producen de acuerdo con el Derecho internacional. Tales son las que no respetan los principios fundamentales recogidos en la Carta de Naciones Unidas. Precisamente es en ese supuesto donde se sitúa la secesión. La consecuencia es, según lo dispuesto, que en tales casos no surgen efectos jurídicos⁸³.

De esta forma, ambas disposiciones confirman dos aspectos mantenidos hasta ahora: uno, que el Derecho internacional contemporáneo sí regula, en cierta medida, el acceso a la estatalidad y, por ende, el no-derecho a la secesión; otra, que el Derecho internacional establece límites legales para ser un Estado, cuales son los principios fundamentales de Derecho internacional.

A la vista de todo lo expuesto –especialmente, lo relativo a la práctica internacional, así como a la normativa internacional–, la conclusión parece muy clara: el **límite legal** en el acceso a la estatalidad de las entidades aspirantes a Estado son los **principios fundamentales de Derecho internacional**, recogidos en el art. 2 de la Carta de Naciones Unidas y en la Resolución 2625 (XXV), así como otros surgidos de la práctica de los Estados y que han sido reconocidos como tales por la CIJ. A la vista del contexto en que la situación de secesión tiene lugar, los principios que específicamente entran juego y deben ser respetados son:

- Integridad territorial del Estado ‘matriz’
- Prohibición del uso o amenaza de la fuerza
- Libre determinación de los pueblos
- Protección de los derechos fundamentales de la persona humana y del derecho humanitario.

4. Consecuencia del no respeto del criterio de legalidad

¿Cuál es entonces la *consecuencia* en el marco de esta aproximación moderna relativa a la legalidad?

⁸³ Lo mismo dispone el art. 3 del Proyecto de la CDI sobre la nacionalidad en casos de sucesión de 1999. Es evidente que estas tres cláusulas se inspiran claramente en el principio *ex iniuria ius non oritur*, concluyendo que una sucesión ilícita –por violar los principios fundamentales de Derecho internacional– no produce efectos jurídicos en favor de quien la realiza, cualquiera que sea su efectividad. Como indicó uno de los miembros de la CDI en su elaboración, M. Bedjaoui: “el sucesor que ha violado el derecho es simplemente un “no sucesor”, y no hay que fijar los derechos del mismo, simplemente porque no tiene ninguno, porque no puede tener ninguno” (*Anuario de la CDI*, 1974, I, p.81).

A este respecto, como hemos podido constatar del análisis efectuado en los dos primeros apartados de este epígrafe, el lenguaje utilizado, tanto por la doctrina, como por los Estados y las Organizaciones internacionales dista mucho de ser uniforme. Resultando, además, que incluso se aluden a consecuencias acumulables.

Así, unos se refieren a que lo que se produce en estos casos es la **invalidéz** del acto de declaración de independencia⁸⁴. Como indicaba Miaja de la Muela, un acto contrario a las reglas jurídico–internacionales es, como en todo orden jurídico, inválido [...] Según la jurisprudencia de los tribunales internacionales (*Nottebohm, Pesquerías, Groenlandia...*) y la práctica estatal se deduce que la efectividad por sí sola no es creadora de efectos jurídicos sino va acompañada de la conformidad de la situación de hecho producida con el Derecho internacional o, en caso de ser contraria a este, del reconocimiento del Estado a quien se pretenda hacer oponible los efectos de aquella situación. El criterio fundamental de la oponibilidad no es la efectividad, sino el de la juridicidad. Las situaciones de hecho conformes al Derecho internacional son oponibles a terceros sin necesidad de reconocimiento. No a la inversa. Si la situación dotada de efectividad es contraria al Derecho internacional, carece de oponibilidad mientras no es reconocida [...]. Sin reconocimiento, la efectividad de una situación solo puede desplegar efectos si se ha creado conforme al Derecho internacional. Es preciso recordarlo para reducir el principio de efectividad en Derecho internacional a sus justos límites y evitar que un supuesto realismo nos conduzca a la negación del Derecho internacional por una admisión incondicional y absoluta del principio de efectividad⁸⁵.

Otros aluden, además, a la **nulidad** de la declaración unilateral de independencia, cuando su proclamación sea realizada contraviniendo normas imperativas de Derecho internacional general⁸⁶. En esta línea, podríamos situar la declaración de independencia en el marco de la regulación jurídico–internacional de los actos jurídicos unilaterales. Siendo así, los *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas*, sostienen que

“8. Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”⁸⁷.

⁸⁴ Entre otros, Tancredi, A., “A normative ‘due process...’”, *loc. cit.*, p.200.

⁸⁵ Miaja de la Muela, A., *El principio de efectividad...* *op. cit.*, pp.60, 64 y 99, respectivamente.

⁸⁶ Es el caso de Dugard, J., and Raic, D., “The role of recognition...” *op. cit.*, pp. 101 y 109 (sostiene que el acto de declaración de independencia es ilegal y además nulo). Igualmente, Peters, A., “Statehood after 1989...” *op. cit.*, 6. En idéntico tenor se manifiestan también muchos Estados como Sudáfrica o Israel.

⁸⁷ En este sentido, añade en el comentario a este principio que “la nulidad de un acto unilateral contrario a una norma imperativa de derecho internacional general se inspira en la norma análoga enunciada en el

A este respecto, la propia CIJ, en su sentencia de 2002 sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, ha sostenido que una declaración unilateral que contravenga una norma de *ius cogens* estaría desprovista de validez (p.69).

Frente a esta posición de la nulidad, no faltan voces que se manifiestan en contra, argumentando que no existe posibilidad de declarar la nulidad del acto de declaración unilateral de independencia puesto que el ordenamiento jurídico internacional carece de un proceso a tal efecto⁸⁸.

Sin entrar en mayor debate, a esta última argumentación cabría contraponer lo que dispone a este respecto la *Teoría de la nulidad del acto jurídico*, plenamente aplicable en este contexto, y más concretamente lo relativo a la **nulidad tácita**:

“La nulidad tácita o virtual es aquella que, sin estar declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se encuentra tácitamente contenida y se hace evidente cuando un acto jurídico en particular tiene un contenido ilícito, no sólo por contravenir las normas imperativas, sino también por contravenir un principio de orden público o las buenas costumbres.

Estas nulidades se infieren de una interpretación integradora del sistema jurídico en su totalidad. O sea, exige para su determinación una interpretación, no sólo de la norma jurídica, sino también de las bases o fundamentos del sistema jurídico, conformado por normas imperativas, orden público y buenas costumbres. La nulidad se deduce o infiere indirectamente del sistema jurídico, siendo innecesaria la exigencia de una prohibición textual o directa”⁸⁹.

Por su parte, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en sus diferentes resoluciones adoptadas con relación a declaraciones secesionistas se ha referido, como ya hemos indicado, indistintamente, a la ‘ilicitud’, la ‘invalidez’ y la ‘nulidad’ de las mismas.

Sea como fuere, lo cierto es que, situados en una u otra posición, ya hablemos de invalidez, ya de nulidad o de ambas a la vez, la consecuencia es sustancialmente

art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. La mayoría de los miembros de la Comisión consideró que nada se opone a trasponer esta norma al caso de las declaraciones unilaterales (Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10), p.292, párr. 557; *ibid.*, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10), p. 178, párr. 597).

El noveno informe del Relator Especial (Víctor Rodríguez Cedeño) tenía dos partes. La primera parte se refería a las causas de nulidad. El principio 6 recogía como causa de nulidad de un acto unilateral que fuera contrario a una norma de importancia fundamental del derecho interno del Estado que lo formula, siempre que dicha contradicción sea manifiesta. En el principio 7 se recogía que es nulo todo acto unilateral que en el momento de su formulación sea contrario a (o esté en oposición con) una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) (A/CN.4/569 y Add.1).

⁸⁸ Es el caso de Tancredi, A., “A normative ‘due process’...”, *loc. cit.*, p.197, que sostiene la invalidez pero no la nulidad de la declaración. Verhoeven, J., “La reconnaissance internationale: Déclin ou renouveau?”, *AFDI*, XXXIX, 1993, p.21; o Talmon, S., *La non-reconnaissance collective des États illeaux*. Cours et travaux n° 9, Université Pantheon-Assas (Paris II), 2007, p.25.

⁸⁹ Caballero Huayllani, J.C., *Teoría de la nulidad del acto jurídico* (<http://www.monografias.com/trabajos88/nulidad-del-acto-jurdico/nulidad-del-acto-jurdico.shtml#efectosdea#ixzz4OwkuRQCL>).

la misma: **falta de validez de la declaración de independencia y, por tanto, carencia de efectos jurídicos**. Lo que se traduce en que la entidad secesionista **no obtiene la estatalidad**, es decir, no es un Estado; dado que como ya decía Anzilotti, no hay Estados legítimos o ilegítimos⁹⁰. Para el Derecho internacional solo hay Estados, por lo que las entidades secesionistas que han violado los principios fundamentales del Derecho internacional no lo son y no puede ser tratadas como Estados en el ámbito de las relaciones internacionales. Por tanto, carecen del estatuto jurídico que lleva aparejado la estatalidad –soberanía, igualdad e independencia–, así como de los derechos a ella vinculados.

Todo lo expuesto nos lleva, por tanto, a **CONCLUIR** finalmente que se observa una tendencia cada vez más clara y contundente en el Derecho internacional contemporáneo a no aceptar ya que una mera declaración de independencia de una entidad secesionista, aunque venga acompañada de cierta efectividad, sea suficiente para hacer surgir un Estado⁹¹.

Las vías de hecho que autorizaba el Derecho internacional clásico para acceder a la estatalidad, no son suficientes en el Derecho internacional actual⁹². En el marco de una Comunidad internacional organizada regida por unos principios fundamentales (estructurales) que recogen los valores jurídicos esenciales que informan todo el Derecho internacional, es imprescindible el respeto de los mismos para poder constituirse como Estado. En sustancia, los tres criterios necesarios para alcanzar la estatalidad no cambian, es decir, no hay ninguna duda acerca de que la creación de un Estado sigue siendo una cuestión fáctica basada en el principio de efectividad. Este sigue siendo imprescindible para poder ser un Estado. Lo que ocurre es que se exige un requisito más, cuál es la legalidad del proceso, de tal forma que el Estado no llegaría a entrar en existencia si su acto de creación viola alguno de los principios fundamentales del Derecho internacional.

El análisis teórico y el análisis práctico que hemos expuesto demuestra que la comunidad internacional rechaza tratar como Estados a las entidades secesionistas nacidas sin el consentimiento del Estado ‘matriz’, en violación de las reglas fundamentales de Derecho internacional, aunque estén dotadas de cierta efectividad.

⁹⁰ Anzilotti, D., *Corso di Diritto ... op. cit.*, p.154.

⁹¹ Dugard, J., *Recognition and the United Nations*, Cambridge University Press, 1987, p.127. En el mismo sentido, Gowlland-Debbas, V., *Collective responses to Illegal Acts in International Law. United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990, p.237.

⁹² Medina Ortega, M., *El derecho de secesión... op. cit.*, p.209.

III. La respuesta internacional a los casos de secesión

1. El papel del reconocimiento

Ahora bien, debemos ser realistas. Aunque no exista un derecho de secesión unilateral en virtud del Derecho internacional, ni tampoco esté reconocido el mismo en la Constitución del Estado ‘matriz’, ello no descarta la posibilidad de que se produzca una declaración unilateral— ilícita e inconstitucional— de independencia, conducente a una secesión *de facto*. Pues tengamos en cuenta que, una cosa es el derecho y otra la libertad, y si bien los pueblos, entidades o grupos secesionistas (como queramos denominarlos, según el caso) no cuentan con ese derecho, sí cuentan con la libertad de declararse independientes; son libres de hacerlo.

Ya hemos indicado que, según la aproximación contemporánea de la legalidad, tal declaración estaría desprovista de efectos jurídicos en el ámbito internacional. Pero, también sabemos que en el Derecho internacional, debido a su carácter eminentemente descentralizado, carecemos de un sistema coercitivo susceptible de reestablecer la legalidad internacional violada. No existe mecanismo alguno para ‘verificar’ esa invalidez de la declaración de independencia o declarar su nulidad —en el caso de que sea contraria a una norma de *ius cogens*— y la ilicitud de la situación creada *de facto*.

De tal forma, que la situación fáctica se ha producido y la pregunta entonces es **¿Y ahora qué?**

Pues lo cierto es que, a la vista de lo indicado, tal verificación queda en manos del resto de Estados —a través de la figura del reconocimiento/no reconocimiento—. Son los Estados quienes tienen el poder de auto-apreciación, quienes pueden constatar la nulidad y oponerse a ella. Lo cual no deja de conllevar numerosos riesgos, sobre todo de parcialidad.

A este respecto, tenemos que tener muy presente, como acertadamente observa Pagliari que, ‘si bien la regla *ex iniuria non oritur ius* es correcta, una efectividad aparente o ciertamente contraria a derecho, puede convalidarse por el reconocimiento de los demás Estados’. Pues, ‘es indiscutible el valor del reconocimiento para validar la efectividad de ciertas situaciones, subsanando mediante este acto el vicio de origen, legitimando entre las partes la eventual irregularidad inicial’⁹³.

⁹³ Pagliari, A.S., “El principio de efectividad... *op. cit.*, pp.643, 644 y 655.

Es por ello que, ya advertía la Corte Suprema de Canadá en su Dictamen a propósito de Quebec de 1998 que el éxito final de una secesión dependerá de su reconocimiento por parte de la comunidad internacional⁹⁴. De igual manera, el reconocimiento está íntimamente conexas con ese cuarto elemento recogido en la Convención de Montevideo, relativo a la ‘capacidad para entrar en relación con otros Estados’; pues, sin reconocimiento es difícil cumplirlo.

En esta línea, hay que tener presente que no todos los reconocimientos tienen el mismo peso. A este respecto, juegan un papel fundamental las grandes potencias en el éxito o fracaso de un acto de secesión. Aunque, sin duda, el actor más influyente –como ya indicamos en páginas anteriores– es EE UU. Su preeminente, sino decisivo papel en organizar la decisión de otros países a los efectos de reconocer o no está ampliamente avalada: el no reconocimiento de Osetia del Sur o Abjasia está sustentado en el apoyo de EE UU a Georgia; como lo está, respecto de Ucrania, la condena unánime de la anexión de Crimea por Rusia y su ausencia total de reconocimiento alguno; de igual forma, que Kosovo haya recibido 109 reconocimientos obedece al apoyo recibido por su parte. La capacidad de ‘empuje’ de Rusia, aún sin desdeñarla, es mucho más limitada, como lo demuestran los reconocimientos recibidos por Kosovo a pesar del apoyo ruso a Serbia.

Siendo esto así es más que evidente que la única SANCIÓN de la Comunidad internacional a la declaración unilateral de independencia ilícita de una entidad secesionista es el NO RECONOCIMIENTO, lo que supone reducir a esa entidad a una ‘entidad no–reconocida’⁹⁵. Dicho de otra forma, la sanción de invalidez de la declaración de secesión viene a través de su no–reconocimiento como Estado.

En este sentido, debemos tener muy claro que el no–reconocimiento de la entidad secesionista como Estado no es la razón por la que ésta no existe como tal –ello deriva de la violación de principios fundamentales de Derecho internacional–. El no–reconocimiento es, sencillamente, la consecuencia lógica de no existir como Estado.

Pues, como muy acertadamente señala Lauterpacht, el reconocimiento de una entidad que no es legalmente un Estado “...is a wrong because it constitutes an abuse of the power of recognition... Non–recognition is the minimum of resistance which an insufficiently organized but law–abiding community offers to illegality”⁹⁶.

Ahora bien, tengamos en cuenta que no solo es importante el no reconocimiento individual. Mucho más trascendente en esta CONDENA de la ilicitud es el **no reconocimiento ‘colectivo’ o institucional** operado por las Organizaciones

⁹⁴ <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/1643/1/document.do>, p.223.

⁹⁵ Combacau, J., et Sur, S., *Droit International Public*, 12ª ed., LGDJ, Paris, 2016, p.280.

⁹⁶ Lauterpacht, H., *Recognition... op. cit.*, pp.9 y.431.

internacionales⁹⁷. Como acertadamente han señalado diversos autores⁹⁸, el mismo constituye ‘el arma jurídica esencial’ para combatir las graves violaciones de principios fundamentales de Derecho internacional.

Aunque la ONU no puede conferir por sí misma reconocimiento, su membresía se ha erigido en el principal símbolo de aceptación general de la estatalidad en el Derecho internacional contemporáneo. Ser miembro de la ONU ha llegado a calificarse como el “estándar de oro” de la legitimación internacional⁹⁹. Pues, una vez que un Estado ha pasado a ser miembro de la ONU, su estatalidad ya no se cuestiona más (lo cual no significa, obviamente, que lo reconozcan todos sus miembros: caso de Israel).

Por ello, hay que reseñar que la ONU se convierte en el árbitro colectivo de la estatalidad de las entidades secesionistas, ya sea negativamente a través de su no-reconocimiento, ya sea positivamente por su admisión como miembro.

Ahora bien, no solo la ONU como tal juega un papel fundamental. En la práctica, son igualmente determinantes sus Organismos Especializados a través de su no admisión como miembro de los mismos. Pues si tal sucede, la entidad secesionista será incapaz de actuar en el plano internacional. Por mucho que ésta pretenda ser un Estado, su capacidad de actuación en las relaciones internacionales será imposible. Basten algunos ejemplos en este sentido. Si no se es miembro de la *Unión Postal Internacional*, no se pueden realizar comunicaciones postales en el mundo –enviar cartas, paquetes...–. Si no se es miembro de la *Unión Internacional de Telecomunicaciones*, no se puede tener su propio código internacional de teléfono –no se puede llamar al extranjero, ni recibir llamadas del extranjero–. Si no se accede a la *Organización Internacional de Estandarización*, no se puede tener un código ISO, que, como sabemos, es el que se utiliza para pasaportes, envío de mercancías, para los dominios de Internet... Es decir, que la entidad se habrá proclamado independiente pero ni ella, ni sus habitantes, ni sus empresas podrán comunicarse –ni por teléfono, ni por correo postal, ni por Internet...–, ni circular, ni trabajar por el mundo si no se convierte en miembro de los correspondientes Organismos especializados de la ONU.

Pero no solo ocurre esto con el sistema onusiano. Lo mismo podríamos aplicar con relación a las organizaciones regionales, o respecto de las instituciones financieras. Aunque su impacto es indudablemente menor (como lo demuestra el

⁹⁷ En el mismo sentido, Virally, M., “Panorama du droit international contemporain... *op. cit.*, p.69; Ker-Lindsay, J., *The Foreign Policy of Counter Secession*, Oxford University Press, 2012.

⁹⁸ Athisaari, M., “Speech at the Opening Session of the Symposium”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol.9, 1998, pp.5–6; Tomuschat, Ch., *Essays in honour of Eric Sur*, 1998, p.259; Talmon, S., *La non-reconnaissance collective... op. cit.*, p.5.

⁹⁹ Keating, J., “How to Start you own country in Four Easy Steps”, *Foreign Policy*, February 2008.

hecho de la que la RASD es miembro de la OUA desde 1982 y no por ello es aún un Estado, ni su membresía ha acelerado ese proceso).

Y aunque no sea tan trascendente, también hay que pensar en competiciones deportivas: Comité Olímpico Internacional, FIFA, UEFA, FIBA, FIA... ¿Qué sería del FC Barcelona en una Cataluña independiente no reconocida sin poder jugar en la *Champions League*? Incluso algo más frívolo y trivial: Eurovisión, Certamen de Miss Universo... Escaparates, sin duda, también de la existencia en el mundo.

Sin nada de todo –como les sucede a Osetia del Sur, Abjasia y compañía– es evidente que las entidades secesionistas están avocadas, tarde o temprano, al deceso o a vivir anclados eternamente en el ostracismo.

2. La obligación de no reconocimiento

Llegados a este punto, la última cuestión a abordar es la siguiente. El carácter discrecional que tiene el reconocimiento ¿es ilimitado? O, planteado inversamente, cuando la situación objeto del reconocimiento ha sido establecida en violación del Derecho internacional, ¿hay una obligación de no reconocerla? ¿Podemos afirmar, entonces, que existe una **obligación de no-reconocimiento** como Estado a entidades secesionistas que no han respetado alguno o algunos de los principios fundamentales de Derecho internacional, esto es, que no cumplen el criterio de legalidad?

Pues, aunque el reconocimiento sea discrecional, no puede ser arbitrario. Y reconocer a entidades secesionistas que no cumplen con la legalidad constituye una violación del principio que prohíbe el abuso del derecho¹⁰⁰.

Son muchos los autores que afirman la existencia de esa obligación de no-reconocimiento. A juicio de Tal Becker “it is widely accepted that there exists a legal duty not to recognize as a state an entity which claims statehood on the basis of acts which are illegal”¹⁰¹.

Por su parte, Menon afirma además que “a state violates international law and thus infringes upon the rights of other states if it recognizes as a state a community which does not fulfil the requirements of international law”¹⁰².

¹⁰⁰ Gutiérrez Espada, C., y Bermejo García, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, Real Instituto Elcano, *Documento de trabajo n°41/2008*, p.17.

¹⁰¹ Tal Becker, B.A., *International Recognition of a Unilaterally Declared Palestinian State: Legal and Policy Dilemmas*, Jerusalem Centre for Public Affairs, <http://www.jcpa.org/art/becke1.htm>.

¹⁰² Menon, P.K., *The Law of Recognition in International Law: Basic Principles*, 1994, p.28. Es la misma opinión, entre otros muchos de Kelsen. H., *Principles of International Law*, 1976, p.270; González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., y Andrés Saenz de Santa María, M.P., *Curso de Derecho*

Tras un profuso y actualizado análisis del derecho de secesión a la luz de Kosovo, Efevwerhan, concluye que

*“The study has found that the international community would be opposed [to secession] if it is in violation of rules erga omnes or jus cogens in international law, such as self determination, discrimination and the unlawful use of force, human and humanitarian rights. In the above circumstances, there is a collective duty of non–recognition of any entity created there from”*¹⁰³.

En este mismo contexto debemos situar la llamada *doctrina Stimpson*, surgida en la década de 1930, a raíz de la proclamación como Estado de Manchukuo (1931), por los esfuerzos del Secretario de Estado de EE UU por movilizar la oposición al reconocimiento del mismo. Dicha doctrina sostiene que “a foreign state's unlawful intervention – in that case, Japan's invasion of the northern Chinese province of Manchuria in violation of the 1928 Kellogg–Briand Pact of Paris – cannot be allowed to yield a successful secession”¹⁰⁴.

Por su parte, la Comisión de Arbitraje de la Conferencia Internacional sobre la antigua Yugoslavia señaló en su opinión n° 10, de 4 de julio de 1992, que el carácter discrecional del reconocimiento de Estados está limitado por el respeto de las normas imperativas de Derecho internacional general, particularmente las que prohíben el uso de la fuerza y las que garantizan los derechos de las minorías¹⁰⁵.

EE UU lo recoge de forma expresa en el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* en los siguientes términos:

*“A State has an obligation not to recognize or treat as a state an entity that has attained the qualifications for statehood as a result of a threat or use of armed force in violation of the United Nations Charter”*¹⁰⁶.

Muy elocuentes resultan, a este respecto, las declaraciones realizadas por varios de los 11 Estados que conformaron el grupo de estudio del Grupo sobre reconocimiento/no reconocimiento de la ILA. Según consta en su Informe Final, presentado en Washington en 2014, varios de esos Estados afirmaron de forma contundente que sí existe una obligación de no–reconocimiento cuando una entidad secesionista viola la integridad territorial del Estado, utiliza la fuerza

internacional público, Civitas, Madrid, 2003, p. 514; Starke, J.G., *Introduction to International Law*, 1984, p.127.

¹⁰³ Efevwerhan, D., *Secession and the Lessons from Kosovo. New Dimensions in the Law of Secession*, LAP Lambert Academic Publishing, 2010, p.374.

¹⁰⁴ Esta doctrina sería plenamente aplicable hoy día a los casos de secesiones que cuentan con un Estado ‘sponsor’ o patrocinador (motivo por el cual no han fracasado desde el inicio): Abjasia, Osetia del Sur y Transnistria, patrocinadas por Rusia; Nagorno–Karabaj por Armenia; y la RTNC por Turquía.

¹⁰⁵ *RGDIP*, 1993, p.595.

¹⁰⁶ <http://www.ila-hq.org/en/committees/draft-committee-reports-washington-2014.cfm>, p.6.

armada, viola cualquier otra norma imperativa de Derecho internacional general o así lo establece el Consejo de Seguridad –es el caso de Austria, Chipre, EE UU, Grecia, Israel o Sudáfrica. Según dicho Informe, solo Reino Unido y Australia se manifestaron claramente en contra de la existencia de tal obligación.

Tras el análisis teórico y práctico efectuado, entendemos que hay argumentos suficientes para sostener que en el Derecho internacional contemporáneo existe la obligación de no reconocimiento de una entidad secesionista según los parámetros de legalidad anteriormente referidos. La misma surge a través de *tres posibles vías* que no son, ni mucho menos, excluyentes entre sí:

1º. Cuando así ***lo establezca una resolución del Consejo de Seguridad***, adoptada en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas –como sucedió con relación a Rhodesia –resolución 217 (1965)–y la RTNC –resolución 541 (1983) –. Resoluciones dictadas en el marco de la segunda vía a la que nos referiremos a continuación. Este supuesto no plantea discusión alguna, en la medida en que todos los Estados miembros tienen la obligación de cumplir dichas resoluciones, según lo dispuesto en el art. 25 de la Carta.

2º.– Cuando ***la entidad secesionista haya violado una norma imperativa de Derecho internacional general al declararse independiente***¹⁰⁷.

Pues, como indica Th. Grant, si fuera permisible el reconocimiento cuando la entidad secesionista no ha respetado las normas de *ius cogens*, “the aspiration of international law to regulate matters traditionally reserved to sovereign states is frustrated”¹⁰⁸.

Además de las numerosas opiniones doctrinales¹⁰⁹, debemos tener presente el fundamento jurídico que se contiene en lo dispuesto en el art. 41 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos de 2001, que dispone que *ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave de una norma imperativa de Derecho internacional general, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación*. Sobre este particular, la CDI explica en sus comentarios que se trata de la obligación de no reconocimiento colectivo por la comunidad internacional en

¹⁰⁷ En este sentido, González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., y Andrés Saenz de Santa María, M.P., *Curso de Derecho internacional... op. cit.*, p.:513; Remiro Brotons, A., y otros, *Derecho internacional... op. cit.*, p.54.

¹⁰⁸ Grant, Th. D., *The Recognition of States... op. cit.*, p.213.

¹⁰⁹ Además de las ya referidas anteriormente, E., Ruiz Fabri indica que, si bien es difícil fijar límites legales al reconocimiento, sobre todo porque es unilateral, es evidente que el mismo debe respetar los principios fundamentales de Derecho internacional (“Genèse et disparition de l’Etat à l’époque contemporaine”, *AFDI*, XXXVIII, 1992, p.172).

su conjunto de la legitimidad de situaciones directamente resultantes de violaciones graves de normas imperativas. La obligación se aplica a las ‘situaciones’ creadas, por lo que no solo se refiere al reconocimiento formal, sino que también prohíbe cualquier acto que implique ese reconocimiento. A juicio de la CDI, la existencia de esta obligación de no reconocimiento cuenta con el apoyo de la práctica y de las decisiones de la CIJ; y ha sido igualmente aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁰.

Y así lo ha reafirmado, en efecto, la CIJ en su Dictamen de 2004 relativo a *las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado*¹¹¹; en el cual, citando el art. 41, ha vuelto a proclamar el deber de no reconocer situaciones ilícitas, si bien la posición de la Corte resulta más amplia en la medida en que refiere la obligación de no reconocimiento no a normas imperativas, sino con relación a la violación de obligaciones *erga omnes*, lo que aumenta exponencialmente los supuestos englobados en esta obligación. Por otra, muy acertadamente, la Corte no solo atribuye esta obligación a los Estados, sino que también involucra a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, lo que resulta plenamente coherente con lo dispuesto en el art. 45 del *Proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de las Organizaciones internacionales por hechos ilícitos* de 2011, que tiene idéntico tenor al referido art. 41.

También se desprende de la práctica del Consejo de Seguridad referida, cuando establece la obligación de no reconocimiento de entidades secesionistas por violación de normas fundamentales (imperativas) de Derecho internacional.

La única duda, a este respecto, es la identificación de cuáles son las normas imperativas en juego. Cuestión incierta dada la falta de un texto de derecho positivo que las recoja de manera expresa, lo cual ha generado un perenne debate, y sobre la que no existe unanimidad. A este respecto, no hay duda del carácter de *ius cogens* de la prohibición del uso de la fuerza armada, así como de la libre determinación de los pueblos, y de algunos de los derechos humanos directamente vinculados con el derecho a la vida –prohibición de genocidio, apartheid, desaparición forzada, tortura...–.

En este contexto, encontramos, no obstante, que no existe unanimidad en considerar como norma de *ius cogens* la relativa al respeto a la integridad territorial del Estado. En nuestra opinión, lo es, pues no en vano la misma forma parte indisoluble del primero de los principios fundamentales recogidos en la Carta de las Naciones Unidas: la igualdad soberana de los Estados; que es, por demás, el fundamento último sobre el que se estructura todo el Derecho

¹¹⁰ Doc. ONU A/56/10, 2001, pp.122–123. En cuanto a la jurisprudencia del TEDH, véanse los asuntos *Loizidou* (pa.2216) y *Chipre c. Turquía* (pa.89 a 98).

¹¹¹ ICJ *Reports*, 2004, pa.155–159.

internacional. Negar su carácter imperativo es negar el fundamento de nuestro ordenamiento, pues, como dice el profesor Carrillo Salcedo –quien la considera así–, la misma forma parte de ese mínimo jurídico que la Comunidad internacional precisa para su pervivencia en cuanto tal¹¹². No en vano Tomuschat califica a la igualdad soberana y la integridad territorial del Estado como la norma fundamental del Derecho internacional¹¹³.

Además, existen datos que avalan esta conclusión. Por un lado, así es recogido en algunos textos internacionales como el Acta Final de Helsinki de 1975 o la Carta de la OUA. Asimismo, cuando la CDI elaboraba el Proyecto de artículos sobre Derecho de los Tratados, en sus comentarios con relación al que fue el art. 53, la Comisión citó como ejemplos de normas de *ius cogens*, la igualdad soberana de los Estados que, como sabemos, lleva implícita su integridad territorial¹¹⁴.

Pero, sobre todo, lo que es más importante: según hemos ido corroborando a lo largo de este estudio, la práctica internacional lo confirma. Sin ninguna duda, el argumento más recurrente utilizado por todos los Estados y Organizaciones internacionales para negar el reconocimiento a una entidad secesionista y para sostener que la misma es ilegal y nula, es que es contraria a la integridad territorial del Estado matriz. Muy categórica, a este respecto, es la declaración realizada por Rusia en el proceso sustanciado ante la CIJ en el Dictamen de Kosovo, cuando, citando a Pellet, afirma que el principio de integridad territorial “has acquired the character of a universal and peremptory norm”¹¹⁵.

Cierto es que la CIJ en su Dictamen de Kosovo afirmó que los particulares no pueden violar la integridad territorial de su Estado porque el Derecho internacional solo obliga al respeto de la misma en las relaciones interestatales –se olvida de que su propio ordenamiento interno sí que les obliga a ese respeto–. Debemos entender que dicha afirmación forma parte de toda la arquitectura construida por la Corte desde que ‘modificó’ el tenor de la pregunta, para hacer descansar la actuación, no en un pueblo, una autoridad representativa de un pueblo, o una minoría, sino en unos particulares que, como todos sabemos, carecen de subjetividad en este ámbito; y llegar a la predeterminada respuesta de su Dictamen. Pero si nos situamos, como debemos, en el escenario de que una entidad secesionista lo que pretende es, como bien afirman insistentemente todas ellas, ejercer su ‘libre determinación’, es evidente que no se trata de unos meros

¹¹² Llega a afirmar el profesor que la misma es la quintaesencia del Derecho internacional (Carrillo Salcedo, J.A., *Soberanía del Estado... op. cit.*, pp.214–215).

¹¹³ Tomuschat, C., “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law”, *R. des C.*, vol.281, 2001, p.13.

¹¹⁴ Otros ejemplos citados son: prohibición del uso de la fuerza, derechos fundamentales relacionados con la vida (prohibición de esclavitud, apartheid, genocidio...), y libre determinación (*Anuario de la CDI* 1966, vol.II, p.271).

¹¹⁵ Escrito de 16 de abril de 2009. De forma similar se manifestaron Estonia, Finlandia o Irlanda.

particulares, sino de un ‘pueblo’ que goza de subjetividad precisamente en ese ámbito, y que **SÍ** está obligado al respeto de la integridad territorial, en la medida en que el Derecho internacional así lo establece; claramente, entre otras, en las Resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV) de la Asamblea General.

En consecuencia, si el acceso a la estatalidad se produce violando alguna o algunas de estas normas imperativas, habrá una obligación para todos los Estados de no reconocer como lícita dicha situación; es decir: obligación de no reconocer como Estado a la entidad aspirante a serlo.

3ª. Existe, además, una tercera vía que genera la obligación de no reconocimiento de forma indirecta: el reconocimiento sería *una violación de la prohibición de intervención en los asuntos internos del Estado ‘matriz’*.

Es comúnmente admitido, como ya hemos indicado, que el Derecho internacional no regula el derecho a la secesión¹¹⁶, que la existencia o no de un derecho a la secesión es una cuestión de derecho interno y no de Derecho internacional. Pues bien, si esto es así, si el derecho a seceder es una cuestión de derecho interno y el derecho interno no lo reconoce, y pese a ello, una entidad realiza una declaración de independencia, es más que evidente que si un tercer Estado reconoce como Estado a dicha entidad está actuando contra uno de los principios fundamentales de Derecho internacional: *la prohibición de injerencia en los asuntos internos* de otro Estado, en este caso, del Estado cuya unidad está en causa¹¹⁷. No en vano, la no injerencia en asuntos internos y la integridad territorial son dos principios íntimamente conexiónados.

A este respecto, la Resolución 2625 (XXV) entiende contrario al principio de no intervención todo ataque contra la personalidad del Estado o contra algunos de sus elementos, y no hay duda que dar el beneplácito a una secesión es un ataque contra el Estado y contra uno de sus elementos fundamentales, como es el territorio. Por su parte, la CIJ, en el asunto relativo a *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, entiende que la intervención prohibida debe recaer sobre materias respecto de las cuales el principio de soberanía de los Estados permite a cada uno de ellos decidir libremente (pa.205). Habida cuenta que el Derecho internacional no regula el derecho de secesión, es evidente que se

¹¹⁶ Como nos indica Corten, no lo regula porque no tiene vocación de regular esta situación; simplemente la ignora (Corten, O., “Are there gaps in the international law of secession?”, in Kohen, M.G. (ed.), *Secession... op. cit.*, p. 241).

¹¹⁷ Esta es la idea que subyace en la llamada “doctrina Hallstein” establecida entre 1955–1969, en virtud de la cual, la República Federal de Alemania rompía relaciones diplomáticas con todo aquel Estado que reconociera a la República Democrática de Alemania. Similar es la de ‘una sola China’ adoptada por la República Popular China con relación a la República de China (Taiwan).

trata de una materia sobre la cual el Estado puede decidir libremente –si lo otorga o no–, esto es, es en esencia una competencia nacional¹¹⁸.

Más aún, la *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1981 (resolución 36/103), recoge claramente la prohibición de tales reconocimientos, al recoger como contenido de esta norma de no injerencia:

“f) el deber de todo Estado de abstenerse de promover, alentar o apoyar, directa o indirectamente y bajo cualquier pretexto, las actividades de rebelión o secesión dentro de otros Estados o cualquier acción encaminada a alterar la unidad o a socavar o subvertir el orden político de otros Estados”.

En este caso, la obligación de no reconocimiento surge porque la misma estaría incluida en la obligación de no intervenir, de tal manera que al reconocer la secesión se viola esta última obligación y, en consecuencia, el Estado autor del reconocimiento estaría cometiendo un hecho internacionalmente ilícito.

Más aún, según una opinión bastante extendida, la no injerencia en asuntos internos tiene la categoría de norma de *ius cogens*. Dada la importante trascendencia que tiene una secesión en la integridad territorial del Estado donde se sucede, entendemos que nada obsta para poder calificar al acto de reconocimiento de violación grave. Siendo así, el reconocimiento de una entidad secesionista como Estado podría quedar, incluso, encuadrada en el art. 40 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de 2001. Con las consiguientes obligaciones que el mismo conllevaría para el resto de Estados, según lo dispuesto en el art. 41 ya mencionado.

Al margen de que, dado que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral, según lo dispuesto en el Principio 8 de los Principios rectores de la CDI sobre declaraciones unilaterales de los Estados, dicho **acto sería nulo** al estar en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general.

En esta línea, la práctica estatal que hemos ido analizando a lo largo de este trabajo corrobora esta afirmación, en la medida en que, como hemos visto, no se han producido reconocimientos, ni se han admitido como miembros de la ONU a entidades secesionistas aspirantes a Estado hasta que se ha producido el asentimiento del Estado predecesor o matriz; esto es, cuando dicho reconocimiento ya no constituye ni una injerencia en los asuntos internos, ni un atentado a la integridad territorial del Estado en causa. Igualmente, muchos

¹¹⁸ Pellet, A., “Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d’eux mêmes?”, en *El Derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, p.262.

Estados han venido afirmando expresamente de forma reiterada que el reconocimiento como Estado a las entidades secesionistas es una injerencia en los asuntos del Estado matriz.

Incluso, hay práctica interna que expresamente recoge esta situación, como el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, el cual establece que un reconocimiento prematuro de una entidad secesionista es una violación de la integridad territorial del Estado soberano del territorio y que tratar a dicha incalificada entidad como Estado “is an improper interference in the internal affairs of the parent State and may rise to a being a violation of the Charter of the United Nations”¹¹⁹.

En este mismo contexto, referente a que el reconocimiento constituya por sí mismo una violación de una obligación internacional, se sitúa igualmente el *reconocimiento prematuro* que se produce cuando la entidad en cuestión no reúne aún los requisitos necesarios para ser Estado según el Derecho internacional, concretamente, que no *está dotada de efectividad en todos sus elementos*¹²⁰, es decir, se encuentra aún en proceso de formación –como el realizado por la propia UE a Croacia, Eslovenia y Bosnia–Herzegovina, cuando ninguno de ellos era todavía Estado–. Tales situaciones vienen referidas, bien a la falta de un control efectivo sobre el territorio que se pretende como elemento constitutivo del aspirante a Estado, bien, sobre todo, a la inexistencia de un gobierno efectivo e independiente.

No hay duda acerca de que los reconocimientos prematuros entran claramente en el marco de la validez; pues mientras el objeto del reconocimiento no exista, éste no produce ningún efecto –caso de la República Árabe Saharaui Democrática–.

Además de ello, existe una amplia mayoría doctrinal que sostiene igualmente que tal reconocimiento podría ser un acto ilícito en la medida en que el mismo supone, nuevamente, una injerencia en los asuntos internos del Estado predecesor, así como un ataque a su integridad territorial¹²¹. Tal ha sido, por otra parte, la contestación de los Estados afectados por dichos reconocimientos prematuros:

¹¹⁹ Comentarios d y f a la Sección 202. Véase la referencia en <http://www.ila-hq.org/en/committees/draft-committee-reports-washington-2014.cfm>, p.6.

¹²⁰ Supuesto recogido por el Informe Final de la ILA de 2014:

“*Although the States studied in this report seemed generally reluctant to proclaim an obligation of non recognition, there seems to be a convergence of state practice supporting non-recognition (a) when called upon by the Security Council and (b) where the bases of statehood are not met by the aspirant State*” (<http://www.ila-hq.org/en/committees/draft-committee-reports-washington-2014.cfm>, p.26).

¹²¹ Opinión que compartimos con el que fuera nuestro maestro, el profesor L.I. Sánchez Rodríguez (González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., y Andrés Saenz de Santa María, M.P., *Curso de Derecho internacional... op. cit.*, p.:513). En el mismo sentido, Remiro Brotons, A., y otros, *Derecho internacional... op. cit.*, p.54.

Inglaterra con relación al reconocimiento por parte de Francia en 1778 de la declaración de independencia de EE UU, el cual conllevó la declaración de guerra¹²²; Colombia, respecto del realizado a Panamá en 1903. En estos casos, la justificación de los autores del reconocimiento ha sido la de ‘acelerar’ el proceso de estatalidad que ya estaba en marcha y era irremediable –lo cual, ciertamente, sucedió–.

Y para cerrar el círculo, terminamos donde comenzamos, con Kosovo. Pues los 111 reconocimientos recibidos, al margen de que pudieran incumplir la obligación de no reconocimiento señalada –lo que no ocurriría si estuviéramos ante un caso de secesión remedio y si afirmamos que esta existe en Derecho internacional–, de lo que no hay ninguna duda es de que se trata de reconocimientos prematuros; dado que, como hemos tenido oportunidad de advertir, Kosovo no cuenta con un gobierno efectivo que actúe con independencia, es decir, Kosovo aún no reúne los requisitos fácticos de estatalidad, no existe efectividad, lo que constituye una injerencia en los asuntos internos de Serbia.

¹²² De hecho, Francia fue el único Estado en reconocer la independencia de EE UU antes de que Inglaterra aceptara la misma. El resto, no lo hicieron hasta que se produjo esa aceptación.