

LOS ENIGMAS DEL RECONOCIMIENTO EN LA PRÁCTICA CONTEMPORÁNEA

THE ENIGMAS OF RECOGNITION IN CONTEMPORARY PRACTICE

ANGEL SÁNCHEZ LEGIDO*

Sumario: I. LA PRÁCTICA CONTEMPORÁNEA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO. II. UNA INSTITUCIÓN TAN RELEVANTE COMO COMPLEJA Y CONFUSA. III. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN: LA COMPLICADA DETERMINACIÓN DE CUÁNDO HAY RECONOCIMIENTO Y CUÁNDO NO LO HAY. IV. A VUELTAS CON LOS EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO: VOLUNTAD, EFECTIVIDAD Y LEGITIMIDAD. V. LOS IMPRECISOS LÍMITES DE UNA INSTITUCIÓN DISCRECIONAL. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Manifestación de las turbulencias del orden internacional, durante las dos últimas décadas se ha desarrollado una significativa y variada práctica en el ámbito del reconocimiento que confirma tanto la relevancia que los Estados asignan a la institución como su extraordinaria complejidad. Dicha complejidad es el resultado de las profundas connotaciones políticas asociadas a una institución aquejada de una doble debilidad regulatoria que afecta tanto al reconocimiento en sí como a las situaciones que constituyen su objeto. A través del análisis de la práctica, la presente contribución busca dos objetivos. Pretende, por una parte, identificar las dudas y ambigüedades que plantea la institución agrupándolas en tres núcleos de problemas: la calificación de los actos a través de los que se expresa, las consecuencias jurídicas que de él se derivan, y los límites a los que está sometida. Aspira, por otro, a identificar tendencias de respuesta en la práctica contemporánea, así como a avanzar propuestas para afrontar las incertidumbres que la práctica se resiste a disipar.

ABSTRACT: As a manifestation of the turbulences of the international order, during the last two decades a significant and varied practice has been developed in the field of recognition. It confirms both the relevance that States assign to the institution and its extraordinary complexity. This complexity is the result of the deep political connotations associated with an institution which suffers from a double regulatory weakness, and that affects both the recognition itself and the situations that constitute its object. Through the analysis of the practice, this contribution seeks two objectives. It aims, on the one hand, to identify the doubts and ambiguities surrounding the institution, grouping them into three problem areas: the qualification of the acts through which it is expressed, the legal consequences derived from it, and the limits to which it is

Fecha de recepción del trabajo: 31 de marzo de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de mayo de 2022.

* Catedrático de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho de Albacete (UCLM). Correo-e: angel.slegido@uclm.es. La presente contribución se inscribe en el marco del proyecto de investigación "Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad" (PID2019-108253RB-C31), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

subjected. It aspires, on the other, to identify response trends in contemporary practice, as well as to advance proposals to deal with the uncertainties that practice refuses to dissipate.

PALABRAS CLAVE: Reconocimiento; Actos unilaterales; Nacimiento de Estados; Cambio de gobiernos; Anexiones territoriales ilícitas; No reconocimiento.

KEYWORDS: Recognition; Unilateral acts; Emergence of States; Change of governments; Illicit territorial annexations; Non-recognition.

I. LA PRÁCTICA CONTEMPORÁNEA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO

Reflejo del convulso dinamismo del (des)orden internacional, durante las dos primeras décadas del presente siglo hemos sido testigos de una significativa y en ciertos aspectos inusitada práctica de reconocimiento. Prueba de su carácter variado, la citada práctica incluye una dimensión positiva en forma tanto de reconocimientos expresos o presuntos, y una dimensión negativa a través de precedentes más o menos explícitos de rechazos a formularlo y/o de presuntos incumplimientos de prohibiciones de hacerlo (no reconocimiento). Además, superada la época en que la neutralidad aseguraba derechos que podían ser extendidos por actores no estatales mediante el estatuto de la beligerancia, la práctica incide de manera más o menos directa en los tres tipos de situaciones o pretensiones que tradicionalmente han constituido el objeto principal del reconocimiento: el surgimiento de nuevos Estados, la representación estatal y el acceso al gobierno de un país y, por último, las anexiones territoriales.

Sin ánimo de exhaustividad, y asumiendo el último aspecto señalado como criterio preferente de clasificación, los principales elementos de la citada práctica pueden ser agrupados en cinco apartados.

1) En primer lugar, aunque con notables diferencias en sus pretendidos fundamentos, en la *faceta preferentemente positiva del reconocimiento de Estados* cabe mencionar tres ejemplos significativos.

Por un lado, en un supuesto de secesión unilateral no consentida, el amplio aunque no generalizado reconocimiento recibido por la autoproclamada República de Kosovo por alrededor de un centenar de Estados. Entre ellos se cuentan tres de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad y veintidós de los veintisiete Estados miembros de la UE. España, no hace falta recordarlo, no solo no se encuentra entre ellos, sino que viene manteniendo una activa oposición a la definitiva consumación de la independencia kosovar¹. La pretensión secesionista se formalizó, como es de sobra conocido, tras una declaración de independencia proclamada el 17 de febrero de 2008 y cuya incompatibilidad con el Derecho Internacional, pese a su dudosa conformidad con la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad y en lo que ha sido calificado como un

¹ Manifestada, a título de ejemplo, en la impugnación de los actos comunitarios que califican a Kosovo como “tercer país”, desestimada por ahora y a la espera de la resolución del recurso de casación presentado también por nuestro país. Sentencia de 23 de septiembre de 2020, *España contra Comisión*, T-370/19, ECLI:EU:T:2020:440, paras. 23-36.

ejercicio de funambulismo jurídico², fue descartada por la CIJ en su Opinión Consultiva de 22 de julio de 2010³.

Por otro lado, en un supuesto que, tras una larga guerra civil, solo finalmente fue de secesión pactada con el Estado precesor, Sudán del Sur fue admitido como miembro de la Organización de Naciones Unidas el 14 de julio de 2011, apenas unos meses después del abrumador apoyo a la independencia en un referéndum de autodeterminación celebrado en aplicación de un acuerdo de paz alcanzado seis años antes con el gobierno de Jartum⁴.

Y, por último, en un supuesto de aspiración a la independencia avalada por el derecho de autodeterminación, desde que la Autoridad Nacional Palestina emprendiera la campaña *Palestine 194* a finales de 2009⁵, Palestina ha conseguido reforzar su estatuto internacional merced a los innegables éxitos cosechados, fundamentalmente, con su admisión como Estado miembro de la Unesco en 2011⁶, su reconocimiento como Estado miembro observador por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2012 (Resolución 67/19), y su adhesión en 2014 al Estatuto de la Corte Penal Internacional⁷.

2) En segundo lugar, en la *vertiente preferentemente negativa del reconocimiento de Estados* cabe constatar hasta tres tipos de ejemplos con considerables elementos de contraste.

De una parte, la pervivencia de entidades autoproclamadas o regímenes *de facto* con aspiraciones de estatalidad surgidos desde el último tercio del pasado siglo en Chipre (la República Turca de Chipre del Norte), y muy especialmente en el denominado espacio postsoviético (Transnistria, Abjasia, Osetia del Sur, la República de Artsaj - profundamente debilitada tras la segunda guerra del Alto Karabaj- o, con control limitado a solo una parte de sus pretendidos territorios, las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk, lamentablemente célebres tras el preludio de la invasión de Ucrania que supuso su reconocimiento por la Federación Rusa tres días antes de su inicio).

De otra, la aparición de una entidad antisistema, bárbara e incivilizada, con aspiraciones de estatalidad implícitas en su denominación (ISIS), proclamada en Mosul en 2014, con

² ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “Tu Quoque, Corte? La banalización de los poderes del Consejo de Seguridad en la Opinión Consultiva sobre la conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo”, *REDI*, vol. 63 (2011), p. 76.

³ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 403

⁴ VIDMAR, J., “Explaining the Legal Effects of Recognition”, *ICLQ*, vol. 61 (2012), pp. 361–387, pp. 9-10.

⁵ BARREÑADA BAJO, I., “La iniciativa palestina en Naciones Unidas: expectativas, posibilidades y riesgos”, *ARI*, 132/2011, 21.IX.2011, p. 1

⁶ BARREIRO BARRIL, B., “La admisión por la Conferencia General de la UNESCO de Palestina como Estado miembro de la Organización: reacciones y consecuencias jurídicas a la luz de la actual estrategia palestina de búsqueda del reconocimiento internacional”, *REDI*, vol. 64 (2012), pp. 233 y ss.

⁷ VACAS FERNÁNDEZ, F., “El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por el Estado de Palestina. Un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas”, *REEI*, vol. 30 (2015).

innegable aunque inestable efectividad durante unos tres años en partes significativas de Estados sumidos en conflictos armados (Iraq y Siria), y que acabó siendo víctima de la unánime hostilidad que su execrable inhumanidad despertó entre los más variados actores internacionales⁸.

Y, por último, la formalización de un amago de secesión unilateral tras la celebración del inconstitucional referéndum de autodeterminación en Cataluña el 1 de octubre de 2017 y la subsiguiente declaración unilateral de independencia con el aval de su parlamento autonómico unas semanas después. En un contexto de deliberada ambigüedad jurídica sobre los efectos de una declaración que no fue objeto de publicación oficial y que en aplicación de la legislación que la regulaba quedaba suspendida menos de un minuto después de su pronunciamiento, lo cierto es que pese a la propaganda auspiciada a impulsos de la estrategia de internacionalización del *procés*, la aspiración independentista en cuanto tal ha encontrado como respuesta más indiferencia que otra cosa en la escena internacional.

3) En tercer lugar, en *ámbitos próximos al reconocimiento de gobiernos*, pese a seguir caracterizados por una amplia adhesión expresa o implícita a posturas “abolicionistas” como la que representa la doctrina Estrada, llama la atención el recurso por un grupo de Estados, entre los que se encuentra España, a declaraciones expresas de reconocimiento en dos tipos de supuestos.

Por una parte, el reconocimiento en el curso de conflictos armados internos de grupos insurgentes como representantes legítimos de los pueblos correspondientes, como fue el caso del Consejo Nacional de Transición Libio en 2011⁹ y del Consejo Nacional de las Fuerzas Revolucionarias y de Oposición Sirias en 2012¹⁰.

Por otra, como ejemplo de reconocimiento de un grupo opositor en una situación de profundas tensiones internas que sin embargo no pueden llegar a caracterizarse como conflicto armado, el apoyo en forma de declaraciones más o menos claras de reconocimiento promovido por Estados Unidos¹¹ y ampliamente respaldado en la Unión

⁸ TOMUSCHAT, C., "The Status of the 'Islamic State' under International Law", *Die Friedens-Warte*, vol. 90 (2015), pp. 223 y ss.; o LONGOBARDO, M., "The self-proclaimed statehood of the Islamic State between 2014 and 2017 and International Law", *AEDI*, vol. 33 (2017), pp. 209 y ss.

⁹ En un primer momento, el reconocimiento de los opositores libios asentados en Bengasi fue manifestado por algo más de una docena de Estados, incluyendo a España. TALMON, S., "Recognition of the Libyan National Transition Council, (2011) 15 (16) *ASIL Insight*. No obstante, el apoyo a los opositores creció considerablemente hasta el punto de que un mes antes del asesinato de M. El Gadafi, la Asamblea General, en el marco del procedimiento de verificación de poderes reconoció al citado órgano como el representante de ese país ante las Naciones Unidas. General Assembly Department of Public Information, "After Much Wrangling, General Assembly Seats National Transitional Council of Libya as Country's Representative for Sixty-Sixth Session", 16 september 2011.

¹⁰ Según el recuento realizado por un muy reputado especialista, el número de Estados que formalizaron su reconocimiento del COS superó la treintena de Estados, la inmensa mayoría de ellos occidentales TALMON, S., "Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People", *Chinese JIL*, vol. 12 (2013), p. 253.

¹¹ GALBRAITH, J., "United States recognizes the opposition government in Venezuela and imposes sanctions as tensions escalate", *AJIL*, vol. 113 (2019), pp. 601 y ss.

Europea, recabado por el entonces presidente de la Asamblea Nacional venezolana, Juan Guaidó, como presidente interino de Venezuela tras su proclamación como tal por dicha Asamblea el 23 de enero de 2019¹².

4) En cuarto lugar, en el ya mencionado contexto caracterizado por la generalizada adhesión a posiciones supuestamente abolicionistas, no dejan de ser llamativos los recientes casos en los que la *negativa o el rechazo al reconocimiento de un nuevo gobierno se manifiesta como una opción deliberada y expresamente formulada seguida por un amplio número de Estados* como medida de respuesta frente a las dudas que en ellos despierta la legitimidad de las autoridades que de manera efectiva detentan el poder.

El caso más manifiesto seguramente sea el relativo a las ostensibles y expresas reticencias al reconocimiento del nuevo gobierno afgano instalado tras la fulgurante ofensiva talibán iniciada con el anuncio de retirada de las fuerzas internacionales de la ISAF, la fulminante descomposición del ejército de la República Islámica de Afganistán y la proclamación del Emirato de Afganistán en agosto de 2021. Incapaces de generar confianza con sus limitados gestos dirigidos a maquillar la barbarie, la respuesta a la pretensión de reconocimiento de las nuevas autoridades afganas ha consistido en un generalizado rechazo, condicionándose su acceso a los fondos soberanos en el exterior así como a la representación afgana en la Asamblea General de Naciones Unidas a un más firme compromiso por el respeto de las más esenciales obligaciones internacionales, incluyendo las que tienen que ver con los derechos de la mujer¹³. Lo singular del caso es que, como manifiesta la dimisión del anterior embajador afgano en Naciones Unidas, la rotundidad del éxito talibán acompañado del comprensible temor que despiertan las nuevas autoridades se ha traducido, al menos por ahora, en la ausencia de toda pretensión alternativa de asumir la representación afgana por parte de cualquier grupo rival.

A diferencia del caso afgano, la situación creada en Myanmar tras el golpe de Estado de febrero de 2021 se ha traducido en un supuesto infrecuente, pero no carente de precedentes, de gobierno efectivo al que se niega el reconocimiento y un gobierno alternativo que tras su desplazamiento reclama desde el exilio, con cierto éxito por ahora¹⁴, el mantenimiento de la representación del correspondiente Estado.

5) El quinto y último grupo de asuntos incluye varios casos relacionados con *pretensiones de anexión territorial* en los que concurren, además de la implicación directa de dos de las tres principales superpotencias, fuertes indicios sobre la vulneración de normas imperativas de Derecho Internacional. En particular:

¹² PUMA, G., “The principle of non-intervention in the face of the Venezuelan Crisis”, *QIL, Zoom-in*, vol. 79 (2021), pp. 5 y ss..

¹³ SAUL, B., “Recognition and the Taliban’s International Status”, International Centre for Counter-Terrorism, 15 Dec 2021.

¹⁴ La Asamblea General avaló por consenso la solución propuesta por la Comisión de verificación de poderes (A/76/550), consistente en aplazar al siguiente periodo de sesiones la pretensión tanto de las nuevas autoridades birmanas como de las afganas de designar a nuevos representantes en la organización mundial. A/RES/76/15. En el caso de Myanmar, el aplazamiento se traduce en la continuidad como representante permanente de dicho país en Naciones Unidas de la persona designada por el Gobierno de Unidad Nacional en el exilio.

Del principio de prohibición del uso de la fuerza en el caso, por una parte, de la anexión rusa de Crimea tras una intervención militar "encubierta" que allanó el camino para que, previa la celebración de un referéndum de autodeterminación no autorizado por las autoridades ucranianas con abrumador apoyo a la secesión, se formalizara la integración en la Federación de Rusia de la autoproclamada República de Crimea y de la ciudad con estatuto federal de Sebastopol en 2014¹⁵; y, por otra, en el caso del reconocimiento en 2019 por parte de Estados Unidos de la anexión de los estratégicos territorios ocupados en Siria por Israel tras la guerra de los seis días en los Altos del Golán¹⁶.

Y del principio de la libre determinación de los pueblos, en dos asuntos tras de los cuales se encuentra el apoyo por parte del nacionalismo populista de la anterior administración estadounidense a la política israelí de anexión de parte de los territorios palestinos ocupados. De forma directa, en el caso del reconocimiento de la capitalidad israelí de Jerusalén en 2017, en un movimiento que se vio acompañado por el traslado a la ciudad santa de la legación estadounidense en Israel y que motivó la presentación en septiembre de 2018 de una demanda ante la CIJ por parte de Palestina contra Estados Unidos por supuesta vulneración de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961¹⁷. E indirectamente, en una operación política a tres bandas que comportaba el compromiso de Rabat de establecer plenas relaciones diplomáticas con Israel, que se materializó apenas unas semanas antes del acceso de J. Biden a la presidencia, y que ha acabado teniendo serias implicaciones en una cuestión clave para la política exterior de España, el reconocimiento estadounidense de la soberanía marroquí sobre el Sahara Occidental en diciembre de 2020¹⁸.

II. UNA INSTITUCIÓN TAN RELEVANTE COMO COMPLEJA Y CONFUSA

Una primera aproximación a la práctica así avanzada permite constatar, de entrada, la enorme relevancia que parece asignarse al reconocimiento por parte de todos los actores implicados en las situaciones o pretensiones afectadas. Desde un punto de vista político parece claro que, sin ser nunca el factor más decisivo, el reconocimiento puede contribuir de manera muy significativa a la consolidación de situaciones respaldadas por efectividades; del mismo modo que su ausencia, al menos cuando obedece a una actitud de objeción activa, en ese tipo de situaciones, permite mantener vivas reivindicaciones legítimas con escasa presencia en la realidad de los hechos. No se olvide, además, que las situaciones o pretensiones hacia las que habitualmente se proyecta el reconocimiento se

¹⁵ MILANO, E., "The non-recognition of Russia's annexation of Crimea: three different legal approaches and one unanswered question", *QIL, Zoom out I* (2014), 35-55

¹⁶ GALBRAITH, J., "United States recognizes Israeli sovereignty over the Golan Heights", *AJIL*, vol. 113 (2019), pp. 613 y ss.

¹⁷ LAGERWAAL, A., "The non-recognition of Jerusalem as Israel's capital: A condition for international law to remain relevant?", *QIL, Zoom-in*, vol. 50 (2018), pp. 33 y ss..

¹⁸ GONZÁLEZ VEGA, J.A., "El reconocimiento por EE.UU. de la anexión marroquí del Sahara Occidental en perspectiva: aspectos jurídicos y políticos", *REEI*, nº 41 (2021).

configuran como cuestiones de primerísima trascendencia en el ámbito de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional¹⁹.

En un plano más concreto, aunque como veremos más adelante con un alcance preciso rodeado de muy pocas certezas, la práctica revela que el reconocimiento o su ausencia constituye a menudo elemento de importancia a la hora de resolver cómo afrontar problemas de legalidad internacional extraordinariamente relevantes.

Así, en el ámbito del *ius ad bellum* el reconocimiento puede formar parte de las estrategias orientadas a otorgar al consentimiento de los disidentes un efecto legitimador del recurso a la fuerza armada, ya sea mediante el expediente de la intervención por invitación, como ocurrió en el caso sirio²⁰, ya sea a través de la legítima defensa colectiva, como ha sucedido tras el reconocimiento de las entidades secesionistas del Dombás en el contexto de la reciente agresión de Rusia sobre Ucrania²¹. Igualmente, sin perjuicio de la relevancia preferentemente interna que puede tener una institución claramente en desuso como es el reconocimiento de beligerancia²², las diatribas sobre el carácter internacional o interno de los conflictos yugoslavos revelan la trascendencia que la consolidación de una pretensión secesionista merced a su reconocimiento internacional puede tener de cara a la selección de cuál de los dos sectores del *ius in bello* aplicar, si el tradicional y más desarrollado propio de los conflictos armados internacionales, o el más limitado y con una proyección más reducida en el ámbito penal previsto para los conflictos armados internos²³.

¹⁹ Como se ha señalado, “no task is more fundamental to the international rule of law than that of identifying both the primary units of the global order and the institutions that have standing to act in the name of those units”. ROTH, B.R., “Secessions, coups and international rule of Law: assessing the decline of the effective control doctrine”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 11 , p. 2. Añádase que, en un orden jurídico protagonizado por entidades soberanas de base territorial tampoco es baladí, ciertamente, la confirmación en situaciones de conflicto del ámbito especial al que se extiende la soberanía territorial. Entre nosotros, esa relevancia fue también subrayada en la que seguramente sea la mejor aproximación a la institución del reconocimiento realizada en español en las últimas décadas. J. QUEL LÓPEZ, “La práctica reciente en materia de reconocimiento de Estados: Problemas en presencia”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1992*, pp. 44-45.

²⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, A., “¿Podemos armar a los rebeldes? La legalidad internacional del envío de armas a grupos armados no estatales a la luz de los conflictos libio y sirio”, *REEI*, vol. 29 (2015), pp. 32 y ss.

²¹ KILIBARDA, P., “Was Russia’s Recognition of the Separatist Republics in Ukraine ‘Manifestly’ Unlawful?”, *EJIL:Talk!*, March 2, 2022; y WELLER, M., “Russia’s Recognition of the ‘Separatist Republics’ in Ukraine was manifestly Unlawful”, *EJIL:Talk!*, March 9, 2022.

²² Se evoca con ello el debate suscitado en el marco del conflicto colombiano en torno a las implicaciones de un posible reconocimiento de beligerancia por parte del gobierno en favor de las FARC, el cual habría estado destinado a otorgar a la guerrilla un estatuto interno orientado a que, a cambio del compromiso de respetar las normas de DIH, se conceda a sus miembros un tratamiento que se aproxime al previsto para los prisioneros de guerra en el III Convenio de Ginebra. Sin que podamos ahora entrar en ello, baste señalar que por razones vinculadas con la posible obsolescencia de las reglas sobre la neutralidad en el Derecho de los conflictos armados, hace tiempo que está muy extendida la idea de que se trata de un estatuto que ha caído en desuso. VERHOEVEN, J., *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, 1975, p. 100 ; o ILA, *Recognition/non-recognition in International Law*, Fourth (Final) Report, Sydney Conference (2018), p. 1.

²³ MERON, T., “Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *AJIL*, vol. 92, pp. 236 y ss.

De la misma forma, la falta de reconocimiento de una entidad como Estado o de unas determinadas personas como su gobierno puede tener consecuencias en el ámbito de las *inmunidades y privilegios* de Derecho internacional. Así, un tribunal federal estadounidense, pese a considerar que las entidades estatales no reconocidas no constituyen una nulidad jurídica, estimó que sólo los Estados reconocidos disfrutaban de ciertos privilegios e inmunidades soberanos²⁴. Y, pese a manifestar su adhesión a la tesis declarativa, en el asunto M. Djukanovic la *Corte de Cassazione* italiana valoró especialmente el hecho de que el Ministerio de exteriores italiano no considerara a Montenegro como un Estado para rechazar, en el marco de un proceso penal por contrabando de tabaco, que su presidente pudiera beneficiarse de las inmunidades reconocidas por el DI consuetudinario a los altos representantes estatales²⁵.

La consolidación de las situaciones a que se refiere el reconocimiento puede también repercutir en la *eficacia de los tratados internacionales*. Recuérdese, en este sentido, que aunque la CIJ optó por eludir el problema acogiéndose a la regla de la *res judicata*, la falta de reconocimiento de la condición de Serbia y Montenegro como continuadora de la República Federal Yugoslava arrojó serias y legítimas dudas sobre la aplicabilidad del art. IX de la Convención sobre Genocidio como título habilitante de la jurisdicción de la Corte a unos hechos acaecidos cuando era la segunda y no la primera quien era parte en la misma²⁶. Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea pone claramente de relieve que la falta de reconocimiento de la soberanía de un Estado sobre un determinado territorio puede suscitar serios problemas de cara a admitir la aplicabilidad, cuando no la validez, de los tratados internacionales con proyectada eficacia sobre dicho territorio celebrados por tal Estado²⁷.

De igual modo, la problemática sobre la representación de China en Naciones Unidas o las esporádicas controversias en el seno de la comisión de verificación de poderes de la Asamblea general en casos en los que varias autoridades pugnan por ser reconocidas como representantes de un Estado nos recuerdan la importancia del *acceso a las organizaciones internacionales* de cara a disfrutar de las ventajas de la cooperación internacional institucionalizada, especialmente cuando se trata de organizaciones de primer nivel político. En ese mismo plano institucional, resulta especialmente reseñable que el *acceso a los tribunales internacionales y a los órganos internacionales de garantía de los derechos humanos* cuya jurisdicción depende del consentimiento estatal (Corte Penal Internacional, Corte Internacional de Justicia o Comité para la eliminación de todas

²⁴ *Kadic v. Karadjic*, 70 F.3d 232, 244-45 (2d Cir. 1995). Y, en un sentido similar negando inmunidad a la OLP, *Knox v. PLO*, 306 F. Supp. 2d 424, 430 (S.D.N.Y. 2004) No obstante, durante los trabajos desarrollados por el Comité sobre reconocimiento, constituido en el seno de la ILA en 2009, se puso de manifiesto que lo anterior no significa que, como demuestra la práctica seguida por varios Estados en relación con los representantes palestinos o de Taiwan, a través de normas internas no pueda concederse a entidades no estatales o a sus representantes privilegios o inmunidades equiparables a los estatales. ILA, *Recognition/non-recognition in International Law*, Second (Interim) Report, Washington Conference (2014), pp. 10 y ss.

²⁵ Corte di Cassazione (Sez. III penale), Re: Djukanovic, 17 September 2004, No. 49666.

²⁶ GRAVIN, R., "The International Court of Justice Muddles Jurisdiction in Yugoslav Genocide Case", *Tulsa J. Comp. & Int'l Law*, vol. 15 (2007), pp. 44 y ss.

²⁷ *Infra*, apartado III.2 y III.3.

las formas de discriminación racial) constituye el objetivo prioritario de la ya mencionada campaña emprendida desde 2009 por la Autoridad Nacional Palestina para conseguir el reconocimiento de Palestina como Estado.

Por último, junto a la capacidad de entidades no reconocidas para acceder a los tribunales extranjeros o los problemas que suscita la aceptación interna de los efectos jurídicos de los actos y documentos de autoridades extranjeras no reconocidas, la práctica interna sitúa como asunto de extraordinaria relevancia la cuestión del *control de las misiones diplomáticas y oficinas consulares*²⁸ y, de manera muy particular, la disponibilidad de los bienes y activos soberanos radicados en el exterior. En este sentido, la crisis venezolana y la pugna por el control de los bienes de ese país en el exterior entre el gobierno de Maduro y el presidente interino designado por la Asamblea Nacional aporta nuevos e interesantes precedentes a la hora de intentar arrojar algo de luz a la cuestión de quién es en una situación de ese tipo el gobierno que representa a un Estado y cuál el papel que de cara a su identificación cabe asignar a su reconocimiento por las autoridades del foro²⁹.

Sin embargo, la extraordinaria relevancia que, con la práctica como referencia, cabe intuir del reconocimiento opera, en palabras de algunos de los más reconocidos internacionalistas, sobre uno de los “most difficult topics within public international law”³⁰, el cual “has neither in theory nor in practice been solved satisfactorily”, hasta el punto de que “(h)ardly any other question is more controversial, or leads in the practice of states to such paradoxical situations”³¹. Las causas que lo explican derivan de una gran razón de fondo vinculada a la trascendencia política que se asocia tanto al reconocimiento en sí mismo como a las situaciones o pretensiones que constituyen su objeto. Se ha

²⁸ Para una interesante panorámica sobre la diversa respuesta ofrecida sobre la titularidad de las misiones diplomáticas y oficinas de representación de Venezuela tanto a nivel estatal como en el seno de algunas organizaciones internacionales, PADEU, F., y GURMENDI, A., “Recognition of Governments: Legitimacy and control Six Months after Guaidó”, *Opinio Juris*, 18.07.2019.

²⁹ Especial mención merece el reconocimiento por el Tribunal Supremo del Reino Unido de los representantes designados por Juan Guaidó como órgano competente para disponer de los activos del Banco Central de Venezuela depositados en instituciones financieras británicas, en especial las reservas de oro por un importe de casi 2.000 millones de dólares depositadas en el Banco de Inglaterra. La decisión, sin embargo, queda pendiente de la definitiva resolución de las implicaciones que, por la vía de la doctrina del acto de Estado, puedan asociar los tribunales inferiores británicos a la sentencia del Tribunal Supremo de Venezuela, afín a Maduro, de anular la designación de Guaidó. *UKSC, Judgment “Maduro Board” of the Central Bank of Venezuela (Respondent/Cross-Appellant) v “Guaidó Board” of the Central Bank of Venezuela (Appellant/Cross Respondent)*, 20 December 2021. En España, un problema similar aunque con una cuantía extraordinariamente inferior, pudo resolverse diplomáticamente gracias a un acuerdo entre las partes discretamente promovido por el Ministerio de Asuntos Exteriores consistente en transferir a una institución neutral, la Organización Panamericana de la Salud, los fondos venezolanos bloqueados en el Banco de España para ser empleados en la lucha contra la pandemia del Covid-19. L. ABELLÁN, “Un árbitro para descongelar el dinero venezolano”, *El País*, 6.VI.2020.

³⁰ La expresión, predicada del reconocimiento de gobiernos, es de I. BROWNLIE, en el breve prólogo a S. TALMON, *Recognition of Governments in International Law. With Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford, 1998, p. v.

³¹ KELSEN, H., “Recognition in International Law. Theoretical Observations”, *AJIL*, vol. 35 (1941), p. 605.

llegado a decir, en ese sentido, que “there is probably no other subject in the field of international relations in which law and politics appear to be more closely interwoven”³².

Esa trascendencia política que se asocia al reconocimiento explica el deseo de los Estados de preservar en toda la medida de lo posible su libertad de actuación, deseo del que cabe apreciar una doble proyección, en el plano institucional y en el ámbito normativo.

En cuanto a lo primero, conviene reparar en que en el reconocimiento tiende a buscarse una función de calificación de hechos y situaciones de primerísima relevancia jurídica. Cabría decir, salvando las distancias, que habitualmente su objeto versa sobre hechos cuya trascendencia para el Derecho internacional se asemeja a la que revisten en los Derechos internos situaciones fácticas tales como las que subyacen a la constatación de la personalidad, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, la representación de los sujetos del Derecho o la titularidad de los bienes materiales más preciados. En estos últimos ordenamientos, al menos cuando alcanzan cierto nivel de desarrollo, por razones de certeza y seguridad jurídica, la labor de calificación y certificación jurídicas se desarrolla a través de registros públicos (civil, mercantil, de la propiedad, de asociaciones,...), es decir, de instituciones preferentemente públicas, bien reglamentadas y sometidas a mecanismos muy regulados y dirigidos a garantizar el respeto de la legalidad en su funcionamiento. Sin embargo, las difícilmente objetables razones de lógica formal asociadas a las propuestas que desde el plano doctrinal han abogado por institucionalizar también en el ámbito internacional la necesaria labor de calificación (Ph. Jessup, Q. Wright, H. Lauterpacht)³³ nunca han encontrado acogida a nivel intergubernamental.

Y respecto a lo segundo, el reconocimiento padece de un doble déficit regulatorio, que afecta tanto a la institución en sí como a las decisivas situaciones que constituyen su objeto habitual. Sobre esto último, como después se verá, resulta llamativa la ausencia de textos con vocación normativa general que regulen en Derecho internacional los criterios de la estatalidad y el surgimiento de Estados, el acceso a su gobierno o, incluso, las modalidades de adquisición de territorios. Por su parte, desde su misma constitución en los albores de la organización mundial³⁴, el tema del reconocimiento de Estados y de Gobiernos no ha dejado de figurar como posible tema a desarrollar en el marco de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional. Nunca sin embargo ha llegado a superar la primera etapa exploratoria para ser incorporado en la agenda del órgano encargado de preparar las labores de codificación y desarrollo progresivo. Como resultado, el insuficiente texto de referencia sigue siendo una octogenaria resolución

³² LAUTERPACHT, H., *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, p. iii.

³³ ALMQVIST, J., “The Politics of Recognition,” en D. French (ed.), *Statehood and Self-Determination: Reconciling Tradition and Modernity in International Law*, Cambridge, 2013, p. 167.

³⁴ Los primeros intentos se remontan incluso a la propuesta formulada por Suárez en el seno del Comité de Expertos para la progresiva codificación del Derecho internacional constituido por la Sociedad de Naciones, siendo rechazada con argumentos tan contundentes como el expresado por Brierly, para quien se trataría de un tema que “neither could nor ought to be treated juridically”. La cita, inscrita en la exposición de los infructuosos intentos de abordar la cuestión del reconocimiento en el seno de la CDI desde los trabajos relativos a la propuesta Declaración sobre Derechos y Deberes de los Estados hasta mediados de los noventa, procede de J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, 2ª ed., 2006, p. 38.

aprobada por el IDI en su sesión de Bruselas de 1936³⁵ algunos de cuyos principales aspectos, como se ha señalado entre nosotros, se han visto modulados cuando no directamente superados por la práctica³⁶.

Como resultado de las insuficiencias institucionales y normativas son numerosos los problemas que rodean a la institución del reconocimiento. Con ánimo de ofrecer tan solo una aproximación a los mismos, éstos pueden ser agrupados en tres apartados según afecten a cuestiones de calificación, de eficacia o de límites.

III. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN: LA COMPLICADA DETERMINACIÓN DE CUÁNDO HAY RECONOCIMIENTO Y CUÁNDO NO LO HAY

El primer tipo de cuestiones tiene que ver con la calificación del reconocimiento, es decir, con la correcta identificación de los actos que pueden ser considerados como tal. Hasta cinco problemas pueden ser enmarcados en el ámbito de la calificación.

1. Reconocimiento individual, expreso o implícito

Para empezar, en el contexto del denominado *reconocimiento expreso*, algunos asuntos recientes han puesto de manifiesto las dificultades que suscita la correcta interpretación del sentido de las declaraciones explícitas y más o menos formales de reconocimiento. Así, aunque entre la mayor parte de los comentaristas que se atrevieron a calificar las declaraciones de reconocimiento formuladas por diversos Estados en relación con los opositores e insurgentes sirios y libios³⁷ se rechazó inicialmente que se tratara de actos de reconocimiento de gobiernos, lo cierto es que las opiniones no fueron unánimes y, sobre todo, algunos elementos de la práctica acabaron por desmentirlo en el caso libio. En este sentido, como ya se señaló, el comité de credenciales de Naciones Unidas acabó aceptando que quienes debían ser considerados como representantes de Libia en Naciones Unidas eran las personas designadas por el Consejo Nacional de Transición³⁸, mientras que, con anterioridad, en Reino Unido los tribunales habían considerado también que era ése el órgano con capacidad para disponer de los fondos soberanos libios depositados en bancos británicos³⁹.

³⁵ Institut de Droit International, *La reconnaissance des nouveaux Etats et des nouveaux gouvernements* (Rapporteur : M. Philip Marshall Brown), Session de Bruxelles, 1936.

³⁶ GONZÁLEZ VEGA, J., "El Reconocimiento por EE.UU...", cit., p. 8.

³⁷ Véase, AKANDE, D., "Which Entity is the Government of Libya and Why does it Matter?", *EJIL: Talk!*, 16.VI.2011; BELLINGER, J.B., "Legal Questions in U.S. Nod to Libya's Opposition", *Foreign Relations* 18.VII.2011; y TALMON, S., "Recognition of Opposition...", cit., pp. 219 y ss.

³⁸ OLIVA MARTÍNEZ, D., "Cuestiones en torno a la legitimidad del Consejo Nacional de Transición Libio a raíz de su reconocimiento por la Asamblea General de las Naciones Unidas", *AEDI*, vol. 27 (2011), pp. 152 y ss.

³⁹ *British Arab Commercial Bank plc v National Transitional Council of the State of Libya, ex parte Foreign and Commonwealth Office*, Declaratory judgment, Case No 2011 Folio 944, [2011] EWHC 2274 (Comm), ILDC 1807 (UK 2011), 26th August 2011.

Por su parte, en el complicado caso de Juan Guaidó, y frente a lo ocurrido en el Reino Unido⁴⁰, las iniciales apreciaciones doctrinales que parecían asumir que su reconocimiento como presidente interino por nuestro país efectivamente representaba un reconocimiento de gobierno⁴¹, parecen no haberse confirmado, y sí provocado un alambicado problema judicial⁴² que aún colea pese a haber quedado claramente superado por la realidad de unos hechos caracterizados por la frustración de sus expectativas de acceso al poder en Venezuela⁴³.

Sin que resulte posible entrar aquí a fondo en el análisis concreto de esos asuntos, ya advertía con acierto H. KELSEN que, legalmente hablando, resulta necesario distinguir entre el reconocimiento jurídico y el reconocimiento político⁴⁴. O lo que es lo mismo, entre el acto por el que se acepta el estatuto jurídico de una entidad como Estado o como el gobierno capacitado para ejercer sus derechos y responder de sus obligaciones, de una parte, y los actos dirigidos a apoyar políticamente o a formalizar relaciones en un concepto distinto con uno de los grupos enfrentados en la lucha por el poder en ese Estado, de otra. A tal fin, asumiendo que la ambigüedad es a menudo el recurso al que recurren los Estados para afrontar o influir en situaciones complejas de extraordinaria relevancia e incierto final como las que estamos comentando, seguramente los efectos jurídicos que en la práctica se asocian al reconocimiento expreso justifiquen aplicarle los criterios y las reglas de interpretación que la CDI consideró aplicables a las declaraciones unilaterales⁴⁵. De ello se podrían extraer dos ideas importantes.

De una parte, que en la línea apuntada en el principio rector n° 7⁴⁶, la calificación como reconocimiento jurídico debería limitarse a los casos en los que el mismo se formula en términos claros y específicos y bajo la premisa según la cual las declaraciones unilaterales han de ser objeto de interpretación restrictiva. Desde esta perspectiva, como se ha señalado recordando la célebre proclama de W. Churchill en el sentido de que el reconocimiento carece de valor sin una fórmula que lo defina, lo relevante no es tanto el reconocimiento en sí, sino qué es lo que se reconoce y en qué concepto se hace⁴⁷. Y en ese sentido, expresiones que rehúyen el término gobierno y apelan a la legitimidad quizá debieran interpretarse en el contexto del apoyo político más que como actos de calificación jurídica.

⁴⁰ *Supra*, nota 29; e *infra*, apdo. IV.2.

⁴¹ MANGAS MARTÍN, A., “Reconocimiento y Derecho Internacional”, *El Mundo*, 7.II.2019.

⁴² Véase *infra*, apartado IV.2.

⁴³ MUR, R., “La UE deja de considerar a Guaidó como presidente sin esperar a Biden”, *La Vanguardia*, 6.I.2021.

⁴⁴ KELSEN, H., “Recognition...”, *cit.*, pp. 605 y ss.

⁴⁵ Si bien en los trabajos de codificación en la materia finalmente se optó por no hacer un tratamiento de los diferentes tipos específicos de actos unilaterales, la consideración del reconocimiento como tal fue claramente aceptada por el relator especial. Véase, *Sexto informe sobre los actos unilaterales de los Estados, del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial*, Doc. A/CN.4/534, *Anuario CDI 2003*, Vol. II, Primera parte, pp. 59 y ss. Sobre la caracterización del reconocimiento como una peculiar modalidad de acto unilateral, y sus modulaciones a la luz de la práctica posterior al fin de la guerra fría, J. QUEL LÓPEZ, “La práctica...”, *cit.*, pp. 45 y ss.

⁴⁶ Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario CDI 2006*, Vol II, 2ª parte, pp. 178 y ss.

⁴⁷ TALMON, S., *Recognition of Governments...* (2001), *cit.*, p. 22.

De otra parte, cuando en su literalidad no resultan concluyentes, los elementos de contexto, la práctica posterior y las reacciones que suscitan, especialmente en sus destinatarios, constituyen elementos importantes a los efectos de interpretarlas y determinar sus efectos jurídicos (Principio rector nº 3)⁴⁸. Desde esta perspectiva, quizá la práctica posterior relativa a la representación diplomática de Venezuela en España, así como las reacciones de los contendientes en liza⁴⁹, habría merecido una mayor atención a la hora de dilucidar quién es en realidad considerado en cada momento como representante de dicho país.

En particular, cabe preguntarse si, en supuestos de reconocimientos ambiguos en la forma o en el fondo⁵⁰, la falta de adopción de medidas para forzar la retirada de los embajadores designados por el gobierno precedente cabría ser considerado como un elemento capaz de desvirtuar su posible calificación como reconocimiento de gobierno⁵¹. Si bien es cierto que la práctica no desconoce casos en que un mismo Estado reconoce simultáneamente a dos gobiernos, especialmente cuando uno de ellos opera desde el exilio, resulta muy cuestionable que, en términos jurídicos, pueda admitirse una dualidad de representaciones a título gubernamental de un único Estado. Desde esa perspectiva, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, el denominado reconocimiento *de facto*⁵², no debería ser considerado como un reconocimiento jurídico de gobierno, sino bien como una muestra de apoyo en favor de quien no es en modo alguno la autoridad efectiva (como al final habría sido el caso de Guaidó), o bien como una cautelosa fórmula a través de la cual,

⁴⁸ En este sentido, antes de los trabajos de la CDI ya se había señalado que, puesto que el elemento decisivo es la intención del Estado y las declaraciones de reconocimiento rara vez constituyen una guía segura para determinar esa intención, a menudo resultará necesario recurrir a toda la evidencia disponible. S. TALMON, *idem*, p. 42.

⁴⁹ BERBERANA, E., “El Gobierno mantiene al embajador de Maduro en España y no reconoce al de Guaidó: ‘Estoy en una oficina’”, *Libertad Digital*, 31.I.2020.

⁵⁰ Aunque limitado en el fondo a los términos en los que había sido designado por la Asamblea Nacional venezolana en tanto que presidente con funciones limitadas a la organización de elecciones, es dudoso, sin embargo, que el inicial reconocimiento de Juan Guaidó por España pueda considerarse en la forma como ambiguo. Véase, Declaración oficial del presidente del Gobierno sobre Venezuela, La Moncloa, Madrid, lunes 4 de febrero de 2019, disponible en internet. Más bien, la ambigüedad, por llamar la situación de alguna manera, se habría producido con posterioridad, cuando la propia Ministra de Exteriores admitió que Juan Guaidó era considerado simultáneamente “las dos cosas” (EUROPA PRESS, “Laya afirma que España reconoce a Guaidó como presidente encargado y líder opositor”, *El Confidencial*, 13.II.2020) para hacer ver, meses después, que de lo que se trataría es más bien de ofrecerle apoyo político (“González Laya dice que la UE da "reconocimiento político" a Guaidó y apuesta por impulsar la transición en Venezuela”, *Europa Press*, 7.I.2021).

⁵¹ En este sentido, se ha señalado que para que, en caso de cambio inconstitucional de gobierno, la falta de ruptura de relaciones diplomáticas o la aceptación tácita de sus representantes diplomáticos no sea interpretado como un reconocimiento del nuevo gobierno sería necesario que el Estado receptor lo hiciera constar de forma clara limitando los contactos con tales representantes al despacho de los asuntos de trámite o gestión. SAURA ESTAPA, J., “El establecimiento de relaciones diplomáticas y el envío de representantes”, *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law / Anuario de Derecho de Diplomático y Consular Annuaire de droit diplomatique et consulaire* (nº 1/2016), p. 96. En sentido parecido, ILA, Final Report (2018), cit. en nota 23, p. 20.

⁵² De los numerosos sentidos con que la expresión ha sido utilizada (véase, S. TALMON, *Recognition...*, cit., pp. 59 y ss.) se emplea aquí en la acepción de reconocimiento provisional y de efectos limitados con que fue utilizada por el IDI en su resolución ya citada de 1936 (art. 3).

mediante una “dubitativa actitud de esperar y ver”⁵³ se intente gestionar la incertidumbre hasta tanto se resuelve internamente cuál de los contendientes acaba asumiendo el poder.

Teniendo en cuenta que tradicionalmente se ha admitido que el reconocimiento puede verificarse no solo de modo expreso, sino también tácitamente⁵⁴, un segundo problema de calificación hace referencia a cuáles son los comportamientos de un Estado susceptibles de ser considerados como determinantes de un *reconocimiento implícito*. Nadie cuestiona que el establecimiento de relaciones diplomáticas, sea a través de una declaración formal o a través de actos que lo implican necesariamente (apertura de misiones diplomáticas, acreditación de las ya creadas ante otro Estado, otorgamiento del *placet* o, con algunas dudas, presentación o recepción de credenciales...) representaría un acto de reconocimiento⁵⁵ que lo sería tanto de los Estados implicados como de los correspondientes gobiernos⁵⁶.

Por el contrario, la formalización de las relaciones mediante el envío o la recepción de órganos cuya naturaleza diplomática es deliberadamente eludida (ya se trate de oficinas comerciales, como las abiertas por Taiwan en numerosos Estados, de instituciones culturales o de delegaciones de movimientos de liberación nacional) debe interpretarse en sentido opuesto a su consideración como actos de reconocimiento de Estados o de gobiernos. Y ello aún en el caso de que tales delegaciones u oficinas, como es práctica muy habitual, asuman funciones de carácter consular vinculadas con la gestión migratoria, la legalización de documentos, el registro civil o la protección de nacionales⁵⁷.

Igualmente, desarrollos recientes abonarían la idea según la cual la *común participación en un tratado multilateral* no implica reconocimiento mutuo entre los Estados parte. Así lo mantuvo la CDI cuando, a propósito de las denominadas “reservas de reconocimiento”, estimó que las frecuentes declaraciones por las que un Estado proclama que su participación en el tratado no supone un reconocimiento de tal o cual parte “no constituyen reservas (y) (n)o añaden nada al derecho existente, ya que se admite generalmente que la participación en un mismo tratado multilateral no implica el

⁵³ SHAW, M.N., *International Law*, 6ª ed., Cambridge, 2008, p. 460.

⁵⁴ Resolución IDI (1936), art. 4.

⁵⁵ Véase SAURA ESTAPA, J., *Ibidem*, o ILA, *Recognition/non-recognition in International Law*, Third Report, Johannesburg Conference (2016), pp. 17-18.

⁵⁶ El argumento *a contrario*, en cambio, no se sostiene. Si bien es cierto que el establecimiento de relaciones diplomáticas lo presupone, el hecho de que tales relaciones se sustenten sobre el consentimiento mutuo (art. 2 CVRD) y la consiguiente discrecionalidad con la que se configura su establecimiento impiden considerar que el hecho de no establecerlas suponga necesariamente falta de reconocimiento de un Estado o de su gobierno, o que la ruptura implique su revocación. Véase, en este sentido, J. QUEL LÓPEZ, “La práctica...”, *cit.*, P. 47.

⁵⁷ La práctica española relativa a la Oficina Comercial de España en Taiwan (<http://www.exteriores.gob.es/Consulados/MANILA/es/taiwan/Paginas/Preguntasfrecuentes.aspx>) o a la Delegación del Frente Polisario en nuestro país (<https://frentepolisario.es/>) resulta muy ilustrativa en el sentido de que el desempeño de funciones consulares por parte de este tipo de órganos no implica reconocimiento de Estados o de gobiernos.

reconocimiento mutuo, ni siquiera implícito”⁵⁸. Y, basándose en esa opinión, así lo ha mantenido el Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD) en una decisión de 2019 en la que, sin embargo, acabó restando relevancia a la declaración de Israel formulada con ocasión de la adhesión de Palestina a la Convención cuyo cumplimiento supervisa (CvERD) por la que rechazaba el surgimiento entre ambos de relaciones convencionales, y aceptando su jurisdicción respecto de la comunicación interestatal presentada por ésta última contra el Estado hebreo⁵⁹.

Algunos elementos de la práctica contemporánea revelan, por otra parte, la creciente trascendencia que viene asumiendo la *práctica institucional* en los ámbitos que se están comentando. Por lo que se acaba de decir respecto de la común participación en un tratado multilateral, parece necesario concluir que, en efecto, la común membresía en una organización internacional no implica tampoco reconocimiento. Por el contrario, de la práctica de estas dos décadas no parece posible extraer una respuesta concluyente sobre el valor a asignar al voto favorable a la adhesión de una entidad con aspiraciones de estatalidad a una organización internacional de carácter regional o, cuando la misma no se consuma por falta de las mayorías requeridas o por otro motivo, a una organización universal. En estos casos, quizá la solución más adecuada sea considerar el voto en su contexto, en particular junto con las eventuales declaraciones formuladas para explicarlo, como un elemento no decisivo pero sí valioso de cara a revelar la verdadera intención del Estado que lo emite.

2. Reconocimiento colectivo

Sin embargo, los desarrollos más relevantes de la práctica reciente, con los inciertos efectos que más adelante se comentarán, se plantean en relación con el denominado *reconocimiento colectivo*, entendiendo por tal aquél en el que la comunidad internacional actúa colectivamente expresando una suerte de aval generalizado respecto de la aspiración de estatalidad o gubernamentalidad a la que se refiere⁶⁰. En este sentido, como una suerte de culminación del proceso que conduce a la estatalidad, cada vez son menos las dudas en cuanto a que la incorporación como Estado miembro de la Organización de Naciones Unidas, ejemplificada en la práctica reciente con la adhesión de Sudán del Sur, testimonia

⁵⁸ Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, Comentario a la directriz 1.5.1, apartado 4. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el 63º periodo de sesiones (2011), Doc. A/66.10/Add.1, p. 99.

⁵⁹ Decision on ‘Inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel’, 12 December 2019, CERD/C/100/5, para. 3.12. Sobre la citada decisión, véase *infra*, en el siguiente apartado relativo al reconocimiento colectivo.

⁶⁰ El sentido comunitarista de esa expresión, cuyos orígenes se encuentran en la obra de H. LAUTERPACHT (*Recognition...*, *cit.*, pp. 38 y ss.) es empleado, entre otros, por VIDMAR, J., “States, Governments, and Collective Recognition”, *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, Vol. 31 (2013), pp. 137 y ss.; o FINCK, F., “The State Between Fact and Law: The Role of Recognition and the Conditions Under Which It Is Granted in the Creation of New States”, *Polish YBIL*, vol. 36 (2016), pp. 71 y ss. No debe confundirse con el reconocimiento expresado por organizaciones regionales o concertado en su seno, como ocurre en el caso de la UE. Sobre la práctica de esta última en buena parte de los asuntos comentados en este trabajo, FERNÁNDEZ SOLA, N., “El reconocimiento de Estados por la Unión Europea. Análisis de la discrecionalidad del no-reconocimiento”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2019*, pp. 331 y ss.

ese reconocimiento colectivo general. El doble y muy cualificado respaldo requerido tanto por el órgano más representativo de la Comunidad internacional como por el que asume la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (art. 4 CONU) aparece como sólido y contundente motivo en apoyo de esa consideración⁶¹.

Las mayores incertidumbres que suscita la práctica contemporánea afectan a los casos en los que el apoyo recibido no aúna esa representatividad tan reforzada como la que implica la adhesión a Naciones Unidas. Dos son los supuestos problemáticos planteados en la práctica reciente. El primero de ellos se refiere al valor a asignar a la *incorporación en calidad de Estado miembro a una organización internacional de carácter universal y amplia membresía, como es el caso de los organismos especializados de Naciones Unidas*. La adhesión de Palestina a la UNESCO en 2011 ha dado enorme actualidad a una cuestión que no está exenta precisamente de importantes consecuencias. El acceso a tales organizaciones, regido por fórmulas puramente mayoritarias que excluyen el veto de las grandes potencias⁶², abre en efecto la puerta a la participación en todos los tratados internacionales de Naciones Unidas que emplean la denominada fórmula de Viena⁶³. Y de esa participación, pueden derivarse consecuencias en absoluto desdeñables. Con los efectos que más adelante se verán, y a la espera de lo que acabe decidiendo la CIJ en el asunto planteado por Palestina en septiembre de 2018 y relativo al traslado de la embajada de Estados Unidos a Jerusalén⁶⁴, baste señalar ahora que fue la adhesión a la UNESCO lo que abrió el acceso de Palestina a la CvERD⁶⁵, y que esa adhesión constituye uno de los tres elementos manejados por el CERD, junto a la Resolución de la Asamblea General

⁶¹ En su función de depositario de tratados, el Secretario General de Naciones Unidas tiene señalado el criterio según el cual, cuando un convenio utiliza la fórmula “all States”, es decir, cuando precisa que está abierto a los Estados, sin más precisiones, hay un caso en el que la participación de la entidad de que se trate no plantea dudas: “(i)f they are Members of the United Nations or Parties to the Statute of the International Court of Justice, there is no ambiguity”. *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, Nueva York, 1977, Doc. ST/LEG/7/Rev.1, para. 79.

⁶² En particular, la Constitución de la UNESCO exige, para los Estados no miembros de la ONU, el voto favorable de dos tercios de los miembros en la Conferencia General (art. II.2). La membresía palestina fue posible gracias a una votación aprobada con 107 votos a favor, 14 en contra y 52 abstenciones.

⁶³ La denominación deriva del hecho de que fue en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados (1969), en concreto en su artículo 81, donde por primera vez se empleó. El criterio que mantiene el Secretario General es que la adhesión a un organismo especializado conlleva automáticamente la posibilidad de adherirse a los tratados que siguen esa fórmula. *Summary of Practice, cit.*, para. 80.

⁶⁴ *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*. El título de jurisdicción esgrimido por Palestina es el artículo 1 del Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 (CVRD'61), cuyo artículo VII se remite al art. 48 de esta última al señalar que aquél está abierto a los Estados que puedan ser parte en ésta. El último artículo mencionado incluye la fórmula de Viena. Palestina se adhirió a ambos instrumentos en virtud de su condición de miembro de la UNESCO, al Convenio el 2 de abril de 2014, y al protocolo facultativo el 22 de marzo de 2018.

⁶⁵ El CvERD (art. 17) y los dos Pactos de 1966 (art. 48) son los únicos instrumentos del núcleo duro de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas que incluyen la fórmula de Viena ampliada (es decir, están abiertos también a los Estados miembros de Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte, además de a los Estados a los que invite la Asamblea General), y son accesibles a Palestina en tanto que miembro de la Unesco. Los restantes utilizan la fórmula “all States” (art. 26 CvAT, art. 25 CvEDAW, art. 42 CvRPD, art. 46 CvRC, art. 86 CvMW) o expresamente limitan el acceso a los Estados miembros de Naciones Unidas (art. 38 CvED).

67/19 y el hecho de que previamente hubiera examinado los informes presentados por Palestina, en la decisión antes comentada para afirmar que Palestina es un Estado parte en la Convención⁶⁶.

Precisamente, el segundo elemento manejado por el citado órgano conduce directamente a plantear la cuestión del *valor que merece asignarse a estos efectos a las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas*. Son numerosas las dudas que suscita la cuestión de cuáles son las consecuencias que, más allá del plano institucional interno de la organización, derivan de las resoluciones de la Asamblea General que, con la cualificada mayoría requerida por el art. 18 de la Carta para los asuntos importantes, evidencian un muy amplio reconocimiento en el seno del órgano más representativo de la Comunidad Internacional. Sin embargo, algunos datos apuntarían una tendencia a que, de manera prácticamente automática y con los efectos que también se tratarán más adelante, tales resoluciones sean susceptibles de certificar una suerte de reconocimiento general.

En este sentido, como ya se ha avanzado, el reconocimiento de su estatuto de Estado observador en virtud de la Resolución 67/19 ha resultado ser, junto a la adhesión a la Unesco, factor decisivo de cara a certificar la validez de la adhesión palestina a la CvERD. Y, aunque con carácter no definitivo, lo propio ha ocurrido, esta vez ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, a la hora de determinar si Palestina puede ser considerada un Estado capaz de conferir jurisdicción a la Corte en virtud del artículo 12.2.a del Estatuto de Roma. Siendo en este caso irrelevante la pertenencia a la Unesco para identificar su ámbito de posible participación al tratarse de un instrumento que utiliza la fórmula “todos los Estados” (art., 125.3), la decisión de la Sala se limitó a endosar, sin más, el criterio seguido por el Secretario General de Naciones Unidas, consistente en guiarse a los efectos de determinar si una entidad es un Estado y tal como le había sugerido la Oficina de Asuntos Jurídicos de Naciones Unidas⁶⁷, por la determinación realizada por la Asamblea General⁶⁸.

Ese mismo criterio, aunque aplicado a la identificación del representante de un territorio no autónomo con derecho de autodeterminación pendiente de realización, es el que ha seguido el Tribunal General de la Unión Europea. En dos asuntos de amplia repercusión mediática, el menor de los dos órganos que conforman la institución judicial de la UE estimó los recursos de anulación presentados contra las decisiones del Consejo por las que se acordaba la celebración de sendos acuerdos, comercial y pesquero respectivamente, orientados a permitir la aplicación del régimen convencional vigente entre la Unión Europea y Marruecos a los productos originarios del Sahara y a las aguas adyacentes a

⁶⁶ Dec. CERD/C/100/5, cit. Sobre la base los artículos 11 y ss. CvERD, el comité instituido para supervisar el cumplimiento de sus disposiciones ha admitido en dicha decisión su jurisdicción y ha declarado admisible la comunicación presentada por Palestina contra Israel denunciando la posible violación en los territorios ocupados de varias de sus disposiciones incluyendo, muy significativamente, la que prohíbe la segregación racial y el apartheid (art. 3).

⁶⁷ United Nations Office of Legal Affairs, Interoffice Memorandum, Issues related to General Assembly resolution 67/19 on the Status of Palestine in the United Nations, 21 December 2012, para. 15.

⁶⁸ ICC Pre-Trial Chamber I, Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’, 5 February 2021, no. ICC-01/18, paras. 93-98.

sus costas. En este sentido, desvirtuando la estrategia orientada a dar por conseguido el consentimiento del pueblo saharauí mediante la consulta a representantes de tribus y de organizaciones socio-económicas locales, el TG admitió primero la legitimación del Frente Polisario para recurrir en anulación (art. 263 TFUE) las decisiones de celebración de los citados acuerdos; y estimó después imprescindible su consentimiento para la validez de las mismas, basándose muy especialmente en el hecho de que según sendas resoluciones de la Asamblea General (34/73 y 35/19), es a él a quien corresponde la condición de representante del pueblo saharauí⁶⁹.

A falta de pronunciamientos de órganos internacionales de carácter judicial o cuasi-judicial, es dudoso que pueda sostenerse algo parecido, en el ámbito del reconocimiento de gobiernos, de los posicionamientos de la Asamblea General en el marco de las tareas de verificación de poderes de acuerdo con los arts. 27 y ss. de su Reglamento. Sin perjuicio de su posible contribución a consumir -como ocurrió en el caso libio poco antes de la muerte de M. Gadafi- o ralentizar -como parece estar ocurriendo con el gobierno militar birmano o el gobierno talibán⁷⁰- la consolidación de efectividades, el impacto jurídico del reconocimiento de unas determinadas autoridades como representantes de un Estado miembro más allá de su participación en la propia Asamblea General es dudoso⁷¹. Baste decir, en este sentido, que el mantenimiento como representantes de Venezuela de los delegados designados por el gobierno de N. Maduro⁷² no ha impedido que otras organizaciones internacionales⁷³ y los órganos políticos o incluso judiciales de algunos

⁶⁹ TG, Front Polisario/Consejo, T-279/19, Sentencia 29/09/2021, ECLI:EU:T:2021:639, paras. 91-97; y TG, Front Polisario/Consejo, T-344/19 y T-356/19, Sentencia 29/09/2021, ECLI:EU:T:2021:640, paras. 141-148. Sobre los citados pronunciamientos, situados en el contexto de la *saga* jurisprudencial -inconclusa como mínimo hasta la resolución de los recursos de casación contra ambas sentencias- sobre la incidencia del estatuto colonial del Sahara occidental en las relaciones convencionales Marruecos-UE, véanse, SOROETA LICERAS, J., “El Tribunal General pone fin a la sinrazón del Consejo y la Comisión (sentencias de 29 de septiembre de 2021): no habrá más acuerdos para explotar los recursos naturales del Sahara Occidental sin el consentimiento del Frente Polisario”, *RGDE*, vol. 56 (2022), pp. 34 y ss.; y GONZÁLEZ VEGA, J., “¿Retorno a la historia? El Tribunal General de la UE ante el Acuerdo de Pesca UE-Marruecos de 2019”, *AEDI*, vol. 38 (2022), en prensa.

⁷⁰ ZOLYNIK, A., “UN Representation in an Era of Revitalized Multilateralism”, *Council on Foreign Relations*, 6.X.2021, disponible en internet.

⁷¹ En términos más categóricos, y refiriéndose más ampliamente a la práctica histórica de la Asamblea General, se ha afirmado que “the credentials procedure, despite the importance it has been given in some crucial moments of the UN GA history, remains nothing but a technical matter which helps to establish the communications between the international organization and the governments of its Member States, and in no way should it be understood as a “collective recognition” of governments”. KLECZKOWSKA, A., “Recognition of Governments by International Organizations – The Example of the UN General Assembly and Asian States”, *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, Volume 35 (2017), p. 137 (cursivas añadidas).

⁷² En las tres sesiones posteriores a la proclamación por la Asamblea Nacional venezolana de Juan Guaidó como presidente interino de Venezuela, el Comité de verificación de poderes aceptó las credenciales presentadas por el gobierno de Maduro en lugar de las de Guaidó, sin más objeciones que las formuladas por Estados Unidos, siendo su informe aprobado sin votación por la Asamblea General: A/RES/74/179, A/RES/75/19 y A/RES/76/15. No obstante, en los debates previos a su aprobación algunos delegados, hablando en nombre de los Estados del grupo de Lima o de la Unión Europea, insistieron en que la adopción del citado informe no debería ser considerado como un reconocimiento tácito del gobierno de N. Maduro.

⁷³ PADEU, F., y GURMENDI, A., “Recognition...”, cit.

Estados se hayan decantado por considerar como tales representantes a los nominados por J. Guaidó.

3. No reconocimiento

Pocas pistas cabe extraer de la práctica seleccionada, para terminar con los problemas de calificación, de cara a identificar cuáles son los comportamientos que entran dentro del ámbito de aplicación de la *obligación de no reconocimiento* de situaciones derivadas de violaciones graves de normas imperativas de Derecho Internacional⁷⁴. Al respecto, conviene recordar que en la formulación que de la misma acabó recogiendo el proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados por hecho ilícito (art. 41.2) se reiteró la precisión (no reconocer *como lícita -as legal o as lawful* en la versión inglesa⁷⁵-) que ya se utilizó en 1970, aunque con alcance limitado a las adquisiciones territoriales derivadas del uso ilícito de la fuerza, en la célebre Declaración sobre los principios⁷⁶. En aquella época, su introducción vino motivada, a propuesta del representante sueco, Hans Blix, como solución de compromiso que permitiera vencer los recelos occidentales a que se entendieran prohibidos todo tipo de contactos y acuerdos comerciales con el Estado infractor. De ahí que, como manifestara poco después su promotor en su curso en la academia de la Haya, salvo concreciones adicionales por parte del Consejo de Seguridad, su alcance debería quedar limitado a las admisiones formales de las anexiones territoriales ilícitas⁷⁷.

La aproximación meramente formal a la obligación de no reconocimiento habría acercado mucho su alcance, en sentido extraordinariamente limitado, a los actos formales de reconocimiento expreso. Sin embargo, la práctica posterior parece haber descartado esa interpretación. Asumiendo una postura que puede decirse que traduce el criterio seguido por el Consejo de Seguridad, la Asamblea General o la propia CIJ en casos en los que se ha exigido el no reconocimiento (entre otros los de Rhodesia, Namibia, los bantustanes sudafricanos, la República Turca de Chipre del Norte o Kuwait), la CDI consideró pertinente puntualizar en sus comentarios al art. 41.2 PARIEHI, que la obligación “(n)o solo se refiere al reconocimiento formal de esas situaciones, sino que también prohíbe cualquier acto que implique ese reconocimiento”⁷⁸.

⁷⁴ Para todo lo que sigue véase, *per ómnium*, TALMON, S., “The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?”, en C. Tomuschat y J.M. Thouvenin (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, 2006, pp. 99-125.

⁷⁵ La expresión “legal” sería reemplazada por “lawful” en la Declaración sobre la definición de la agresión (1974) manteniéndose esta última en el art. 41.2 PARIEHI.

⁷⁶ Declaración sobre los principios referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.

⁷⁷ BLIX, H., “Contemporary Aspects of Recognition”, *Rec. des Cours*, vol. 130 (1970), pp. 664-665. Sobre todo el proceso de configuración de la obligación de no reconocimiento en los distintos instrumentos internacionales que la proclaman, TALMON, S., *The Duty...*, *cit.*, p. 108 y ss.

⁷⁸ Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícito con comentarios, comentario al artículo 41, para. 5, *Anuario CDI* 2001, vol. II, segunda parte, p. 122.

El problema sigue siendo que no está claro cuáles son los comportamientos que implican ese reconocimiento. Para dos de los relatores especiales sobre la materia -W. RIPHAGEN, y G. ARANGIO RUIZ- se trataría de rechazar las consecuencias jurídicas o las implicaciones legales de las situaciones cuyo reconocimiento se prohíbe, como las inmunidades y privilegios asociados a los representantes de un Estado ilícitamente creado, o la capacidad de disponer de los bienes obtenidos en un territorio ocupado en violación del *ius cogens*.

Teniendo en cuenta la trascendencia de los intereses en juego, cabe defender una interpretación más amplia en un doble sentido. Por una parte, valdría la pena considerar que la obligación de no reconocimiento aparece formulada conjuntamente, en el precepto que la contempla del PARIEHI, con la que prohíbe la ayuda o asistencia al infractor. De tal manera que, por implicar una ayuda al mantenimiento de la situación ilícita, integre también dentro del reconocimiento prohibido el reconocimiento político, es decir, cualquier comportamiento expreso o implícito de apoyo al violador. Por otra, en la línea seguida por la CIJ en el asunto del *Muro*⁷⁹, resultaría necesario superar una visión estrecha ligada al hecho ilícito concreto para identificar la pretensión jurídica subyacente y extender la obligación a la denegación de efectos de todos los actos que la sustentan, y de todas las consecuencias que derivarían de admitirse su validez.

Sin perjuicio de lo anterior, de la práctica de los órganos de Naciones Unidas se deduce que la panoplia de actos susceptibles de ser considerados como reconocimiento implícito prohibido a estos efectos, aunque limitada -pues no parece extenderse al reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* de los altos representantes estatales presuntamente implicados en casos de crímenes más graves de trascendencia internacional⁸⁰-, es extraordinariamente amplia. En aplicación del deber de no reconocimiento se han exigido comportamientos que van desde denegar efectos jurídicos internos a actos y documentos tales como pasaportes y títulos de viaje, a la retirada de misiones diplomáticas u oficinas consulares, pasando por el rechazo a las aspiraciones de acceso a organizaciones internacionales, la prohibición de vuelos procedentes de los territorios afectados⁸¹ o de concertación y aplicación de acuerdos internacionales que presupongan la validez de la situación ilícita⁸². El carácter meramente orientativo con que la Corte abordó la

⁷⁹ En particular, la Corte estimó que, frente a la afirmación israelí según la cual el muro constituiría una infraestructura temporal que se dismantelaría una vez que desaparecieran las amenazas a su seguridad, su construcción representaba un “hecho consumado” (*fait accompli*) equivalente a una anexión de facto. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports* 2004, para. 121.

⁸⁰ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports* 2002, p. 3, para. 58.

⁸¹ *Regina (Kibris Turk Hava Yollari and another) v Secretary of State for Transport*, [2010] EWCA Civ 1903, 12 October 2010, para. 69.

⁸² Para una visión de conjunto de las posibles medidas afectadas por la obligación resultan de obligada consulta las apreciaciones realizadas, aunque a título meramente orientativo, en CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 1971, p. 16, paras. 122-124. Véase también, TALMON, S., “The Duty...”, cit., pp. 18 y ss.; y DAWIDOVICZ, M., “The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation”, en J. Crawford, A. Pellet y S. Olleson (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, pp. 684-685.

identificación de los actos prohibidos en el asunto Namibia y la deferencia mostrada desde entonces en favor de los órganos políticos de la ONU, unido a las reticencias que los Estados acostumbran a mostrar a la hora de asumir de manera efectiva la tarea -y los costes- de garantizar el orden público internacional, provocan serias dudas sobre si, en ausencia de decisiones institucionales obligatorias, se trata de comportamientos exigidos o meramente sugeridos a falta de ulterior concreción en NN.UU.⁸³.

Por si fuera poco, en el propio asunto de Namibia, la Corte introdujo una bienintencionada excepción en virtud de la cual los actos jurídicos que implican reconocimiento deben excluirse de la prohibición en aquellos casos en que la denegación de efectos redunde en detrimento de la población afectada, apuntando como posibles ejemplos la aplicación al territorio concernido de los tratados de carácter humanitario, o el reconocimiento de los efectos de los actos y documentos relacionados con el estado civil (matrimonio, filiación, etc.) expedidos por las autoridades ocupantes⁸⁴. Doctrina sobre la que el TEDH ha sustentado, con el pretexto de evitar en los territorios afectados un vacío en la protección de los derechos reconocidos en el Convenio, el reconocimiento de las decisiones de los órganos judiciales de las entidades autoproclamadas a los efectos de apreciar el cumplimiento del requisito del agotamiento de los recursos internos por parte de los individuos afectados por la actuación de las autoridades locales⁸⁵.

De las reticencias antes apuntadas y de las dificultades que suscita la concreción del no reconocimiento es claro ejemplo la ya apuntada práctica relacionada con los intentos, promovidos políticamente, de aplicar en el territorio ocupado en el Sahara Occidental los convenios que regulan las relaciones económicas y pesqueras entre la UE y un socio estratégico como es Marruecos. Baste recordar que, aún basadas en el reconocimiento de la eficacia del Derecho internacional en tanto que fuente del DUE y, en particular, de la vigencia en él de los principios del efecto relativo de los tratados y de la libre determinación de los pueblos, los problemas de validez y/o de aplicación advertidos por los tribunales de la UE en relación con los acuerdos concertados con Marruecos se han basado sí, en su cuestionada compatibilidad con dichos principios, pero han omitido cualquier consideración vinculada con las consecuencias específicas derivadas del

⁸³ En relación con esa cuestión, véase lo que se dice infra, apdo. V.3, respecto de las dudas sobre el carácter y fundamento de la obligación de no reconocimiento.

⁸⁴ *Legal Consequences* (Namibia), cit., paras. 122-125.

⁸⁵ CULLEN, A., y WHEATLEY, S., "The Human Rights of Individuals in De Facto Regimes under the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 13 (2013), pp. 708 y ss.

carácter imperativo del derecho de autodeterminación⁸⁶. Una pauta de actuación que se ajusta a la seguida por el TJUE en relación con el territorio palestino⁸⁷.

En lo que a los más recientes desarrollos respecta y a la espera de lo que resuelva el TJUE en casación, la ineludible exigencia del consentimiento del representante del pueblo saharauí en virtud de los mencionados principios ha bastado para declarar nulas las decisiones de celebración de los acuerdos, sin necesidad de apreciar si esa ineficacia vendría exigida por el deber de no reconocimiento, cuáles son las condiciones en que los posibles beneficios para la población permitirían ese reconocimiento, o si esas condiciones son las mismas independientemente de que se trate de contratos o de acuerdos internacionales. Lo único claro, por ahora, es que frente a lo sugerido en el célebre *informe Corell*, esos pretendidos beneficios no permiten sustituir mediante consultas a personas y organizaciones representativas de las “poblaciones afectadas” el consentimiento del representante del pueblo titular del derecho de autodeterminación.

IV. A VUELTAS CON LOS EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO: VOLUNTAD, EFECTIVIDAD Y LEGITIMIDAD

Los problemas del reconocimiento no se limitan a la identificación y apreciación del supuesto de hecho de las normas que derivan de su ambigua configuración como institución jurídica, sino que también se proyectan en la concreción de sus efectos o consecuencias jurídicas. En este ámbito, proyectado esencialmente respecto del reconocimiento de Estados, en torno al carácter declarativo o constitutivo del reconocimiento se ha desarrollado uno de los más célebres y longevos debates de la doctrina del Derecho internacional. Tan prolífico, sin embargo, como infructuoso de cara a ofrecer respuestas claras y seguras. Y ello hasta el punto de que reconocidos especialistas han llegado a cuestionar su relevancia o a manifestarse incapaces de responder a la cuestión de cuál de las dos posturas es la seguida por su correspondiente

⁸⁶ Se ha hablado, por ello, de la “inanidad del jus cogens” en la aproximación a esta problemática por parte de los tribunales europeos. GONZÁLEZ VEGA, J.A., “¿Retorno a la historia?..., cit., p. 30. En marcado contraste con la citada actitud, el AG M. WATHELET había cuestionado el respeto del deber de no reconocimiento al señalar que “la negociación y celebración con el Reino de Marruecos de un acuerdo internacional aplicable al Sahara Occidental y a las aguas adyacentes constituyen en sí mismas un reconocimiento *de iure* de la integración del Sahara Occidental en el Reino de Marruecos mediante la anexión consumada en 1976 y 1979, lo cual implica el reconocimiento de su soberanía sobre el territorio, las aguas interiores y el mar territorial del Sahara Occidental, así como de los derechos soberanos y de jurisdicción que el Derecho internacional confiera al Estado ribereño sobre las zonas marítimas que están más allá del mar territorial”. Conclusiones del AG de 10 de enero de 2018, Asunto C-266/16, EU:C:2018:1, párr. 194.

⁸⁷ Por otros derroteros que incluyen la constatación de la ilegalidad de los asentamientos israelíes en los territorios ocupados por contradecir el art. 49.6 del IV Convenio de Ginebra (para. 48) y la interpretación del pertinente instrumento de Derecho comunitario derivado, pero omitiendo su contradicción con lo que expresamente denomina normas fundamentales de Derecho Internacional (para. 56), el TJUE ha llegado a una conclusión perfectamente compatible, pero también sin mencionarlo, con el deber de no reconocimiento, al interpretar un reglamento sobre etiquetado de los productos alimentarios en el sentido de exigir que en el mismo se indique la citada procedencia. *Organisation juive européenne y Vignoble Psagot*, C-363/18, S. (GS) de 12.XI.2019, ECLI:EU:C:2019:954.

país⁸⁸. En este sentido, el eclecticismo parece abrirse paso como posición dominante en un ámbito en el que detrás del debate sobre los efectos del reconocimiento subyace la pugna por la posición respectiva que voluntad, efectividad y legitimidad ocupan en el Derecho internacional. Aun así, de la práctica contemporánea quizá puedan deducirse algunas tendencias que permitan arrojar algo de luz sobre cuáles sean las consecuencias jurídicas que derivan del reconocimiento.

1. ¿Eficacia general del reconocimiento colectivo?

Los movimientos más interesantes se sitúan sin duda en el ámbito de la estatalidad y en el denominado reconocimiento colectivo. Con las dudas antes señaladas respecto a cuando puede entenderse otorgado, algunos precedentes parecen apuntar a que de dicho reconocimiento se derivan efectos jurídicos de carácter general oponibles a todos los Estados, incluyendo específicamente a los especialmente interesados por muy persistente que sea su objeción a la situación reconocida.

Así, en el asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre Genocidio entre Bosnia y Yugoslavia (1996), la CIJ consideró que, como consecuencia de su admisión como miembro en Naciones Unidas, la condición de parte de la República Federal Yugoslava en la citada convención, vía notificación de sucesión, no era objetable⁸⁹. Y sobre esa base, negó a continuación que la falta de reconocimiento entre las partes contendientes en el momento en que acaecieron los hechos litigiosos constituyera un impedimento para considerar vigente entre ellas la cláusula compromisoria del artículo IX de dicho convenio invocada por Bosnia como título atributivo de jurisdicción a la Corte⁹⁰.

No ha resultado necesario recurrir a más o menos rebuscados expedientes procesales para llegar a resultados equivalentes en el caso palestino. En el asunto derivado de la comunicación planteada por Palestina contra Israel por el desarrollo de políticas contrarias a la prohibición de la discriminación racial en los territorios ocupados, el

⁸⁸ Véase, respectivamente, ILA, Résolution 3/2018, Comité sur la reconnaissance et non-reconnaissance en Droit International, 78 Conférence, Sidney, 2018, para. 2; e ILA, *Recognition/non-recognition in International Law*, First Report, Sofia Conference (2012), Pp. 3-5.

⁸⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, Judgment, *ICJ Reports* 1996, paras. 19-20.

⁹⁰ *Idem*, para. 26. La Corte eludió no obstante hacer un pronunciamiento de principio sobre “the question of what the effects of a situation of non-recognition may be on the contractual ties between parties to a multilateral treaty”. A tal fin, optó por seguir un enfoque centrado exclusivamente en su jurisdicción *ratione personae* para, olvidando la perspectiva temporal con la que el problema fue planteado por parte yugoslava, recordar que desde los acuerdos de Dayton de 1995, las partes se habían reconocido mutuamente, que nada impediría que Bosnia pudiera presentar una nueva demanda y que, por razones de economía procesal, resultaba necesario acogerse al principio según el cual no deben penalizarse los actos procesales que el demandante podría remediar con facilidad. Una década después, cuando entró en el fondo del asunto, el recurso al principio de la *res judicata* sirvió para dar por resueltos los más que discutibles problemas de jurisdicción presentes en el caso, no solo los relativos a la jurisdicción respecto de quien, ya como Serbia y Montenegro, no era Estado continuador de Yugoslavia, sino también los derivados de la falta de reconocimiento entre las partes. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2007, p. 43, para. 140.

Estado demandado cuestionaba que de la adhesión palestina a la CvERD hubiera surgido vínculo convencional entre ambas partes que sustentara, entre otras cosas, la aplicación del mecanismo de supervisión previsto en sus artículos 11 y ss. Esgrimía, para ello, no sólo la objeción formulada por el Estado hebreo con ocasión de la adhesión palestina, en la que rechazaba considerar a Palestina como Estado parte y a la que estimaba que había de dársele el efecto de una reserva⁹¹. También que las mencionadas disposiciones de la Convención “no pueden ser aplicadas en ausencia de reconocimiento o de relaciones convencionales establecidas entre los dos ‘Estados partes’”⁹².

Con una apretada mayoría, el Comité constató su jurisdicción para proseguir con el examen de la comunicación. A tal fin, concentró el grueso de su argumentación en descartar la eficacia de la objeción formulada por Israel por razones relacionadas con la condición de los tratados de derechos humanos en general como instrumentos de garantía colectiva de intereses comunes, así como por la singularidad que supone el que en la CvERD el mecanismo de comunicaciones interestatales reviste carácter obligatorio y no facultativo, como sucede en el resto de instrumentos *onusianos* de derechos humanos. No obstante, con carácter previo, y respecto de la cuestión que ahora nos interesa, el Comité rechazó que no existieran relaciones bilaterales convencionales entre Israel y Palestina dado que, teniendo en cuenta los tres datos a los que antes se hizo alusión (reconocimiento de su estatuto de Estado no miembro observador por la Asamblea General, incorporación palestina a la UNESCO y examen previo por parte del propio comité de los informes presentados por Palestina) “el Demandante es un Estado parte en la Convención”⁹³. En respuesta directa al argumento israelí sobre los efectos de la falta de reconocimiento, el Comité admite pues implícitamente que, a los efectos de su jurisdicción y de la aplicación de la Convención, una vez constatada la estatalidad, la existencia de reconocimiento mutuo entre las partes es irrelevante.

Pese a que la decisión fue adoptada por una ajustada mayoría y con la opinión disidente de cinco de sus miembros, es de destacar que la discrepancia se refiere a la eficacia de la objeción formulada por Israel con ocasión de la adhesión palestina al CvERD y no al valor a asignar a la falta de reconocimiento. Para la minoría disidente:

“Whether a State party is recognized by other States parties affects the relations between those States but not the relation between that State and the Committee. As far as the Committee is concerned, the State of Palestine is a State party to the Convention.

... Israel also is a State party to the Convention and is bound to respect the obligations imposed by the Convention with respect to any person and territory over which it exercises jurisdiction. This obligation applies equally to its own territory and that which

⁹¹ Para un más amplio análisis de los efectos de la objeción israelí de acuerdo con el Derecho de los tratados, SAKRAN, S., y HAYASHI, M., “Palestine’s Accession to Multilateral Treaties: Effective Circumvention of the Statehood Question and its Consequences”, *Journal of International Cooperation Studies*, vol. 81 (2017), pp. 87-91.

⁹² Inter-state communication submitted by the State of Palestine against Israel, Decision on transmission of the inter-state communication to the concerned States, CERD-C-100-3, para. 4.7.

⁹³ Decision CERD/C/100/5 (2019), cit., paras. 3.7 a 3.9.

it occupies, regardless of whether it considers the State of Palestine to be a State party to the Convention”⁹⁴.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI ha llegado a soluciones similares en su Decisión sobre si la adhesión palestina al Estatuto de Roma es susceptible de fundamentar la jurisdicción de la Corte para enjuiciar los presuntos crímenes de guerra cometidos en los territorios ocupados denunciados por Palestina en su escrito de remisión de la situación de conformidad con los artículos 13(a) y 14 de dicho instrumento. En sus observaciones, junto a otros argumentos relativos a la pretendida falta de título de soberanía sobre los territorios ocupados en favor de Palestina por falta de control efectivo, o a la supuesta imposibilidad de ceder a la Corte una competencia penal sobre tales territorios que no le reconocen los acuerdos de Oslo, la principal objeción israelí a la jurisdicción de la Corte se sustentaba en la afirmación según la cual Palestina no sería un Estado⁹⁵.

En efecto, como ya se advirtió, la Sala afirmó que Palestina debía ser considerada un Estado parte en dicho instrumento a los efectos previstos en el artículo 12.a del Estatuto, asumiendo el criterio seguido por el Secretario General como depositario del Estatuto en virtud del cual la capacidad de Palestina para adherirse a dicho instrumento, abierto a “todos los Estados” (art. 125), resulta de su aceptación como Estado no miembro observador en Naciones Unidas por la Asamblea General⁹⁶. Recordó, adicionalmente, que con la salvedad canadiense ningún Estado parte en el Estatuto se opuso a esa adhesión. De ese reconocimiento de su condición de Estado parte se deriva, según la Sala, que el Estatuto le resulta aplicable de la misma forma que a cualquier otro Estado Parte⁹⁷ y que, por tanto, Palestina tiene el derecho a ejercer sus prerrogativas en virtud del Estatuto y a ser tratado como tal⁹⁸.

A diferencia de lo ocurrido ante el CERD, ni Israel antes de abandonar el procedimiento, ni ninguno de los numerosos intervinientes que formularon observaciones, esgrimieron como impedimento de la jurisdicción de la Corte la falta de reconocimiento mutuo, siendo ésta probablemente la razón por la que la sala no valoró específicamente las consecuencias que a esos efectos pudieran derivarse de la falta de reconocimiento de Palestina por parte de Israel. Pese a ello, es obvio que para la Sala los efectos jurídicos que el Estatuto asocia a la condición de Estado parte son independientes del reconocimiento por otros Estados, sean o no partes. Y en ese sentido, les son oponibles.

Así pues, tanto el CERD como la Sala de la CPI, apoyándose esencialmente en un reconocimiento colectivo de la estatalidad que asocian a su constatación por la Asamblea General, parecen apoyar la idea según la cual los efectos jurídicos que en virtud de sus respectivos instrumentos derivan de la condición de Estado parte, operan con carácter

⁹⁴ *Idem*, Individual opinion of the following Committee’s members: Marc Bossuyt, Rita Izák-Ndiaye, Keiko Yo, Yanduan Li and María Teresa Verdugo Moreno (dissenting), paras. 3 y 4. Cursivas añadidas.

⁹⁵ ICC P.-T. Chamber I, Decision on Court’s Territorial Jurisdiction, cit., para. 27.

⁹⁶ *Idem*, para. 98.

⁹⁷ *Idem*, para. 102.

⁹⁸ *Idem*, para. 112

general respecto de todas las partes, sin que la falta de reconocimiento por alguna de ellas condicione esos efectos. Se apuntaría, de este modo, a *una suerte de eficacia constitutiva con valor general del reconocimiento colectivo de la estatalidad*⁹⁹. Desde esta perspectiva, alcanzado el reconocimiento colectivo, queda rotundamente descartada la teoría positivista de la estatalidad relativa defendida por Kelsen según la cual sus efectos se limitarían a las relaciones con los Estados *reconocientes*¹⁰⁰ y que, calificada como una “anomalía aberrante”¹⁰¹ o una “ofensa al buen juicio”¹⁰², había sido considerada como argumento de peso frente a la tesis constitutiva aplicada al reconocimiento individual.

Sin embargo, por ahora, la constatación del carácter constitutivo del reconocimiento colectivo es, sin embargo, de alcance limitado y provisional. En cuanto a lo primero, porque por falta de precedentes, de la práctica no es posible extender una apreciación similar para los supuestos en los que la pretensión reconocida no es la estatalidad, sino la representación gubernamental o la anexión de territorios. Y en cuanto a lo segundo, porque se trata de pronunciamientos basados exclusivamente en la interpretación de los correspondientes textos de referencia (ConvEDR y ECPI) y a los exclusivos efectos de la jurisdicción de los correspondientes órganos de aplicación¹⁰³, sin que, en el caso de la CPI, se excluya que puedan ser valorados nuevamente en etapas posteriores del procedimiento¹⁰⁴. Y porque no ha de olvidarse que la cuestionada estatalidad de Palestina constituye uno de los elementos que no hay que descartar que acaben valorándose para que, desde la base competencial materialmente más amplia que le confiere su condición de órgano judicial principal de Naciones Unidas, la CIJ resuelva la cuestión de su jurisdicción en el asunto relativo al traslado de la embajada estadounidense a Jerusalén¹⁰⁵.

⁹⁹ En ese sentido, HILLGRUBER, C., “The admission of New States to the International Community”, *EJIL*, vol. 9 (1998), p. 496; y, más matizadamente, como culminación de un proceso en el que confluyen otros elementos de legalidad (autodeterminación) o de voluntad en forma de amplios reconocimientos estatales, VIDMAR, J., “Explaining the Legal Effects of Recognition”, *ICLQ*, vol. 61 (2012), pp. 361 y ss.; o AKANDE, D., “Palestine as a UN Observer State: Does this Make Palestine a State?”, *EJIL:Talk!*, 3.XII.2012.

¹⁰⁰ KELSEN, H., “Recognition...”, cit., pp. 608-609.

¹⁰¹ LAUTERPACHT, H., *Recognition...*, cit., p. 59.

¹⁰² CRAWFORD, J., *The Creation...*, cit., p. 22.

¹⁰³ Se ha advertido que la tendencia seguida por ambos órganos de limitar el alcance de sus pronunciamientos a los efectos de sus respectivos ámbitos de jurisdicción genera el riesgo de crear una suerte de estatalidad fragmentada, diversamente apreciada en función del órgano decisor y del correspondiente instrumento convencional de referencia. SOLOMON, S., “The ICC Israel Palestine decision: Clear skies for an investigation but not without asterisks and further questions”, *Volkerrechtsblog*, 18.2.2021, No hace falta insistir en el riesgo de fragmentación que deriva de la existencia de una pluralidad de órganos de decisión que operan con carácter autónomo. Debe advertirse, sin embargo, que la principal virtud del criterio seguido en ambos casos para apreciar la estatalidad, consistente en admitir eficacia general al reconocimiento colectivo, es precisamente que aseguraría que esa apreciación sea uniforme.

¹⁰⁴ ICC P.-T. Chamber I, Decision on Court’s Territorial Jurisdiction, cit., para. 131.

¹⁰⁵ Es de temer, en cualquier caso, que la Corte acabe eludiendo pronunciarse sobre la cuestión, por ejemplo, por estimar inadmisibles las demandas palestinas por razones vinculadas con otros argumentos presentes en el debate sobre su jurisdicción y, muy particularmente, en aplicación de la doctrina del tercero indispensable. En un sentido contrario a que la demanda palestina supere las exigencias derivadas de dicha doctrina, MILANOVIC, M., “Palestine Sues the United States in the ICJ re Jerusalem Embassy”, 30.IX.2018.

2. La renuencia de los órganos de aplicación del Derecho -internacionales e internos- a aplicar los criterios de la estatalidad y de la representación gubernamental

La segunda tendencia que parece poder constatarse en los asuntos que se acaban de comentar es la reticencia de los órganos judiciales o cuasi-judiciales internacionales a apreciar la concurrencia de los criterios que en virtud del Derecho internacional serían determinantes de la estatalidad. En el caso del CERD, sin siquiera apuntar a que la dudosa estatalidad palestina de acuerdo con el DI pudiera ser decisiva para determinar la validez de su adhesión a la CvERD, la decisión mayoritaria se limitó a señalar que su condición de Estado parte derivaba, esencialmente, de su reconocimiento colectivo en los términos ya vistos. Una opinión esta última unánimemente asumida si se tiene en cuenta que, para la minoría disidente, con fundamento en el mismo informe de la Oficina de Asuntos Jurídicos de Naciones Unidas y sin examen de fondo alguno, “en lo que al Comité concierne, el Estado de Palestina es un Estado parte en la Convención”¹⁰⁶.

Por el contrario, la necesidad de ir más allá de las disposiciones del Estatuto de Roma para apreciar la legalidad de la pretensión palestina de estatalidad ha constituido el meollo de la disidencia manifestada por el juez Kovacs. En una opinión separada en la que, con voluminosa minuciosidad, examina el cumplimiento de los criterios de la estatalidad por parte palestina, el juez húngaro concluye que se trataría de un Estado *in statu nascendi*. Aunque ello no le impide considerar a Palestina un Estado parte en virtud del artículo 125 del Estatuto, le lleva a matizar la jurisdicción territorial de la Corte en función de la consideración que de los diferentes territorios ocupados se hace en los acuerdos de Oslo. Sin entrar en más detalles¹⁰⁷, interesa ahora resaltar que, frente a ello, y según la decisión mayoritaria de la Sala, la cuestión de si Palestina es una entidad con capacidad de atribuir jurisdicción a la CPI en virtud del art. 12.2.b de su Estatuto “does not, however, require a determination as to whether that entity fulfils the prerequisites of statehood under general international law”¹⁰⁸.

Esa forma de proceder, pese a contar con algún elemento puntual de contraste en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia¹⁰⁹, enlazaría con la actitud de

¹⁰⁶ Dec. Cerd/C/100/5, cit., Op. ind., para. 3.

¹⁰⁷ La posición del juez Kovacs se puede resumir diciendo que, aunque en su opinión las dudas que plantea la apreciación de los criterios de Montevideo no llevan a anular *ex post facto* su adhesión al Estatuto de Roma (para. 267), la necesidad de respetar los Acuerdos de Oslo exigiría no extender la jurisdicción territorial de la Corte a los territorios incluidos en la zona A, es decir, a los asentamientos israelíes y a Jerusalén Este (para. 372). Para llegar a esta última conclusión, véase HELLER, K.J., “The Gray Lady Botches judge Kovács’ Dissent, *Opinio Juris*, 10.02.21.

¹⁰⁸ ICC P.-T. Chamber I, Decision on Court’s Territorial Jurisdiction (2021), cit., para. 93.

¹⁰⁹ En particular, en el asunto *Milosevic* y a los efectos de determinar la posibilidad de aplicar el artículo 2 de su Estatuto (infracciones graves a los Convenios de Ginebra) a los hechos ocurridos durante el conflicto armado en Croacia en el periodo comprendido entre la declaración de su independencia, por un lado, y su reconocimiento por la CE y su admisión en la ONU, por otro, la Sala de Primera Instancia consideró oportuno verificar un breve examen de la concurrencia de los cuatro criterios establecidos en la Convención de Montevideo. Y, en sintonía con lo mantenido en su Dictamen n° 9 por la Comisión *Badinter*, consideró que desde su declaración de independencia, Croacia era efectivamente un Estado. ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Decision on motion for judgement of acquittal*, Case IT-02-54-T, paras. 83-115.

otros tribunales internacionales y, en particular, del actual Tribunal de La Haya. No es sólo que nunca haya entrado a apreciar la concurrencia de los criterios de la estatalidad ni tampoco los de la representación gubernamental en un caso concreto. Es que tampoco parece especialmente interesado en intentar clarificarlos. En el ámbito de la estatalidad, la visión reduccionista de su competencia y de la eficacia del principio de integridad territorial ceñida al ámbito interestatal, le llevó a desentenderse completamente de la cuestión relativa a “whether international law provides for a right of “remedial secession” and, if so, in what circumstances”¹¹⁰.

Por su parte, en el ámbito de la representación gubernamental, la Corte parece haber optado por no darse por enterada de la retirada formulada por el Gobierno de Unidad Nacional en el exilio de las objeciones preliminares presentadas antes del golpe de estado de febrero de 2021 en el asunto entre Gambia y Myanmar relativo al presunto genocidio de la minoría rohinyá. Dando la callada por respuesta, y mediante el expediente formal de seguir remitiendo las comunicaciones a la misión permanente de Myanmar en Bruselas, controlada por los golpistas, la Corte asume que es la junta militar y no el gobierno en el exilio a quien corresponde la representación birmana¹¹¹.

Por último, aunque no vinculado a problemas de representación de una entidad estatal, sino de un pueblo con derecho de autodeterminación pendiente de descolonización, recuérdese que el Tribunal General fundamentó la condición del Frente Polisario como representante del pueblo saharauí en su reconocimiento como tal por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, sin acercarse en modo alguno a la cuestión de cuáles son las razones materiales que justifican esa calificación¹¹².

Por lo que al ámbito interno de los Estados respecta, sin tanta rotundidad, la actitud de *autorrestricción judicial* se encuentra cada vez más presente también en los dispersos pronunciamientos judiciales nacionales sobre las más significativas situaciones que constituyen el objeto del reconocimiento¹¹³. En este sentido, puede decirse que el respeto de la apreciación realizada por el ejecutivo en forma de reconocimiento o no reconocimiento es el criterio más ampliamente seguido por los jueces y tribunales

¹¹⁰ Kosovo Advisory Opinion (2010), cit., paras. 82-83. La cuestión del posible fundamento en el Derecho Internacional de la doctrina de la secesión-remedio ha cobrado dramática actualidad al formar parte, más o menos explícitamente, del discurso justificativo con el que la Federación Rusa ha defendido el reconocimiento de las entidades secesionistas en Georgia, Crimea y el Dombás, como paso previo lamentablemente tanto en el primer caso como en el último, a la invocación de una suerte de legítima defensa colectiva en su apoyo. Véase, en el caso georgiano, *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia Report*, vol. I, 2019, p. 17; en el de Crimea, LUNDSTEDT, T., “‘Peaceful’ and ‘Remedial’ Annexations of Crimea”, *Völkerrechtsblog*, 19.I.2018; y en el ucraniano, a partir del discurso de V. Putin de 21.II.2022 y sus referencias a la comisión de un genocidio, MILANOVIĆ, M., “Recognition”, 21.II.2022; o MIKLASOVA, J., “Russia’s Recognition of the DPR and LPR as Illegal Acts under International Law”, *Völkerrechtsblog*, 24.02.2022.

¹¹¹ Véase, en un sentido crítico, WELLER, M. “Is the ICJ at Risk of Providing Cover for the Genocide in Myanmar”, *EJIL Talk!*, 11.02.2022.

¹¹² Véase supra, apartado 4.B.

¹¹³ Para una aproximativa visión de conjunto, resulta de utilidad la consulta de los informes del comité sobre reconocimiento de la International Law Association, en particular, el primero (Sofía, 2012), pp. 8 y ss., y el cuarto y último (Sidney, 2018), pp. 21 y ss.

nacionales¹¹⁴. Al menos en los países cuya práctica se encuentra más difundida y es por ello más asequible. Así, en el caso británico, desde el asunto del reconocimiento de inmunidad al *Sultán de Horore* frente a la pretensión de su prometida de que los jueces ingleses le hicieran cumplir su promesa de matrimonio (1894), la práctica judicial se basa en el principio según el cual “(w)hen once there is the authoritative certificate of the Queen through her minister of state as to the status of another sovereign, that in the courts of this country is decisive”¹¹⁵. En la jurisprudencia posterior, la prevalencia del Ejecutivo se ha consolidado a través de la denominada doctrina de la única voz. Proclamada por primera vez en el asunto *Duff Development*, según se señala en el reciente pronunciamiento de la *Supreme Court* en el asunto relativo al oro venezolano, supone que:

“certain matters are facts of state in the sense that they are peculiarly within the cognisance of the executive which has the conduct of foreign relations. Where, as here, the issue is recognition of a foreign head of state, what matters is the attitude of the executive, of which the executive statement can be the only authoritative source and which should therefore be treated as conclusive”¹¹⁶

De igual modo, en Estados Unidos el Tribunal Supremo ha señalado que el reconocimiento es una función exclusiva del Ejecutivo¹¹⁷, de donde se deriva, según autorizada interpretación, que la falta de reconocimiento obliga a los jueces a denegar el acceso a la justicia y a impedir la disposición de los bienes extranjeros¹¹⁸. Y en un sentido similar, el TS de Japón negó capacidad procesal al gobierno de Taipei por entender que la representación china recaía sobre el gobierno de la República Popular como consecuencia de su reconocimiento por el gobierno japonés¹¹⁹.

La excepción en el panorama así reflejado estaría representada por el caso italiano en el que, por referencia a algunos asuntos resueltos por la *Corte de Cassazione* relacionados con el rechazo de la estatalidad de Montenegro -antes de su separación de Serbia- y de Palestina, se ha apreciado la existencia de un alto grado de independencia de los jueces respecto del Ejecutivo¹²⁰.

¹¹⁴ En el ámbito de la estatalidad, se ha señalado que “the courts of many States still refuse to determine for themselves any questions of statehood (...), on the ground that status is necessarily determined by executive recognition”. CRAWFORD, J., *The Creation...*, cit., p. 17.

¹¹⁵ *Mighell v. Sultan of Johore* (1 QB 149, p. 158). En un sentido similar véase la sentencia de 14 de marzo de 2001, *Veisy Dag v. Secretary of State for the Home Office*, ILReports, vol. 122, 2002, p. 536, paras. 17-18.

¹¹⁶ “*Maduro Board*” of the Central Bank of Venezuela v. “*Guaidó Board*” of the Central Bank of Venezuela, Judgement, [2021] UKSC 5, para. 78, pp. 25-26.

¹¹⁷ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 410, 84 S.Ct. 923, 930, 11 L.Ed.2d 804 (1964); *Zivotofsky v. Kerry*, 135 S. Ct 2076, 2094 (2015).

¹¹⁸ US Restatement of Foreign Relations Law (Third), § 205.

¹¹⁹ CHENG, CH.I., “Special Report, Kuang Hua Liao -Kokaryo- case, *Chinese -Taiwan- Yearbook of International Law and Affairs*, vol. 25 (2007), pp. 139 y ss.

¹²⁰ ILA, Second Report, Washington Conference (2018), p. 8. Se trata, por una parte, del ya mencionado asunto *Djukanovic* (supra, nota 25), y de otro asunto en el que el órgano judicial supremo italiano rechazó que Y. Arafat gozara de inmunidad jurisdiccional en tanto que Jefe de Estado por considerar que la OLP no era un Estado. *Corte di cassazione*, sentenza del 25 giugno 1985 n. 1981.

En lo que a nuestro país respecta, hasta hace bien poco la práctica española era la propia de aquellos países en los que, por falta de pronunciamientos sobre el particular, puede decirse que carecen de práctica¹²¹. No obstante, el reconocimiento de Juan Guaidó como presidente encargado de Venezuela podría modificar este estado de cosas. Con el telón de fondo de la disposición de los recursos, por un importe de unos 25 millones de euros, depositados en tres entidades financieras españolas a nombre de la filial europea de Corporación Venezolana de Guayana, con sede en Madrid, desde hace meses se sustancia en nuestro país una disputa entre quien Guaidó designó como presidente de CVG¹²² y la representación diplomática de Venezuela, fiel al gobierno de Maduro. Mientras que el representante de Guaidó tomó posesión de las oficinas de CVG y consiguió que su designación como administrador único por la Asamblea Nacional venezolana fuera inscrita en el Registro Mercantil¹²³, dicha designación ha sido impugnada y la disposición de las cuentas bancarias sigue bloqueada¹²⁴. A la espera de una resolución definitiva que resuelva la disputa, la jueza del juzgado de lo mercantil nº 9 de Madrid rechazó la pretensión de los representantes legales del gobierno de Maduro de que se suspendiera cautelarmente el nombramiento del administrador único designado por la Asamblea Nacional Venezolana¹²⁵.

3. La eficacia del reconocimiento: ¿cuestión de voluntad o de legalidad?

En el fondo del debate en torno al carácter declarativo o constitutivo del reconocimiento subyace la cuestión de si la formalización o consolidación jurídica de las dos principales pretensiones o situaciones sobre las que dicha institución se proyecta (estatalidad y representación gubernamental)¹²⁶ es, y en su caso en qué dosis, una cuestión legal - gobernada por reglas o criterios normativos- o un asunto político -dependiente de la voluntad de la autoridad que lo formula-. Hasta tres factores parecen favorecer una mayor prevalencia de la voluntad sobre la legalidad. En primer lugar, la ya mencionada debilidad de la regulación normativa de la estatalidad y de la representación gubernamental, reflejo

¹²¹ Sería el caso de Grecia, Rusia, Australia y Sudáfrica. ILA, Second Report, Washington Conference (2014), nota 31, p. 8.

¹²² LUCAS-TORRES, C., “Guaidó lucha por controlar desde Madrid la principal corporación de Venezuela y evitar un desfaldo como en PDVSA”, *El independiente*, 30.XI.2020.

¹²³ URREIZTIETA, E., “El Registro Mercantil prohíbe al Gobierno de Maduro poner a su nombre los 25 millones bloqueados en España”, *El Mundo*, 13.VI.2021.

¹²⁴ CERDÁN, M., y RUIZ COLL, M.A., “Bancos españoles impiden que Guaidó tome el control de una empresa venezolana saqueada por los chavistas”, *Ok diario*, 21.II.2020.

¹²⁵ URREIZTIETA, E., “Una juez prohíbe a Maduro disponer de los 25 millones de euros de Juan Guaidó bloqueados en España”, *El Mundo*, 19.IX.2021.

¹²⁶ En el ámbito de la adquisición de territorios, la existencia de una relativamente abundante jurisprudencia que asocia la adquisición de territorios a títulos jurídicos más o menos bien definidos hace que el problema encuentre *a priori* una solución más sencilla. La respuesta, sin embargo, exige diferenciar dos supuestos. A diferencia de lo que pudiera predicarse respecto del reconocimiento por parte del soberano territorial, susceptible de configurar un título de transmisión por cesión o de perfeccionar una prescripción adquisitiva en tanto que aquiescencia a una ocupación, el reconocimiento por terceros, por mucho que pueda contribuir a consolidar efectividades que acaben cristalizando en un título jurídico, jamás ha sido admitido por sí mismo como generador de derechos soberanos sobre el territorio. En este sentido, como más adelante se verá (*infra*, apartado V.3), en este ámbito la dialéctica entre la legalidad y la voluntad se centra en las dudas que suscita el eventual efecto sanador o convalidador del reconocimiento respecto de situaciones afectadas por la obligación de no reconocimiento.

como ya se dijo de la fuerte reticencia de los Estados respecto de la precisión jurídica de unos asuntos a los que asocian una relevancia política de primerísimo orden. En segundo lugar, el hecho de que la discrecionalidad del reconocimiento acostumbre a considerarse como uno de los pocos aspectos de la configuración jurídica de esta institución capaz de merecer un consenso rayano en la unanimidad¹²⁷. Y, en tercer lugar, como se acaba de ver en el subepígrafe anterior, tanto a nivel colectivo como en el plano estatal, el reconocimiento se configura como una función atribuida sin excepción a órganos políticos, sin que la forma en la que éstos la desempeñan quede sometida más que raramente a revisión por parte de los órganos independientes que en uno y otro plano tienen encomendada la función de aplicar el Derecho.

Con eso y con todo, el hecho de que los Estados acostumbren a apelar al Derecho internacional para justificar sus actos de reconocimiento, permite que se pueda hablar de unos criterios jurídicos de la estatalidad y de la representación gubernamental. En uno y otro ámbito, la interpretación doctrinal de la práctica tiende a hacer de la efectividad, entendida preferentemente como la obediencia -que no el apoyo- de la población cualificada con mayor o menor rigor por la exigencia de que concurren en ella determinados caracteres (generalizada, continuada, independiente y con expectativas de permanencia), el criterio preponderante. Un criterio que, basado en la realidad de los hechos, se adecúa a la lógica del pluralismo ideológico propio del orden westfaliano y hace abstracción de los principios y valores que sustentan el orden internacional.

No obstante, en la práctica estatal, esa preponderancia resulta atemperada, cuando no enfrentada, mediante la utilización de otros criterios de carácter normativo que introducen una doble idea de legitimidad. Por una parte, una legitimidad intrínseca del sujeto o entidad que pretende el reconocimiento, susceptible de reconducirse directa o indirectamente al principio de la libre determinación de los pueblos, en el caso de la estatalidad, y a la idea de la legitimidad democrática, en el caso de la representación gubernamental. Y una legitimidad extrínseca, que operaría preferentemente en el ámbito de la estatalidad, implícita en el cuarto criterio de Montevideo -capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados- y que llevaría aparejado el compromiso de aceptar la legalidad internacional y los principios y valores que la sustentan.

En un contexto en el que no está claro donde se encuentra el lugar exacto en el que el propio Derecho Internacional sitúa el punto de equilibrio entre efectividad y legitimidad, resulta extraordinariamente difícil responder a la cuestión de hasta qué punto la legalidad internacional informa la práctica de reconocimiento. O lo que es lo mismo, al problema de en qué medida la expresión de voluntad que dicha institución representa se ajusta a la normatividad internacional.

De la práctica en materia de reconocimiento que es aquí objeto de examen, son pocas las certidumbres y muchas las incógnitas. Tomando como referencia el reconocimiento colectivo, el único dato indiscutible quizá sea, como proyección del principio de la integridad territorial de los Estados, la confirmación de la trascendencia que reviste la

¹²⁷ Al respecto, véase *infra*, apartado V.1.

actitud del Estado de origen afectado por procesos de secesión. En este sentido, la rapidez con que, en aplicación del acuerdo de paz de 2005 y tras el abrumador apoyo a la independencia en el referéndum de autodeterminación de 2011, se materializó la incorporación de Sudán del Sur a Naciones Unidas, confirmaría que en los supuestos de secesión pactada, la efectividad parece ser objeto de una muy laxa apreciación¹²⁸.

Por el contrario, fuera del contexto de la descolonización, en los casos de secesión unilateral, la fortaleza normativa del principio de integridad territorial encontraría hasta tres manifestaciones en la práctica: el muy limitado reconocimiento de las denominadas entidades autoproclamadas (RTCHN, Abjasia, Osetia del Sur, Transnistria, Donetsk, Lugansk o Arsatj), caracterizadas además por una efectividad dependiente e impuesta desde el exterior; el nulo reconocimiento de quien carece de toda efectividad (Cataluña); y las dificultades para consolidar la estatalidad mediante un reconocimiento por ahora considerablemente amplio pero no general, para quien, con una efectividad internacionalmente facilitada pretende sustentar su legitimidad en una doctrina de la secesión-remedio cuestionada y cuya operatividad se concibe, incluso por los Estados *reconocientes*, como del todo excepcional (Kosovo).

Asimismo, el nulo reconocimiento del ISIS y las dificultades a que se enfrenta el reconocimiento del gobierno talibán quizá puedan interpretarse en el sentido de que, cuando el compromiso de respetar el Derecho internacional resulta cuestionado como consecuencia de un *rechazo radical, frontal y generalizado de los valores esenciales del ordenamiento internacional*, la comunidad internacional se resiste a otorgar el reconocimiento incluso en situaciones respaldadas por una más o menos incuestionable efectividad.

Fuera de esos casos, por último, en ámbitos vinculados con el reconocimiento de gobiernos, los casos de Siria, Libia, Venezuela y, al menos por ahora y en sentido opuesto, Myanmar, revelarían que la legitimidad democrática dista mucho de ser aval que garantice un reconocimiento generalizado mientras no se consigue la efectividad. Lo contrario solo habría ocurrido en las últimas tres décadas, muy excepcionalmente, en casos de elecciones supervisadas en el marco de procesos de paz (Haití, Costa de Marfil y Sierra Leona) internacionalmente consensuados y tutelados¹²⁹. En ese sentido, en el contexto de creciente confrontación entre unas grandes potencias ávidas por proyectar en los hechos sus contrapuestos intereses geopolíticos, lo que ya de por sí ha sido una tendencia con marcados tintes excepcionales parece condenado a convertirse en una hipótesis de imposible realización.

¹²⁸ Un aspecto éste que se vendría a sumar a los precedentes que, en el contexto del proceso de descolonización, y en nombre del principio de autodeterminación, confirmaron la estatalidad de entidades con muy limitada efectividad. DUGARD, J., *Recognition and the United Nations*, Cambridge, 1987, pp. 78-79.

¹²⁹ ROTH, B.R., "Secessions, coups and the International Rule of Law: Assessing the Decline of the Effective Control Doctrine", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 11 (2010), pp. 36 y ss..

V. LOS IMPRECISOS LÍMITES DE UNA INSTITUCIÓN DISCRECIONAL

1. Discrecionalidad del reconocimiento y respeto de la legalidad internacional

El tercer tipo de problemas que se plantea en torno a la institución del reconocimiento se refiere a sus límites. En relación con este tipo de cuestiones, quizá el mejor modo de comenzar sea intentando terminar el debate sobre la problemática de los efectos del reconocimiento. En este sentido, el principal mérito que cabe asignar a las posiciones que le asocian un carácter meramente declarativo radica en la premisa sobre la que se asienta, que no es otra que la afirmación de la prevalencia de la legalidad sobre la voluntad. Afirmar que la existencia política de un Estado es independiente de su reconocimiento por otros Estados; que no es a terceros Estados a quien corresponde decidir quiénes los representan, ejercen sus derechos y pueden comprometerlos; o que tampoco son ellos quienes disponen libremente sobre la adquisición o pérdida de porciones de su territorio, no es algo distinto a afirmar que la estatalidad, la representación gubernamental y la territorialidad son cuestiones regidas por normas que, por más que en muchos aspectos resulten de difícil concreción, obligan a todos los Estados.

Es ésa la premisa bajo la cual debe descifrarse el significado del que es amplísimamente considerado como uno de los rasgos más característicos del reconocimiento. So pena de vaciar de sustancia principios estructurales del Derecho internacional como la soberanía, la independencia política, la integridad territorial o la libre determinación, la discrecionalidad del reconocimiento ha de entenderse simplemente como la libertad de no formular declaraciones expresas de reconocimiento o de realizar los actos que necesariamente lo implican. Una libertad que, expresamente reconocida en el ámbito del Derecho diplomático¹³⁰ o implícita en la aceptación de la libertad del sentido del voto sobre la admisión de nuevos miembros o sobre problemas de credenciales cuando se reconoce el derecho a su ejercicio, resulta ampliamente avalada en la práctica, como demostraría la amplia adhesión a las denominadas posiciones abolicionistas en el ámbito del reconocimiento de gobiernos, los reducidos casos de reconocimiento de Estados a través de declaraciones expresas¹³¹ o -de no ser por los casos relativos al Sahara occidental y a los Altos del Golán- la práctica ausencia de declaraciones de reconocimiento de la soberanía sobre territorios.

La idea de fondo resultó certeramente formulada, en lo que al reconocimiento de Estados respecta, por el comité sobre reconocimiento de la ILA:

¹³⁰ “El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo”. Art. 2 CVRD’61.

¹³¹ Cabe señalar, no obstante, que en lo que a la práctica española de las últimas tres décadas respecta, la reticencia a formular declaraciones expresas de reconocimiento solo es claramente constatable respecto de los Estados surgidos del proceso descolonizador, donde la Declaración conjunta de 7 de abril de 1956 respecto de Marruecos vendría a ser la excepción que confirma la regla. Por el contrario, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, por influencia de la concertación impulsada desde el ámbito comunitario, el reconocimiento por nuestro país de la mayor parte de las entidades surgidas de los desmembramientos soviético y yugoslavo se formalizó a través de pronunciamientos formales. Véase, en este sentido, J. QUEL LÓPEZ, “La práctica reciente...”, cit., pp. 73 y ss.

“Bien que le statut objectif d’une entité émergente puisse avoir des conséquences juridiques pour d’autres États, il n’existe pas d’obligation d’émettre une reconnaissance formelle de la qualité étatique de l’entité”¹³²

Lo irrefutable que representa una afirmación que supone colocar la obligación por delante de la opción se enfrenta sin embargo a serios problemas de operatividad derivados de los ya señalados problemas de fondo y de forma que se suscitan para precisar cuándo se debe considerar alcanzado ese estatuto objetivo de una entidad estatal o gubernamental. Unas dificultades tras las que parece encontrarse la timidez con la que, en recurrida formulación, I. Brownlie vino a expresar la posición respectiva de legalidad y voluntad en el ámbito de la estatalidad al señalar que:

“Recognition, as a public act of state, is an optional and political act and there is no legal duty in this regard. However, in a deeper sense, if any entity bears the marks of statehood, other states put themselves at risk legally if they ignore the basic obligations of state relations”¹³³

2. El incierto alcance de la prohibición del reconocimiento prematuro

El mismo tipo de problemas que se acaban de apuntar aparecen en torno al denominado reconocimiento prematuro. Puede decirse que en el plano doctrinal es ampliamente mayoritaria la posición según la cual el reconocimiento como Estado o como gobierno de una entidad que no reúne los requisitos legales para ser considerada como lo uno o lo otro constituiría un reconocimiento prematuro que debería interpretarse como una violación del principio de no intervención¹³⁴ -vinculada con el de integridad territorial en el primer caso, y con el de independencia política en el segundo- en los asuntos del Estado concernido.

Dramáticos casos de la práctica reciente, donde el reconocimiento como Estados de entidades con limitada y dependiente efectividad ha sido el preludio de invasiones (Abjasia y Osetia del Sur en agosto de 2008¹³⁵, Crimea en marzo de 2014¹³⁶ o Donetsk y Lugansk en febrero de 2022¹³⁷), seguidas en un caso de anexiones territoriales (Crimea) y caracterizadas en los otros dos por un empleo masivo del uso de la fuerza por parte del reconociente en pretendido y cuestionable ejercicio, entre otras cosas, del derecho de

¹³² ILA, Comité Resolución final 2018, para. 3.

¹³³ BROWNIE, I., *Principles of Public International Law*, 6ª ed, Oxford, 2003, p. 90.

¹³⁴ Véanse, entre otros muchos autores, LAUTERPACHT, H., *Recognition...*, cit., p. 46; VERHOEVEN, J., *La Reconnaissance...*, cit., p. 106; WARBRICK, C., «The New British Policy on Recognition of Governments», *ICLQ*, vol. 30 (1981), pp. 568-569; o FROWEIN, J.A., en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2000, p. 33.

¹³⁵ RYNGAERT, CH. y SOBRIE, s., “Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia”, *Leiden Journal of International Law*, vol. (2010), pp. 481 y ss.

¹³⁶ VAN DEN DRIEST, S.F., “Crimea’s Separation from Ukraine: An Analysis of the Right of Self-Determination and (Remedial) Secession in International Law”, *Netherlands International Law Review*, vol. 62 (2015), pp. 329 y ss.

¹³⁷ KILIBARDA, P., “Was Russia’s Recognition...”, cit.

legítima defensa colectiva, ponen claramente de manifiesto los riesgos de lo que supondría dejar en manos de la apreciación individual de los Estados la eficacia de las normas internacionales. Precisamente por serlo, las normas y obligaciones internacionales no pueden condicionar su aplicación a la libre apreciación del sujeto obligado. Algo que, si ya es cierto cuando lo que pueden estar en juego son normas dispositivas, indisponibles sin el consentimiento del Estado afectado, lo es aún más cuando, por atender intereses esenciales comunes, trascienden la esfera individual de los Estados para preservar los de la comunidad internacional en su conjunto.

Varios problemas, sin embargo, dificultan considerablemente la labor de dibujar con trazos precisos los contornos de la prohibición de reconocimiento prematuro. Para empezar, tratándose de un acto con una doble naturaleza política y jurídica, el doble rasero es actitud cotidiana en la práctica estatal en materia de reconocimiento. Sin olvidar que unos y otros casos pueden distinguirse por la posible materialización de flagrantes violaciones de normas imperativas susceptibles de calificarse como de naturaleza criminal, no deja de ser llamativa la existencia de una amplia coincidencia entre, por una parte, aquellos Estados que reconocieron como representantes de pueblos constituidos en Estados a grupos o personas que carecían de autoridad efectiva e independiente en Kosovo, Libia, Siria y Venezuela; y, por otra, los que de manera sin duda más coherente con la legalidad internacional, se han apresurado a tildar de ilegal, entre otras cosas, por prematuro, el reconocimiento por parte de Rusia de las repúblicas del Dombás¹³⁸.

Por otra parte, siendo los Estados entes que conviven en un grupo social profundamente interdependiente de cuya conformación se derivan consecuencias para todos, es no solo comprensible, sino dentro de ciertos límites también defendible que, en su actuación, aspiren a modelar su entorno social. Desde esta perspectiva, el apoyo político expresado en forma de reconocimiento de la legitimidad de una determinada pretensión seguramente no debiera ser entendido como una injerencia en los asuntos internos de otro Estado si en sí mismo no compromete ni se ve seguido de comportamientos que afectan a los derechos de dicho Estado. Algo que seguramente resulte especialmente cierto cuando dicha actitud se justifique en una sincera y altruista actitud de defensa de fines y valores amparados por el Derecho Internacional, como lo son sin duda los vinculados con la democracia y el derecho a la autodeterminación de los pueblos. Con la vista puesta en esos casos, cabría suscribir la posición expresada por ROTH, para quien el reconocimiento prematuro por parte de un Estado quizá solo pueda calificarse como indudablemente ilegal “where it acts upon such recognition to disregard the existing state’s sovereign prerogatives”¹³⁹.

Un tercer tipo de problemas derivan, otra vez, de la imprecisión que dificulta la identificación del marco normativo aplicable a las pretensiones objeto del reconocimiento. Es algo que afecta, por una parte, a la concreta identificación de los criterios de efectividad. En este sentido, acostumbran a ilustrarse tales dificultades con la opinión de BRIERLY quien, aun admitiendo como misión imposible la de fijar en un momento preciso la fecha crítica que distinguiría, en una guerra de secesión, el

¹³⁸ KILIBARDA, P., “Was Russia’s Recognition...”, cit.

¹³⁹ ILA, Second Report, Washington Conference (2018), cit., p. 26.

reconocimiento prematuro del reconocimiento lícito, ofrecía al menos un elemento orientativo que, centrado en la pervivencia de la capacidad estatal de combate con posibilidades de imponerse, permitiría aproximarse a la identificación de una suerte de periodo de licitud¹⁴⁰.

Sin embargo, y por otra parte, los principales problemas se suscitan porque en el Derecho internacional contemporáneo es prácticamente imposible situar, ni siquiera dentro de ciertos márgenes, el punto normativo de equilibrio entre los criterios de efectividad y los legitimidad. Más allá de las conjeturas antes apuntadas sobre los casos en los que la práctica parece avalar un mayor o menor relajamiento en el rigor con el que se aplican los primeros en favor de los segundos (reconocimiento de la independencia de pueblos coloniales o de gobiernos no efectivos elegidos a través de procesos democráticos internacionalmente promovidos o tutelados), resulta realmente difícil descifrar si, y en qué casos, extremos en cualquier caso, la cláusula de salvaguardia del principio de autodeterminación justifica la secesión como remedio, o si el mayor o menor respaldo popular legitima por sí solo y de manera descentralizada la negación al gobierno efectivo del ejercicio de los derechos y poderes que corresponden a la representación de un Estado.

Ha de añadirse, por último, que las reticencias de los tribunales internacionales no ayudan precisamente a aclarar las dudas. En la doctrina no se cita ni un solo caso de la práctica internacional en el que un órgano judicial o cuasi-judicial se haya acercado, siquiera por aproximación, a considerar la legalidad del reconocimiento de un Estado o de un gobierno por falta de concurrencia de los criterios que regulan lo uno y lo otro¹⁴¹. Recuérdese que en el caso en el que probablemente más cerca ha estado del problema, la CIJ rechazó expresamente que hubiera de pronunciarse sobre “the validity or legal effects of the recognition of Kosovo by those States which have recognized it as an independent State (...) or the status of the acts of recognition”¹⁴². Limitada la operatividad del principio de integridad territorial a las relaciones entre Estados¹⁴³, sin embargo, ninguna orientación es posible obtener del dictamen de la Corte sobre la forma en que dicho principio opera respecto de una institución típicamente interestatal como es el reconocimiento¹⁴⁴.

¹⁴⁰ “(S)o long as a real struggle is proceeding, recognition is premature, whilst, on the other hand, mere persistence by the old state in a struggle which has obviously become hopeless is not a sufficient cause for withholding it”, BRIERLY, J., *The Law of Nations*, Oxford, 1963, p. 138.

¹⁴¹ Pese a no tratarse de un órgano que pueda calificarse de judicial o cuasi-judicial, probablemente quien más se haya acercado haya sido la misión constituida por el Consejo Europeo para la investigación de los hechos ocurridos durante el conflicto entre Rusia y Georgia de 2008. En su informe, recurriendo a consideraciones basadas en la falta de generalizada aceptación de la doctrina de la secesión-remedio, la constatación de que no se habían apreciado indicios sobre la posible comisión de un genocidio por las autoridades georgianas y en el principio del *uti possidetis iuris*, el mencionado órgano consideró que los reconocimientos de Abjasia y Osetia del Sur resultaban contrarios a los principios de no injerencia y de integridad territorial. *Independence International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia Report*, Vol. I, September 2009, p. 17. También lo ha hecho, aunque sin explicitar las razones concretas por las que considera que supone una violación de la integridad territorial y de la soberanía de Ucrania, la Asamblea General de Naciones Unidas en relación con los reconocimientos de las dos entidades del Dombás, en su Resolución relativa a la Agresión contra Ucrania. Res. A_ES_11_L.1, de 1.III.2022, apdo. 5.

¹⁴² *Advisory Opinion, Kosovo (2010)*, para. 51.

¹⁴³ *Idem*, para. 80.

¹⁴⁴ Véase, también aquí, en un sentido crítico, la opinión separada del juez Sepúlveda-Amor, para. 35.

Aún con las numerosas dudas que de todo ello derivan, quizá pueda avanzarse alguna opinión sobre algunos casos de la práctica reciente en los que cabe plantear la posible existencia de un reconocimiento prematuro. En particular, en los casos de Siria, Libia o Venezuela y en relación sólo con algunos de los reconocientes, parece posible apreciar una concatenación de elementos que apreciados concurrentemente apuntarían a la ilicitud, por prematuro, del reconocimiento, a saber: carácter individual -por mucho que en algunos casos fuera *grupalmente* promovido- y no colectivo del reconocimiento; formulación mediante comportamientos que no se limitaron a declaraciones formales, sino que se proyectaron en actos que, como la congelación de bienes soberanos, afectan al ejercicio de las prerrogativas propias de gobierno; expresión en un momento en el que el resultado de la contienda seguía siendo incierto; y ausencia o debilidad de la implicación de la comunidad internacional en la verificación de los factores de legitimidad esgrimidos para justificar el reconocimiento.

Por el contrario, en el caso de los autoproclamados regímenes de facto en Georgia y Ucrania (Abjasia, Osetia del Sur, Crimea, Lugansk y Donetsk), sin duda el carácter dependiente de su efectividad permitiría tildar el reconocimiento ruso de prematuro. Sin embargo, la evidencia que apunta a que dicha efectividad se sustenta en la más brutal de las coerciones hace que el recurso al citado expediente resulte ser un reproche demasiado liviano para calificar un comportamiento en el que el reconocimiento no es más que una burda maniobra para intentar justificar -mediante una unilateral mutación de una ilícita intervención por invitación en una aparentemente legítima defensa colectiva- lo que más propiamente cabe calificar como actos de agresión.

Finalmente, en el caso palestino, la cuestión no es tanto si, desde el punto de vista de la efectividad, estamos o no ante un Estado *in fieri* cuyo reconocimiento sería prematuro. Más bien, el problema es si los criterios de efectividad ceden en favor de los criterios de legitimidad en los casos en que la falta de efectividad es el resultado de la acción manifiestamente ilegal de quien, como potencia ocupante, impide la realización de un incontestable derecho a la independencia de un pueblo sometido a dominación colonial, racial o extranjera. Seguramente a esa idea apuntaría el amplio reconocimiento del Estado palestino.

3. La problemática virtualidad del *ius cogens* como límite del reconocimiento

Con antecedentes que se remontan a la doctrina formulada por el entonces Secretario de Estado de Estados Unidos en respuesta a la invasión japonesa de Manchuria y la posterior proclamación del Gran Estado Manchú (1932), la obligación de no reconocimiento de situaciones creadas como consecuencia de violaciones graves del *ius cogens*, formulada por la CDI en 2001¹⁴⁵, aparece respaldada por muy relevantes instrumentos internacionales (entre otros, las declaraciones sobre los principios de la Resolución 2625, sobre la definición de la agresión de la Resolución 3314, y sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de la Resolución 36/103) cuya falta de eficacia

¹⁴⁵ Art. 41.2 PARIEHI. La misma obligación ha sido reiterada en el apartado 19.2 del Proyecto de conclusiones sobre Normas Imperativas de Derecho internacional (Jus Cogens), aprobado en primera lectura por la CDI en 2019. Asamblea General. Doc. A/CN.4/L.936

obligatoria *per se* no impide que se les reconozca amplia autoridad. Ha sido objeto de aplicación, además, en más de media docena de casos (Rhodesia, Namibia, Bantustanes sudafricanos, República Turca de Chipre del Norte, territorios palestinos ocupados, Kuwait, ...) a través de una significativa práctica de los órganos prioritariamente competentes dentro de Naciones Unidas en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales¹⁴⁶. Y aun así, se trata de una obligación que suscita muchas dudas en aspectos que en modo alguno cabe calificar de menores y que, en la práctica, minimizan considerablemente su pretendida eficacia.

En este sentido, aunque no parece cuestionarse su existencia¹⁴⁷, se discute incluso *la condición que cabe atribuir a la citada obligación en Derecho Internacional*. En particular, en un sector de la doctrina ha calado la idea según la cual su vigencia estaría condicionada a su afirmación por parte de los órganos competentes de Naciones Unidas¹⁴⁸. El principal elemento utilizado en su apoyo es la implícita aceptación que la CIJ habría hecho, en el asunto relativo a *Timor Oriental*, del argumento esgrimido por Australia según el cual, incluso aunque en un caso particular no pueda negarse que hay una violación grave del principio de libre determinación, no hay una obligación automática de no reconocimiento a cargo de terceros Estados en virtud del Derecho Internacional. Sólo así tendría sentido, según estos autores, el que la Corte se hubiera esmerado por apreciar, descartándolo en ausencia de un lenguaje claro en ese sentido, que de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en ese asunto pudiera deducirse la obligación de todos los Estados de tratar cualquier cuestión relativa al territorio de Timor exclusivamente con Portugal¹⁴⁹.

Independientemente de que el citado pronunciamiento parece inscribirse en un problema distinto¹⁵⁰, no es ésta la posición que acabó asumiendo la CDI en 2001¹⁵¹ y que ha reiterado

¹⁴⁶ Para una visión de conjunto con interesantes referencias a la práctica española, QUEL LÓPEZ, J., "La práctica...", cit., pp. 51 y ss.

¹⁴⁷ Recuérdese, no obstante, que en sus inicios llegó a hablarse en un trabajo de referencia de obligación « fantásica » para referirse al no reconocimiento. VERHOEVEN, J., *La reconnaissance...*, cit., p. 841.

¹⁴⁸ Pese a que no fue esa la posición mayoritaria, el hecho de que cuatro de sus miembros rechazaran que de la práctica internacional pudiera derivarse una obligación automática de no reconocimiento llevó a que en sus conclusiones finales, el Comité sobre reconocimiento de la ILA se limitara a afirmar que, en ausencia de resolución del Consejo de Seguridad, "il y a une pratique répandue -comprise ou non comme obligatoire- de non reconnaissance des entités réputés avoir été illégalement créées". ILA, Résolution 3/2018, cit., para. 4. Para una más amplia exposición de esta posición por dos de esos expertos, véase PERT, A., *The "Duty" of Non-Recognition in Contemporary International Law: Issues and Uncertainties*, *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, Volume 30 (2012), pp. 60-63 ; o MILANO, E., "The non-recognition...", cit., pp. 49-51. Entre nosotros, una posición similar, basada en considerar que la práctica internacional tan solo permitiría detectar una norma *in fieri*, en C. JIMÉNEZ PIERNAS, *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Madrid, 2011, p. 188.

¹⁴⁹ *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995*, p. 90, paras. 31-33.

¹⁵⁰ En particular, en *Timor Oriental* la CIJ no habría respondido con ello a las condiciones de eficacia de la obligación de no reconocimiento, sino a si una eventual exclusividad de representación en favor de Portugal permitiría eludir las implicaciones derivadas de la doctrina del tercero indispensable.

¹⁵¹ En particular, al señalar que "(l)a existencia de una obligación de no reconocimiento en respuesta a violaciones graves de obligaciones dimanantes de normas imperativas ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la CIJ". PAREHII, comentario al artículo 41, para. 6. *Anuario CDI 2001*, volumen II, segunda parte, Doc. A/56/10, p. 122.

de manera más explícita aún en 2019¹⁵². No encuentra tampoco sustento en otros pronunciamientos de la CIJ, en particular, en los asuntos relativos al Sudoeste Africano¹⁵³ y, muy especialmente, al muro en el territorio palestino ocupado, donde la afirmación de la obligación de no reconocimiento se sustentó, exclusivamente, en “the character and the importance of the rights and obligations involved”¹⁵⁴. A ello se añade que la mayor parte de los relativamente numerosos precedentes de aplicación del no reconocimiento en la práctica de Naciones Unidas se refieren a pronunciamientos institucionales carentes de obligatoriedad *per se* por tratarse de resoluciones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad adoptadas al margen del Capítulo VII de la Carta o, incluso, de su presidente. Y que otra solución podría equivaler a reconocer una suerte de inmunidad en favor de sus miembros permanentes¹⁵⁵. Es comprensible, por todo ello, que la mayoría de la doctrina haya podido deducir de la mencionada práctica una *opinio juris generalis* en favor de su obligatoriedad automática¹⁵⁶.

Aún así, la aproximación a la cuestión del reconocimiento en el asunto relativo al archipiélago de Chagos no deja de alimentar las dudas¹⁵⁷. Independientemente de cuál

¹⁵² “Ya en 2001, la Comisión había reconocido que los deberes de no reconocer y no prestar asistencia formaban parte del derecho internacional consuetudinario”. Proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado en primera lectura por la CDI en 2019, Comentario a la Conclusión nº 19, apartado 7. Informe de la CDI, 71 periodo de sesiones, Doc. A/74/10, p. 204.

¹⁵³ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16. El pronunciamiento de la Corte en el asunto de Namibia no está pese a todo exento de cierta ambigüedad. De una parte, hay que recordar su insistencia en que la ilegalidad de la presencia sudafricana derivaba de diversas resoluciones que, no por no haber sido adoptadas conforme al capítulo VII, dejaban por ello de ser obligatorias en virtud del artículo 25 de la Carta (paras. 113-116). De otra parte, sin embargo, pese a reconocer que la determinación concreta de las consecuencias de esa declaración correspondía a los órganos competentes de Naciones Unidas, asumió que debía ofrecer a tales órganos una orientación sobre las actuaciones que “under the Charter of the United Nations and general international law, should be considered as inconsistent with the declaration of illegality and invalidity made in paragraph 2 of resolution 276 (1970), because they may imply a recognition that South Africa's presence in Namibia is legal” (para. 121, cursivas añadidas).

¹⁵⁴ *Advisory Opinion, Wall in the Occupied Palestinian Territory (2004)*, cit., para. 159.

¹⁵⁵ En este sentido, más que en la falta de conciencia de su obligatoriedad, la ausencia de manifestaciones más expresas frente a recientes casos palmarios de violaciones del *ius cogens* y/o de la obligación de no reconocimiento (Abjasia, Osetia del Sur o Crimea) obedecería, más bien, a una vieja tendencia presente en la sociedad internacional caracterizada por la condescendencia de la mayor parte de los Estados con los poderosos y el temor frente a las posibles consecuencias derivadas de actitudes firmes en defensa de la legalidad internacional.

¹⁵⁶ En este sentido, CHRISTAKIS, T., “L’obligation de non reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d’autres actes enfreignant des règles fondamentales”, in C Tomuschat, JM Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2005, pp. 127-166; DAWIDOWICZ, M., “The Obligation...”, cit., p. 683; BROWNLIE, I., *Principles...*, cit., p. 491; GONZÁLEZ VEGA, J.A., “El reconocimiento por EE.UU....”, cit., pp. 23 y ss.; TALMON, S., “The Duty...”, cit., p. 113; o LAGERWAAL, A., “The non-recognition...”, cit., p. 38.

¹⁵⁷ Constatada la vulneración del derecho de autodeterminación y afirmado el carácter *erga omnes* de la obligación de respetarlo, la Corte se resistió a concluir, como se le había solicitado, que todos los Estados tenían “an obligation not to recognize the situation resulting from the United Kingdom’s continued administration of the Chagos Archipelago and not to render assistance in maintaining it” (para. 176 in fine),

sea la respuesta a la cuestión de la naturaleza de la obligación de no reconocimiento, lo que no es posible cuestionar es que, medio siglo después de *Namibia* -su más completo y progresivo pronunciamiento en la materia- la posible contribución de la CIJ a la clarificación de las dudas que plantea se ve doblemente cercenada en un paradigmático ejercicio de *judicial restraint*. Por una parte, la afirmación de la plena vigencia de la doctrina del tercero indispensable incluso ante vulneraciones de normas imperativas¹⁵⁸, sitúa al principal órgano judicial de Naciones Unidas en una situación de fuera de juego prácticamente permanente en la labor de concreción del alcance de las obligaciones que derivan para terceros de los ilícitos cometidos por quien, precisamente por ser sospechoso de incurrir en violaciones graves de tales normas, generalmente se cuidará de aceptar su jurisdicción para enjuiciarlo. Por otra, la deferencia en favor de los órganos políticos de Naciones Unidas supone privilegiar un enfoque basado más en criterios de oportunidad que en el respeto de la legalidad que no favorece, precisamente, la respuesta a las cuestiones pendientes.

En ese marco, no es extraño que se haya señalado, con razón, que existe más autoridad respecto de la obligación en sí que en su contenido¹⁵⁹. Junto a su naturaleza, las incertidumbres inciden tanto sobre el supuesto de hecho como respecto de las consecuencias jurídicas de la norma de la que deriva la obligación de no reconocimiento. Respecto del supuesto de hecho, afectan tanto a la identificación de las normas u obligaciones cuya vulneración puede dar lugar situaciones cuyo reconocimiento se prohíbe, como en lo que respecta a cuáles puedan ser estas situaciones. En cuanto a las obligaciones, la solución propuesta por la CDI en el PAREHII, consistente en hacer coincidir la obligación de no reconocimiento con las violaciones graves del Derecho imperativo no solo se enfrenta al problema de la identificación de los confines precisos del *ius cogens*¹⁶⁰, sino que ha sido objeto de un doble cuestionamiento.

Para unos, por defecto, el fundamento de la obligación no se situaría en el *jus cogens* sino más ampliamente en el principio *ex injuria non oritur jus* lo que, llevado al extremo, abriría la puerta a su configuración como una sanción mínima de carácter colectivo frente a cualquier ilícito internacional¹⁶¹. Sin llegar a ese punto, hay quien considera que la ilicitud del denominado reconocimiento prematuro no sería sino una proyección de la obligación de no reconocimiento, con eficacia general para todos los Estados, respecto de

limitándose a señalar que la determinación de las modalidades a seguir para conseguir concretar la completa descolonización de Mauricio corresponde a la Asamblea General de las Naciones Unidas y que todos los Estados miembros están obligados a cooperar para dar efecto a tales modalidades (paras. 179-180). *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, p. 95.

¹⁵⁸ *East Timor Judgment* (1995), cit., para. 29.

¹⁵⁹ TALMON, S., "The Duty....", cit., p. 125.

¹⁶⁰ Cuestión ésta que, como es sabido, viene ocupando a la propia CDI desde 2015 en el marco de sus trabajos aún en curso sobre las normas imperativas.

¹⁶¹ En esa línea se inscribe la discrepancia manifestada por la jueza R. HIGGINS en el asunto del muro, cuestionando que la obligación de no reconocimiento derive del carácter *erga omnes* de las obligaciones vulneradas y considerando como obvio que ello deriva del hecho de tratarse de una situación ilegal, determinada eso sí como tal por el Consejo de Seguridad o por cualquier otro órgano competente de Naciones Unidas, incluida la propia Corte. *Separate Opinion of Judge Higgins*, para. 39.

principios estructurales del Derecho internacional contemporáneo a los que, sin embargo, no se reconoce la condición de Derecho imperativo. Sin embargo, la práctica relativa al reconocimiento ruso de las entidades autoproclamadas en Georgia y en Ucrania no se había caracterizado precisamente por un amplio y activo respaldo a la obligación de no reconocimiento.

En efecto, la división en el órgano plenario impidió que en el seno de Naciones Unidas se adoptara resolución alguna respecto de la proclamación de independencia y posterior reconocimiento por Rusia y otros Estados afines de las regiones georgianas de Abjasia y Osetia del Sur, lo que motivó que la reacción institucional se desplazara a otros foros (Consejo de Europa, UE, OSCE o G7) carentes de la representatividad de la organización mundial. Aunque la Asamblea General pudo adoptar una resolución de defensa de la integridad territorial de Ucrania, afirmando la obligación de no reconocimiento de la alteración del estatus de Crimea y de su posterior anexión por la Federación Rusa¹⁶², su aprobación solo fue posible con una escueta mayoría de un centenar de Estados miembros. Y no deja de resultar llamativo que, ante el desbordamiento de la situación tras la invasión de Ucrania, la Asamblea General no acompañara su petición de revocación de los reconocimientos formulados tres días antes por parte de la Federación de Rusia de la independencia de las regiones de Donetsk y Lugansk¹⁶³ con la afirmación de la prohibición de su reconocimiento por parte de otros Estados.

Por su parte, el cuestionamiento por exceso de la solución del PAREHII se sustentaría en la constatación en virtud de la cual la práctica solo avalaría un amplio apoyo a la obligación de no reconocimiento respecto de situaciones derivadas de violaciones de un *grupo reducido de normas imperativas* relacionadas con la prohibición del uso de la fuerza, el derecho de autodeterminación de los pueblos y la prohibición de la discriminación racial, que además aparecían formuladas expresa o implícitamente en forma de pretensiones jurídicas vinculadas con la creación de nuevos Estados (Rhodesia, Bantustanes sudafricanos o RTCHN), la anexión de territorios (Kuwait) o la perpetuación de situaciones de dominación colonial o extranjera (Namibia, Palestina). En este sentido, obviando la posición mayoritaria que había visto en la construcción del muro una intencionalidad de anexión por la vía de los hechos consumados¹⁶⁴, el juez KOOIJMANS consideró que ante hechos ilícitos que no adoptan la forma de reclamaciones legales, el deber de no reconocimiento constituiría una “obligation without real substance” que nada añadiría a la constatación de esa ilicitud¹⁶⁵. Una apreciación que, a la luz de la mencionada práctica, podría llevar a cuestionar que la citada obligación resulte operativa respecto de violaciones de otras normas imperativas que, como las que prohíben el genocidio, la esclavitud o la tortura, se presentan como acciones o situaciones meramente fácticas más que como pretensiones.

Independientemente de que en ocasiones es posible traducir en pretensiones jurídicas, es decir, en derechos o privilegios, las violaciones de tales normas (en forma no solo de

¹⁶² Resolución de la Asamblea General 68/262, *Integridad territorial de Ucrania*, para. 6.

¹⁶³ Res. A_ES_11_L.1, de 1.III.2022, *Agression against Ukraine*, para. 5.

¹⁶⁴ *Advisory Opinion, Wall in the Occupied Palestinian Territory (2004)*, cit., para. 121.

¹⁶⁵ Separate Opinion of Judge Kooijmans, para. 44.

anexiones territoriales sino también, por ejemplo, de acceso al gobierno o de garantía de la impunidad), el problema quizá no sea tanto la identificación de las situaciones cuyo reconocimiento está prohibido, como la concreción de las consecuencias jurídicas que derivan del deber de no reconocimiento. No hace falta insistir en las dudas que ya se comentaron al hablar de los problemas de calificación que suscita la *identificación de cuáles son los comportamientos que deben considerarse prohibidos*¹⁶⁶. Baste recordar la conveniencia de apostar por una fórmula amplia que penalice en la mayor medida de lo posible al infractor. Y en ese sentido, frente a la insistencia de la CDI en que las obligaciones contempladas en el artículo 41.2 PAREHII, aunque relacionadas, son distintas¹⁶⁷, y puesto que no parece haber consecuencias jurídicas asociadas a la distinción, ver en la prohibición de reconocimiento una forma específica de la obligación de no prestar ayuda o asistencia quizá permitiera extender considerablemente las consecuencias de la citada proscripción para proyectarlas incluso a los actos de apoyo político o incluso moral (negación del holocausto, por ejemplo).

Ésta es la perspectiva seguida en la Declaración promovida por un grupo de iusinternacionalistas españoles a propósito de la carta dirigida el 13 de marzo de 2022 por el presidente del gobierno español al rey de Marruecos, en la que se afirma que la propuesta marroquí de autonomía constituye la “base más seria, creíble y realista para la resolución” del conflicto del Sahara Occidental. De acuerdo con dicha declaración, el respaldo oficial por nuestro país a dicha propuesta representa una grave violación del Derecho internacional por implicar una denegación expresa del derecho a la libre determinación del pueblo saharauí, así como un reconocimiento implícito de la soberanía marroquí sobre la parte del Sahara Occidental que dicho país ocupa ilegalmente¹⁶⁸.

Por último, y en relación con los efectos de la prohibición, al hilo de los polémicos reconocimientos por parte de la administración Trump de pretensiones claramente contrarias a la prohibición del uso de la fuerza (Altos del Golán) o al derecho de autodeterminación de los pueblos (capitalidad israelí en Jerusalén o soberanía marroquí sobre el Sahara Occidental), se ha cuestionado no sólo si el reconocimiento podría ser revocado, sino también si, en el caso de perpetuarse y generalizarse, podría acabar subsanando el origen ilícito de la situación reconocida y provocando una suerte de convalidación de la pretensión subyacente y de los derechos a ella inherentes. Esta última es la posición de quienes asocian al deber de no reconocimiento, precisamente, la condición de instrumento para impedir la cristalización jurídica de las situaciones ilícitas por vía prescriptiva o de consolidación histórica¹⁶⁹. Frente a ello, resulta más razonable asociar a la vulneración del *jus cogens* la sanción que más se adecúa a su naturaleza, que no es otra que la nulidad de los actos que lo contradigan y el rechazo a que sobre esa

¹⁶⁶ Véase *supra*, apartado 4.c.

¹⁶⁷ PAREHII, comentario al artículo 41, para. 12.

¹⁶⁸ Declaración sobre el Sahara Occidental y el Derecho Internacional, 23.III.2022, para. 9. Disponible en <https://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/declaracion-sahara>. La carta del presidente del gobierno puede consultarse en *El País* de 23.III.2022.

¹⁶⁹ Véase, en ese sentido, la opinión disidente del juez SKUBISZEWSKI en el asunto relativo a Timor Oriental, para. 131; DAWIDOWICZ, M., “The Obligation...”, cit., pp. 677-678; o DINSTEIN, Y., *War, aggression and self-defence*, 3ª ed, Cambridge, 2001, p. 154.

ilicitud se puedan sostener efectos jurídicos válidos¹⁷⁰. Desde esa perspectiva, ya no es solo que el reconocimiento no puede generar efectos jurídicos¹⁷¹ y es incapaz de convalidar lo que no se pudo crear. Es que la revocación del reconocimiento constituiría una exigencia de obligatorio cumplimiento para poner fin a la ilicitud que en sí mismo representa y que, sin perjuicio de los poderes de los órganos de Naciones Unidas, se mantiene vigente hasta el restablecimiento de la legalidad¹⁷².

Las dificultades que plantea trasladar la lógica jurídica del *ius cogens* a una realidad internacional fuertemente dominada por la efectividad que deriva de las relaciones de poder hacen, sin embargo, que su proyección práctica al ámbito del reconocimiento haya sido calificada como el reto principal y permanente de la doctrina de dicha institución¹⁷³. O que las numerosas dudas sobre su utilidad y el escepticismo que despierta¹⁷⁴, especialmente en los casos en que las grandes potencias manifiestan un fuerte interés en la perpetuación de las situaciones ilícitas, resulten hasta cierto punto comprensibles. La descentralización del Derecho internacional hace de los Estados no solo los creadores de sus normas, sino también los garantes de su aplicación y de los valores sobre las que se asientan. Por ello, no hay mayor enemigo para la credibilidad del Derecho internacional que la falta de compromiso, especialmente cuando tiene carácter interesadamente selectivo, de quienes están llamados a preservarlo. Sin él, todo queda al albur de la nuda efectividad del poder.

VI. CONCLUSIONES

1. La práctica de estas dos últimas décadas pone de manifiesto la relevancia que los Estados siguen asociando a la institución del reconocimiento. La trascendencia de las consecuencias que se le asocian respecto de situaciones intrínsecamente conflictuales, cuando no directamente dramáticas y cruentas en los ámbitos de la estatalidad, la representación gubernamental y las anexiones territoriales, explican la complejidad de la institución. Como consecuencia de ello, el reconocimiento se ve afectado por numerosas dudas y ambigüedades que, como muestra la práctica reciente, plantean problemas de calificación, de eficacia y de límites.

¹⁷⁰ En este sentido, ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, pp. 360 y ss.; TALMON, S., “The Duty...”, cit., p. 113; o DUGARD, J., “The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo”, *Rec. des Cours*, vol. 357 (2011), p. 58.

¹⁷¹ De conformidad con el ya mencionado Proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado en primera lectura por la CDI en 2019, los actos unilaterales que desde el principio se opongan a normas imperativas no crean obligaciones, mientras que en caso de oposición sobrevenida las obligaciones dejarán de existir. Conclusión n° 15.

¹⁷² TALMON, S., “The Duty...”, cit., p. 25.

¹⁷³ MILANO, E., “The non Recognition...”, cit. p. 55.

¹⁷⁴ Véanse, al hilo de la debilidad que caracteriza la respuesta de los países occidentales frente a la ocupación ilegal de los territorios palestinos y del Sahara Occidental, respectivamente, LAGERWAAL, A., “The non-recognition...”, cit., pp. 33-34, y GONZÁLEZ VEGA, J.A., “El reconocimiento...”, cit., pp. 32-33.

2. Respecto de los problemas de calificación, conviene distinguir entre el reconocimiento individual, se formule aisladamente o de forma coordinada de acuerdo con directrices establecidas en el seno de organizaciones regionales, del reconocimiento colectivo, entendiéndose por tal el que refleja el consenso de una amplia mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional. En lo que concierne al reconocimiento individual, el principal problema consiste en distinguir el reconocimiento jurídico, esto es, el destinado a conferir un estatus jurídico, del reconocimiento político. En este ámbito, la práctica reciente pone de manifiesto la existencia de discrepancias de unos países a otros a la hora de calificar declaraciones expresas muy similares en ámbitos relacionados más o menos directamente con el denominado reconocimiento de gobiernos. Para afrontarlas, se sugiere seguir los criterios de interpretación que, basados en un enfoque restrictivo a la hora de considerar el surgimiento de obligaciones jurídicas, fueron propuestos por la CDI en sus principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas (2006).

3. Los desarrollos recientes más relevantes en el ámbito de los problemas de calificación afectan a la cuestión de *cuándo cabe entender formulado, en el ámbito de la estatalidad, el reconocimiento colectivo*. Junto a la confirmación del carácter decisivo que a esos efectos presenta la admisión como miembro en Naciones Unidas, algunos pronunciamientos de órganos judiciales y cuasi-judiciales internacionales -CPI, CEDAW o, en el ámbito de la representación de los pueblos coloniales, el TGUE- manifiestan una constatable tendencia, pendiente aún de confirmación, a extender ese mismo carácter a las resoluciones de la Asamblea General que, al margen de los procedimientos de admisión, reconocen la estatalidad de entidades con derecho de autodeterminación en el contexto de la descolonización o la condición de movimiento de liberación nacional.

4. Desde el punto de vista de sus efectos, tras el tradicional debate en torno a la dicotomía sobre el carácter constitutivo o declarativo del reconocimiento se sitúa la ineludible cuestión del papel respectivo que voluntad y legalidad desempeñan en la consolidación jurídica de las situaciones o pretensiones que constituyen su objeto. En un contexto doctrinal caracterizado por el inexorable avance del eclecticismo como respuesta dominante a esta problemática, dos factores parecen apuntar a una *clara preeminencia de la voluntad sobre la legalidad*. Por una parte, tanto en el plano de la eficacia del reconocimiento individual en el Derecho interno como del reconocimiento colectivo en el Derecho internacional, es una tendencia muy marcada la renuencia de los órganos judiciales o cuasi-judiciales a revisar la legalidad de las expresiones de reconocimiento de las autoridades políticas internas y de Naciones Unidas, respectivamente. Por otra parte, tanto en el ámbito de la estatalidad -especialmente, fuera del contexto colonial- como en el marco de la representación gubernamental es dudosa la respuesta que la legalidad internacional vigente ofrece a la cuestión de cuál es el peso respectivo de los criterios basados en la efectividad, por una parte, y la legitimidad a través de los principios de autodeterminación -en la estatalidad- y democracia -en la gubernamentalidad-, por otro.

5. Del examen de la práctica reciente solo dos datos, ambos referidos a la estatalidad, parecerían confirmarse con cierta rotundidad. Por una parte, sin excluir que el momento

crítico del surgimiento de nuevos Estados pueda tener lugar en un momento anterior, es la consolidación del reconocimiento colectivo lo que le confiere una eficacia indubitada y de alcance general. Por otra, en consonancia con esa eficacia general, una vez constatado el reconocimiento colectivo, la falta de reconocimiento individual es irrelevante, al hacer de la estatalidad una situación objetiva oponible incluso al reticente Estado predecesor.

6. Aún sin ofrecer respuestas seguras ante todo tipo de situaciones venideras, en la práctica estatal parecen apuntarse *algunas tendencias*. En primer lugar, y sobre todo, al igual que sucedió en el marco del proceso descolonizador, el acceso a la estatalidad a través del reconocimiento colectivo en los raros supuestos de secesión pactada (Sudán del Sur) se ve extraordinariamente facilitado aún a costa de la efectividad. En segundo lugar, el reconocimiento tanto de la estatalidad como de la representación gubernamental resulta extraordinariamente dificultado en los casos de entidades (ISIS, régimen talibán) que, pese a poder acreditar un significativo grado de efectividad, manifiestan una actitud de radical y generalizada hostilidad frente a los más elementales principios del Derecho Internacional. Y en tercer lugar, que en un mundo cada vez más caracterizado por el intervencionismo geopolítico global de las grandes potencias y, consiguientemente, cada vez más lejanos los cambios de gobierno promovidos institucionalmente tras procesos electorales auspiciados y supervisados de manera colectiva, la legitimidad democrática (Siria, Venezuela, Myanmar...) no parece asegurar la generalización del reconocimiento en favor de grupos opositores frente a gobiernos efectivos.

7. Tres tipos de problemas, para terminar, suscita la cuestión de los límites del reconocimiento. En primer lugar, la discrecionalidad como característica consustancial al reconocimiento debe entenderse, so pena de negar toda relevancia al Derecho internacional en aspectos tan fundamentales como el nacimiento de Estados o la representación gubernamental, solo en el sentido de que sus normas no obligan a ningún Estado a reconocer formalmente a otro Estado o a un determinado gobierno. El derecho a no reconocer expresamente, sin embargo, no autoriza a ningún Estado a denegar los derechos que el Derecho Internacional reconoce a todo Estado ni a impedir su ejercicio por quienes de acuerdo con dicho ordenamiento son sus representantes.

8. Precisamente por lo anterior, las incertidumbres que derivan de las ambigüedades normativas en el ámbito de la estatalidad y de la representación gubernamental y su aplicación a situaciones concretas deberían abordarse recurriendo a soluciones cautelares que no prejuzguen el desenlace de los procesos internos en que se sustancian. En el plano interno, esas incertidumbres justifican que, hasta la consolidación de las situaciones convulsas que constituyen el objeto del reconocimiento, su gestión se encomiende dentro de ciertos márgenes de apreciación a los ejecutivos. No obstante, la deferencia judicial en favor del ejecutivo debe encontrar un límite en los supuestos en los que el reconocimiento o la denegación de los derechos inherentes a una entidad estatal o a sus representantes se sustente en un deliberado desconocimiento de un estatuto incuestionable -v.gr. el de un miembro de Naciones Unidas- o en un manifiesto error de apreciación.

9. En segundo lugar, precisamente por lo anterior, el reconocimiento prematuro, esto es, el que recae sobre entidades con aspiraciones de estatalidad o gubernamentalidad no efectivas, constituye como regla general un acto ilícito por implicar una vulneración de la integridad territorial y/o de la independencia política del Estado afectado, así como una injerencia en sus asuntos internos. No obstante, la prohibición de reconocimiento prematuro debe entenderse operativa únicamente respecto del denominado reconocimiento jurídico, sin que impida a un Estado apoyar expresa o implícitamente la legitimidad de grupos separatistas o de oposición siempre y cuando ese apoyo no lesione los derechos del Estado cuya integridad territorial o independencia política resulte afectada. Lesión que no concurre, por definición, cuando la afectación lo es a Estados que, ocupando ilegalmente un territorio, impiden su control efectivo por la entidad a quien legítimamente le corresponde. Por el contrario, reconocimientos jurídicos como los acontecidos respecto de entidades secesionistas en Georgia y Ucrania, que constituyen además la antesala de graves violaciones de los más esenciales derechos de tales Estados, constituyen una grave violación del Derecho internacional.

10. Las debilidades del orden público internacional, por último, repercuten seriamente sobre la plena operatividad de la obligación de no reconocimiento de situaciones derivadas de violaciones graves de normas imperativas. La importancia de los intereses en juego, como afirmó la CIJ en el asunto del Muro en 2005, y la valoración de la práctica, como entendió la CDI en 2001, justifican sin duda una aproximación *pro comunitatis* a la citada obligación basada en reconocer su eficacia general y directa, y en extender su operatividad, en la línea sugerida en el asunto Namibia, para proscribir una amplísima gama de actos que implican el reconocimiento. Sin embargo, la doble restricción que se ha impuesto la Corte a través de la doctrina del tercero indispensable y de la deferencia en favor de los órganos políticos competentes no deja de alimentar las posiciones que, negando efecto directo a la obligación y restringiendo los comportamientos que se consideran prohibidos, generan el riesgo de justificar, en nombre del posibilismo y la efectividad, soluciones capaces de condonar y consolidar los más graves ilícitos internacionales.