

Departamento de Derecho

30 de julio de 2021



Universidad de
San Andrés

San Andrés
UNIVERSIDAD DE

**El estatus jurídico de Palestina:
de un pueblo a un Estado**

Autora:

- Camila Rocío Badra Losada: cbadralosada@udesa.edu.ar
- Número de Legajo: 28249

Tutor:

- Emiliano Jerónimo Buis.

INDICE

I. Introducción	3
A. Planteamiento del problema	3
B. Objetivo	3
C. Estado de la cuestión	3
C. Organización del trabajo	14
II. El derecho a la libre determinación de los pueblos	14
A. Contexto histórico	15
1. Actualmente Palestina no es un Estado	20
B. El derecho a la libre determinación de los pueblos: concepto, caracteres y evolución	21
1. Derecho a la libre determinación de los pueblos: concepto	22
a) Desarrollo histórico	23
b) Se trata de una norma de <i>ius cogens</i>	27
c) Caracteres	30
d) Restricciones al principio de libre determinación	31
(1) Colisión de derechos: libre determinación e integridad territorial	31
(2) Pueblos coloniales	33
e) El derecho a la libre determinación del pueblo palestino	34
III. “Secesión reparadora”	36
A. La existencia de los Estados como una ‘cuestión de hecho’	36
1. Secesión reparadora: concepto y doctrina	38
2. Jurisprudencia	41
B. ¿Palestina podría alegar una “secesión reparadora”?	45
1. Palestina no ha violado las normas imperativas del derecho internacional	45
2. Se han violado los derechos humanos de la población palestina	46
IV. Condición de Estado	48
A. Estado: concepto y evolución	48
1. La teoría constitutiva del reconocimiento	50
a) Implicancias del reconocimiento	51
2. Requisitos para ser considerado un Estado:	53
a) Territorio definido	53
b) Población permanente	54
c) Gobierno	55
(1) El requisito de gobierno efectivo se torna más laxo	58
d) Capacidad para establecer relaciones con otros Estados	59
A. La aplicación al caso de Palestina	60
1. El reconocimiento del Estado palestino: implicancias	60
2. Requisitos	61
a) Territorio definido	62
b) Población permanente	63
c) Gobierno	63
(1) A pesar de la falta de un control total, el gobierno palestino ejerce sus funciones gubernamentales	63
a. Plano interno	63
b. Plano externo	65
(2) El hecho de que haya dos administraciones no impediría que Palestina sea un Estado	67
d) Capacidad para establecer relaciones con otros Estados	67
VI. Conclusión	68
VII. Bibliografía	70
A. Bibliografía primaria: instrumentos y documentos internacionales.	70
B. Bibliografía utilizada	71
C. Jurisprudencia, decisiones y opiniones de tribunales internacionales	75

I. Introducción

A. Planteamiento del problema

Determinar el estatus jurídico de Palestina es una de las cuestiones más delicadas hoy en día, con repercusiones que trascienden las partes implicadas. Desde hace más de un siglo que subsiste la disputa entre palestinos e israelíes por habitar las tierras de lo que hoy es Israel, incluyendo Jerusalén, Gaza y Cisjordania.

La estatalidad de Palestina es uno de los temas que más propicia debate entre los internacionalistas. Si bien ha sido objeto de tratamiento en el ámbito de las relaciones bilaterales de Palestina (que han afectado su reconocimiento por terceros Estados) e incluso por las Naciones Unidas, estamos lejos de una solución que resuelva el problema de fondo.

Teniendo en cuenta la situación histórica en torno a su estatus controvertido, las preguntas que busca responder este trabajo son: ¿Podría afirmarse que Palestina es un Estado actualmente? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de Palestina?

B. Objetivo

El trabajo tiene por objeto demostrar que Palestina es un pueblo que actualmente lucha por su libre determinación y por tratarse de una minoría constantemente perseguida, dominada, sojuzgada por la fuerza y sometida a sucesivas violaciones de derechos humanos, tiene un derecho a la secesión reparadora. Consecuentemente, se demostrará que, en caso de poder ejercer su derecho a la libre determinación *ad extra*, podría ser considerado un Estado porque cumpliría con los cuatro requisitos que determina el derecho internacional, a saber: población, territorio, gobierno y capacidad de establecer relaciones con otros Estados.

C. Estado de la cuestión

A continuación presentaré los principales autores que se han posicionado respecto del tema en cuestión. Para tal fin, brindaré pautas respecto de dos temas específicos. En primer lugar, expondré las dos posturas del derecho a la libre determinación: la interpretación restringida, que limita dicho derecho a los casos de colonialismo y la interpretación amplia, que avala la secesión reparadora. Luego, resumiré los principales argumentos de aquellos que consideran que Palestina es un Estado y de aquellos que consideran que no lo es.

Sin embargo, antes de comenzar deviene necesario hacer un comentario preliminar respecto de la existencia o no de una ocupación beligerante por parte de Israel. La implicancia de considerar a Israel como potencia ocupante es crucial a los fines del presente trabajo. Considerarlo como tal atentaría contra la posibilidad de un derecho a la secesión, puesto que la secesión implica que parte del territorio de un Estado se separe del Estado existente para crear uno nuevo. En consecuencia, para argüir que Palestina posee un derecho a la secesión, previamente se debe aceptar que es parte del territorio de Israel.

Al respecto, autores como Francis A. Boyle (1990)¹ y John Quigley (2010)² entienden que efectivamente existe dicha ocupación, mientras que otros autores como James Crawford (2007)³ y Avinoam Sharon (2011)⁴ sostienen lo contrario. Crawford entiende que no se trata de una situación de supresión de Estados puesto que Palestina nunca fue establecido como tal. A su criterio, la cuestión radica en el establecimiento de un nuevo Estado en un territorio en el cual otros Estados tienen reclamos.⁵ Incluso, para Sharon se ha tildado (erróneamente) a Israel como ocupante con fines meramente políticos. Así explica:

“This political abuse of the term "occupation" to demonize Israel as part of a general assault upon the West, or upon Israel's legitimacy, underlies the continued use of the term in regard to Israel as part of a geopolitical narrative that has little to do with Israel's status as an occupier under international law”.⁶

Por el contrario, Boyle y Quigley sostienen que previo al mandato de Palestina ya existía un Estado palestino, por lo que actualmente existe una ocupación beligerante.

i. Posturas con respecto a la existencia (actual) de un Estado palestino

¹ Boyle, F. A. (1990). The Creation of the State of Palestine. *European Journal of International Law*, Vol. 1, Nro. 1, 301-306.

² Quigley, J. (2010). Statehood under the Gun. *The Statehood of Palestine International Law in the Middle East Conflict*. London: Cambridge.

³ Crawford, J. (2007). Secession. *The Creation of States in International law*. Oxford: Oxford Scholarship Online.

⁴ Sharon, A. (2011). Why Is Israel's Presence in the Territories Still Called "Occupation"? *Jewish Political Studies Review*. Vol. 23, Nro. 3/4, pp. 40-64. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/i40075778>.

⁵ Crawford, ob. cit., p. 57.

⁶ Sharon, ob. cit., p. 57.

Históricamente existen dos posturas respecto de la estatalidad palestina. Por un lado, doctrinarios como Jerome Segal (1989),⁷ James Crawford (1990)⁸ y Tal Becker (2015)⁹ argumentan que Palestina no puede ser considerado un Estado. Por otro lado, teóricos como Francis A. Boyle (1987-1988)¹⁰ y John Quigley (2010)¹¹ defienden que sí. Sin embargo, los argumentos que utilizan para justificar sus posturas son completamente diferentes, por lo que deviene necesario hacer una síntesis de ellos.

Para Boyle, la clave está en el sistema de mandatos. Al respecto, la Sociedad de las Naciones estipulaba que los mandatos no significaban una cesión o transferencia de soberanía. Por el contrario, se basaban en el principio del bienestar y desarrollo del pueblo encomendado. Cuando se creó la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “ONU”), se dispuso en el artículo 77 (1) (a) de su carta fundacional la posibilidad de que los mandatos de la Sociedad de las Naciones se pudieran transferir al Fideicomiso de las Naciones Unidas, en tanto y en cuanto existiese un acuerdo entre los poderes del mandato y la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante “AGNU”).¹² Este punto es crucial para Boyle, ya que en el caso de Palestina nunca se realizó dicho acuerdo, sino que el Reino Unido simplemente decidió traspasar el problema a la AGNU. Por lo tanto, la decisión del Reino Unido de entregar el territorio, debe ser considerada contraria al derecho y consecuentemente, el plan de partición de la ONU, que viola el derecho a la libre determinación del pueblo palestino, también debe ser considerado ilegal. En definitiva, esta ‘conservatory clause’ significa que el Estado de Palestina nunca fue transferido al Fideicomiso de las Naciones Unidas.

En consecuencia, para Boyle la solución radica en la declaración de la independencia de Palestina. Al declararse en 1988, se aceptó el plan de partición propuesto por la Resolución 181/47 de la AGNU. En dicho documento, el Consejo Nacional Palestino declaró su compromiso con los propósitos y los principios de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante “CNU”), con la

⁷ Segal, J. (1989). Does the State of Palestine Exist? *Journal of Palestine Studies*, Vol. 19 Nro. 1, 14-31. Recuperado de: <https://www.jstor.org/eza.uadesa.edu.ar/stable/pdf/2537243.pdf?refreqid=excelsior%3A5a043e2a8345d7d72c6b319cdb81800b>

⁸ Crawford, J. (1990). The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon? *European Journal of International Law*, Vol. 1, Nro. 1, pp. 307–313. Recuperado de: <http://www.ejil.org/pdfs/1/1/1137.pdf>

⁹ Becker, T. (2015). International Recognition of a Unilaterally Declared Palestinian State: Legal and Policy Dilemmas. *Jerusalem Center for Public Affairs*. Recuperado de: <https://www.jcpa.org/art/becker2.htm>

¹⁰ Boyle, ob. cit.

¹¹ Quigley, ob. cit.

¹² Esto es lo que se conoce como “conservatory clause”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos y la política y principios de los Países no Alineados; aceptó la supervisión (temporal) de las Naciones Unidas en cuanto el territorio palestino; y rechazó el uso de la fuerza, violencia e intimidación en contra de la integridad territorial y la independencia política de cualquier Estado.¹³ Además el Consejo Nacional Palestino, al llamar a una Convención de Paz Internacional en el Medio Oriente para resguardar los derechos del pueblo palestino, aceptó las Resoluciones 242 y 338 del Consejo de Seguridad de la ONU. Todos estos actos, a criterio de Boyle, significan que el gobierno palestino se encuentra preparado para aceptar el territorio consignado en la Res. 181/47 (Cisjordania, la Franja de Gaza y Jerusalén del Este).

A su vez, Boyle sostiene que otros Estados (en particular Israel y Estados Unidos) están obligados a aceptar el Estado de Palestina. Esto se debe a que el artículo 80 (1) de la CNU, hace que el artículo 22 de la Sociedad de las Naciones siga siendo derecho positivo internacional; y éste reconoce a todos los territorios árabes que solían ser parte del imperio otomano (inclusive Palestina) como naciones provisoriamente independientes. Además, argumenta que la aceptación del plan de partición por parte de Israel, que reconoció a Palestina como Estado, fue condicionante para que éste sea aceptado como miembro de las Naciones Unidas.¹⁴

El tercer argumento que propone Boyle es que la AGNU, como sucesora de la Sociedad de las Naciones, tiene el derecho a reconocer un nuevo Estado y a través de la Resolución 43/177 lo ha hecho, siendo éste “constitutive, definitive, and universally determinative.”¹⁵

Crawford (1990) discute esto alegando que Boyle falla en distinguir los conceptos de ‘Estado’ y ‘nación’. El artículo 22 reconoce el derecho de ciertos ‘pueblos’ o ‘naciones’, pero no significada el reconocimiento de su estatalidad.¹⁶ Además, según Crawford, Boyle se equivoca al sostener que la AGNU es sucesora de la Sociedad de las Naciones, porque no existió tal sucesión. Por lo tanto, la AGNU no puede reconocer a nuevos Estados. Por su parte, Estados Unidos no está obligado a aceptar la estatalidad de Palestina porque, como se dijo anteriormente, el artículo 22 no implica un reconocimiento de estatalidad y además porque Estados Unidos no era parte del tratado. A su vez, alega que Israel tampoco está obligado a reconocer a Palestina puesto que el plan de partición no fue aceptado por éste, lo que luego dio lugar a sucesivas guerras que hicieron que las fronteras

¹³ Boyle, ob. cit., pp. 303-304.

¹⁴ Boyle, ob. cit., p. 304.

¹⁵ Boyle, ob. cit., pp. 302-303.

¹⁶ Crawford. *The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?*, ob. cit. p. 312.

cambiasen. Además, niega la posibilidad de que la admisión de Israel fuese condicional, puesto que la ONU no prevé tal situación.

En cuanto a los criterios establecidos en la Convención de Montevideo, Crawford (1990)¹⁷, al igual que Jerome Segal (1989)¹⁸ y Tal Becker (2015),¹⁹ sostiene que Palestina no cumple con dichos requisitos. Becker considera que además de ser un territorio fragmentado y discontinuo, la Autoridad Nacional de Palestina (en adelante “ANP”) no es un gobierno efectivo e independiente ya que estamos ante un ente autónomo con poderes temporales y limitados. Los atributos que hacen a la estatalidad de Palestina, como la seguridad externa, el control aéreo y la seguridad de las fronteras, se encuentran bajo la jurisdicción exclusiva de Israel. Esta ausencia de control se vislumbra aun más respecto de las áreas “B” y “C”. Además, en el acuerdo de Gaza-Jericho se pactó que hasta que no se concluyan las negociaciones, la ANP no tendría poderes y responsabilidades en la esfera de las relaciones internacionales, lo que incluye todo tipo de misiones diplomáticas alrededor del mundo (Artículo V.3.a.). Incluso, sostiene Becker, que los actos unilaterales de Palestina son ilegales y no deben ser reconocidos, por cuanto el futuro Estado palestino solo puede ser determinado a través de negociaciones y no por actos unilaterales que atenten contra el proceso de paz al que se comprometieron.²⁰

Lo mismo opina Jerome Segal, quien considera que Palestina está lejos de ser un Estado, principalmente porque no ha empezado a actuar como tal. Así explica:

[...] The Israeli occupation is not the primary reason why this is so. The primary reason the State of Palestine is not acting as a state is that it has not established a government, and therefore it is not issuing rules to which a population could respond with generalized obedience. The State of Palestine has not institutionalized the intifadah, it has not subsumed the new authorities that are operative on the ground under its own authority.²¹

De la misma forma, Crawford (1990) descarta la posibilidad de que Palestina cumpla con los requisitos establecidos en la Convención de Montevideo sin ponerse a analizar cada requisito en particular.²² Explica que antes de analizar la estatalidad de Palestina, hay que analizar su

¹⁷ Crawford, *The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?*, ob. cit.

¹⁸ Segal, ob. cit.

¹⁹ Becker, ob. cit.

²⁰ Becker, ob. cit.

²¹ Segal, ob. cit. pp. 30-31.

²² Crawford, *The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?*, ob. cit., p. 309.

independencia. En este sentido, la independencia es un requisito previo a la estatalidad que involucra dos aspectos: (i) la existencia de una comunidad organizada en un territorio definido que se autogobierne; y (ii) la ausencia de control por parte de otro Estado. Si bien la Organización de Liberación Palestina (en adelante “OLP”) ejerce influencia en los territorios palestinos, no existe una comunidad organizada que se autogobierno. Al igual que los autores precedentes, explica que quien ejerce control del territorio palestino no es la OLP, sino que es Israel. Si bien reconoce un derecho por parte del pueblo palestino a elegir sus autoridades, sostiene que esto va más allá de la Convención de Montevideo. Para él -y con mucha razón- la Convención exige la existencia de un gobierno, no el derecho a gobernar en un futuro.²³

ii. Posturas con respecto al derecho a la libre determinación

- (a) ¿En qué momento un pueblo está preparado para ejercer su derecho a la libre determinación?

Tradicionalmente existen dos escuelas de pensamiento que intentan responder cuándo un pueblo está preparado para ejercer su derecho a la libre determinación. Por un lado, la escuela del pensamiento subjetivo toma como factor determinante el deseo del pueblo. Para saber qué es lo que desea el pueblo utiliza elecciones, plebiscitos o comisiones. Por otro lado, la escuela del pensamiento objetivo se enfoca en datos empíricos tales como la raza, religión y el lenguaje.²⁴ Sin embargo, tal como entiende John A. Collins (1980), lo más apropiado sería combinar ambas doctrinas.²⁵

A pesar de lo antedicho, Collins señala que hay una discrepancia entre la teoría y la práctica. Teóricamente, las Naciones Unidas deciden cuándo un grupo está preparado para ejercer su derecho a la libre determinación. Esta facultad surge como resultado de la Res. 334 (IV) de 1949 y de la definición establecida por las Naciones Unidas respecto de cuándo un pueblo tiene derecho a la libre determinación.²⁶ En esta línea, en 1969 la AGNU reconoció la existencia de un pueblo palestino y subsecuentemente, declaró y reafirmó su derecho a la libre determinación. Sin embargo, en la práctica el derecho internacional y sus organizaciones “are generally powerless to enforce even basic principles of international law. U.N. principles and resolutions are often ignored and

²³ Crawford, *The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?*, ob. cit., pp. 308-309.

²⁴ Collins, J. A. (1980). *Self-Determination in International Law: The Palestinians*. *Case Western Reserve Journal of International Law*. Vol. 12 Nro. 1, pp 145-146. Recuperado de: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol12/iss1/8>

²⁵ Collins, ob. cit. p. 146.

²⁶ Collins, ob. cit. p. 149.

blatantly” por lo que, “the people themselves may determine that they are ready for self-rule and the test of readiness may well prove to be military force”.²⁷

(b) ¿El derecho a la libre determinación implica un derecho a la secesión?

Sin lugar a dudas, fuera del contexto de los pueblos coloniales, dicho derecho es ejercido principalmente en la esfera interna de cada Estado. Sin embargo, el debate se da en torno a los pueblos no coloniales que buscan ejercer su derecho a la libre determinación *ad extra* (conocida como ‘secesión reparadora’). En este punto la biblioteca se divide en dos. Por un lado, quienes sostienen que el derecho de la libre determinación (y en consecuencia un potencial derecho a la secesión) se encuentra limitado a aquellos casos en que los que prospere el ‘test de agua salada’. Por otro lado, quienes entienden que el derecho a la libre determinación es un derecho que le corresponde a todos los pueblos, por lo que, cualquier pueblo que vea afectado dicho derecho (gravemente) podrá ejercer lo que se conoce como ‘secesión reparadora’.

Principalmente, quienes defienden la primera postura se basan en la Resolución 1541 (XV) de la AGNU que define como territorios no autónomos a aquellos territorios que se hallan separados geográficamente del país que los administra y son distintos de éste en sus aspectos étnicos o culturales, mientras que, quienes defienden la segunda postura, abogan por una lectura invertida de la “cláusula de salvaguarda” establecida por el artículo 5 de la Res. 2625 de la AGNU. Esta lectura invertida permite sostener que, cuando un Estado cometa violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos de un determinado pueblo residente en su territorio, imposibilitándole el ejercicio de su libre determinación interna, dicho pueblo tendrá derecho a un recurso de última instancia: la secesión remedial.

En la doctrina autores tales como Christian Tomuschat (2006),²⁸ John Dugard (2006) y David Raic (2006),²⁹ Fatsah Ougergouz y Djacoba Tehindrazanarivelo (2006)³⁰ y Li-ann Thio (2006),³¹ entienden que la cláusula de salvaguarda implica la aceptación de la secesión reparadora como

²⁷ Collins, ob. cit. p. 140.

²⁸ Tomuschat, C. (2006). Secession and Self Determination. En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives* (pp. 23-45). New York: Cambridge.

²⁹ Dugard, J. y Raic, D. (2006). The Role of Recognition. En *The Law and Practice of Secession*. En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives* (pp. 94-137). New York: Cambridge.

³⁰ Ougergouz, F. y Tehindrazanarivelo, D. (2006). The question of secession in Africa. En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives* (pp. 257-296). New York: Cambridge.

³¹ Thio, L. A. (2006). International Law and secession in the Asia and Pacific Regions. En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives* (pp. 297- 354). New York: Cambridge.

último recurso, mientras que doctrinarios como Malcolm Shaw (1997),³² Antonello Tancredi (2006),³³ Oliver Corten (2006),³⁴ Théodore Christakis (2006)³⁵ y Jure Vidar (2010)³⁶ no reconocen un derecho internacional a la secesión. Sin embargo, sus argumentos son diversos, por lo que conviene hacer un breve repaso de ellos.

Al respecto, Malcolm Shaw refiriéndose a la lectura invertida de la cláusula de salvaguarda que:

Such a major change in legal principle cannot be introduced by way of an ambiguous subordinate clause, especially when the principle of territorial integrity has always been accepted and proclaimed as a core principle of international law [el subrayado me pertenece], and is indeed placed before the qualifying clause in the provision in question.³⁷

Esta posición discrepa con la postura de Christian Tomuschat, quien si bien coincide con Antonello Tancredi, Li-ann Thio y Jure Vidmar en que no existe derecho positivo internacional o derecho consuetudinario que reconozca un derecho *ipso jure* de los pueblos a la secesión, igualmente aboga a favor del derecho a la secesión reparadora como mecanismo de última instancia.

A diferencia de Shaw, Tomuschat considera que el pilar del derecho internacional ya no es la soberanía de los Estados, sino que es la preservación de la paz, la seguridad internacional y el bienestar de los seres humanos (y en consecuencia, el respeto de sus derechos humanos). Por lo que, si un Estado se desvía de estos objetivos, sea intencionalmente o por negligencia, puede perder aquella protección del derecho internacional. Así explica:

Within a context where the individual citizen is no more regarded as a simple object, international law must allow the members of a community suffering structural discrimination – amounting to grave prejudice affecting their lives – to strive for secession as a measure of last resort after all other methods employed to bring about change have failed.³⁸

³² Shaw, M. N. (1997). Peoples, Territorialism and Boundaries. *European Journal of International Law, Volume 8, Nro. 3.* 478–507. Recuperado de: <http://www.ejil.org/pdfs/8/3/1457.pdf>.

³³ Tancredi, A. (2006). A Normative "due process" in the creation of States through sucession. En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives* (pp. 171-207). New York: Cambridge.

³⁴ Corten, O. (2006). Are there gaps in the international law of secession? En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives* (pp. 231-254). New York: Cambridge.

³⁵ Christakis, T. (2006). The State as a "primary fact": some thoughts on the principle of Effectivness. En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives* (pp. 138-170). New York: Cambridge.

³⁶ Vidmar, ob. cit., pp. 37-56.

³⁷ Shaw, ob. cit., p. 483.

³⁸ Tomuschat, ob. cit., p. 41.

Sin embargo, esta postura recibe la objeción de muchos autores, quienes opinan que la mera existencia (en muchos casos transitoria) de un gobierno con políticas discriminatorias en un territorio determinado de un Estado, no justifica la aplicación de una solución tan "radical" como la secesión por parte de las minorías afectadas. La aceptación de una secesión reparadora implicaría la violación del principio de integridad territorial de los Estados, por lo que, en todo caso, sería más apropiado la restauración de los derechos violados que la secesión.³⁹

Mientras que Fatsah Ouguergouz y Djacoba Tehindrazanarivelo examinan la práctica en materia de secesión del continente africano, Li-ann Thio se limita a ciertos casos de Asia (particularmente el sur y este) y la región del Pacífico. Ouguergouz y Tehindrazanarivelo argumentan que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sirve de base legal para justificar la secesión solo en los casos en los cuales se viole la esfera interna de la libre determinación de los pueblos. Sin embargo, para los casos de análisis de Li-ann Thio no existe una base legal como la antedicha. Tras un análisis exhaustivo, Thio concluye que los países de Asia y del Pacífico no reconocen un derecho a la libre determinación post colonial de las culturas minoritarias en términos de un derecho a la secesión del Estado madre. Al respecto, alega que el caso de Bangladesh se trata de un precedente excepcional.

Por su parte, John Dugard y David Raic⁴⁰ dan un paso más allá. Ante la ausencia de una autoridad con capacidad de determinar cuándo una entidad cumple con los requisitos para ser considerado un Estado, consideran que la respuesta queda a total discreción de cada Estado u organización internacional. Dicha discreción se ejerce a través del instituto del reconocimiento. Sin embargo, en muchos casos, el reconocimiento de un nuevo Estado que emerge del territorio de un Estado existente sin el consentimiento de éste último, se ve como una violación al derecho internacional. Por lo que, los autores se preguntan: ¿Cuándo sería el momento oportuno para reconocer a una entidad que quiere secesionarse, sin que esto resulte en un reconocimiento prematuro? Considerando las teorías y la evolución de la práctica internacional en materia de reconocimiento de Estados, concluyen que se encuentra justificado un derecho a la secesión cuando existe un pueblo minoritario de un Estado, que a su vez forma una mayoría en una parte específica de dicho Estado, al que le es negado su derecho a la libre determinación interna a través de sistemáticas supresiones de derechos humanos y no existe forma de lograr un acuerdo pacífico con

³⁹ Kohen, M. G. (2006). Secession and Self Determination. En Autor (Ed.). *Secession: International Law Perspectives* (p. 11). New York: Cambridge.

⁴⁰ Dugard y Raic, ob. cit.

el Estado madre.⁴¹ Ante estas circunstancias “terceros Estados pueden (pero no están obligados) a reconocer el ejercicio a la libre determinación externa de una entidad secesionista reconociéndola como Estado”.⁴² Para los autores, los actos aislados de reconocimiento constituyen una intervención ilegítima en la esfera doméstica del Estado madre, mientras que el reconocimiento colectivo no. Sin embargo, así como el reconocimiento colectivo puede ser un instrumento útil para la creación de los Estados, el no reconocimiento colectivo puede impedir que se completen procesos de secesión.⁴³ A su vez, dejan en claro que el reconocimiento del ‘Estado madre’ claramente confirma la existencia de un nuevo Estado, aunque no es una condición *sine qua non*.⁴⁴

En este punto, la admisión de una entidad a las Naciones Unidas constituye un acto de reconocimiento colectivo de gran escala. Si la comunidad internacional considera que no se han consolidado las circunstancias que avalan la secesión unilateral, se va a abstener de reconocerla como Estado o no va a apelar a su reconocimiento.⁴⁵

Por otro lado, Antonello Tancredi (2006) en un intento de refutar la doctrina tradicional (que sostiene que el derecho internacional no prohíbe ni permite la secesión, sino que toma conocimiento del resultado de procesos de facto) llega a la conclusión de que el derecho internacional no regula la sustancia de la creación de los Estados. Sin embargo, el derecho internacional sí establece ciertas reglas de procedimiento en los casos de secesión a saber:

[1]) [T]he process of secession take place without the direct or indirect military support of foreign States [...] [2]) [T]he secessionist attempt must be founded on the consent of a majority of the local population, democratically expressed through plebiscites or referenda [...] [3]) [S]ecession must respect the *uti possidetis juris* principle (‘*uti possidetis, ita possideatis*’) [...] The creation of a new entity must occur within previous (administrative) boundaries [...]”⁴⁶

Por su parte, Oliver Corten (2006) sostiene que existe una ‘*lacuna*’ en el derecho internacional en materia de secesión. Esta laguna surge como resultado de dos tendencias contradictorias del derecho

⁴¹ Dugard y Raic, ob. cit., p. 134.

⁴² Dugard y Raic, ob. cit., p. 134. La traducción es propia.

⁴³ Dugard y Raic, ob. cit., p. 136.

⁴⁴ Kohen, ob. cit., p. 12. Explica Kohen que la independencia de los Estados Bálticos fue generalmente aceptada, pero recién una vez que la USSR los reconoció como países se volvieron miembros de las Naciones Unidas. El caso de Croacia, Eslovenia y Bosnia y Herzegovina fue diferente. Fueron reconocidos como Estados a nivel internacional en calidad de miembros de las Naciones Unidas, incluso en contra de los deseos de Yugoslavia. Lo mismo ocurrió con Bangladesh antes del reconocimiento de Pakistán. Esto demuestra que el reconocimiento del ‘Estado madre’ no es una condición *sine qua non* para la creación de nuevos Estados.

⁴⁵ Dugard y Raic, ob. cit., p. 100.

⁴⁶ Tancredi, ob. cit., pp. 189-191.

internacional: por un lado, la tendencia del rechazo a las regulaciones del derecho internacional que interfieran en los asuntos internos de los Estados; y por otro lado, la tendencia que impone a los grupos separatistas y a sus fuentes de apoyo externo la obligación de respetar la integridad territorial de los Estados.⁴⁷

Para Theodore Christakis (2006) el derecho internacional contemporáneo prohíbe la secesión unilateral fuera del contexto de la descolonización en aquellos casos en los cuales la secesión procede de violaciones de normas de *ius cogens*. Aun más, en dichos casos el derecho internacional prescribe la obligación de no reconocimiento. Christakis demuestra que la máxima *ex factis ius oritur* está seriamente controvertida por una máxima aun más fuerte: *ex iniura ius non oritur*. Para el profesor, la secesión no es solo una cuestión de hecho. De lo contrario, el principio de efectividad se ve limitado por la máxima *ex iniura ius non oritur*.⁴⁸

Esta postura se diferencia de la sostenida por Georges Abi-Saab (2000), quien defiende que un Estado es “a primary fact that precedes the law, and which the law acknowledges only once it has materialized [...] but the law can neither ‘create’ nor destroy this primary fact”.⁴⁹ En esta línea argumenta Joe Verhoeven (1993), quien explica que:

The state’s existence rests in principle exclusively on effectiveness, whatever the circumstances – of law or fact – enabling it to come about. Just as a child is born from the coupling of its makers [...] regardless of the circumstances, even if monstrous, of his procreation. Perhaps one or other of its parents should be punished for the violation of law of which the child comes to be. [...] But the child exists from the moment it leaves his mother’s womb alive [...].⁵⁰

Lo mismo opina Tancredi (2006), quien alega que las violaciones a las normas de *ius cogens* no pueden transformar a una entidad ilegalmente creada en una entidad inexistente, aunque sí podrían crear “situation[s] of social isolation”.⁵¹

⁴⁷ Corten, ob. cit., p. 237.

⁴⁸ Christakis, ob. cit., pp. 138-139.

⁴⁹ Citado en Christakis, T. y Constantinides, A. (2017). Territorial disputes in the context of secessionist conflicts. En M. Kohen y M. Hebie (Eds.), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law* (p. 5). Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=2927644>.

⁵⁰ Citado en Christakis y Constantinides, ob. cit. p. 5.

⁵¹ Citado en Christakis y Constantinides, ob. cit. p. 6.

C. Organización del trabajo

En el primer capítulo voy a hacer un racconto histórico que demuestre que nunca se ha llegado a consolidar un Estado de Palestina, por lo que actualmente no existe dicho Estado. Sin embargo, argumentaré que sí existe un pueblo palestino y que, como tal, tiene derecho a su libre determinación. A tal efecto, evidenciaré que el derecho a la libre determinación no se limita a aquellos casos en los cuales existe un territorio de ultramar, sino que se aplica a todos los pueblos que estén bajo sujeción de un Estado que los trate de modo discriminatorio o racista.

En el segundo capítulo me abocaré a analizar las formas de creación de los Estados, particularmente la secesión. De esta forma, afirmaré que los palestinos, al ser una minoría constantemente perseguida, dominada, sojuzgada por la fuerza y sometida a sucesivas violaciones de derechos humanos, poseen un derecho a la ‘secesión reparadora’.

En el tercer capítulo explicaré por qué, si Palestina logra su secesión, podría obtener los elementos (territorio e independencia) de los que hoy carece. De este modo, cumpliría con todos los requisitos establecidos en el derecho internacional para ser considerado un Estado y dejaría de ser meramente un pueblo para pasar a transformarse en un Estado.

II. El derecho a la libre determinación de los pueblos

El siguiente capítulo está dividido en dos secciones. En la primera sección haré un racconto histórico que me permitirá demostrar que Palestina nunca ha llegado a consolidarse como un Estado. No cabe duda que estamos ante la presencia de un pueblo que busca independizarse, pero hoy en día no cumple con los requisitos establecidos en la Convención de Montevideo. Si bien en el último capítulo analizaré dichos requisitos, en el presente capítulo resulta suficiente demostrar que Palestina es un pueblo que lucha por su libre determinación dentro de las fronteras israelíes. Al afirmar que es un pueblo que lucha por su libre determinación, estoy afirmando que está en un territorio que no le es propio y que en consecuencia, carece del requisito de territorialidad. En la segunda sección analizaré el derecho de libre determinación de los pueblos para demostrar que: (i) es un derecho que se aplica a todos los pueblos (y no solo a los coloniales); y (ii) se trata de una excepción al principio de integridad territorial. Luego aplicaré dichas conclusiones al caso palestino.

A. Contexto histórico

Si bien tanto la comunidad israelí como la palestina reclaman un derecho histórico a habitar las tierras que hoy se conocen como Israel, Cisjordania, Gaza y Jerusalén, antiguamente éstas pertenecían al imperio otomano y tras la primera guerra mundial pasaron a formar parte del mandato de Gran Bretaña, debido a la concesión hecha por el Consejo Supremo de las potencias aliadas. Sin embargo ya desde 1882, con la primera Aliyá, habían empezando a llegar olas migratorias judías a lo que en aquel entonces era conocido como Palestina, las cuales se vieron intensificadas por el antisemitismo europeo, alcanzando su punto cúlmine con el auge de los fascismos en Europa.⁵²

En efecto, el principal problema que afrontó el mandato británico de Palestina fue el de conciliar dos compromisos contradictorios: la Declaración de Balfour y el sistema de mandatos con dos movimientos nacionalistas opuestos. La Palestina del mandato se transformó en un escenario de conflicto entre ambos nacionalismos y tras constantes presiones y actos de guerra por parte del *Irgún* hacia la comandancia británica para crear un Estado de Israel (cuyo climax fue el atentado al Hotel Rey David en 1946), Reino Unido decidió traspasar la administración de aquel territorio a las Naciones Unidas.⁵³

Como resultado, la Asamblea General de la recién creada Naciones Unidas aprobó el plan de partición de Palestina (res. 181 de 1947) que proponía dividir la parte occidental del mandato en dos Estados, uno judío y otro árabe-palestino, con un área que incluía Jerusalén y Belén, bajo control internacional. El plan fue aceptado por los israelíes, quienes consideraron dicha resolución como “a resounding victory for the Zionist undertaking and for the Jews’ millenarian longing for statehood”,⁵⁴ pero no por los palestinos ni por los Estados árabes vecinos.

En este estado, el 14 de mayo de 1948 Israel declaró su independencia y comenzó la expulsión de la población civil palestina. Apenas un día después, el 15 de mayo de 1948, Egipto, Transjordania, Siria, Líbano e Irak le declararon la guerra al naciente Estado de Israel.

⁵² Memorias de Pez (s/f). El conflicto de Israel y Palestina en 13 minutos | Resumen Fácil y Rápido [Archivo de video]. Recuperado de: <https://youtu.be/6L5PQsg1-E0>.

⁵³ Memorias de Pez, ob. cit.

⁵⁴ Ben-Ami, S. (2006). *Scars of War, Wounds of Peace: The Israeli-Arab Tragedy* (p. 30). New York: Oxford University Press.

En dicho contexto, Israel logró conquistar y anexar un 26% adicional del antiguo mandato británico mientras que Transjordania y Egipto ocuparon la parte restante destinada por la Organización de las Naciones Unidas al Estado árabe-palestino: Egipto ocupó la Franja de Gaza y Transjordania ocupó Cisjordania y Jerusalén, refundando el país con el nombre de Jordania.⁵⁵ Miles de palestinos fueron obligados a desplazarse a la Franja de Gaza, a Cisjordania y a otros países árabes vecinos dando origen al problema de los refugiados palestinos que hoy en día perdura. En la zona israelí quedó aproximadamente un tercio de la población árabe palestina, quienes adquirieron la nacionalidad israelí. Sin embargo, hasta 1966 vivieron sujetos a la ley marcial y muchos de ellos sufrieron expropiación de sus tierras y propiedades por parte del Estado de Israel, que las destinó a los nuevos inmigrantes judíos.⁵⁶

La resolución 194 de la AGNU reconoció el derecho al retorno de los refugiados palestinos y creó la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados Palestinos (UNRWA por sus siglas inglesas) con la esperanza de un retorno inmediato. Sin embargo, esto no sucedió e incluso Israel hizo pública su postura de rechazo al retorno de los refugiados. Así fue como la guerra de 1948 provocó que los palestinos perdiesen su estatus mayoritario y su esperanza de controlar el territorio, costándole a la mayoría de ellos su hogar, su tierra y su propiedad. A su vez, generó el establecimiento de un Estado de Israel con fronteras más extensas que las propuestas por la resolución 181. Aun más, la guerra de 1948 hizo que Jerusalén, designada como una ciudad internacional en el plan de partición, se convirtiera en una ciudad dividida: al oeste bajo el control de Israel y al este bajo el control de Jordania.

Finalizada la guerra en 1949 se firmaron un serie de acuerdos conocidos como “armisticio árabe-israelí” entre Israel y Egipto, Líbano, Jordania y Siria. En dichos acuerdos se establecieron fronteras

⁵⁵ Territorios palestinos (16 junio de 2021). En *Wikipedia*. Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/Hamás>.

⁵⁶ Se dice esto porque su tierra quedó en manos de la ‘Autoridad del Desarrollo’ que podía venderlas únicamente al Estado, al Fondo Nacional Judío, a los municipios o a la “institución para el asentamiento de los árabes sin tierra” (que nunca llegó a crearse). El Fondo compró 2.373.676 dunams, que permitió que aquellas tierras no sean recuperadas por los palestinos. Más tarde, en 1961, el Fondo Nacional Judío y el Estado firmaron un acuerdo por el cual las condiciones del Fondo se extendían también a las tierras estatales, que juntas son el 90 por ciento de la tierra de Israel. Esto significa que este suelo, por ley, estará siempre limpio de población no judía (Izquierdo Brichs, F. (2007). *Las raíces del apartheid en Palestina: la judalización del territorio durante el Mandato Británico*. *Scripta Nova: Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*).

de facto,⁵⁷ conocidas como “Green Lines”, que separaban el territorio del Estado de Israel del territorio reivindicado por el ‘Estado de Palestina’. El objetivo de dichos acuerdos fue “eliminar la amenaza a la paz en Palestina, y para facilitar la transición de la presente tregua a la paz permanente en Palestina”.⁵⁸ Sin embargo, los acuerdos de paz nunca se firmaron, por lo que actualmente no existen fronteras ‘*de iure*’.

La guerra transcurrida en el año 1948, que los palestinos evocan como año del desastre (al-Nakbah), marcó la fragmentación de la sociedad árabe palestina y la dispersión de su gente. Por su distribución geográfica, tres fueron las agrupaciones palestinas más relevantes: la que permaneció dentro de las fronteras de Israel; la que permaneció en Gaza y Cisjordania; y la de la diáspora. Esta última fue la que más fervor expresó el sentimiento de pérdida y la que emprendió la reconstrucción de su comunidad en el exilio. Las circunstancias impuestas por la posguerra (segmentación y dispersión) y por los nuevos Estados árabes (tutela sobre la cuestión palestina) desmovilizaron completamente a su comunidad, que fue agravada por la ausencia de liderazgo e instituciones políticas nacionales, desmanteladas (o agotadas) por las fuerzas británicas durante la revuelta de 1936-39 y frenadas por los nuevos poderes estatales (Jordania e Israel).⁵⁹

De esta forma, se fue embrionando un Consejo Nacional Palestino, encabezado por figuras prominentes de varias comunidades palestinas. Tras la recomendación de la Liga Árabe de la creación de una organización representativa del pueblo palestino, el Consejo se reunió por primera vez y creó la coalición de movimientos políticos y paramilitares llamada “Organización para la Liberación de Palestina”.⁶⁰ El objetivo era crear un grupo que se erigiera como gobierno de los refugiados palestinos de la Guerra árabe-israelí de 1948.⁶¹

⁵⁷ Sin embargo, dichas fronteras no deben ser consideradas “[...]in any sense as a political or territorial boundary, and is delineated without prejudice to rights, claims and positions of either Party to the Armistice as regards ultimate settlement of the Palestine question”. Artículo V del Acuerdo armisticio árabe-israelí entre Egipto e Israel el 24 de febrero de 1949.

⁵⁸ Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 16 de noviembre de 1948. Recuperada de: [https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/62\(1948\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/62(1948)).

⁵⁹ Abú Quevedo, J. (2005). La cuestión Palestina: identidad nacional y acción colectiva. (Tesis doctoral: Universidad Complutense de Madrid), p. 107. Recuperado de: <https://elibro.net/es/ereader/udesa/87075?page=107>.

⁶⁰ Ortega Villar, T. (2018) La ONU en Palestina. *Revista Aequitas Nro. 12*, p. 76. Recuperado de: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=>.

⁶¹ Organización para la Liberación de Palestina (21 mar 2021). En *Wikipedia*. Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/Hamás>.

Inicialmente la OLP fue apoyada y controlada por el gobierno egipcio de Nasser pero luego de la guerra de los seis días y la posterior renuncia de Yahya Hammuda, fue liderada por Yasir Arafat, líder y fundador del partido político *Fatah*.⁶² La OLP fue ganando reputación internacional e incluso la AGNU a través de la Res. 67/19 -que más adelante se relacionará- reconoció a la organización como el único representante del pueblo palestino.

Tras la guerra de los seis días (1967), Israel logró derrotar a los países árabes y tomó el control de los territorios que habían sido ocupados por Egipto, Jordania y Siria. Así fue como la Franja de Gaza, la Península de Sinaí, Cisjordania, los Altos de Golán y Jerusalén se volvieron territorios controlados por Israel. En 1979 Egipto renunció a sus demandas sobre la Franja de Gaza tras firmar un tratado de paz con Israel, mientras que Jordania hizo lo propio con Cisjordania.⁶³

En 1988, con Arafat al mando, la OLP proclamó la independencia del Estado de Palestina, reconoció implícitamente al Estado de Israel y renunció al uso del terrorismo para conseguir los objetivos políticos de la causa palestina: un Estado independiente (con capital en Jerusalén del Este) y el reconocimiento del derecho al retorno de los palestinos refugiados.⁶⁴

Tras la Conferencia Internacional de Paz que se llevó a cabo en Madrid en 1991, se dio lugar a una serie de negociaciones separadas entre Israel y Siria; Israel y Líbano; e Israel y una delegación palestina. De esta última se derivaron los Acuerdos de Oslo, que fueron negociados por la OLP y de los cuales surgió la Autoridad Nacional de Palestina cuyo presidente electo fue el mismo Arafat. Sin embargo, los Acuerdos de Oslo que buscaban cumplir con la resolución 242 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas fracasaron.

En dichos acuerdos se acordó dividir el territorio en tres áreas (A, B y C) y crear a la ANP como entidad transitoria para: (i) controlar la seguridad y la administración civil en la Franja de Gaza y en las zonas urbanas de Cisjordania (área A); y (ii) controlar la administración civil en las áreas rurales

⁶² Organización para la Liberación de Palestina. Eured: Enciclopedia en la red. Recuperado de: https://www.ecured.cu/Organización_para_la_Liberación_de_Palestina.

⁶³ Urrutia Arestizábal, P. (2011). Conflicto palestino-israelí: ¿Más proceso que paz?: veinte años de propuestas frustradas y claves de la nueva encrucijada. *Quaderns de Construcció de Pau nro. 23*. p. 6. Recuperado de: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Espana/ecp/20161219053029/pdf_1457.pdf.

⁶⁴ Villamarín Pulido, L. A. (2017). *Geopolítica del Terrorismo Islámico, Isis, Al Qaeda, Talibán, Hizbolá* (p. 36-37). Nueva York: Createspace.

de Cisjordania (área B). Sin embargo, el control de la economía, los asuntos civiles y de seguridad del área C -que supone más de la mayoría del territorio de Cisjordania- se encuentra bajo control total israelí.⁶⁵ Además, tanto en las tres áreas como en la frontera de Gaza, las autoridades israelíes tienen el control total de la seguridad externa, por lo que, Israel mantiene el control militar sobre toda el área. Es por ello que se entiende que el gobierno palestino se encuentra sumamente limitado por el control israelí.

Paralelamente, se fue embrionando el movimiento de resistencia islámico llamado *Hamas* que desafió la primacía de *Fatah* y llevó a cabo una serie de ataques suicidas en contra de Israel para evitar que prospere el proceso de paz. Su objetivo original, definido en su carta fundacional, fue el establecimiento de un Estado islámico en la región histórica de Palestina, que comprendería los actuales territorios de Israel, Cisjordania y la Franja de Gaza, con capital en Jerusalén.⁶⁶ Hamas resistió todas las solicitudes de adherirse a los anteriores acuerdos que los palestinos tenían con Israel.

En marzo del 2005, tras la muerte de Arafat y después de las elecciones que llevaron a Mahmoud Abbas a ser el Presidente de la ANP, *Hamas* y *Fatah* llegaron a un acuerdo en el que accedieron a terminar con el terrorismo en contra de Israel. En las elecciones legislativas del 2006 el partido de *Hamas* ganó y obtuvo la mayoría de los asientos en el Consejo de Legislatura Palestina. *Fatah* y otras facciones se negaron a participar del nuevo gobierno por sus diferencias políticas. En el 2007 se firmó en Mecca la formación de la Unidad de un Gobierno Nacional. Sin embargo, la violencia escaló y *Hamas* tomó control sobre la frontera de Gaza mientras que *Fatah* sobre Cisjordania, creándose entonces dos gobiernos separados.

En 2011, Mahmoud Abbas (líder palestino) puso en marcha la iniciativa conocida como 'Palestina 194' en un intento de hacer que Palestina ingresase a las Naciones Unidas como miembro. Sin embargo, dicha iniciativa nunca fue votada por el Consejo de Seguridad porque no contó con el apoyo de los nueve – el número necesario para que una medida se adopte- de los quince miembros que forman el Consejo de Seguridad. Sin embargo, tampoco hubiese obtenido el voto favorable de

⁶⁵ Maas Perez, Y. P. (2013). *Responsabilidad internacional de Israel por la violación de los derechos humanos en los territorios ocupados de Palestina: el caso de Cisjordania (2002-2011)* (Tesis doctoral: Universidad Nacional Autónoma de México), p. 77. Recuperado de: <http://132.248.9.195/ptd2014/enero/0707283/0707283.pdf>.

⁶⁶ Hámás (21 de julio de 2021). En *Wikipedia*. Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/Hamás>.

todos los miembros permanentes (según lo dispone el artículo 27 de la CNU) ya que Estados Unidos había anunciado su intención de vetar la resolución en el caso de ser sometida a votación, haciendo valer su condición de miembro permanente.⁶⁷

Ante el fracaso de esta iniciativa, la AGNU aprobó la Resolución 67/19 que reconoce a Palestina como Estado en Derecho Internacional, aunque no sea miembro de la Organización, pasando de ser una “entidad no miembro de la Organización” a un “Estado no miembro”. De los 193 miembros de la Organización, el documento fue aprobado con un quórum significativo: solo 9 votos en contra,⁶⁸ 41 Estados se abstuvieron,⁶⁹ 138 votaron a favor y 5 ausentes.⁷⁰

1. Actualmente Palestina no es un Estado

La historia demuestra que Palestina nunca ha llegado a consolidarse como Estado. No cabe duda que estamos en presencia de un pueblo que busca independizarse, pero que hoy en día no cumple los requisitos establecidos en la Convención de Montevideo. Tuvo la oportunidad de ser un Estado con la propuesta del plan de partición, pero esa oferta caducó en el momento en que la rechazó y optó por la guerra.

Actualmente, el ‘Estado de Palestina’ ha sido reconocido por ciento treinta y nueve de los ciento noventa y tres Estados miembros de las Naciones Unidas. También ha sido reconocido por la República Árabe Saharaui Democrática, la Santa Sede, la Organización para la Cooperación Islámica, Movimientos de Países no Alineados y la Liga Árabe. Incluso, como señalé anteriormente, su estatalidad fue reconocida por las Naciones Unidas al cambiar su estatus a “Estado observador no miembro”.

Sin embargo, como se demostrará en el capítulo cuarto, el reconocimiento de estatalidad ejercido por terceros Estados u organizaciones internacionales no tiene efectos constitutivos. El carácter de estatalidad es conferido por normas de derecho internacional y no mediante actos discrecionales de otros Estados u organizaciones. Es por ello que, dicho reconocimiento otorgado a ‘Palestina’, está

⁶⁷ Panganiban, ob. cit., p. 84. Explica la autora que así lo ha dicho Obama en su discurso de septiembre del 2011.

⁶⁸ Canadá, Estados Unidos, Islas Marshall, Israel, Micronesia, Nauru, Palau, Panamá y la República Checa.

⁶⁹ Albania, Alemania, Andorra, Australia, Bahamas, Barbados, Bosnia / Herzegovina, Bulgaria, Camerún, Colombia, Corea, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Fiji, Guatemala, Haití, Holanda, Hungría, Letonia, Lituania, Macedonia, Malawi, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Polonia, Reino Unido, República Democrática del Congo, Rumania, Rwanda, Samoa, San Marino, Togo, Tonga y Vanuatu.

⁷⁰ Guinea Ecuatorial, Kiribati, Liberia, Madagascar y Ucrania.

lejos de ser un argumento para sostener que es un Estado, aunque sí tiene efectos políticos muy importantes.

Al respecto, Marcelo G. Kohen (2006) refiriéndose al caso de Palestina y la República Árabe Saharaui Democrática explica que:

These entities benefit from wide international recognition and are even members of regional organisations (the League of Arab States and the African Union, respectively). This remarkable fact has not transformed them into States, even if they are entitled to the right to be constituted as States. The starkest evidence is provided by their authorities: they act at the international level through their national liberation movements, rather than through the 'State' apparatus. Thus, international recognition is not the decisive criterion for secession. It essentially remains a political choice [el subrayado me pertenece]⁷¹.

En síntesis, el reconocimiento efectuado al 'Estado palestino' solo se trata un acto político que demuestra apoyo a la causa palestina y la existencia de presiones políticas para que en un futuro se convierta en un Estado. Sin embargo, dicho reconocimiento no configura su estatalidad. La única forma de lograr el establecimiento de un Estado palestino es a través del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención de Montevideo; y para cumplir con dichos requisitos es necesario que previamente, el pueblo palestino ejerza su derecho a la secesión ya que éste fenómeno es el único que le permitirá cumplir con el requisito de territorialidad del que hoy carece.

B. El derecho a la libre determinación de los pueblos: concepto, caracteres y evolución

A continuación analizaré el derecho a la libre determinación de los pueblos para demostrar que se aplica a todos los pueblos y no solo a los coloniales. Sin embargo, dicho precepto se contrapone con otro derecho fundamental del derecho internacional: el de la integridad territorial. Por ello, también demostraré que el derecho de integridad territorial encuentra su límite en la libre determinación de los pueblos. Luego, analizaré cómo se aplica al caso palestino.

⁷¹ Kohen, M. G. (2006). Secession and Self Determination. *Secession: International Law Perspectives* (p. 13). New York: Cambridge.

1. Derecho a la libre determinación de los pueblos: concepto

El derecho a la libre determinación establece la libertad de todos los pueblos de determinar, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural.⁷² En palabras de González Napolitano “constituye el derecho de los pueblos a determinar qué tipo de régimen político, económico y social considera más adecuado para sí mismo”.⁷³ En efecto, es un deber que tiene cada Estado con su pueblo y cada gobierno con la Comunidad Internacional.

Dicho precepto le reconoce: a los pueblos coloniales su autodeterminación externa (a través de su independencia); y a los pueblos no coloniales su autodeterminación interna, es decir, el derecho a que toda la población del Estado sea tratada en pie de igualdad, a no ser excluidos del gobierno de Estado ni perseguidos por su raza, credo o color. Como bien explica Brownlie, la libre determinación externa de los pueblos no coloniales, entendida como secesión remedial, sigue siendo una cuestión controvertida.⁷⁴

Si bien es considerado un principio del derecho internacional y un principio de los derechos humanos, su obligatoriedad surge por ser una norma consuetudinaria de carácter general.⁷⁵ Así lo dispuso la Corte Internacional de Justicia (en adelante “CIJ”) en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, al determinar que la adopción por parte de los Estados del texto de la Resolución 2625 (XXV), es un indicador de su *opinio iuris*.⁷⁶ Años más tarde, en la Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010 relativa a la declaración unilateral de independencia de Kosovo, la CIJ volvió a reiterar el carácter consuetudinario de dicha resolución.⁷⁷

⁷² Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, adoptada el 24 de octubre de 1970.

⁷³ González Napolitano, S. S. (2015). *Lecciones del Derecho Internacional Público* (p. 64). Buenos Aires: Erreius.

⁷⁴ Crawford, J. y Brownlie, I. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. Edición Nro. 8. (p. 647). Oxford: Oxford University Press.

⁷⁵ Así se demuestra con las numerosas resoluciones de las Naciones Unidas que han sido adoptadas por unanimidad o por abrumadoras mayorías; y además, viendo como se han incorporado en tratados internacionalmente consentidos las disposiciones derivadas del derecho a la libre determinación.

⁷⁶ Corte Internacional de Justicia, Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos). Sentencia del 27 de junio de 1986, I.C.J. Reports: 1986, párrafos 101-103.

⁷⁷ Corte Internacional de Justicia. “Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración unilateral de Independencia relativa a Kosovo”. Opinión consultiva del 22 de julio de 2010. I.C.J. Reports: 2010, párrafo 80.

a) *Desarrollo histórico*

Su origen se remonta al Congreso de Viena de 1815 donde se admitió por primera vez el principio de las nacionalidades en el estrecho marco del derecho de ciertos grupos a mantener sus características distintivas. Así fue que el tratado de Turín de 1860 entre Francia y Cerdeña acordó la cesión a Francia de Niza y Saboya previa consulta popular; y la cesión a los Estados Unidos de Norteamérica de las Islas Saint Thomas y Saint Jean por parte de Dinamarca (1917).⁷⁸ Sin embargo, como sostiene Julio Barboza “la noción de que los pueblos tienen derecho a disponer de su destino es moderna: el derecho clásico no lo admitía”.⁷⁹

Gracias a la Conferencia de San Francisco se adoptó en la ONU el derecho a la libre determinación de los pueblos. Se hace mención expresa a dicho principio en los artículos 1.2⁸⁰ y 55⁸¹ e implícitamente en el Capítulo XI sobre territorios no autónomos y el compromiso de los administradores con ellos⁸² y en el Capítulo XII⁸³ relativo a los territorios bajo administración fiduciaria.⁸⁴ Sin embargo, para las potencias colonizadoras, su relación con esos territorios era una materia de derecho interno y la libre determinación solo era una expresión de los objetivos de la Carta, que no alcanzaba a constituir una norma jurídica creadora de obligaciones duras y de cumplimiento inmediato.⁸⁵

Claramente en 1945 la libre determinación de los pueblos no significaba la proclamación de un verdadero derecho, sino que se entendía en el marco de un Estado y “tenía una relación directa con los eventos relativos a las guerras mundiales -interestatales- que habían motivado la creación

⁷⁸ de Clément, Z. D. (2019). *Libre Determinación vs Autodeterminación de los Pueblos Situación de los Catalanes y de los Mapuches* (p. 5). Recuperado de: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/libredeterminacionpueblocataluniamapuche.pdf>.

⁷⁹ Barboza, J. (2008). *Derecho Internacional Público* (p. 323). Buenos Aires: Zavalia.

⁸⁰ Art. 1.2 ONU: La ONU fue creada, entre otros fines, para “[f]omentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”.

⁸¹ En dicho artículo se establece que: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá [...]”.

⁸² En el artículo 73 de dicho capítulo se establece que los miembros de la ONU “que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio [...] se obligan a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas”.

⁸³ En el artículo 76 inc. B) de dicho capítulo se establece que uno de los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria es el de “[p]romover el adelanto político, económico, social, educativo de los habitantes de los territorios fideicometidos y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia, teniéndose en cuenta [...] los deseos libremente expresados de los pueblos interesados [...]”.

⁸⁴ de Clément, ob. cit. pp. 9-10.

⁸⁵ Barboza, ob. cit. p. 324.

sucesiva de la Sociedad de Naciones y de la ONU".⁸⁶ Sin embargo, dicha concepción comienza a cambiar a partir de la segunda mitad del siglo XX con las reivindicaciones independentistas de los pueblos colonizados.

En 1960 la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (Res.1514 (XV) AGNU) estableció que la sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjera constituye una violación a los derechos humanos fundamentales y resulta contraria a los propósitos de la CNU. De esta manera, deja en claro que "todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación" precisando las modalidades para que "los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa".⁸⁷

Este principio aplicado únicamente a los pueblos coloniales es ampliado por la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad, adoptada por la AGNU en su Resolución 2625 (XXV). En ésta se determinó que "todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta", a través del "establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo". Asimismo, se consagró el derecho de los pueblos sojuzgados a repeler la fuerza del dominador y recibir ayuda, debiendo todo Estado abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia.

Sin embargo, el penúltimo párrafo de la Resolución recuerda que ninguna de las disposiciones precedentes "se entenderá[n] en el sentido de que autoriza[n] o fomenta[n] cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, 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 descritos, y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color".

⁸⁶ Aguayo Armijo, F. (2016). La Situación de Crimea: Los Fundamentos y Los Límites del Derecho Internacional. *Revista chilena de derecho*, 43(1), 219-250. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100010.

⁸⁷ Aguayo Armijo, ob. cit.

De esta precisión surgen diferentes posturas. Por un lado, autores como Julio Barboza entienden que el principio aludido se aplica únicamente a los pueblos coloniales (y no a las minorías que quieran secesionarse). Según el autor, esto es así porque la regla consuetudinaria se formó sobre la práctica de Naciones Unidas solamente con respecto a los pueblos coloniales, cuyo territorio se define en la Resolución 1514 como “geográficamente separado y étnicamente o culturalmente distinto del país que lo administra”. Además, dicho concepto fue reafirmado por la Resolución 2625 que establece que “[e]l territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene [...] una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra y esa condición [...] existirá hasta que [...] haya ejercido su derecho de libre determinación [...]”. Explica Barboza, que con estas disposiciones se trató de evitar que, mediante una declaración del administrador del territorio no autónomo, el asunto se transformara en una cuestión de derecho interno fuera del alcance de las Naciones Unidas.⁸⁸

Respecto de la interpretación *a contrario sensu* del penúltimo párrafo antes mencionado de la Res. 2625, Barboza reconoce que podría excederse del alcance de los pueblos coloniales. Sin embargo, argumenta que dicho texto fue adoptado en el contexto de descolonización y, en tanto no se trate de ese proceso, no ha sido admitido por la práctica internacional. Por lo tanto, a su criterio, dicha frase continúa teniendo el carácter recomendatorio de todas las resoluciones de la AGNU, a diferencia de otras partes del texto que pasaron a incorporarse al derecho consuetudinario internacional.⁸⁹

Por otro lado, autores como Aguayo Armijo entienden que esta precisión es fundamental para comprender dos cosas. En primer lugar, que el derecho a la libre determinación de los pueblos no es sinónimo de secesión ya que dicho derecho puede ser respetado en el marco de un Estado preexistente, es decir, por medio de la libre determinación interna.⁹⁰ En segundo lugar, que la integridad territorial de los Estados encuentra su límite en el principio de libre determinación de los pueblos ya que no se autorizan o fomentan las acciones destinadas a quebrantar la integridad territorial, en tanto y en cuanto los países soberanos se conduzcan con el principio de libre determinación.

Esta postura es adoptada por gran parte de la doctrina, entre ellos González Napolitano, quien considera que el principio contenido en la Res. 2625 (XXV) permite afirmar que el derecho a la

⁸⁸ Barboza, ob. cit. p. 326.

⁸⁹ Barboza, ob. cit. p. 326.

⁹⁰ Aguayo Armijo, ob. cit.

libre determinación se aplica a todos los pueblos de cualquier Estado. En otras palabras, la libre determinación externa no se restringe únicamente a los pueblos coloniales. Explica González Napolitano que si un gobierno no es representativo de uno o varios pueblos que lo integran, ya sea por diferencias de credo, etnia o cultura, debe permitir que dicho pueblo, si así lo desean, ejerza su derecho a la libre determinación, el cual puede desarrollarse de varias formas, no necesariamente a través de la secesión del Estado en que se encuentra.⁹¹

Por su parte, la Res. de la AGNU 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974 respecto de la definición de agresión, deja en claro que:

Nada de lo establecido en la definición y en particular en el artículo 3 [que establece que ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal] podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia [...] de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera [el subrayado me pertenece]; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada.

En el mismo sentido, la Res. 65/201 del 2011 y la Res. 67/157 del 2012 confirman la universalidad del derecho a la libre determinación al establecer que “la realización universal del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, incluidos los sometidos a dominación colonial, extranjera y externa, es un requisito fundamental para que se garanticen y respeten efectivamente los derechos humanos y se preserven y promuevan esos derechos” (artículos 1 y 2 respectivamente).

En definitiva y en consonancia con las conclusiones de de Clément, la Res. 2625 (XXV) ha establecido un comportamiento estatal conforme al principio de libre determinación al señalar que debe poseer un “gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color”. En consecuencia, esta conducta resulta condicionante de la garantía de integridad territorial del Estado.⁹²

⁹¹ González Napolitano, ob. cit., p. 65.

⁹² de Clément, ob. cit. pp. 11-12.

b) *Se trata de una norma de ius cogens*

La relevancia del derecho de libre determinación de los pueblos no ha dejado de ser reiterada a lo largo de los años en numerosos instrumentos de muchos organismos internacionales, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), adoptados por la AGNU en su resolución 2200 A (XXI); el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa (1975);⁹³ la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993;⁹⁴ la Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas, adoptada por la AGNU en 1995; el Informe de la Conferencia Internacional de Expertos de la UNESCO sobre el Ejercicio del derecho de autodeterminación como contribución a la prevención de conflictos (1998); la Resolución sobre la Realización Universal del Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación; y la Resolución sobre la Promoción de un orden internacional democrático y equitativo. Asimismo, ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en los casos de Namibia, Sahara Occidental y Timor Oriental.

Con respecto a Namibia, desde 1950 a 1971 la CIJ emitió varias opiniones consultivas respecto del sistema de apartheid llevado a cabo por el mandato de Sudáfrica. En la última opinión consultiva, titulada “Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia”, confirmó que la política gubernamental oficial aplicada por Sudáfrica en Namibia tendía a lograr una completa separación física de razas o grupos étnicos. Eso significa la imposición de distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, lo que constituye una denegación de derechos humanos fundamentales. Esto es, a juicio de la Corte, una violación flagrante de los propósitos y principios de la CNU.⁹⁵ En consecuencia, se afirmó que Namibia debía ser libre del apartheid y reconocido como un Estado independiente. La opinión concurrente del juez Ammoun enumeró a más de 50 Estados que se volvieron independientes luego de la segunda guerra mundial como resultado del ejercicio de la libre determinación. Para el magistrado, el derecho a la

⁹³ Que supuso, entre otros, el establecimiento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

⁹⁴ Que supuso, entre otros, el establecimiento del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

⁹⁵ Corte Internacional de Justicia. “Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)”. Opinión consultiva del 21 de junio de 1971. I.C.J. Reports: 1971, párrafo 131.

libre determinación ha sido escrito "with the blood of the peoples"⁹⁶. Sin lugar a dudas, la presente opinión consultiva demuestra que el derecho a la libre determinación es un derecho tangible y ejecutable, que va más allá de un 'derecho a ser tomados en serio'.⁹⁷

Autores como Joel Day entienden que Namibia marca un precedente muy importante respecto de los pueblos que quieren ejercer su derecho a la libre determinación:

Though the central issue of Namibia was not whether or not secession was legally justified, the case sets a strong precedent of support for persecuted peoples desiring self-governance – not one imposed from above. Namibia sets the stage for understanding self-determination as a way of giving self-governance to people violently denied it.⁹⁸

Sin embargo, otros doctrinarios como Klabbers (2006) sostienen que si bien parece que la Corte acepta la existencia de un derecho sustantivo y ejecutable, "the Court in Namibia stopped short of applying it. Nor did it have to, of course, as the request submitted by the General Assembly concerned the legal consequences of a Security Council resolution, rather than whether the population of Namibia would have a right to self-determination".⁹⁹

Cuatro años más tarde, en el caso relativo al Sahara Occidental, la CIJ indicó que no había encontrado "legal ties of such a nature as might affect the application of resolution 1514 (XV) in the decolonization of Western Sahara and, in particular, of the principle of self-determination through the free and genuine expression of the will of the peoples of the Territory".¹⁰⁰ Nuevamente las aguas se dividen: por un lado, quienes entienden que esta frase democratiza el concepto de libre determinación (aunque se aplica únicamente a un grupo definido dentro de un territorio);¹⁰¹ y por otro lado, quienes entienden que la CIJ utiliza el término 'principio' como opuesto al término 'derecho' como señal de que la libre determinación no tiene efectos *erga omnes*, sino que se trata de una mera recomendación. A esta segunda postura se adhiere Jan Klabbers quien considera que las Cortes han convertido dicho precepto en un principio 'abierto' y lo han separado de su 'gemelo

⁹⁶ Corte Internacional de Justicia. "Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)". Opinión consultiva del 21 de junio de 1971. Opinión separada del Vicepresidente Ammoun. I.C.J. Reports: 1971, párrafo 5.

⁹⁷ Klabbers, J. (2006). The Right to Be Taken Seriously: Self-Determination in International Law. *Human Rights Quarterly*, 28(1), 186-206. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/20072728>.

⁹⁸ Day, J. (2012). *The Remedial Right of Secession in International Law* (p. 22). Recuperado de: <https://ottawa.scholarsportal.info/ottawa/index.php/potentia/article/view/4393/3669>.

⁹⁹ Klabbers, ob. cit.,192.

¹⁰⁰ Corte Internacional de Justicia. "Sahara Occidental". Opinión consultiva del 16 de octubre de 1975. ICJ Reports: 1975, párrafo 162.

¹⁰¹ Day, ob. cit., p. 22.

siamés' (que es el derecho a la secesión). Como resultado, opina el autor, se ha concebido al derecho de libre determinación como una mera norma de procedimiento.¹⁰² Para él, incluso la democracia podría convertirse en una tiranía de la mayoría y, dado el caso, la aplicación de dicha garantía de procedimiento será muy valiosa. Así explica que:

Surely, in addition to individuals, groups have certain things that concern them as groups; it is hence of the utmost importance that groups be heard. This does not amount to a right to secede and form a state of their own but instead replaces such an unhelpful, if romantically attractive, right with something far more practical: the right to be taken seriously.¹⁰³

Sin embargo, esta postura es debatida por Day quien opina que Klabbers omite dos cosas:

First, the court referred to “the principle of self-determination as a right of peoples” indicating that the ICJ understood self-determination to be a right of peoples codified by legal precedent stipulated in prior UN documents (International Court of Justice, Western Sahara 38). Second, Western Sahara was meant to assist the General Assembly in determining sovereignty over a decolonised territory amidst competing territorial claims. The fact that the court concluded by highlighting the right of selfdetermination of peoples within a territory shows that there is an intrinsic standard linking territory to the right of self-governance.¹⁰⁴

El caso de Timor Oriental (1995) consolida la postura de Day. En dicho caso, la Corte reafirmó que el principio a la libre determinación es “irreprochablemente” de carácter *erga omnes*. A su criterio, se trata de un principio esencial del derecho internacional contemporáneo, que ha sido reconocido por la Carta de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia.¹⁰⁵ En consonancia con la conclusiones derivadas por Day, queda claro que “[t]he principle of erga omnes mandates that territorial self-governance of a people is fundamentally incumbent on the international community to protect, even perhaps above state sovereignty in some instances.”¹⁰⁶

Por todo lo expuesto, resulta evidente que se trata de una norma de *ius cogens* y en consecuencia, el sojuzgamiento por la fuerza de los pueblos contrariaría una norma de tal carácter. Sin embargo, el principio de libre determinación de los pueblos siempre ha sido interpretado restrictivamente. En

¹⁰² Klabbers, ob. cit., p. 205.

¹⁰³ Klabbers, ob. cit., p. 206.

¹⁰⁴ Day, ob. cit., p. 22.

¹⁰⁵ Corte Internacional de Justicia. “Caso relativo al Timor Oriental” (Portugal v. Australia). Sentencia del 30 de junio de 1995. I.C.J. Reports: 1995, párrafo 28.

¹⁰⁶ Day, ob. cit., p. 23.

especial, por el riesgo de que pudiese ser entendido por las diferentes poblaciones y etnias como la consagración de un derecho ilimitado de secesión.¹⁰⁷

c) *Caracteres*

Para que se configure un pueblo deben presentarse tres elementos: un elemento objetivo, un elemento subjetivo y la posesión de un territorio. Ninguno de estos elementos es suficiente por sí mismo, por lo que deben presentarse todos en forma conjunta. El elemento objetivo está compuesto por todos aquellos vínculos sociológicos existentes al interior del grupo y determina una homogeneidad expresada en la lengua, los usos, las costumbres y tradiciones; en fin, la cultura.¹⁰⁸ Por su parte, el elemento subjetivo, que toma mayor relevancia ante la insuficiencia del objetivo, está constituido por el expreso deseo de los miembros del grupo a pertenecer.¹⁰⁹ En cuanto al elemento territorial, John A. Collins explica que “debe haber una afinidad entre la tierra y el pueblo para poder ejercitar el derecho de libre determinación”.¹¹⁰

En este punto, Giovanni Forno Flórez (2003) diferencia el concepto de ‘pueblo’ del concepto de ‘población’. Los Estados multinacionales, engloban una diversidad de pueblos que no tienen más relación entre sí que la de hallarse sometidos al mismo poder estatal. Sin embargo, en el tema en cuestión, existe una estrecha relación entre pueblo y Estado: el principio de libre determinación está referido al pueblo, que es también uno de los elementos esenciales del Estado. Por tanto, es un derecho del pueblo y un deber del Estado.¹¹¹

Desde el momento en que se dibuja una nueva personalidad de un grupo (minoría por excelencia) y éste comienza a reclamar algunos derechos elementales, el Estado debería propiciar la integración nacional sin violar sus derechos humanos. La integración puede lograrse a través de dos procedimientos, los cuales han sido clasificados por C. Palley como impositivos o asimilativos: “Los primeros son aquellos que se concentran en una persecución ya sea abierta o encubierta, sistemática de los elementos fundamentales del pueblo que se desea anexas, su lengua y su cultura.

¹⁰⁷ de Clément, ob. cit., pp. 9-10.

¹⁰⁸ Forno Flórez, G. (2003). Apuntes sobre el principio de la libre determinación de los pueblos. *Agenda Internacional*, 9(18), p. 99. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8248>.

¹⁰⁹ Forno Flórez, ob. cit., p. 100.

¹¹⁰ Collins, ob. cit., p. 151.

¹¹¹ Forno Flórez, ob. cit., p. 101.

Los procedimientos asimilativos, son los que garantizan el respeto de los derechos humanos y la paz”.¹¹²

d) Restricciones al principio de libre determinación

Como ya he adelantado, la aplicación del principio de libre determinación no debe ser irrestricta. Es necesario tener en cuenta la situación real de cada pueblo y los vínculos que lo unen. Forno Flórez explica que:

[...] si el pueblo que ejerce la libre determinación puede obtener lo que requiere para preservar su existencia sin causar a otros perjuicios innecesarios, parece claro que lo debe hacer así. El criterio de la necesidad debe constituir, por lo tanto, el criterio definitivo que decida si el ejercicio del derecho debe ser condicionado o incondicionado. El contenido del derecho es exactamente el mismo; lo que varía es el uso que se le da, que en el caso de una aplicación condicionada es más restringido.¹¹³

Al respecto, Obieta Chalbaud sostiene que

Dado que la comunidad internacional está constituida fundamentalmente por Estados y que estos son los sujetos primarios, si no exclusivos, de ella, la aplicación de la autodeterminación en un pueblo determinado abre siempre la posibilidad, por muy remota que esta sea, de la secesión de ese pueblo respecto del Estado al que hasta entonces había pertenecido y la de su constitución en un nuevo Estado. Tal posibilidad pone en contingencia, por un lado, el equilibrio actual de la comunidad internacional, que podría verse amenazado por el aumento desproporcionado de sus miembros y por las tensiones que tal aumento generaría en las relaciones internacionales y por otro, amenaza la misma integridad territorial del primitivo Estado.¹¹⁴

Por lo que las restricciones a dicho principio son dos: la intangibilidad de la integridad territorial y su aplicación a los pueblos bajo dominación colonial.

(1) Colisión de derechos: libre determinación e integridad territorial

La conservación de la unidad e integridad territorial de los Estados soberanos e independientes es un principio fundamental del derecho internacional contemporáneo. Se encuentra fuertemente ligado al principio de soberanía estatal que denota el derecho inalienable, exclusivo y supremo de ejercer su poder dentro de su territorio. Evoca el derecho de un Estado a preservar intacto su

¹¹² Citado por Forno Flórez, ob. cit. p. 102.

¹¹³ Forno Flórez, ob. cit. p. 103.

¹¹⁴ Citado por Forno Flórez, ob. cit. p. 103.

territorio, sin intervención de terceros en sus asuntos internos y externos ya que la integridad de su territorio es inviolable y no puede ser objeto de ocupación como resultado de la fuerza.

Así como todas las obligaciones internacionales tienen como punto de partida la voluntad de los Estados, todas las transgresiones al territorio de éste pueden ocurrir únicamente si ejerce su consentimiento previo. En consecuencia, resulta imposible la adquisición del territorio por la fuerza. Es por ello que, en principio, la injustificada declaración unilateral de independencia de un pueblo que forma parte de un Estado atentaría contra el principio de integridad territorial.

Ciertamente es un precepto que está arraigado al concepto de Estado ya que solo él tiene capacidad de disponer sobre ese territorio-población y, a su vez, un deber de velar por su conservación o unidad. Sin embargo, como sostiene de Clément no se trata de un derecho que tiene el Estado por el mero hecho de serlo, sino en tanto éste es la organización que representa y expresa la voluntad del pueblo de modo estable (pueblo organizado).¹¹⁵

Tiene como antecedente inmediato la CNU (artículo 2, apartado 4) y la Declaración sobre los principios referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados (resolución 2625 de 1970) que la AGNU adoptó por consenso. Se lo reconoce como una norma de *ius cogens*, es decir, una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional que no admite acuerdo en contrario, causando que cualquier norma contraria sea automáticamente nula conforme los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Como establece Forno Flórez (2003), “las Naciones Unidas, al consagrar el principio de libre determinación de los pueblos, han establecido una clara limitación al asegurar que el ejercicio del referido derecho no supone en ningún caso la división del territorio de los Estados”.¹¹⁶ Sin embargo, el autor considera que el problema es que se asimila la libre determinación con la secesión, cuando en realidad puede ejercerse dentro del marco del propio Estado y realizarse plenamente por medio de una reforma de su estructura política fundamental. Así explica que:

[...] el problema nace y subsiste porque los gobiernos, sistemáticamente, han insistido en negar la concesión de derechos a las nacionalidades que han tenido bajo su dominio y esta situación ha generado que las naciones oprimidas, marginadas, relegadas, terminen por buscar la secesión, es decir, la creación de su propio Estado independiente que los provea de la atención a sus necesidades,

¹¹⁵ de Clément, ob. cit. p. 12.

¹¹⁶ Forno Flórez, ob. cit. p. 104.

posibilidad existente siempre y cuando se ejerza la libre determinación, pero de ninguna manera una consecuencia necesaria de esta.¹¹⁷

Es decir, lo que resulta inadmisibles es “condenar a los pueblos a la dominación y el sojuzgamiento, más o menos irracional, más o menos solapado”.¹¹⁸

En la misma línea argumenta Alfred Cobban (2003), quien opina que aquel Estado que no ha sido capaz de proteger o promover en forma razonable los derechos de sus ciudadanos debe ser ‘condenado’ con la aprobación de la secesión de una parte de su territorio.¹¹⁹ En consonancia con lo antedicho José Antonio Pastor Ridruejo sostiene que:

[...] Los Estados que estén «dotados de un gobierno que represente la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color» son los que pueden beneficiarse de la cláusula de salvaguardia. Pero si un Estado tiene un Gobierno que no es representativo de todo el pueblo del territorio o que introduce distinciones por motivos de raza, credo o color, no queda amparado por la cláusula de salvaguardia y la parte del pueblo no representada puede ejercer el derecho a la libre determinación.¹²⁰

En definitiva, la integridad territorial no es un principio absoluto, sino que encuentra su límite en la libre determinación de los pueblos. La regla general es el respeto de la unidad nacional e integridad territorial de los Estados, pero existe una excepción de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso.

(2) Pueblos coloniales

Forno Flórez sostiene que autores como Lissitzyn, Halajczuk, Cubaque y Ortiz son fieles seguidores del respeto irrestricto a la integridad territorial ya que conciben que solo aquellos pueblos que se encuentran sometidos a dominación colonial pueden ejercer su libre determinación *ad extra*. Para los autores, aceptar lo contrario significaría romper la unidad y constituiría una amenaza para algunos Estados recién emancipados. Sin embargo, continúa explicando Forno Flórez, que doctrinarios como Remiro Brótons, González Campos, Pastor Ridruejo y Obieta Chalbaud se posicionan a favor de un derecho a la libre determinación universal. Al respecto, José A. Obieta Chalbaud explica que:

¹¹⁷ Forno Flórez, ob. cit. p. 104.

¹¹⁸ Forno Flórez, ob. cit. p. 104.

¹¹⁹ citado en Forno Flórez, ob. cit. p. 104.

¹²⁰ citado en Forno Flórez, ob. cit. p. 105.

De ser esta verdad, no existirían hoy como Estados ni Grecia, ni Italia, ni Noruega, ni Finlandia, ni Polonia, ni Checoslovaquia, ni Islandia ya que todos ellos hicieron uso de la autodeterminación, pero ninguno de ellos fue nunca una colonia y, por otra parte, los Estados a los que pertenecían -el Imperio Turco, el Imperio Austro-Húngaro, el Reino de Suecia, el Imperio Ruso y el Reino de Dinamarca- hubiesen tenido también un derecho inviolable a su integridad territorial.¹²¹

Por su parte, John A. Collins (1980) adhiere esta última postura al sostener que: “Therefore, self-determination is and should be considered, an inherent right of all peoples-colonial as well as non-colonial. To deny this is to suggest that non-colonial peoples have no right of self-determination. Such a theory runs counter to the very nature of self-determination”.¹²²

Lo mismo es establecido por H. Gros Espiell (2003) quien defiende que:

El principio a la libre determinación posee un carácter general que se aplica a todos los pueblos, según el artículo 55 de la Carta [...] Esto muestra que el derecho a la libre determinación de los pueblos es, de igual modo, un principio universal y que toda exclusión o discriminación respecto a algún o algunos pueblos, es violatoria de la Carta y del *Ius Cogens*. La aplicación, particularmente intensa del derecho a la libre determinación durante el llamado «proceso de descolonización» (...) es un hecho histórico [...] [E]l derecho a la libre determinación de los pueblos existe, vive y debe ser reconocido siempre, sin límites temporales ya que posee necesariamente una virtualidad permanente.¹²³

Definitivamente y en consonancia con las conclusiones derivadas del trabajo de Giovanni Forno Flórez, el derecho de libre determinación de los pueblos es un derecho humano colectivo que poseen todos pueblo por el simple hecho de serlo, por lo que, “[n]ingún pueblo puede ser privado de él porque es inherente a la colectividad y a las personas que la constituyen”.¹²⁴

e) *El derecho a la libre determinación del pueblo palestino*

No cabe duda alguna que existe un grupo étnico que ocupa un territorio determinado, aunque su dominio sobre el mismo sea restringido. El pueblo palestino configura los tres elementos necesarios para ser reconocido como un pueblo propiamente dicho. El contexto histórico demuestra por sí que los palestinos comparten una historia común y una cultura inalienable. Además, comparten un

¹²¹ citado en Forno Flórez, ob. cit. p. 107.

¹²² Collins, ob. cit., p 153.

¹²³ Citado en Ezeizabarrena, X. (2017). Derecho de libre determinación y derecho a decidir: nueva soberanía y Derechos Humanos en el siglo XXI. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, núm. 90, p. 22. Recuperado de: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho90.pdf>.

¹²⁴ Forno Flórez, ob. cit., p. 107.

lenguaje (árabe), una religión (islam), una vestimenta e incluso una bandera propia. Es una cultura totalmente opuesta a la cultura predominante en Israel. A su vez, los palestinos expresan constantemente su deseo de pertenecer a una población palestina. Esto se evidencia en actos tales como la declaración de la independencia, el uso de una bandera propia y su autodeterminación como palestinos.

En cuanto al territorio territorial, la frontera de Gaza y Cisjordania parece ser el territorio en el cual el pueblo palestino se desarrolla, dado la gran cantidad de palestinos que viven en dichas áreas. Al respecto, la C.I.A estableció que la población de Cisjordania está compuesta de 83% palestinos y 17% judíos (éstos últimos viven en asentamientos), mientras que la población de Gaza es homogénea y se estima que está compuesta en su totalidad por palestinos.¹²⁵ Así dice Francis A. Boyle (2003):

There lives the population of the Palestinian people; they have lived there forever, since time immemorial. They are the original inhabitants and occupants of this territory. They are fixed and determinate, and so they definitely constitute a distinguishable population.¹²⁶

La existencia de un pueblo palestino nunca se ha cuestionado a nivel internacional. Ya desde el mandato británico se reconocía su existencia, influenciada por el propósito de asegurar el derecho a su libre determinación. Al mismo tiempo, la comunidad internacional constantemente utiliza las palabras “palestinos” o “refugiados palestinos”. Incluso, la Corte Internacional de Justicia afirmó:

Con respecto al principio relativo al derecho de los pueblos a la libre determinación, la Corte observa que la existencia de un “pueblo palestino” ya no se cuestiona [el subrayado me pertenece] y ha sido reconocida por Israel, junto con los “legítimos derechos” de dicho pueblo. La Corte considera que esos derechos incluyen el derecho a la libre determinación, como lo ha reconocido la Asamblea General, por otra parte, en varias oportunidades.¹²⁷

A su vez, la misma existencia del pueblo palestino ha sido reconocida por Israel en el intercambio de correspondencia de 9 de septiembre de 1993, entre el Presidente de la OLP, Yasir Arafat y el primer ministro de Israel, Yitzhak Rabin. En dicha correspondencia, el Presidente de la OLP reconoció el derecho de Israel a existir en paz y seguridad y en respuesta el primer ministro

¹²⁵ Ver más en: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gz.html>.

¹²⁶ Citado en Panganiban, S. K. (2015). *Palestinian Statehood: A Study of Statehood through the Lens of the Montevideo Convention* (Tesis doctoral: Virginia Polytechnic Institute and State University), pp. 62-63. Recuperado de: https://vtechworks.lib.vt.edu/bitstream/handle/10919/64512/Panganiban_SK_T_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹²⁷ Corte Internacional de Justicia. “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, opinión consultiva del 9 de julio de 2004, I.C.J. Reports: 2004, párrafo 118.

informó al Sr. Arafat que, a la luz de esos compromisos, el gobierno de Israel había decidido reconocer a la OLP como representante del pueblo palestino. De la misma manera, en el acuerdo provisional israelí palestino sobre la ribera occidental y la franja de Gaza del 28 de septiembre de 1995 se hace referencia en varias oportunidades al pueblo palestino y a sus legítimos derechos.

De acuerdo a la Agencia Central de Estadísticas de Palestina actualmente existe una población total de 5.227.1993 aproximadamente¹²⁸ y según informes de las Naciones Unidas existen cuatro millones de habitantes palestinos refugiados en otros países, mayormente en Jordania, Líbano y Siria. Incluso, las Naciones Unidas en repetidas ocasiones han reafirmado el derecho inalienable, permanente e incondicional del pueblo palestino a la libre determinación, incluidos su derecho a vivir en libertad, justicia y dignidad y su derecho a un Estado de Palestina independiente.¹²⁹ Todo esto claramente demuestra que estamos ante un pueblo que lucha por su libre determinación.

III. “Secesión reparadora”

Ante la ausencia de normas internacionales positivas que regulen la sustancia de un derecho a la secesión remedial, demostraré que gran parte de la doctrina avala el derecho a una secesión reparadora únicamente en casos de *ultima ratio*. Esto sucede de conformidad con la práctica internacional que demuestra que ciertos Estados (por más escasos que sean) han surgido como implementación de dicho derecho, en especial el caso de Bangladesh y Croacia. A tal efecto, será necesario demostrar previamente que la creación de los Estados es una cuestión de derecho y no de una cuestión de hecho. Por lo cual, para alcanzar dicho estatus jurídico, debe haberse creado respetando las normas imperativas del derecho internacional. Luego, aplicaré las conclusiones derivadas al caso de Palestina.

A. La existencia de los Estados como una ‘cuestión de hecho’

Es importante refutar las teorías que avalan la creación de los Estados como una cuestión de hecho porque aceptar su creación como una cuestión puramente fáctica, implicaría aceptar que el derecho internacional no juega ningún rol en el proceso de creación de los Estados. Al respecto la doctrina se divide en dos. Por un lado, quienes argumentan que la formación de un nuevo Estado es una cuestión de hecho, por lo que debe primar la efectividad sin importar si éste se logró a través de

¹²⁸ Palestinian Central Bureau of Statistics. Recuperado de: http://www.pcbs.gov.ps/Portals/_Rainbow/Documents/2017-2097%المحافظات%انجليزى20.html.

¹²⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Referencias del sexagésimo séptimo periodo de sesiones p. 76. Recuperado de: https://www.un.org/es/ga/68/agenda/pdf/b_peace_security_68.pdf.

violaciones al sistema internacional. Por otro lado, quienes sostienen que el Estado emergente debe haber cumplido con las normas internacionales imperativas para poder ser considerado como tal.

Los defensores de la primera postura sostienen que el criterio para determinar la existencia de un Estado debe ser la efectividad y no la legitimidad. Por lo que, si un Estado existe, el derecho internacional debe tomar en cuenta esta nueva situación, más allá de su ilegalidad. De la misma manera, las reglas que tratan a los Estados como tales cuando no existen efectivamente, no tienen ninguna utilidad.¹³⁰ Al respecto, Joe Verhoeven (1993) sostiene que “incluso si en el proceso de creación de un Estado se incurren en ilegalidades, el hecho [Estado] seguirá existiendo”.¹³¹ En esta línea argumenta Georges Abi-Saab (2000) quien categoriza a los Estados como ‘primary fact’ y sostiene que los hechos primarios preceden a la ley y ésta última nunca podría crear o destruir dicho hecho.¹³² Por su parte, Tancredi (2006) concuerda que las violaciones al derecho internacional no podrían transformar una entidad existente en inexistente, aunque sí podrían crear situaciones de aislamiento social.¹³³

Sin embargo, en consonancia con Crawford, esta teoría falla en explicar la práctica moderna. Por un lado, confunde “hecho” con “derecho”, en el sentido en que asume que las entidades territoriales por su mera existencia pueden tener un estatus legal. El criterio de efectividad debe ser un principio legal. Por lo que, para que sea considerado como Estado debe haber cumplido con las normas fundamentales del derecho internacional. Explica Crawford (2007):

A State is not a fact in the sense that a chair is a fact; it is a fact in the sense in which it may be said a treaty is a fact: that is, a legal status attaching to a certain state of affairs by virtue of certain rules or practices. And the declaratory theorist’s equation of fact with law also obscures the possibility that the creation of States might be regulated by rules predicated on other fundamental principles—a possibility that, as we shall see, now exists as a matter of international law.¹³⁴

Con esta postura también se identifican Christakis y Constantinides. Para ellos, la creación de un Estado a través de la secesión no es una cuestión de hecho, sino que también es una cuestión de derecho; y el criterio tradicional de estatalidad debe ser complementado por criterios legales. En efecto, el precepto de *ex iniura ius non oritur* juega un rol muy importante para garantizar la

¹³⁰ Crawford, J. (2007) Statehood and Recognition. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford Scholarship Online.

¹³¹ Citado en Christakis y Constantinides, ob. cit. p. 5.

¹³² Citado en Christakis y Constantinides, ob. cit., p. 5.

¹³³ Citado en Christakis y Constantinides, ob. cit., p. 6.

¹³⁴ Crawford. Statehood and Recognition, ob. cit., p. 3.

efectividad del sistema internacional y detener la creación de hechos ilegales. Por lo cual, cuando en el proceso de creación de un Estado se violen normas imperativas del derecho internacional, se impedirá que la entidad (por más efectiva que sea) sea considerada como tal. Esta posición es la que avala la colectividad internacional ya que, como demuestra Dugard (1987), dicha comunidad nunca trató como Estados a las entidades creadas en violación a las normas imperativas del derecho internacional.¹³⁵

1. Secesión reparadora: concepto y doctrina

Como señalé anteriormente, el derecho a la libre determinación de los pueblos es una norma fundamental del derecho internacional y fuera del contexto de los pueblos coloniales, es un derecho ejercido principalmente en la esfera interna de cada Estado. La gran controversia gira en torno a aquellos pueblos no coloniales que pretenden ejercer su derecho a la libre determinación en la esfera externa, buscando establecerse como un Estado independiente, al separarse de su ‘Estado madre’.

Katherine del Mar (2013) conceptualiza muy bien este fenómeno. Señala que se trata de situaciones en las que un pueblo con derecho a la libre determinación *ad intra* busca ejercer su derecho a la libre determinación *ad extra*, segregándose del resto del Estado para adquirir el carácter de nuevo sujeto internacional, argumentando graves violaciones de derechos humanos perpetrados por el gobierno en contra de ellos.¹³⁶ De la misma forma, John Dugard y David Raic (2010) sostienen que la secesión es el medio por el cual el derecho a la libre determinación puede lograrse. Definen a este fenómeno como “[a] separation of part of the territory of a State carried out by the resident population with the aim of creating a new independent State or acceding to another existing State”.¹³⁷

En síntesis, la secesión reparadora se refiere al derecho de un pueblo a separarse del ‘Estado madre’ basándose en su libre determinación. Por lo que, para que se configure dicha secesión, debe existir un subgrupo dentro de las fronteras de un Estado.

Fuera del marco de la descolonización, la secesión no es la solución preferida. Los Estados han sido reticentes a aceptar un derecho a la secesión de carácter general en lo que respecta a los pueblos no coloniales, principalmente porque atentaría contra el principio de integridad territorial.

¹³⁵ Citado en Christakis y Constantinides, ob. cit. p. 7.

¹³⁶ Citado en de Clément, ob. cit. p. 26.

¹³⁷ Dugard y Raic, ob. cit., p. 102.

En efecto, bajo la órbita del derecho internacional no existe la generalización de un derecho a la secesión unilateral justificado en la libre determinación de los pueblos. Así lo ha demostrado la práctica internacional en los casos de Chechenia (Rusia), Tíbet (China), Kurdistán (Irak, Turquía, Siria), Transdniestro (Moldavia) y Nagorno-Karabaj (en Azerbaiyán), en los cuales se ha denegado un derecho a la secesión. De la misma manera, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha condenado declaraciones unilaterales de la independencia, como son con los casos del Norte de Chipre y la República Srpska.¹³⁸

Sin embargo, distinto es el caso de aquellas minorías perseguidas, dominadas, sojuzgadas por la fuerza que son sometidas a sucesivas violaciones de derechos humanos en función de sus características étnicas. En estos casos, se ha admitido un derecho a la secesión reparadora. Sin embargo, se lo considera un remedio de último recurso, admisible únicamente bajo condiciones extremas. En efecto, se puede afirmar que la secesión de territorios no coloniales es un fenómeno atípico, siendo la regla general la prevalencia del principio de la integridad territorial.

Gran parte de la doctrina entiende que el derecho a la secesión reparadora es un acto legalmente neutral ya que no se encuentra aceptada ni prohibida por el derecho internacional. Esto es cierto, en parte, porque no existe ningún tratado y/o costumbre internacional que expresamente hayan permitido el fenómeno en cuestión. Sin embargo, implícitamente se lo ha permitido en el párrafo 7, principio V de la Resolución 2625 (XXV) antes mencionada. Esta resolución hace posible el siguiente razonamiento: existe un derecho a la libre determinación de los pueblos, que en el marco de la descolonización, sin lugar a dudas implica un derecho a la secesión. Ahora, en cuanto aquellos pueblos no coloniales debe prevalecer el derecho a la integridad territorial, en tanto y en cuanto el Estado soberano se conduzca de conformidad con el principio de la igualdad y de la libre determinación de los pueblos. Por lo que, en aquellos casos en los cuales no exista un gobierno representativo de la totalidad de los pueblos pertenecientes a su territorio y éstos sean sojuzgados por la fuerza, quedará justificado el derecho a la secesión reparadora.

Antonello Tancredi reconoce el apoyo de una gran mayoría de doctrinarios¹³⁹ quienes ante el conflicto entre libre determinación e integridad territorial se posicionan a favor del primero con una excepción: “the case in which infra-State groups with a particular identity (minorities, indigenous

¹³⁸ López-Jurado Romero de la Cruz, C. (2013) La secesión de territorios no coloniales y el soberanismo catalán. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, ISSN-e 1697-5197, N.º. 26, p. 10. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4642955>

¹³⁹ Tales como U. O. Umozurike; K. Doehring, Y. Dinstein, A. Cristescu, D. Turp, G. Arangio-Ruiz, D. Thurer, M. Koteswara Rao, H. Hannum, A. Heraclides, M. Weller, C. Tomuschat, H.-J. Heintze, J. Duursma, P. H. Kooijmans, R. Lefeber, D. Raic y T. Christakis.

peoples) are victims of serious breaches of their fundamental civil and human rights”.¹⁴⁰ Esto es lo que John Dugard y David Raic llaman “qualified secession doctrine”. Dicha doctrina sostiene que solo las situaciones extremas de abusos por parte del Estado soberano “would entitle the victim group to exercise an internationally recognised and protected right to secession”.¹⁴¹ Al respecto Tancredi (2006) explica que:

[...] a remedial extrema ratio be consequent on the material concurrence of two unlawful acts, namely the violation of the group’s right to internal self-determination (denial of the right to take part in the decision-making processes or to enjoy autonomy through forms of self-organization) and the commission of gross violations of human rights to its detriment.¹⁴²

De esta manera, deja en claro que una negativa a su derecho básico de representación no significa *per se* un derecho a la secesión. Para que éste proceda debe haber graves violaciones a los derechos humanos y no debe existir otro remedio pacífico para la resolución del conflicto. Lo mismo sostienen John Dugard y David Raic, quienes entienden que surge un derecho calificado a la secesión cuando:

[...] a people forming a numerical minority in a State, but a majority within a particular part of the State, are denied the right of internal self determination or subjected to serious and systematic suppression of human rights, and there are no reasonable and effective remedies for the peaceful settlement of the dispute with the parent State.¹⁴³

Para aquellos casos en los cuales el ‘Estado madre’ respete el derecho a la libre determinación interno y sus derechos humanos, cualquier acto unilateral de secesión fundado en un derecho a la libre determinación significaría un abuso de éste y una violación a las normas de libre determinación. Es por ello que el derecho a la secesión procede únicamente en casos excepcionales.

En esta línea, Dugard y Raic conceptualizan los requisitos para que proceda la secesión:

- a) Debe existir un pueblo que constituya una minoría en relación con el resto de la población del Estado, pero a su vez, forme una mayoría dentro de una parte del territorio de ese Estado.
- b) El Estado al cual pertenece el pueblo que desea separarse debe haber sido expuesto a serios agravios, que pueden consistir en:

¹⁴⁰ Tancredi, ob. cit., p. 176.

¹⁴¹ Tancredi, ob. cit., p. 176.

¹⁴² Tancredi, ob. cit., p. 177.

¹⁴³ Dugard y Raic, ob. cit., p. 134.

- a) una grave violación o denegación del derecho a la libre determinación interna del pueblo afectado, y/o
- b) violaciones graves y generalizadas de los derechos humanos fundamentales de los miembros de ese pueblo;
- c) No debe haber (más) recursos realistas y efectivos para la solución pacífica del conflicto.¹⁴⁴

En consecuencia, cualquier intento unilateral de secesión que no cumpla con dichos requisitos, será considerado como un “abuso de derechos y violaciones ilegítimas del derecho a la libre determinación”.¹⁴⁵ Si esto sucediese, indican los autores basándose en la práctica de los Estados, la estatalidad será denegada y su reconocimiento será retenido. Esto significa que, la obligación de respetar este derecho es un elemento determinante y constitutivo para ser considerado un Estado.

De esto se deriva que: a) será ilícito reconocer a aquellas entidades que han sido creadas en violación del derecho a la libre determinación ya que se estaría violando la prohibición de reconocimiento prematuro y el principio de no intervención (que es un aspecto del principio de integridad territorial); y b) si proceden las condiciones para ejercer el derecho a la secesión (y los criterios tradiciones de estatalidad son satisfechos), la entidad que busca la secesión podría ser reconocida como Estado por la comunidad internacional. Aclaran los autores que esto no impone la obligación de los Estados de reconocerla como tal.¹⁴⁶

2. Jurisprudencia

El dictamen de la Comisión Relatora en el caso de las Islas Aland (1921) rechazó el derecho absoluto a la secesión respecto de las minorías de un Estado. Sin embargo, reconoció que es un fenómeno que podría ejercerse en los casos de extrema negación a la libre determinación interna. Textualmente sostuvo que:

The separation of a minority from the state can only be considered an altogether exceptional solution, a last resort where a state lack either the will or the power to enact and apply just and effective guarantees [of religious, linguistic, and social freedom].¹⁴⁷

¹⁴⁴ Dugard y Raic, ob. cit., p. 109. La traducción es propia.

¹⁴⁵ Dugard y Raic, ob. cit., p. 109.

¹⁴⁶ Dugard y Raic, ob. cit., pp. 109-110.

¹⁴⁷ Consejo de la Sociedad de las Naciones “La cuestión de las Islas Aland”. Reporte del 25 de febrero de 1921, párrafo 27.

Por su parte, el Presidente de Katanga en la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos solicitó que se le reconociera al pueblo katangés el ejercicio de su derecho a la secesión. Sin embargo, esto fue rechazado por la Comisión ya que consideró que se estaba respetando el derecho a la libre determinación del pueblo katangés. Al respecto, clarificó que el derecho en cuestión puede ser ejercido de diferentes formas que incluyen “independence, self-government, federalism, confederalism, unitarism or any other form of relations that accords with the wishes of the people, but fully cognizant of other recognised principles such as sovereignty and territorial integrity”.¹⁴⁸ Ante la falta de evidencia concreta de violaciones a los derechos humanos por parte del Estado de Zaire, la Comisión sostuvo que Katanga estaba obligado a ejercer su derecho a la libre determinación de una forma que sea compatible con la soberanía e integridad territorial de Zaire.

Respecto de esta decisión, John Dugard y David Raic (2006) explican que:

[A] contrario reading of the decision makes it clear that [...] in the case of serious violations of human rights and a denial of internal self-determination the Katangese people would be entitled to exercise a form of self-determination which would lead to the disruption of the territorial integrity of Zaire. In the absence of such conditions, the Commission held that according to the international law of self-determination the Commission held that according to the international law of self-determination, Katanga was under an obligation to implement the right of self-determination internally.¹⁴⁹

Uno de los casos más prominentes en materia de secesión reparadora fue el de la Suprema Corte de Canadá que, al pronunciarse si Quebec tenía un derecho unilateral a la secesión, sostuvo lo siguiente:

Un Estado cuyo gobierno representa el conjunto del pueblo o de los pueblos residentes sobre su territorio, basándose en la igualdad y sin discriminaciones y que respeta los principios de autodeterminación en sus asuntos internos, tiene derecho al mantenimiento de su integridad territorial en virtud del Derecho internacional y al reconocimiento de dicha integridad territorial por parte de los otros Estados.¹⁵⁰

La Corte distinguió entre el derecho a la libre determinación interna y externa. La primera existe desde el momento en que un Estado tiene un gobierno que “representa al conjunto del pueblo o pueblos residentes sobre su territorio, basándose en la igualdad y sin discriminaciones”; mientras

¹⁴⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (1994) Comunicación 75/92, Katangese Peoples' Congress v. Zaire; 16th Session, Banjul, Gambia. Citado en Dugard y Raic, ob. cit., pp. 107-108.

¹⁴⁹ Dugard y Raic, ob. cit., p. 108.

¹⁵⁰ Suprema Corte de Canadá. Secesión de Quebec. 20 de agosto 1998. Citado en López-Jurado Romero de la Cruz, ob. cit., pp. 11-12. La traducción no es propia.

que la segunda solo tiene lugar en las situaciones más extremas en las cuales un pueblo se encuentre sometido al yugo, dominación o explotación extranjera y se le impida ejercer de forma efectiva su derecho a la autodeterminación en el interior del Estado del que forme parte. En el resto de los casos, los pueblos deben alcanzar su libre determinación en el marco del Estado al que pertenecen.¹⁵¹

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Loizidou v. Turkey”, si bien no hubo mención expresa al derecho de secesión, los jueces Wildhaber y Ryssdal argumentaron que:

In recent years a consensus has seemed to emerge that peoples may also exercise a right to self-determination if their human rights are consistently and flagrantly violated or if they are without representation at all or are massively underrepresented in an undemocratic and discriminatory way. If this description is correct, then the right to self-determination is a tool which may be used to reestablish international standards of human rights and democracy.¹⁵²

Sin embargo, pocos han sido los casos de secesiones unilaterales universalmente reconocidas. Las únicas son Bangladesh y Croacia. El caso de Eritrea no aplica porque fue consentido expresamente por Etiopía. Tampoco aplica el caso de Eslovenia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia ya que Yugoslavia había aceptado (implícitamente) su secesión. A continuación explicaré los casos de Bangladesh y Croacia.

El Estado original de Pakistán establecido en 1947 consistía en dos unidades territoriales separadas por el territorio de India: Pakistán Occidental y Pakistán Oriental (Bengala Oriental). Entre ellas no existía un lenguaje, una cultura, una economía ni una historia en común. Lo único que sí compartían era la misma religión (islam). El partido político dominante del este paquistaní (Liga Awami) demandaba la autonomía de Pakistán Oriental por ser la única forma de resolver las disparidades. Las elecciones de 1971 dieron como resultado una victoria avasallante de la Liga Awami, que sin dudas hubiese logrado la mayoría en el Parlamento Nacional y probablemente hubiesen llevado al federalismo en Pakistán.¹⁵³ Sin embargo, las autoridades de Islamabad (Pakistán occidental) suspendieron las elecciones. El descontento político creció y el nacionalismo cultural en el este de Pakistán fue reprimido por operaciones militares que culminaron en un genocidio. Como respuesta, Pakistán oriental proclamó su independencia. Esto generó más violencia. Las operaciones

¹⁵¹ López-Jurado Romero de la Cruz, ob. cit. p. 12.

¹⁵² Corte Europea de Derechos Humanos. “Loizidou v. Turkey”. Sentencia del 28 de noviembre de 1996. Recuperado de: https://www.refworld.org/cases_ECHR_43de104d4.html

¹⁵³ Dugard y Raic, ob. cit.

militares llevaron a la muerte de un millón de habitantes de Pakistán Oriental y más de diez millones tuvieron que exiliarse a India. Por su parte, muchos de los líderes de la Liga Awami fueron enviados a prisión.

Tras los ataques preventivos de Pakistán oriental, India tomó acción militar y reconoció la independencia de Bangladesh. Un año después, Bangladesh había sido reconocido por setenta Estados y en septiembre de 1973 había sido reconocido por cien. A su vez, fue admitido en el Commonwealth, lo que hizo que Pakistán Occidental se retirara del sistema. Sin embargo, Bangladesh fue reconocida por las Naciones Unidas recién en 1974. Su reconocimiento se atrasó por la negativa de China (amiga de Pakistán occidental).¹⁵⁴ Sin dudas se trata de un caso de secesión unilateral en el cual existía un pueblo mayoritario en Pakistán Oriental al que se le negó su derecho a la libre determinación mediante reiteradas violaciones a sus derechos humanos.

Incluso, el Estado de Bangladesh fue reconocido por muchos Estados antes de tener un gobierno efectivo y territorio propio. Las tropas indias se quedaron en el país luego de la declaración de su independencia con el único propósito de restablecer la ley y el orden ya que el gobierno de Bangladesh todavía no estaba preparado para garantizar la seguridad. Al respecto, Dugard y Raic explican que:

According to traditional international law, recognition would have been unlawful until all Indian troops had left the country and until the control of the territory was in the hands of the Bangladesh government itself. Despite this, Bangladesh was recognised by more than fifty States before the end of March 1972. No State (except for Pakistan) raised objections.¹⁵⁵

En cuanto el caso de la República de Croacia, Dugard y Raic sostienen que no es el resultado de la disolución de una federación, sino que se trata de un ejemplo de secesión unilateral. En 1980 Serbia anuló la autonomía constitucional de Kosovo y Vojvodina, lo que le permitió obtener gran poder en el gobierno federal y hacer que Croacia, Eslovenia y Macedonia perdieran la mayoría necesaria para poder tomar decisiones. Esto, sumado al control mayoritario de los serbios en el servicio civil y militar federal y la explotación de Croacia por ser una de las ciudades más ricas, provocó que Croacia reclamase mayor autonomía. La situación se agravó cuando Serbia y sus aliados no permitieron que el Presidente de Croacia se constituyera como el Presidente Federal. Como resultado, Croacia proclamó su independencia en 1991. Los intentos por llegar a acuerdos pacíficos fracasaron y se desató una guerra en la cual hubo serias violaciones a los derechos

¹⁵⁴ En 1972 la resolución que admitía a Bangladesh como miembro no fue adoptada por el veto de China.

¹⁵⁵ Dugard y Raic, ob. cit., p. 123.

humanos. Se intentó hacer una “limpieza étnica” de todos los habitantes de Croacia, destruyendo ciudades y pueblos. Los representantes de Serbia, Montenegro, Vojvodina y Kosovo, bajo el pretexto de un peligro inminente a la guerra, anunciaron que el Presidente Federal tomaría las decisiones a través de los votos de estos cuatro miembros, lo que significaba que el parlamento federal quedaba en manos de Serbia y Montenegro.

Sin embargo, el reconocimiento de Croacia como Estado independiente no se efectuó hasta 1992. Al respecto, la Unión Europea publicó dos declaraciones: la Declaración sobre Directrices para el Reconocimiento de Nuevos Estados en Europa Oriental y en la Unión Soviética y la Declaración sobre Yugoslavia. En la primera se estableció que el reconocimiento de los nuevos Estados es condicional a su respeto por la ley, democracia y los derechos humanos. Además, se estableció que se debe aportar evidencia de que los derechos de los grupos y minorías étnicas están siendo protegidos. En la segunda se reconocieron las repúblicas de Yugoslavia como Estados independientes.

Es por esto que Dugard y Raic, refiriéndose a la proclamación de la independencia de Croacia en junio de 1991 y la de Eslovenia en octubre de ese mismo año, concluyeron que dichos actos:

[...] must be seen as acts of secession which, in combination with other factors, led to the dissolution of the SFRY. This view has support in doctrine, and is furthermore supported by the positions of Croatia and Slovenia, as reflected in their proclamations of independence and through their acceptance of the Brioni Accord. It may therefore be concluded that the right of self-determination was applicable to the crisis in the former Yugoslavia and that the formation of the Croatian State was a result of unilateral secession. The question of whether there existed a right of unilateral secession for the Croats [...] must be answered in the affirmative, as the situation met all the requirements for the exercise of such a right contained in the qualified secession doctrine.¹⁵⁶

B. ¿Palestina podría alegar una “secesión reparadora”?

1. Palestina no ha violado las normas imperativas del derecho internacional

En consonancia con el criterio de *ex iniuria ius non oritur*, Palestina, aunque actualmente no es un Estado, si ejerciera su derecho a la secesión, no violaría ninguna norma imperativa del derecho internacional. Al respecto, para evitar repeticiones innecesarias, solo cabe recordar en este punto del trabajo que la integridad territorial encuentra su límite en el principio de la libre determinación de los pueblos.

¹⁵⁶ Dugard y Raic, ob. cit., p. 129-130

Además, en consonancia con la tesis defendida por Dugard (que la comunidad internacional nunca trató como Estados a las entidades creadas por violación a las normas imperativas del derecho internacional) el reconocimiento de un Estado de Palestina por parte de tantos países y de tantas organizaciones demuestra que no se trataría de un Estado creado en violación a las normas del derecho internacional.

2. Se han violado los derechos humanos de la población palestina

Las violaciones a los derechos humanos del pueblo palestino son incontables y objeto de tratamiento en un trabajo separado, que no tenga una extensión tan limitada como el presente. En lo que aquí respecta solo me limitaré a enumerar algunas de las tantas transgresiones a los derechos fundamentales.

Con el argumento de la protección a los ciudadanos israelíes de ataques terroristas, el Estado israelí ha instaurado puestos de control (*check points*) que restringen el paso de palestinos a otras áreas de Palestina e Israel. A través de estas medidas, han violado el derecho a la libertad de circulación de los palestinos, transgrediendo los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos respectivamente, que amparan la libertad de toda persona a desplazarse dentro del territorio de su Estado. Sin embargo, la restricción a la circulación no se limita a las personas, sino que también se extiende al movimiento de mercancías tanto dentro de los territorios como al exterior, provocando un desplome de la economía Palestina.¹⁵⁷ En esta línea, un reporte de la Conferencia de las Naciones Unidas respecto del Comercio y Desarrollo indicó que el Estado de sitio impuesto en la franja de Gaza y el cierre de Cisjordania causan unas pérdidas anuales entre 600 y 800 millones de dólares. Asimismo, el reporte indica que para reactivar la economía se tendrían que levantar las restricciones israelíes. Por su parte, estas medidas provocan que la economía palestina pierda entre 60.000 y 80.000 oportunidades de trabajo anuales.¹⁵⁸

Con el mismo argumento de protección, también se ha avanzado sobre decenas de viviendas palestinas para construir un muro entre Israel y Cisjordania, conculcando su derecho a la propiedad establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 17), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 1) y en el PIDCP (Art. 1). La población

¹⁵⁷ Maas Perez, ob. cit. p. 106.

¹⁵⁸ Ver más en Palestinian Centre for Human Rights (2011). Reporte Anual. (p. 39) Recuperado de: <http://www.pchrgaza.org/files/2012/Annual2011E.pdf>.

palestina se ha sido visto obligada a desalojar sus hogares para que el gobierno israelí obtenga el espacio necesario para la creación de un muro. Estos desalojos se han hecho por la fuerza, sin aviso suficiente, sin debido proceso y sin indemnizaciones ni garantías de un alojamiento.

A su vez, el gobierno israelí marca una notable diferencia entre la protección legal que brinda. Mientras que los palestinos están bajo la ley militar, los colonos israelíes de Cisjordania y Gaza son juzgados por leyes y tribunales civiles israelíes.

También se conculcó el derecho a la educación establecido en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 13) y la Convención de Derechos del Niño (Art. 28). La precaria situación económica de Cisjordania y Gaza hace que muchas familias no tengan otra opción que mandar a sus hijos a trabajar. Si bien existe otro escenario, los puestos de controles dificultan el acceso a la educación ya que implican inmensas filas varias veces al día e incluso si se obtiene el permiso exigido, muchas veces son denegados arbitrariamente.

El derecho a la salud también se ha visto vulnerado. La construcción del muro ha encerrado en enclaves a ciertos poblados, que han quedado aislados de hospitales y centros de salud. Ejemplifica Victor de Currea-Lugo (2005) que a causa del muro: “[E]l hospital de UNRWA en Qalqiya está prácticamente cerrado para todos los refugiados del norte de Cisjordania (excepto para los residentes de Qalqiya) a los cuales se supone debería brindar cuidados de salud”.¹⁵⁹

Incluso, el acceso al agua le es negado al pueblo palestino. La distribución de recursos hídricos que realiza el gobierno de Israel es sumamente injusta. Por ejemplo, en Hebrón los asentamientos judíos no tienen problema para recibir y hacer uso del agua, mientras que los palestinos se enfrentan a un uso racionado y supervisado por las fuerzas de defensa israelí, quienes además de regular su uso, pueden suspender su distribución por periodos fijos.¹⁶⁰

Sostiene Elizabeth Anscombe (1981):

Un gobierno que declara a un grupo (como colectivo) como su enemigo, para ser exterminado, no puede, por definición, al mismo tiempo, representar a las mismas personas. Si el grupo en cuestión habita en un territorio propio delimitado, habrá una alternativa a ese sojuzgamiento y falta de representatividad a través de la secesión.¹⁶¹

¹⁵⁹ Citado en Maas Perez, ob. cit., p. 115.

¹⁶⁰ Maas Perez, ob. cit. p. 117.

¹⁶¹ de Clément, ob. cit. p. 24.

No existe duda alguna de que los palestinos constituyen un pueblo étnico diferente dentro del territorio israelí, que se asienta en su mayoría en Cisjordania y Gaza. Su derecho a la libre determinación es objeto de serias violaciones a los derechos humanos. Diariamente sufren transgresiones a sus derechos fundamentales y no existe otra forma de llegar a un acuerdo pacífico sino es mediante el fenómeno de la secesión. Todas las vías para lograr su libre determinación interna se han agotado y la única solución posible es separarse del territorio de Israel.

IV. Condición de Estado

En el siguiente capítulo demostraré que, si Palestina ejerciera su derecho a la secesión, cumpliría con los requisitos establecidos en el derecho internacional para adquirir el estatus de Estado. A tal efecto, analizaré los requisitos establecidos en la Convención de Montevideo y la teoría del reconocimiento. Luego, aplicaré la teoría al caso de Palestina.

A. Estado: concepto y evolución

Hay dos formas completamente diferentes de resolver el conflicto entre israelíes y palestinos. La solución histórica, antes de que se consolide el derecho internacional, ha sido la lucha entre las partes, resultando como ganador el más fuerte. Sin embargo, esta manera de resolver conflictos resultó ser ineficiente, como se observó durante las guerras del siglo XX. Ante el conflicto emanado por luchas de poder, sin ninguna regulación, se fueron negociando nuevos tratados a modo de poner un fin a las disputas territoriales. De esta forma se fue embrionando una nueva manera de resolver conflictos: se encontró en el derecho internacional una guía para llegar a la solución adecuada, que sea consistente con la paz y los sistemas democráticos. De esta forma, se dejó de lado la solución pretoriana de asegurar soluciones únicamente basadas en las aptitudes del más fuerte para imponer su voluntad. Esta solución se comenzó a consolidar con el Pacto Kellogg-Briand de 1928, mediante el cual los Estados condenaron a la guerra como recurso para solucionar controversias internacionales y renunciaron a ella como instrumento de política internacional. Sin embargo, dicho Pacto solo se limitó a prohibir la guerra, dejando de lado otras formas de uso de la fuerza. Fue la Carta de las Naciones Unidas (1945) la que consolidó la prohibición general del uso de la fuerza en

su artículo 2.4¹⁶² Esto fue confirmado por la Resolución AGNU 2625 (XXV) que prohibió formalmente la conquista de territorios por la fuerza.¹⁶³

Frente al auge del derecho internacional, en el cual los elementos más críticos son los Estados, uno podría suponer que el precepto de ‘Estado’ se encuentra claramente determinado. Pero este no ha sido el caso: actualmente no existe una definición oficial, ni un proceso formal que deba seguirse para obtener legitimidad como tal. Sin embargo, la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados se considera “the best-known formulation of the basic criteria of statehood”.¹⁶⁴ Si bien fue firmado únicamente por diecinueve países, hoy en día es la principal referencia para identificar los elementos que constituyen a un Estado. Así lo han entendido las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia, quienes en reiteradas ocasiones han sostenido que la Convención de Montevideo refleja una norma consuetudinaria.

Sin embargo, la firma de dicha Convención no surgió de la necesidad de definir qué es un Estado, sino que tuvo como fin inmediato evitar que Estados Unidos interfiriera en los asuntos internos de los países de América Latina, en miras de respetar su integridad territorial. En esta línea, John Quigley sostiene que el artículo que establece que el reconocimiento de los Estados es independiente de su existencia política, se impuso para evitar que Estados Unidos impida que las autoridades gubernamentales de un Estado obtengan legitimidad internacional, por el mero hecho de negarles su reconocimiento. En definitiva, el verdadero propósito de dicho artículo era establecer que cualquier entidad territorial que tuviese una población permanente, territorio definido y un gobierno efectivo e independiente, sea libre de la intervención de otros Estados.¹⁶⁵

El artículo primero de la Convención establece que para que un Estado sea considerado persona del derecho internacional debe tener: (i) una población permanente; (ii) un territorio determinado; (iii) un gobierno; y (iv) capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados. A su vez, como he adelantado, el artículo tercero señala que la existencia política del Estado es independiente de su

¹⁶² El art. 2.4 de la CNU dice: Para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: [...] Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

¹⁶³ El art. 1 de dicho instrumento señala que: [...] El territorio de un Estado no será objeto de ocupación militar derivada del uso de la fuerza en contravención de las disposiciones de la Carta. El territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza [...]

¹⁶⁴ Crawford, J. (2007). *The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness. The Creation of States in International Law*. (p. 7). Oxford: Oxford Scholarship Online.

¹⁶⁵ Citado en Panganiban, ob. cit., pp. 5-7.

reconocimiento por los demás. En este sentido, el reconocimiento es un acto voluntario que demuestra el deseo de otro Estado de entrar en relaciones con aquel Estado que es reconocido. En consecuencia, pueden existir entidades que satisfagan los criterios establecidos en la Convención pero no sean reconocidos como Estados y, a su vez, pueden existir entidades que no cumplan con los criterios establecidos pero sí sean reconocidas como tales.

1. La teoría constitutiva del reconocimiento

La teoría constitutiva establece que el reconocimiento de otros Estados hacia el Estado emergente es una precondition necesaria para que subsistan las capacidades de éste. Por lo que, las reglas que garantizan a una comunidad no reconocida un derecho a ser reconocida como Estado deberán ser excluidas. Uno de los exponentes principales de esta teoría es Georg Jellinek quien explica que “las relaciones en la forma de derechos y deberes entre dos entidades que no se sujetan a ningún orden legal superior solo pueden resultar del mutuo reconocimiento de sus personalidades jurídicas”.¹⁶⁶ Por su parte, Dionisio Anzilotti sostiene que las normas del derecho internacional son creadas a través del consenso de los Estados preexistentes por lo que “un sujeto de derecho internacional comienza a serlo concomitantemente a la primera manifestación por el tratado de reconocimiento, o por el instrumento equivalente”.¹⁶⁷ En el mismo sentido argumenta Lauterpacht, quien entiende que en cada sistema legal debe haber un órgano competente para determinar con certeza quiénes son los sujetos del sistema; y en el derecho internacional solo los Estados pueden cumplir este rol, por lo que, su determinación debe tener efectos legales.¹⁶⁸

Sin embargo, la tesis constitutiva recibe muchas críticas. En consonancia con Crawford (2007), esta teoría falla en explicar la práctica moderna. Por un lado, el reconocimiento podría constituir una forma alternativa de intervención en los demás Estados, contrariando el principio fundamental del derecho internacional de soberanía estatal que impide el surgimiento de obligaciones jurídicas sin el consentimiento del propio Estado. Por otro lado, al ser imposible concebir al reconocimiento como inválido, la teoría constitutiva impide el reconocimiento de nuevos Estados a través de reglas generales. Esto provocaría que el surgimiento de nuevos Estados solo sea posible a través de actos

¹⁶⁶ Citado en Dal Ri Júnior, A. y Carnesella, G. (2017). El reconocimiento de nuevos Estados como sujetos en la ciencia del derecho internacional a partir de la deflagración de la Segunda Guerra Mundial: abordajes doctrinarios de la Convención de Montevideo a la “Opinión Consultiva Kosovo” (1933-2010). *Anuario mexicano de derecho internacional*, 17, 513-546. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542017000100513&lng=es&tlng=es.

¹⁶⁷ Citado en Dal Ri Júnior y Carnesella, ob. cit.

¹⁶⁸ Citado en Crawford. *Statehood and Recognition*, ob. cit. pp. 14-15.

discrecionales de los Estados preexistentes.¹⁶⁹ En efecto, la teoría constitutiva llevaría a una subjetividad extrema en cuanto a la noción de Estados, destruyendo justamente aquello que busca definir.

Es por ello que Kelsen sostiene que el reconocimiento de un Estado por otros carece de importancia en la detentación de la calidad de sujeto de derecho internacional.¹⁷⁰ Por lo tanto, “el reconocimiento no transforma a un no Estado en Estado y una negativa de reconocimiento no conlleva a que un Estado pierda su calidad como tal”.¹⁷¹

En definitiva, el carácter de estatalidad no debe dejarse al libre arbitrio de cada Estado u organización. Por el contrario, debe ser conferido por normas de derecho internacional. Como Crawford sostiene: “[a]n entity is not a State because it is recognized; it is recognized because it is a State”.¹⁷²

Sin embargo, tampoco tiene efectos puramente declarativos. Crawford explica que en los casos de creación de nuevos Estados el reconocimiento adquiere mayor relevancia:

[...] while recognition of governments may be declaratory in effect, recognition of new States goes further [el subrayado me pertenece]. Where an authority in fact exercises governmental functions within an area already accepted as a State, there seems to be nothing for recognition to constitute [...] But the establishment of a new State involves the demarcation of a certain area as a ‘State-area’ [...] with consequent legal effects. In such a case it might be argued that recognition, at least in the non-formal sense of ‘treating like a State’, is central rather than peripheral to international capacity [el subrayado me pertenece].¹⁷³

En síntesis, en los procesos de creación de éstos, el reconocimiento (aunque no sea constitutivo) sí posee efectos legales y políticos muy importantes, los cuales analizaré a continuación.

a) *Implicancias del reconocimiento*

El instituto del reconocimiento es una práctica de Estado que puede resolver ciertas incertidumbres con respecto a su estatus jurídico y permitir que nuevas situaciones se regularicen.

¹⁶⁹ Crawford. Statehood and Recognition, ob. cit., p. 3.

¹⁷⁰ Citado en Gornig, G. y Ribera Neumann, T. (2010). Creación y extinción de los Estados de acuerdo con derecho internacional. Estudios internacionales: *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, ISSN 0716-0240, N.º. 167, 27-53. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3620754>.

¹⁷¹ Gornig y Ribera Neumann, ob. cit.

¹⁷² Crawford. The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness, ob. cit., p. 47.

¹⁷³ Crawford. The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness, ob. cit., pp. 17-18.

En efecto, el reconocimiento sirve como evidencia de su estatus jurídico y ante un reconocimiento unánime podría ser conclusivo.¹⁷⁴ Como explica Crawford:

States, in the forum of the United Nations or elsewhere, may make declarations as to status or ‘recognize’ entities the status of which is doubtful depending on the degree of unanimity and other factors this may be evidence of a compelling kind. Even individual acts of recognition may contribute towards the consolidation of status: in Charpentier’s terms, recognition may render the new situation opposable to the recognizing State.¹⁷⁵

Al respecto, Marcelo G. Kohen (2006) sostiene que el reconocimiento de ciertas entidades como Estados no las transforma en tales, incluso si tuviesen derecho a constituirse como Estados. Para éste el reconocimiento es una decisión política.¹⁷⁶ En consonancia con lo antedicho, Brownlie afirma que el reconocimiento es “a public act of state”,¹⁷⁷ siendo éste opcional y político. Lo mismo opina Crawford al decir que el reconocimiento “is usually intended as an act, if not of political approval, at least of political accommodation”.¹⁷⁸

Respecto de aquellos casos en los que una entidad no califica como un Estado bajo los lineamientos de Montevideo, pero igualmente es reconocida como tal, Crawford explica que:

[...] Such recognition may be constitutive of legal obligation for the recognizing or acquiescing State; it may also tend to consolidate a general legal status at that time precarious or in the process of being constituted [el subrayado me pertenece]. Recognition in cases such as Bosnia-Herzegovina, where effective control was lacking, or of the European ‘micro-States’, where questions arose as to both formal and actual independence, has led writers to emphasize these aspects. Recognition, while in principle declaratory, may thus be of great importance in particular cases. At least where the recognizing government is not acting in a merely opportunistic way, recognition is important evidence of legal status.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Crawford. Statehood and Recognition, ob. cit. p. 20.

¹⁷⁵ Crawford. Statehood and Recognition, ob. cit. p. 20.

¹⁷⁶ Kohen. Secession and Self Determination. *Secession: International Law Perspectives*, ob. cit., p. 13.

¹⁷⁷ Citado en Crawford. Statehood and Recognition, ob. cit., p. 19.

¹⁷⁸ Crawford. Statehood and Recognition, ob. cit., p. 19.

¹⁷⁹ Crawford. The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness, ob. cit., p. 47.

2. Requisitos para ser considerado un Estado.

a) Territorio definido

Es evidente que los Estados son entidades territoriales y no podría existir un Estado sin un espacio territorial, definido al menos de “grosso modo”.¹⁸⁰ Este requisito supone una base territorial “suficientemente” cierta, independientemente de la extensión que tenga¹⁸¹ y sin exigir una clara delimitación del territorio.¹⁸² Así lo ha el Tribunal Arbitral Mixto Alemán-Polonés (1929) en el caso “Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State” al afirmar que bastaba con que el territorio estatal tenga consistencia suficientemente cierta, aunque sus fronteras no se encuentren exactamente delimitadas:

Whatever may be the importance of the delimitation of boundaries, one cannot go so far as to maintain that as long as this delimitation has not been legally effected the State in question cannot be considered as having any territory whatever... In order to say that a State exists... it is enough that this territory has a sufficient consistency, even though its boundaries have not yet been accurately delimited [el subrayado me pertenece], and that the State actually exercises independent public authority over that territory.¹⁸³

El mismo criterio se reafirmó en el caso relativo la plataforma Continental del Mar del Norte (1969), en el cual se estableció que:

The appurtenance of a given area, considered as an entity, in no way governs the precise delimitation of its boundaries, any more than uncertainty as to boundaries can affect territorial rights. There is for instance no rule that the land frontiers of a State must be fully delimited and defined, [el subrayado me pertenece] and often in various places and for long periods they are not, as is shown by the case of the entry of Albania into the League of Nations.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Koestler, A. (2003). Palestina: independencia de un Estado. En Gómez-Robledo Verduzco, A. (Ed.), *Temas selectos de derecho internacional, cuarta edición*. (p. 733). Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/33.pdf>.

¹⁸¹ Por ejemplo, Vatican City, Mónaco (1.5km), Nauru (21km).

¹⁸² Por ejemplo, Bosnia-Herzegovina es miembro de Naciones Unidas desde 1993 y reconocido por numerosos Estados, pese a que recién en 1955 se delimitó su territorio.

¹⁸³ Tribunal Arbitral Mixto Alemán-Polonés (1929). “Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State”. *International Law Review*, vol. 5.

¹⁸⁴ Corte Internacional de Justicia. “Plataforma Continental del Mar del Norte” (República Federal Alemana v Dinamarca y Países Bajos). Sentencia del 20 de febrero de 1969, I.C.J. Reports: 1969, párrafo 46.

Por su parte, la CIJ también sostuvo que puede haber partes de un Estado enclavadas en otro Estado.¹⁸⁵ Consecuentemente, que un territorio esté fragmentado no significa que no cumple con el requisito de territorialidad. Así dice Crawford (2007) “fragmentation may be an indication of some other disability, but it is not in itself determinative against a claim of statehood”.¹⁸⁶

En definitiva, territorio debe haber en todo caso, sin importar si es grande o pequeño, continuo o discontinuo o si existen disputas respecto de sus fronteras. Al respecto, cuando Israel fue admitido en las Naciones Unidas el 11 de mayo de 1949, el magistrado Jessup, argumentando a favor de la admisión de Israel, discutió el requisito del territorio en los siguientes términos:

One does not find in the general classic treatment of this subject any insistence that the territory of a State must be exactly fixed by definite frontiers [el subrayado me pertenece] [...] The formula in the classic treatises somewhat vary, ... but both reason and history demonstrate that the concept of territory does not necessarily include precise delimitation of the boundaries of that territory [el subrayado me pertenece]. The reason for the rule that one of the necessary attributes of a State is that it shall possess territory is that one cannot contemplate a State as a kind of disembodied spirit... [T]here must be some portion of the earth's surface which its people inhabit and over which its Government exercises authority. [...] ¹⁸⁷

Como bien explica Crawford: “even a substantial boundary or territorial dispute with a new State is not enough, of itself, to bring statehood into question. The only requirement is that the State must consist of a certain coherent territory effectively governed”.¹⁸⁸

b) *Población permanente*

Los Estados, además de ser territoriales, son agregados de individuos y por ello es necesario una población permanente. Dicha población se requiere como evidencia inicial de la existencia de un Estado. Al respecto, no se necesita un número mínimo o máximo de habitantes. Por ejemplo, Tuvalu cuenta con aproximadamente 9.000 habitantes mientras que la República Popular de China con más de 1.300 millones.

¹⁸⁵ Corte Internacional de Justicia, “Sovereignty Over Certain Frontier Land” (Bélica v. Holanda), Sentencia del 20 de junio de 1959, I.C.J. Reports: 1959.

¹⁸⁶ Crawford. The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness, ob. cit., p. 9.

¹⁸⁷ Citado en Amicus Curiae Observations by the International Commission of Jurists (2020). Situation in the State of Palestine. (p.7). Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_01108.PDF.

¹⁸⁸ Crawford. The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness, ob. cit., p. 52.

Es menester recordar que el concepto de ‘población’ analizado con anterioridad no debe confundirse con el concepto de ‘pueblo’.¹⁸⁹ A diferencia del pueblo, la población no necesariamente debe ser culturalmente, socialmente o étnicamente homogénea. Incluso, la realidad demuestra que muchos Estados son plurinacionales o multinacionales.

Tampoco se exige que exista una población que se identifique con el territorio. Un gran ejemplo de esta situación es el de la población árabe que vive en Israel. Si bien no se identifican con el Estado judío, constituyen -quieran o no- su población. De la misma manera, la población judía de la Unión Soviética no se identificaba con el territorio del país, pero fueron parte de su población hasta que emigraron a Israel.

Como establece Augusto Hernández Campos se trata de un concepto objetivo que solo requiere un conjunto de individuos. Todos los elementos subjetivos no son parte de este criterio (como serían el sentido de pertenencia, el patriotismo, la fidelidad o lealtad).¹⁹⁰ Por su parte, el vínculo étnico o la relación entre la población y el Estado es una cuestión inmaterial. En otras palabras, un Estado solo necesita una población, sin importar si dicha población posee un vínculo con otro Estado. Es por ello que existen países como Austria o Liechtenstein a pesar del origen alemán de su población. En definitiva, lo único que debe existir es una población permanente y no transitoria.¹⁹¹

c) Gobierno

La existencia de una organización política es un elemento indispensable para la existencia de un Estado. Es el más importante de todos los demás criterios ya que los demás dependen de éste. Normalmente se entiende que la plena capacidad de ejercer las funciones estatales implica dos aspectos: uno interno y otro externo. En el plano interno, la existencia de un gobierno implica la capacidad de establecer y mantener el orden en relación con su autonomía constitucional. En cambio, en el plano externo, significa tener capacidad para actuar de manera autónoma en un nivel internacional con independencia de los demás Estados.¹⁹² Al respecto, en la opinión consultiva relativa al Sahara Occidental, la CIJ descartó que la región del Sahara fuese un Estado alegando que

¹⁸⁹ Ver más en Salas, G. (2012). El concepto de pueblo. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba Núm. IV-1*, pp. 79-90.

¹⁹⁰ Hernández Campos, A. (2006). The Criteria Of Statehood in International Law and the Hallstein Doctrine: the case of the Republic of China on Taiwan. *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs, Volume 24*. p. 77 Recuperado de: <https://books.google.com.ar/books?id=x98eEAAAQBAJ&pg=>.

¹⁹¹ Ver más en: Crawford. *The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness*, ob. cit., pp. 12-16.

¹⁹² Citado en International Commission of Jurists, ob. cit., p. 7.

su población (un conjunto de tribus nómades) no estaba organizada políticamente para aspirar a ser una entidad con personalidad propia.¹⁹³

En efecto se exige que exista un gobierno con plena capacidad de ejercer su autoridad hacia sus ciudadanos dentro de su territorio. Sin embargo, este requisito no se corresponde con una constitución interna, su ideología o el modo en el que los poderes del Estado se estructuran. Ante todas estas cuestiones de carácter interno el derecho internacional se comporta con total neutralidad.¹⁹⁴ No se exige una forma de gobierno determinada, sino que se aceptan tanto las monarquías, como las repúblicas o las dictaduras. Tampoco se impone una forma de constitución específica ni un proceso exacto para acceder al poder. Así lo ha dicho la CIJ en su opinión consultiva relativa al Sahara Occidental: “[n]o rule of international law, in the view of the Court, requires the structure of a State to follow any particular pattern, as is evident from the diversity of the forms of State found in the world today”.¹⁹⁵ Al respecto, Barranco Avilés (2016) afirma que si bien parece que hay una tendencia a exigir del gobierno su lealtad a la democracia y al principio del estado de derecho, no es más que una tendencia.¹⁹⁶

Lo único que el ordenamiento jurídico internacional exige es que se cumpla con el principio de efectividad, es decir “que tenga plena capacidad para ejercer las funciones estatales: en el plano interno, manteniendo el orden, la seguridad y el respeto a la ley; en el internacional, garantizando el cumplimiento de las obligaciones del Estado para con otros sujetos o, en su caso, para con la comunidad internacional en su conjunto”.¹⁹⁷

En definitiva, el gobierno debe ejercer control efectivo sobre su población y un territorio. Raic explica que la efectividad “operates to some extent as evidence of the ability to possess legal rights and to fulfil legal obligations”.¹⁹⁸ Al respecto, en el caso relativo a los islotes de Minquiers y Ecrehos (1953) la Corte Internacional de Justicia sostuvo que el gobierno británico ejercía la soberanía sobre dichas islas. Este ejercicio de soberanía era el resultado de diversos actos, tales

¹⁹³ Corte Internacional de Justicia. “Sahara Occidental”. Opinión consultiva del 16 de octubre de 1975. I.C.J. Reports: 1975, párrafo 81.

¹⁹⁴ Barranco Avilés, M. D. C. (2016). Perspectivas actuales de los sujetos de derecho. (pp. 204-205). Recuperado de: <https://elibro.net/es/ereader/udes/56831?page=204>.

¹⁹⁵ Corte Internacional de Justicia. “Sahara Occidental”. Opinión consultiva del 16 de octubre de 1975. I.C.J. Reports: 1975, párrafo 94.

¹⁹⁶ Barranco Avilés, ob. cit., pp. 204-205.

¹⁹⁷ Barranco Avilés, ob. cit., p. 205.

¹⁹⁸ Moscoso de la Cuba, P. (2011). The statehood of ‘collapsed’ states in Public International Law. *Agenda Internacional*, 18(29), p. 125. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/3643>.

como procesos judiciales, imposición de impuestos, licencias comerciales, registro de escrituras, la conducción de censos y demás cuestiones locales.¹⁹⁹ Por el contrario, el gobierno carecerá de efectividad cuando “its exercise of power is not complete over the population and territory of the State”.²⁰⁰ A pesar de ello, la ineficiencia de un gobierno debe reservarse solo para situaciones extremas y valorarse con mucha prudencia.

Sin embargo, el ejercicio de las funciones estatales debe presentarse simultáneamente con otro elemento sustancial del ejercicio de la soberanía: el asentimiento de la población hacia la autoridad política ejercida en el territorio. Como confirmó la CIJ en su opinión consultiva relativa a Sahara Occidental:

Political ties of allegiance to a ruler, on the other hand, have frequently formed a major element in the composition of a state. Such an allegiance, however, if it is to afford indications of the ruler's sovereignty, must clearly be real and manifested in acts evidencing acceptance of his political authority. Otherwise, there will be no genuine display or exercise of state authority [el subrayado me pertenece].²⁰¹

Por su parte, los casos de administraciones divididas tampoco son un impedimento en la constitución de los Estados, aunque sí genera dificultades prácticas. A modo de ejemplo puedo nombrar los casos de Corea, Vietnam y Zaire (luego conocida como República Democrática del Congo). En los años 1950, 1954 y 1960 respectivamente dichos países no contaban con un gobierno central. Por el contrario, sus gobiernos se encontraban divididos en dos facciones, ambas arrogándose las mismas facultades de gobierno, inclusive la representación internacional. Sin embargo, esto no los privó de su estatalidad.

Si bien algunos autores como Ian Brownlie argumentan que es necesario “[t]he existence of effective government, with centralized administrative and legislative organs [...]”, otros como Jure Vidmar sostienen que el requisito de efectividad no es necesario ante la creación de nuevos Estados.²⁰² Este último explica que “[e]ven in non-colonial situation, effectiveness considerations were not applied strictly when new states were created: Croatia and Bosnia-Herzegovina became

¹⁹⁹ Corte Internacional de Justicia. “Caso de los Islotes de Minquiers y Ecrehos” (Francia v. Reino Unido). Sentencia del 17 de noviembre de 1953. I.C.J. Reports: 1953. pp. 65-66.

²⁰⁰ Citado en Moscoso de la Cuba, ob. cit., p. 125.

²⁰¹ Corte Internacional de Justicia. “Sahara Occidental”. Opinión consultiva del 16 de octubre de 1975. I.C.J. Reports: 1975, párrafo 95.

²⁰² Citado en Panganiban, ob. cit., p. 68.

states, although their governments did not exercise effective control over their respective territories.”²⁰³

(1) El requisito de gobierno efectivo se torna más laxo

A su vez, el requisito de un gobierno efectivo es aplicado de manera menos restrictiva cuando está en juego el principio a la libre determinación de los pueblos. Así lo demuestra Moscoso de la Cuba a través de dos ejemplos: el de Finlandia y el del Congo.

Tras declararse la independencia de Finlandia en 1917, este país fue sujeto de sistemáticas intervenciones militares por parte de Rusia y Alemania, lo que hizo que se cuestione su estatalidad. Al respecto, la Sociedad de las Naciones creó una comisión de juristas que opinó que la República de Finlandia no se convertiría en un Estado soberano hasta que “a stable political organization had been created, and until the public authorities had become strong enough to assert themselves throughout the territories of the State without the assistance of foreign troops”.²⁰⁴

Sin embargo, el criterio de gobierno efectivo, que en este caso se aplicó estrictamente, se fue tornando más laxo con los años. Así lo demuestra el autor con la independencia de la República Democrática del Congo en 1960. Aun cuando éste no contaba con un gobierno efectivo (ya que el gobierno central estaba dividido en dos facciones y ambas reclamaban ser el gobierno legítimo) logró su independencia. Fue reconocido como Estado y aprobado como miembro de las Naciones Unidas sin oposición alguna. Al respecto, Crawford sostiene que su admisión en la ONU se basó en los derechos soberanos de la República del Congo.²⁰⁵

Moscoso de la Cuba explica que lo que cambió entre 1917 y 1960 fue el desarrollo de la libre determinación de los pueblos. En esta línea, la Resolución 1514 (XV) de 1960 la AGNU declaró que “la falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia”. Así sostiene que:

That resolution [...] has been qualified by the International Court of Justice as the basis of the decolonization process and in its application, the principle of selfdetermination of peoples has given rise to the creation of States without effective governments. This has given rise to a disassociation between Statehood and the factual, real, basis that international law has traditionally required for the

²⁰³ Citado en Panganiban, ob. cit., pp. 68-69.

²⁰⁴ Moscoso de la Cuba, ob. cit., p. 126.

²⁰⁵ Moscoso de la Cuba, ob. cit., p. 126.

creation of States. In other words, the criterion of effective government has been relaxed and entities that traditionally would not have qualified have been granted Statehood under international law.²⁰⁶

En esta línea, vale recordar las conclusiones derivadas del capítulo anterior con respecto a Bangladesh, que logró su independencia antes de tener un gobierno efectivo y territorio propio.

d) *Capacidad para establecer relaciones con otros Estados*

Según Crawford, la capacidad para establecer relaciones con otros Estados no es un requisito de la estatalidad, sino una consecuencia. A pesar de esto, la capacidad para someterse a las relaciones internacionales sigue siendo un elemento útil porque dicha capacidad es independiente del reconocimiento de otros Estados y de su ejercicio.²⁰⁷ Para el autor, dicha capacidad depende de dos cosas. Por un lado, del poder interno del gobierno de un territorio ya que sin éste las obligaciones internacionales no tendrían efecto alguno. Por otro lado, de que la entidad en cuestión no esté sujeta a la autoridad de otro Estado.

Es por ello que Crawford argumenta que el ‘requisito’ en cuestión es una fusión entre *gobierno* -analizado en el apartado anterior- e *independencia*.²⁰⁸ Independencia entendida en el sentido de que una entidad posea existencia separada dentro de unas fronteras razonables y que no esté sujeta a autoridades externas. En otras palabras, la autoridad gubernamental debe ejercerse respecto de un territorio y un pueblo y no debe existir un sometimiento a la autoridad de otro Estado.²⁰⁹ En este último reposa el núcleo duro de la noción de independencia.

Al respecto, existen dos calificaciones de independencia que deben analizarse: la independencia formal (*l'exclusivité de la compétence*) y la real (*plénitude de la compétence*). Explica Crawford que la primera se refiere a “...the powers of government of a territory (in internal and external affairs) are vested in the separate authorities of the putative State. The vesting of power, in this sense, may arise under the law in force in the territory (e.g., its constitution) or it may be the result of a grant of full power from the previous sovereign; it may be established, or recognized, by bilateral or multilateral treaty”;²¹⁰ mientras que la segunda es una cuestión cuantitativa, definida

²⁰⁶ Moscoso de la Cuba, ob. cit., p. 127.

²⁰⁷ Crawford. The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness, ob. cit., p. 21.

²⁰⁸ Crawford. The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness, ob. cit., pp. 21-22.

²⁰⁹ Crawford. The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness, ob. cit., p. 22.

²¹⁰ Crawford. The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness, ob. cit., p. 25.

como "...the minimum degree of real governmental power at the disposal of the authorities of the putative State that is necessary for it to qualify as independent".²¹¹

La misma postura defiende Barranco Áviles al utilizar este requisito como sinónimo de independencia para argumentar que no es difícil saber cuándo un Estado es formalmente independiente (su propia legislación o el reconocimiento oficial de su independencia pueden constituir elementos de ayuda en este sentido) pero sí lo es saber cuándo realmente lo es.²¹²

Como principio general, explica Crawford, cualquier entidad territorial formalmente separado y con cierto grado de poder real es capaz de ser un Estado a la luz del derecho internacional. La independencia debería presumirse cuando una entidad fue creada de manera independiente sin incurrir en serias ilegalidades. Por el contrario, existe una presunción en contra de la independencia cuando una entidad no es formalmente independiente, o lo es pero su creación incurre en serias ilegalidades.²¹³

A. La aplicación al caso de Palestina

1. El reconocimiento del Estado palestino: implicancias

Como ya se ha mencionado en el capítulo segundo, el 'Estado de Palestina' ha sido reconocido por 139 Estados, por la República Árabe Saharaui Democrática, la Santa Sede, la Organización para la Cooperación Islámica, Movimientos de Países no alineados y la Liga Árabe. También forma parte de las Naciones Unidas como "Estado no miembro".

Por su parte, la Unión Europea en la Declaración de Berlín afirmó el derecho a la libre determinación del pueblo palestino, incluido su derecho a un 'Estado palestino' viable, pacífico y soberano. Si bien declaró que no reconocerá ningún cambio en las fronteras de 1967, más allá de lo acordado entre ambas partes, anunció su disposición, cuando se considere apropiado, de reconocer a un Estado de Palestina. En este sentido, el 17 de diciembre de 2014 el Parlamento Europeo aprobó la resolución 2014/2964 (RSP) que instaba al reconocimiento del 'Estado de Palestina' con 498 votos a favor, 111 votos en contra y 88 abstenciones.

Asimismo, mediante la Resolución 43/177 del 15 de diciembre de 1988 la AGNU "tomó conocimiento" de la proclamación del 'Estado de Palestina' por el Consejo Nacional de Palestina y

²¹¹ Crawford. *The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness*, ob. cit., p. 30.

²¹² Barranco Avilés, ob. cit., p. 208.

²¹³ Crawford. *The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness*, ob. cit., p. 43.

decidió utilizar la designación ‘Palestina’ en lugar de ‘Organización para la Liberación de Palestina’ en el sistema de las Naciones Unidas, sin perjuicio de las funciones y la calidad de observadora de la OLP. A su vez, el organismo especializado de las Naciones Unidas para los temas de Educación, Ciencia y Cultura (“UNESCO”), ha admitido a Palestina como Estado miembro de pleno derecho, decisión que fue respaldada por 107 países frente a 14 votos en contra y 52 abstenciones de los 193 miembros que componían la Conferencia General.

Por su parte, al adherirse al Estatuto de Roma, se convirtió en un Estado parte del tratado que creó la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI”), otorgándole a ésta competencia para investigar sobre los crímenes de derecho internacional cometidos en los territorios palestinos. Ante esto, Israel alegó que la CPI no puede tener competencia en dichos territorios porque éstos no cumplen la condición de Estado. Sin embargo, dicho argumento fue desestimado por la Corte, al afirmar sí posee jurisdicción porque Palestina efectivamente se adhirió al Estatuto de Roma, sin importar si es o no un Estado. A pesar de esto, la Sala de Cuestiones Preliminares recordó que la CPI no tiene competencia para expedirse sobre su estatalidad. Por lo que, al pronunciarse sobre el alcance territorial de su jurisdicción, la Sala no estaría resolviendo una disputa fronteriza bajo la lupa del derecho internacional ni prejuzgando la cuestión de las fronteras futuras.

A pesar de lo expuesto, los actos de reconocimiento de Palestina no configuran su estatalidad, aunque sí poseen cierta utilidad. Cada reconocimiento evidencia las incertidumbres respecto de su estatus jurídico y, a su vez, permite que se regularice nuevas situaciones. En efecto, cada reconocimiento que se le otorga al ‘Estado de Palestina’ es un acto político que demuestra el apoyo a la causa palestina y la existencia de presiones políticas para que se convierta en un Estado. En consecuencia, cada acto de reconocimiento se realiza con el fin de consolidar el estatus legal precario que posee actualmente.

2. Requisitos

Antes de examinar si Palestina cumpliría o no con los criterios establecidos en la Convención de Montevideo, deviene necesario analizar previamente la existencia de una motivación por parte del pueblo que pretende ser reconocido como Estado. De lo contrario, el cumplimiento de los criterios establecidos en dicha Convención se volverían una cuestión puramente simbólica. En el caso de Palestina efectivamente existe una determinación de ser reconocidos, así se ha demostrado con la Declaración de Independencia de 1988 hecha por la Organización para la Liberación de Palestina en

la cual el Consejo Nacional Palestino proclama el establecimiento del Estado palestino “en su territorio palestino y con Jerusalén de capital”.²¹⁴

a) *Territorio definido*

Resulta claro que Palestina, por formar parte del Estado de Israel, carece del requisito de territorialidad. Sin embargo, la forma de adquirirlo es a través de la secesión. Ejercer su libre determinación externa implicaría que se separe de su ‘Estado madre’ para crear un nuevo Estado con un territorio propio. De su declaración de independencia surge que el nuevo Estado de Palestina consistirá esencialmente en Cisjordania y la frontera de Gaza, con Jerusalén del Este como capital. La Franja de Gaza posee un territorio estimado de 360 km², mientras que Cisjordania de 5.860 km².

La falta de una delimitación precisa del territorio palestino no impediría su existencia como Estado ya que no se trata de una condición *sine qua non* de su estatalidad. La discusión en este punto es si las fronteras de Palestina deberían ser las establecidas por la Resolución 181 de 1947, las establecidas por el acuerdo armisticio árabe-israelí de 1949 (“Green Lines”) o las establecidas luego de la guerra de los seis días (1967). La mayor parte de la comunidad internacional, incluidas las Naciones Unidas y la Unión Europea, reconocen las “lineas verdes” como la legítima porción del futuro Estado de Palestina, alegando que las fronteras deberían ser las previas a la guerra de los seis días. Incluso Barack Obama en su discurso del 2011 expresó:

We believe the borders of Israel and Palestine should be based on the 1967 lines with mutually agreed swaps, so that secure and recognized borders are established for both states. The Palestinian people must have the right to govern themselves, and reach their full potential, in a sovereign and contiguous state.

Por su parte, la fragmentación y las disputas sobre sus fronteras tampoco influirían en su estatus jurídico. Como se ha demostrado en párrafos anteriores, el derecho internacional no exige que el territorio sea continuo. A su vez, que sus fronteras sean cuestión de disputa con otro país tampoco afectaría la existencia del Estado palestino.²¹⁵ Al respecto, Israel fue admitido en las Naciones Unidas a pesar de las continuas disputas de sus fronteras con los Estados árabes vecinos. En

²¹⁴ Pitta, M. (2018). *Statehood and Recognition: the Case of Palestine*. (Tesis doctoral: Universidad de Barcelona). Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/26227069>.

²¹⁵ Un ejemplo caro es la región de Kashmir, disputada por India y Pakistán.

consecuencia, resulta claro que Palestina cumpliría con el requisito de territorialidad establecido en la Convención de Montevideo.

b) *Población permanente*

En este punto, para evitar repeticiones innecesarias, me remito al segundo capítulo en el cual he demostrado que la existencia de un pueblo palestino no se cuestiona. Incluso, si no se exige que la población tenga una étnica común, Palestina la tiene y la seguirá teniendo. Como afirma Quigley:

Palestine has a permanent population inhabiting its territory. This criterion does not demand that a population must be ethnically homogeneous, although Palestine's largely is. The population need not have inhabited the territory for many centuries, although the population of Palestine has. The criterion of population does not demand large numbers. Yet Palestine's population is larger than that of many other states.²¹⁶

c) *Gobierno*

A continuación demostraré que Palestina cumple (y seguirá cumpliendo cuando se secesione) con el requisito de gobierno. Para ello, demostraré que incluso si el gobierno palestino no posee control de sus fronteras y de la seguridad externa de Cisjordania y Gaza, ejerce funciones que solo un gobierno efectivo podría ejercer. De la misma forma, demostraré que los conflictos internos que emanan de la ANP tampoco son un impedimento.

(1) A pesar de la falta de un control total, el gobierno palestino ejerce sus funciones gubernamentales

a. Plano interno

Las autoridades palestinas han ejercido funciones de tipo legislativas, judiciales, ejecutivas y administrativas que solo un gobierno efectivo podría ejercer. Al respecto, si bien Israel continúa teniendo cierto control sobre el territorio palestino, no ha protestado en contra del ejercicio de estas funciones. Aun más, muchas de las funciones ejercidas por el gobierno palestino fueron consecuencia de la firma del acuerdo de Gaza-Jericho de 1994 y el Acuerdo Interino de 1995. Pese a un gobierno sumamente limitado por el control israelí, efectivamente se han ejercido funciones

²¹⁶ Quigley, J. (2010). Palestine Meets Montevideo. *The Statehood of Palestine: International Law in the Middle East Conflict* (p. 209). Cambridge: Cambridge University Press.

legislativas, judiciales, ejecutivas y administrativas. En efecto, Palestina tiene un sistema de democracia parlamentaria basada en la separación de tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial.

El gobierno palestino ha ejercido sus funciones judiciales en el territorio palestino a través de un sistema de justicia consistente en un Alto Consejo Judicial de Palestina, una Corte Suprema y otras 34 Cortes, entre ellas cortes arbitrales, tribunales de primera instancia, de apelación, anticorrupción y tributarias en Gaza y Cisjordania. Las cortes palestinas tienen jurisdicción en los temas constitucionales, tribunales, civiles, laborales y comerciales, entre otros. Sus juzgamientos se aplican en base a diversos textos legales, entre ellos, el Código Procesal Criminal, la ley civil, la ley comercial, la ley de defensa del consumidor y demás.²¹⁷

Las funciones legislativas se ejercen a través del Consejo Legislativo de Palestina, que fue creado en los Acuerdos de Oslo y está compuesto de 132 miembros que representan la frontera de Gaza, Cisjordania y Jerusalén del Este. En 1997 el Consejo Legislativo elaboró un borrador de la “Basic Law for the National Authority” como documento constitucional, que años más tarde fue aprobado y promulgado por Yasir Arafat (presidente de la ANP).²¹⁸ En dicha ley fundamental se define al gobierno de Palestina como una democracia parlamentaria basada en el pluralismo político, la primacía del derecho y la separación de poderes. El hecho de que el Consejo Legislativo de Palestina no haya sesionado desde el 2006 (principalmente por las disputas entre las administraciones de Palestina y Gaza) no significa que Palestina no haya ejercido sus funciones legislativas en el territorio.²¹⁹

Por su parte, las autoridades palestinas llevaron a cabo funciones ejecutivas, inclusive actos diplomáticos, la imposición de impuestos y de un sistema público de pensiones.

Como se ha establecido precedentemente, un elemento sustancial del ejercicio de la soberanía es el asentimiento de la población de la autoridad política ejercida en el territorio. Al respecto, el asentimiento de la autoridad política llevada a cabo por las autoridades palestinas demuestra que la población acepta y adhiere a la soberanía del gobierno palestino. El ejercicio de estas funciones por un largo periodo de tiempo acompañado con la aceptación general del pueblo palestino, es evidencia genuina y efectiva de la soberanía estatal en el territorio palestino.²²⁰

²¹⁷ International Commission of Jurists, ob. cit., pp. 8-9.

²¹⁸ Fue enmendada dos veces: 2003 (con la cual se introdujo la figura del primer ministro) y 2005 (para ajustarse a la nueva Ley Electoral).

²¹⁹ International Commission of Jurists, ob. cit., p. 9.

²²⁰ International Commission of Jurists. Ob. cit., p. 10.

En definitiva, actualmente Palestina posee un gobierno con capacidad de establecer y mantener el orden, la seguridad y el respeto a la ley. Existe un gobierno con plena capacidad de ejercer su autoridad hacia sus ciudadanos dentro de su territorio. Las competencias transferidas al ANP en el acuerdo interino sirven como evidencia de que Palestina posee un gobierno responsable por los servicios gubernamentales más importantes.

Si aplicamos el razonamiento de Minquiers y Ecrehos, se detenta un ejercicio de soberanía por las autoridades palestinas en los servicios gubernamentales más relevantes, como en el poder de policía, en el poder judicial, legislativo y ejecutivo, incluyendo la educación, turismo, cultura, seguridad social, impuestos y demás cuestiones locales. Aun más teniendo en cuenta que el requisito de un gobierno efectivo es aplicado de manera menos restrictiva cuando está en juego el principio de libre determinación de los pueblos (como así sucedió con la República del Congo y Bangladesh).

b. Plano externo

Según la práctica internacional, un Estado no necesita conducir sus propias relaciones exteriores. Un ejemplo claro es el mandato de Palestina, que tenía capacidad de establecer relaciones internacionales, aunque su ejercicio estaba en manos de Gran Bretaña. Quigley (2010) explica que tampoco se exige que un Estado mantenga misiones diplomáticas en el extranjero ni que reciba embajadores de otros Estados.²²¹ Sin embargo, Palestina ha establecido y mantenido misiones diplomáticas alrededor de todo el mundo. Las oficinas palestinas en el extranjero designadas como ‘embajadas’ o ‘delegaciones generales’ realizan las típicas misiones diplomáticas de mantener el contacto político con los países anfitriones. En la actualidad, Palestina cuenta con ochenta embajadas en el exterior, cuatro consulados y otras dieciocho representaciones. A su vez, Palestina alberga embajadas, consulados y representaciones.²²²

Por su parte, Palestina se ha adherido a numerosos tratados. Al menos once tratados son de derechos humanos y derecho internacional humanitario.²²³ Esto ha hecho que los comités que supervisan la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño hayan reconocido a

²²¹ Quigley, J. (2010). Palestine Meets Montevideo, ob. cit., p. 211.

²²² Para más información consultar la página de “Embassy Pages” <https://www.embassypages.com/palestina>.

²²³ Ver lista completa en: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=PS&nv=4.

Palestina como un ‘Estado parte’ de sus respectivos tratados. En su mayoría los tratados son concluidos en nombre de la OLP y ocasionalmente en nombre de la ANP. Por ejemplo, el acuerdo con la Organización de Petróleo de Países Exportadores fue concluido en nombre de la Autoridad Palestina, mientras que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y el Tratado de Inversión Bilateral fueron concluidos en nombre de la OLP para ‘el beneficio de la Autoridad Palestina’. Sin embargo, sin importar en qué nombre sean concluidos, Palestina ha demostrado una extensiva práctica en materia de tratados y consecuentemente, su capacidad de un gobierno efectivo en la esfera externa.²²⁴

A pesar del creciente reconocimiento hacia un Estado palestino, las Naciones Unidas no han extendido la membresía total hacia Palestina. En gran medida esto se debe a que Estados Unidos, al ser uno de los cinco miembros permanentes, tiene la posibilidad de oponerse y por lo tanto impedir la adopción de una resolución por el Consejo de Seguridad.²²⁵ Sin embargo, Estados Unidos no tiene derecho de veto sobre otros órganos de las Naciones Unidas, más allá del Consejo de Seguridad. En el 2011 Palestina se convirtió en miembro de la UNESCO y en el 2015 el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, confirmó que Palestina se convertiría en parte del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. A su vez, organismos de las Naciones Unidas, como la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y Organización Mundial del Turismo han extendido el estatus de observador a Palestina. Fuera de las Naciones Unidas, Palestina es un miembro de la Liga Árabe, la Organización de Cooperación Islámica, la Unión por el Mediterráneo y la Asamblea Parlamentaria Euromediterránea, entre otras.

Por su parte, otra función gubernamental aceptada en la conducción de las relaciones internacionales es la emisión de pasaportes. Normalmente, terceros Estados no aceptan pasaportes de entidades que no reconocen. Sin embargo, los pasaportes palestinos emitidos por la ANP desde 1995 son aceptados internacionalmente (inclusive por Estados Unidos). Aun más, en el 2009 la ANP comenzó a emitir pasaportes electrónicos, que evidencia su colaboración en un sistema internacional coordinado.²²⁶

En conclusión, resulta evidente que el gobierno palestino posee la capacidad de actuar de manera autónoma a nivel internacional, con independencia de los demás Estados y, a su vez, de garantizar

²²⁴ Quigley, ob. cit., p. 213.

²²⁵ Quigley, ob. cit., p. 213.

²²⁶ Quigley, ob. cit., p. 212.

su cumplimiento. Como he demostrado en párrafos anteriores, la ausencia del control total del gobierno palestino no impide que éste ejerza sus funciones de gobierno. Efectivamente existe una autoridad con capacidad de ejercer su autoridad hacia sus ciudadanos dentro de su territorio y, a su vez, garantizar las obligaciones internacionales.

- (2) El hecho de que haya dos administraciones no impediría que Palestina sea un Estado

Como se ha explicado anteriormente, el resultado de las elecciones del 2006 hizo que Hamas tomase el control en la frontera de Gaza y Fatah en Cisjordania. Esto generó dos administraciones diferentes. A pesar de esto, las instituciones de Cisjordania fueron las que siguieron funcionando como las autoridades con jerarquía diplomática internacional. En marzo de 2008 los líderes de los dos sectores firmaron una declaración en Saná, la capital de Yemen, en la cual afirmaron “unity of the Palestinian people, territory and authority”. En ella “Hamas regarded itself as falling under the umbrella of Palestinian representative bodies functioning at the international level”.²²⁷ Esto se volvió a reiterar en el 2014 al firmarse el acuerdo de ‘unidad del gobierno palestino’. A pesar de esto, la existencia de dos administraciones no sería un impedimento de su estatalidad, aunque sí crearía dificultades prácticas. En esta línea argumenta Quigley al afirmar que “[t]he Fatah-Hamas contention raised questions about the legitimacy of the governing institutions under domestic Palestine law. The issue of domestic legitimacy, however, is not relevant to statehood”.²²⁸

d) *Capacidad para establecer relaciones con otros Estados*

Como he adelantado, este requisito exige, por un lado, una existencia separada dentro de fronteras razonablemente definidas y, por otro lado, la no sujeción a la autoridad de terceros. Sin embargo, el primero es una consecuencia de los elementos constitutivos antes examinados y viene a confundirse con ellos: un Estado tiene existencia separada dentro de sus fronteras razonablemente definidas cuando goza del control efectivo sobre su territorio y población.²²⁹ Pero esto no basta para calificar a un Estado como tal. También es necesario que no esté sujeto a la autoridad de otro, es decir, que sea independiente.

²²⁷ Quigley, ob. cit., p. 217.

²²⁸ Quigley, ob. cit., p. 217.

²²⁹ Barranco Avilés, ob. cit., p. 208.

En el caso en cuestión, no cabe duda que existe una independencia formal. Esto se vislumbra a través de actos tales como la declaración de independencia y la imposición de una constitución nacional y otras leyes. Lo que sí genera más dudas y complicaciones es su independencia real. Teniendo en cuenta la Declaración de Principios firmada por Israel y Palestina, podemos afirmar que Palestina no es independiente de la autoridad externa (Israel). A la luz de dicha declaración, Palestina puede establecer una seguridad interna pero no un ejército. A su vez, las autoridades israelíes tienen el control total de la seguridad externa de Cisjordania y Gaza, por lo que, Israel mantiene el control militar sobre toda el área. Por su parte, la economía, los asuntos civiles y de seguridad del área “C” (que es la mayor parte de Cisjordania) se encuentra bajo control israelí. Esto impide que el gobierno palestino ejerza su independencia real. En consecuencia, el único remedio para obtener dicha independencia será secesionándose de Israel.

VI. Conclusión

Al día de la fecha Palestina no ha logrado consolidarse como Estado. A pesar de que se beneficia de un amplio reconocimiento internacional, los atributos que hacen a la estatalidad de Palestina, como el territorio y la independencia, se encuentran bajo la jurisdicción exclusiva de Israel. El reconocimiento internacional que se le ha otorgado a Palestina no configura su estatalidad, sino que solo evidencia el apoyo a la causa Palestina y la existencia de presiones políticas para que se convierta en un Estado.

Aunque no logró obtener el estatus de ‘Estado’, sí posee el estatus de ‘pueblo’ y como tal, tiene derecho a su libre determinación. Se trata de un grupo étnico que ocupa un territorio desde tiempos inmemorables y anhela un Estado propio, uno que sea respetuoso de sus costumbres e ideologías.

El desarrollo del derecho a la libre determinación ha generado la posibilidad de entender que el ámbito internacional avala la secesión reparadora en circunstancias excepcionales. En efecto, aquel gobierno que haga distinciones por motivo de raza, credo o color, negándole a un grupo del Estado el acceso a su libre determinación, no podrá alegar el principio de integridad territorial. Por el contrario, aquel grupo cuyo derecho ha sido violado gravemente tendrá un derecho a la libre determinación externa, a través del fenómeno de la secesión.

Las sucesivas violaciones a los Derechos Humanos por parte de Israel hacia el pueblo palestino han originado en éste la posibilidad de separarse del territorio de Israel para pasar a formar su propio Estado. Si Palestina ejerciera su secesión, entonces se independizaría de la autoridad de

Israel y obtendría su propio territorio. En consecuencia, lograría cumplir con los requisitos establecidos en la Convención de Montevideo. De esta forma, Palestina dejaría de ser un pueblo para pasar a ser un Estado.



Universidad de
San Andrés

VII. Bibliografía

A. Bibliografía primaria: instrumentos y documentos internacionales.

- Acuerdo Gaza-Jericó. El Cairo, 4 de mayo de 1994.
- Acuerdo interino sobre Cisjordania y la franja de Gaza. Taba, 24 de septiembre de 1995.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Referencias del sexagésimo séptimo periodo de sesiones. Recuperado de: https://www.un.org/es/ga/68/agenda/pdf/b_peace_security_68.pdf.
- Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 26 de junio de 1945.
- Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados. Séptima Conferencia Internacional Americana. Montevideo, 26 de diciembre de 1933.
- Declaración de Independencia de Palestina. Argel, 15 de noviembre de 1988.
- Declaración de principios sobre los acuerdos del autogobierno interino. Washington D.C., 13 de septiembre de 1993.
- Resolución 181 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Plan de Partición con Unión Económica”, adoptada el 29 de noviembre de 1947.
- Resolución 194 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Palestina - Informe sobre el progreso de las gestiones del Mediador de las Naciones Unidas”, adoptada el 11 de diciembre de 1948.
- Resolución 242 del Consejo de Seguridad de la ONU, adoptada el 22 de noviembre de 1967.
- Resolución 334 (IV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Territorios a los que se aplica el Capítulo XI de la Carta”, adoptada el 02 de diciembre de 1949.
- Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, adoptada el 14 de diciembre de 1960.
- Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Principios que deben servir de guía a los Estados miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del artículo 73 de la Carta”, adoptada el 15 de diciembre de 1960.

- Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, adoptada el 24 de octubre de 1970.
- Resolución 43/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Cuestión de Palestina”, adoptada el 15 de diciembre de 1988.
- Resolución 65/201 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Realización universal del derecho de los pueblos”, adoptada el 21 de diciembre de 2010.
- Resolución 67/19 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Estatuto de Palestina en las Naciones Unidas”, adoptada el 29 de noviembre de 2012.
- Resolución 67/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Realización universal del derecho de los pueblos a la libre determinación”, adoptada el 20 de diciembre de 2012.
- Resolución 2014/2964 (RSP) del Parlamento Europeo “El reconocimiento del Estado de Palestina”, adoptada el 17 de diciembre de 2014.

B. Bibliografía utilizada

- Abú Quevedo, J. (2005). *La cuestión Palestina: identidad nacional y acción colectiva*. (Tesis doctoral: Universidad Complutense de Madrid). Recuperado de: <https://elibro.net/es/ereader/udesa/87075?page=107>.
- Aguayo Armijo, F. (2016). La Situación de Crimea: Los Fundamentos y Los Limites del Derecho Internacional. *Revista chilena de derecho*, 43(1). Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100010.
- Barboza, J. (2008). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalia.
- Barranco Avilés, M. D. C. (2016). *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*. Recuperado de: <https://elibro.net/es/ereader/udesa/56831?page=203>.
- Becker, T. (2015). International Recognition of a Unilaterally Declared Palestinian State: Legal and Policy Dilemmas. *Jerusalem Center for Public Affairs*. Recuperado de: <https://www.jcpa.org/art/becker2.htm>.
- Ben-Ami, S. (2006). *Scars of War, Wounds of Peace: The Israeli-Arab Tragedy*. New York: Oxford University Press.

- Boyle, F. A. (1990). The Creation of the State of Palestine. *European Journal of International Law*. Vol. 1, Nro. 1.
- Christakis, T. (2006). The State as a "primary fact": some thoughts on the principle of Effectiveness. En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives*. New York: Cambridge.
- Christakis, T. y Constantinides, A. (2017). Territorial disputes in the context of secessionist conflicts. En M. Kohen y M. Hebie (Eds.), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=2927644>.
- Collins, J. A. (1980). Self-Determination in International Law: The Palestinians. *Case Western Reserve Journal of International Law*. Vol. 12 Nro. 1. Recuperado de: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol12/iss1/8>.
- Corten, O. (2006). Are there gaps in the international law of secession? En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives*. New York: Cambridge.
- Crawford, J. (2007). Secession. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford Scholarship Online.
- Crawford, J. (2007). Statehood and Recognition. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford Scholarship Online.
- Crawford, J. (2007). The Criteria for Statehood: Statehood as Effectiveness. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford Scholarship Online.
- Crawford, J. (1990). The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon? *European Journal of International Law*, Vol. 1, Nro. 1. Recuperado de: <http://www.ejil.org/pdfs/1/1/1137.pdf>.
- Crawford, J. y Brownlie, I. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. Edición Nro. 8. Oxford: Oxford University Press.
- Dal Ri Júnior, A. y Carnesella, G. (2017). El reconocimiento de nuevos Estados como sujetos en la ciencia del derecho internacional a partir de la deflagración de la Segunda Guerra Mundial: abordajes doctrinarios de la Convención de Montevideo a la "Opinión Consultiva Kosovo" (1933-2010). *Anuario mexicano de derecho internacional*. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542017000100513&lng=es&tlng=es.

- Day, J. (2012). *The Remedial Right of Secession in International Law*. Recuperado de: <https://ottawa.scholarsportal.info/ottawa/index.php/potentia/article/view/4393/3669>.
- de Clément, Z. D. (2019). *Libre Determinación vs Autodeterminación de los Pueblos Situación de los Catalanes y de los Mapuches*. Recuperado de: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/libredetermnacionpueblocataluniamapuche.pdf>.
- Dugard, J. y Raic, D. (2006). The Role of Recognition. En *The Law and Practice of Secession*. En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives*. New York: Cambridge.
- Ezeizabarrena, X. (2017). Derecho de libre determinación y derecho a decidir: nueva soberanía y Derechos Humanos en el siglo XXI. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, núm. 90. Recuperado de: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho90.pdf>.
- Forno Flórez, G. (2003). Apuntes sobre el principio de la libre determinación de los pueblos. *Agenda Internacional*, 9(18). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8248>.
- González Napolitano, S. S. (2015). *Lecciones del Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Erreius.
- Gornig, G. y Ribera Neumann, T. (2010). Creación y extinción de los Estados de acuerdo con derecho internacional. *Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, ISSN 0716-0240, N° 167. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3620754>.
- Hernández Campos, A. (2006). The Criteria Of Statehood in International Law and the Hallstein Doctrine: the case of the Republic of China on Taiwan. *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, Volume 24. Recuperado de: <https://books.google.com.ar/books?id=x98eEAAAQBAJ&pg=>.
- International Commission of Jurists (2020). *Amicus Curiae, Situation in the State of Palestine*. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_01108.PDF.
- Izquierdo Brichs, F. (2007). Las raíces del apartheid en Palestina: la judicialización del territorio durante el Mandato Británico. *Scripta Nova: Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Recuperado de: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-246.htm>.
- Klabbers, J. (2006). The Right to Be Taken Seriously: Self-Determination in International Law. *Human Rights Quarterly*, 28(1). Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/20072728>.

- Koestler, A. (2003). Palestina: independencia de un Estado. En Gómez-Robledo Verduzco, A (Ed.), *Temas selectos de derecho internacional, cuarta edición*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/33.pdf>.
- Kohen, M. G. (2006). Secession and Self Determination. En Autor (Ed.). *Secession: International Law Perspectives*. New York: Cambridge.
- López-Jurado Romero de la Cruz, C. (2013) La secesión de territorios no coloniales y el soberanismo catalán. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, ISSN-e 1697-5197, Nro. 26. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4642955>.
- Maas Perez, Y. P. (2013). *Responsabilidad internacional de Israel por la violación de los derechos humanos en los territorios ocupados de Palestina: el caso de Cisjordania (2002-2011)* (Tesis doctoral: Universidad Nacional Autónoma de México). Recuperado de: <http://132.248.9.195/ptd2014/enero/0707283/0707283.pdf>.
- Moscoso de la Cuba, P. (2011). The statehood of ‘collapsed’ states in Public International Law. *Agenda Internacional*, 18(29). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/3643>.
- Ortega Villar, T. (2018) La ONU en Palestina. *Revista Aequitas Nro. 12*. Recuperado de: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=>.
- Ougergouz, F. y Tehindrazanarivelo, D. (2006). The question of secession in Africa. En M. Kohen (Ed.), *Secession: International Law Perspectives*. New York: Cambridge.
- Palestina. Embajadas y consulados. Embassy Pages. Recuperado de: <https://www.embassypages.com/palestina>.
- Palestinian Central Bureau of Statistics. Recuperado de: http://www.pcbs.gov.ps/Portals/_Rainbow/Documents/2017-2097%20%20المحافظات%20انجليزى.html.
- Palestinian Centre for Human Rights (2011). Reporte Anual. Recuperado de: <http://www.pchrgaza.org/files/2012/Annual2011E.pdf>.
- Panganiban, S. K. (2015). *Palestinian Statehood: A Study of Statehood through the Lens of the Montevideo Convention* (Tesis doctoral: Virginia Polytechnic Institute and State University). Recuperado de: https://vtechworks.lib.vt.edu/bitstream/handle/10919/64512/Panganiban_SK_T_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Pitta, M. (2018). *Statehood and Recognition: the Case of Palestine*. (Tesis doctoral: Universidad de Barcelona). Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/26227069>.

- Quigley, J. (2010). Palestine Meets Montevideo. *The Statehood of Palestine: International Law in the Middle East Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Quigley, J. (2010). Statehood under the Gun. *The Statehood of Palestine International Law in the Middle East Conflict*. London: Cambridge.
- Salas, G. (2012). El concepto de pueblo. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba Núm. IV-1*.
- Segal, J. (1989). Does the State of Palestine Exist? *Journal of Palestine Studies, Vol. 19 Nro. 1*. Recuperado de: <https://www-jstor-org.eza.udesa.edu.ar/stable/pdf/2537243.pdf?refreqid=excelsior%3A5a043e2a8345d7d72c6b319cdb81800b>.
- Sharon, A. (2011). Why Is Israel's Presence in the Territories Still Called "Occupation"? *Jewish Political Studies Review. Vol. 23, Nro. 3/4*. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/i40075778>.
- Shaw, M. N. (1997). Peoples, Territorialism and Boundaries. *European Journal of International Law, Volume 8, Nro. 3*. Recuperado de: <http://www.ejil.org/pdfs/8/3/1457.pdf>.
- Tancredi, A. (2006). A Normative "due process" in the creation of States through sucession. En M. Kohen (Ed.), *Seccesion: International Law Perspectives*. New York: Cambridge.
- Thio, L.-A. (2006). International Law and secession in the Asia and Pacific Regions. En M. Kohen (Ed.), *Seccesion: International Law Perspectives*. New York: Cambridge.
- Urrutia Arestizábal, P. (2011). Conflicto palestino-israelí: ¿Más proceso que paz?: veinte años de propuestas frustradas y claves de la nueva encrucijada. *Quaderns de Construcció de Pau nro. 23*. Recuperado de: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Espana/ecp/20161219053029/pdf_1457.pdf.
- Vidmar, J. (2010). Remedial Secession in International Law: Theory and (Lack of) Practice. *St Antony's International Review, 6(1)*. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/26227069>.
- Villamarín Pulido, L. A. (2017). *Geopolítica del Terrorismo Islámico, Isis, Al Qaeda, Talibán, Hizbolá*. Nueva York: Createspace.

C. Jurisprudencia, decisiones y opiniones de tribunales internacionales

- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1994). "Katangese People's Congress v. Zaire". Comunicación 75/92, sesión 16.
- Corte Europea de Derechos Humanos: "Loizidou v. Turkey". Sentencia del 28 de noviembre de 1996. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,43de104d4.html>.

- Corte Internacional de Justicia. “Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua v. Estados Unidos). Sentencia del 27 de junio de 1986, I.C.J. Reports: 1986.
- Corte Internacional de Justicia. “Caso de los Islotes de Minquiers y Ecrehos” (Francia v. Reino Unido). Sentencia del 17 de noviembre de 1953. I.C.J. Reports: 1953.
- Corte Internacional de Justicia. “Caso relativo al Timor Oriental” (Portugal v. Australia). Sentencia del 30 de junio de 1995. I.C.J. Reports: 1995.
- Corte Internacional de Justicia. “Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración unilateral de Independencia relativa a Kosovo”. Opinión consultiva del 22 de julio de 2010. I.C.J. Reports: 2010.
- Corte Internacional de Justicia. “Consecuencias Jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”. Opinión consultiva del 9 de julio de 2004, I.C.J. Reports: 2004.
- Corte Internacional de Justicia. “Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)”. Opinión consultiva del 21 de junio de 1971. I.C.J. Reports: 1971.
- Corte Internacional de Justicia. “Plataforma Continental del Mar del Norte” (República Federal Alemana v Dinamarca y Países Bajos). Sentencia del 20 de febrero de 1969, I.C.J. Reports: 1969.
- Corte Internacional de Justicia. “Sahara Occidental”. Opinión consultiva del 16 de octubre de 1975. I.C.J. Reports: 1975.
- Corte Internacional de Justicia. “Sovereignty Over Certain Frontier Land” (Bélica v. Holanda), Sentencia del 20 de junio de 1959. I.C.J. Reports: 1959.
- Tribunal Arbitral Mixto Alemán-Polonés (1929). “Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State”. *International Law Review*, vol. 5.