

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 25
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

APROXIMACIONES A UNA TEORÍA LIBERAL DE LA SECESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

JUAN ANDRÉS ÁLVAREZ ÁLVAREZ *

I. INTRODUCCIÓN

En el orden internacional actual, la secesión es prácticamente el único medio existente para la modificación de las fronteras estatales, motivo por el cual ésta es una cuestión de alta trascendencia para la comunidad internacional la que, aun cuando trate de evadir el tema, no podrá negarse a sus consecuencias.

La secesión es un fenómeno político, por cuanto con ella se busca regularmente la creación de nuevas instituciones políticas, como son los nacientes Estados¹. Es un proceso de normal desenvolvimiento de la comunidad internacional el de la separación y asociación continuas a nivel estatal, de manera que la secesión será un mecanismo poco aceptado, pero el más aplicado respecto de la creación de nuevos Estados en la época contemporánea².

* Egresado de Derecho y Ayudante del Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2006. Correo electrónico juanalva@udec.cl

1. Normalmente los secesionistas persiguen la creación de un nuevo Estado, pero eventualmente pueden buscar unirse a un Estado existente (secesión irredentista) o bien modificar el estatuto que rige sus relaciones con el Estado del que se separan (secesión asociativa).
2. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, la secesión ha sido por mucho el mecanismo más utilizado para la creación de nuevos Estados: téngase presente

Los secesionistas no sólo buscan crear un nuevo Estado, unirse a otro o asociarse en un nuevo estatuto, sino que pretenden constituirse en una nueva sociedad política, diferenciada de aquélla del Estado que los ha albergado. Es en este punto donde se puede advertir que no sólo se trata de un fenómeno político, sino también social: un grupo humano desea *asociarse* de forma distinta a aquélla en que se encontraba. Por esto la secesión no sólo afecta a los Estados constituidos: afecta principalmente a los individuos, a aquéllos que la desean y la promueven, en ejercicio de sus libertades básicas y fundamentales.

En este trabajo formulo algunos breves aportes para una teoría liberal de la secesión. Esta clase de teorías no es asunto nuevo en la doctrina, como ya señalaré, pero tampoco en ella constituyen la opinión mayoritaria. No obstante, creo que ésta es la que guarda mayor coherencia con los principios predominantes en la comunidad internacional.

que prácticamente los únicos nuevos Estados de este período, aparte de los surgidos del proceso de descolonización (que son igualmente secesiones, pero que dada su naturaleza especial no forman parte de este trabajo), han sido producto de secesiones, a saber Pakistán, Senegal, Siria, Singapur, Bangladesh, la mayoría de los Estados surgidos tras el fin de la Unión Soviética y de la Federación de Yugoslavia (a menos de considerar éste como un caso de estricta disolución), Eslovaquia, Eritrea y Montenegro. Véase Vahlas, Alexis, *Les Séparations d'États. L'Organisation des Nations Unies, la Sécession des Peuples et l'Unité des États*, Tesis para el Doctorado en Derecho, Université Panthéon – Assas (Paris II), Droit, Économie et Sciences Sociales, París, Francia, 2000, p. 520. Además, para la creación de Estados en la presente era, véase Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, Clarendon Press, Oxford, Reino Unido, 1979; Ruiz Fabri, Hélène, “Genèse et Disparition de l'État à l'Époque Contemporaine”, en *Annuaire Français de Droit International*, Éditions du CNRS, París, Francia, Volumen XXXVIII, 1992, pp. 153-178; Tancredi, Antonello, “A Normative ‘Due Process’ in the Creation of States through Secession”, en Kohen, Marcelo G. (editor), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2006, pp. 171-207; y Raiè, David, *Statehood and the Law of Self – Determination*, Brill, N.H.E.J., N.V. Koninklijke, Boekhandel en Drukkerij, Kluwer Law International, La Haya, Países Bajos, 2002.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE SECESIÓN

La noción de secesión no es unívoca. Ésta no es tema que haya preocupado a los autores, dando por hecho la nitidez de la idea detrás del vocablo. Preliminarmente, debo hacer referencia a que normalmente la secesión es caracterizada como manifestación del derecho a la autodeterminación externa, contemplado en diversas Convenciones de Derechos Humanos de Naciones Unidas y que hace referencia genéricamente a la facultad de todo conjunto de individuos de determinar por sí mismo su propio estatuto político y su futuro respecto de otras sociedades políticas, oponiéndose a la idea de autodeterminación interna, que consiste en la facultad de darse el régimen de gobierno que los mismos individuos deseen. Como quedará demostrado al analizar el concepto de secesión, ésta es efectivamente parte del derecho a la autodeterminación externa, pues coincide con su noción, mas no la abarca del todo. No obstante, dado lo extenso y debatido de este tema, no será materia del presente trabajo³.

El Diccionario de la Real Academia Española define secesión como “*acto de separarse de una nación parte de su pueblo y territorio*”⁴. Ciertamente esta definición dista de tener rigor jurídico (habla de nación, que he de interpretar como sinónima de Estado), pero manifiesta lo que constituye el núcleo de la secesión: la separación. La idea es reiterada en el Diccionario Oxford de la Lengua Inglesa, que define *secession* como “*la acción de separarse de una federación u organización*”⁵.

-
3. Para buenos estudios acerca de la autodeterminación externa, que es precisamente el aspecto más conocido de este derecho, así como también el más rechazado en la práctica, por supuestamente vulnerar la integridad territorial de los Estados, véase Obieta Chalbaud, José A. de, *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1985, pp. 77-82; y Cassese, Antonio, *Self – Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 1995, pp. 67-100.
 4. Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, consultado online en www.rae.es el día 31 de Agosto de 2006.
 5. En su versión original, “*the action of seceding from a federation or organization*”, consultado online en www.askoxford.com el 31 de Agosto de 2006.

Debo hacer presente que el verbo que he traducido como “separarse” tiene un correspondiente aún más específico en inglés, que es “to secede”, utilizado en esta definición. El verbo *to secede* es definido a su vez por el Diccionario Oxford como “retirarse formalmente de la membresía de una unión federal o de una organización política o religiosa”⁶. Si bien las definiciones anglosajonas son aún más sesgadas en cuanto a la aplicación de la secesión, refiriéndose a federaciones o uniones federales⁷, no se puede negar que permanece el espíritu de la hispana: la separación. Ambas coinciden en la naturaleza del acto, que es de apartamiento, alejamiento⁸, y poco y nada dicen acerca de quien está facultado para escindirse. Por ello, no se podrá hablar de secesión sin indicar al menos alguna especie de separación. Ésta tiene naturalmente una base voluntaria: el verbo *to secede* hace referencia a un retiro, que incorpora una idea de libertad, decisión unilateral de parte del sujeto que se separa. Akzin señala: “Lo que aquí nos interesa más directamente es una alienación de una parte del territorio del Estado que, por mucho que esté estimulada por factores externos e internacionales, se basa definitivamente en un fuerte y articulado deseo entre los habitantes de la zona de su alienación del Estado en cuestión [] ... desde el punto de vista de los adherentes locales de tal alienación, la característica significativa en el proceso, no menos que la constitución de un nuevo Estado, estribará precisamente en su propia actitud de autoalienación, técnicamente conocida, como secesión”⁹.

6. En su versión original, “*withdraw formally from membership of a federal union or a political or religious organization*”, consultado online en www.askoxford.com el 31 de Agosto de 2006.

7. Pese a que tal indicación limita el ámbito de acción del concepto, encuentra una razón histórica en los Estados anglosajones: la Guerra Civil de Estados Unidos (Estado federal por antonomasia), más conocida como *Guerra de Secesión* (1861-1865). El retiro de once Estados sureños en Norteamérica, tras la elección como Presidente del abolicionista Abraham Lincoln en 1860, es el primer antecedente, en el contexto político, de la utilización del término *secesión*. Para un análisis de este conflicto, véase Morse, Anson D., “The Cause of Secession”, en *Political Science Quarterly*, The Academy of Political Science, Volumen II, N° 3, Septiembre 1887, pp. 470-493.

8. Dice mucho la traducción del término latino *secessio*, -ōnis, que es separación, apartamiento.

9. Akzin, Benjamin, *Estado y Nación*, Primera Edición, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1968, p. 189.

Tanto la definición castellana como Akzin hacen referencia al territorio, además de las personas. Ello no me parece consistente, dado que tratándose de un acto voluntario, de decisión del grupo que se separa, no puede luego supeditarse tal acto al territorio. Esto no quiere decir que reste importancia al elemento territorial en la secesión: lo que quiero señalar es que lo esencial de toda secesión son las personas que se separan, no el territorio, y que éste es sólo un presupuesto usual de ejercicio del derecho. Al hacer referencia directa al territorio se asimila a la secesión peligrosamente con el derecho de propiedad, lo cual conlleva una fuerte carga restrictiva respecto del derecho: si los secesionistas deben tener un lazo cercano a la propiedad respecto de su territorio, ¿qué niega tal lazo respecto del Estado que les alberga? Aquí, la decisión de los individuos pasa a segundo plano y se concentra la discusión en el título sobre el territorio, lo cual no es apropiado si se habla, como es mi hipótesis, de un derecho fundamental. Dicen mucho al respecto las ideas del Juez Dillard en la Opinión Consultiva sobre la cuestión del Sáhara Occidental: “Corresponde al pueblo determinar el destino del territorio y no al territorio el destino del pueblo”¹⁰. El enfoque territorialista del derecho a la secesión no es tema nuevo en la doctrina¹¹, pero a mi juicio, no responde a las interrogantes acerca de la naturaleza de derecho fundamental individual de la secesión. Aun más, desvirtúa la misma noción que he indicado acerca del término, dado que saca de su núcleo a la autoalienación y la reemplaza por el territorio, elemento no personal, sino real.

El territorio no sólo se encuentra ausente en la definición anglosajona, sino que también es así en el origen histórico del mismo término. En latín, *secessio* y el verbo *secedere* sólo implican la idea de un alejamiento de la comunidad por razones morales o políticas. Dice

10. Opinión separada del Juez Dillard, Caso del Sáhara Occidental, Opinión Consultiva de 16 de Octubre de 1975, Repertorio de la Corte Internacional de Justicia, Volumen 12, 1975, p. 122.

11. Clásico al respecto es el trabajo de Lea Brilmayer, “Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation”, en *Yale Journal of International Law*, Volumen 16, N° 1, 1991, pp. 177-202.

Margiotta que “el término *secessio* viene utilizado en sentido político sólo en la antigua Roma: paradigmáticamente para indicar el alejamiento de los plebeyos respecto de los patricios sobre el Monte Sacro. También en este caso no se encuentra, de todos modos, una conexión con la territorialidad: se trata, en efecto, de la separación de un grupo respecto del organismo socio-político de pertenencia como consecuencia de graves contrastes internos y como forma de solemne protesta hacia el organismo mismo...”¹². Tres apreciaciones debo hacer al respecto. Primero, la idea englobada en la secesión no incluía territorio alguno y se refería no a grupos, sino que a individuos, que normalmente se hallaban conformando una agrupación, lo que sirve de confirmación respecto del origen individual del derecho. Segundo, la secesión era percibida como una separación, pero con la posibilidad deseable de retorno, en caso de garantizar los derechos infringidos, opción que aun improbable respecto de los secesionismos actuales, no descarto, dado que la decisión de los individuos puede ser libremente para separarse del Estado o bien para unirse o reunificarse. Tercero, la secesión se encontraba muy relacionada con la noción de derecho de protesta, entendido hoy como derecho a la desobediencia civil. Es más, si bien ambos derechos no pueden ser identificados, existen varias similitudes entre ellos¹³.

En síntesis, y en términos generales, cuando hable de secesión de aquí en adelante, aludiré a un acto de autoalienación de un conjunto de individuos que se encuentran asociados a otra entidad total o parcialmente política, sustrayéndose de su autoridad, usualmente junto al territorio en el cual residen. De este modo, cualquier argumento teórico que se centre en un factor distinto del personal, y dentro de éste que no considere a la decisión de los individuos como la única fuente válida de toda asociación política, será puesto en tela de juicio, ya que,

12. Margiotta, Costanza, *L'Ultimo Diritto. Profili Storici e Teorici della Secessione*, Colección Il Mulino Ricerca, Società Editrice Il Mulino, Bologna, Italia, 2005, p. 23.

13. Al respecto, véase el excelente trabajo de Corlett, J. Angelo, “The Right to Civil Disobedience and the Right to Secede”, en *The Southern Journal of Philosophy*, Volumen XXX, N° 1, 1992, pp. 19-28.

siquiera en principio, tenderá a desnaturalizar la esencia misma del derecho a la secesión.

III. SOBRE LAS TEORÍAS DE LA SECESIÓN

En el actual sistema internacional de los derechos fundamentales, la secesión no encuentra regulación expresa, lo que no significa que ésta sea un tópico de baja importancia para la comunidad internacional. En orden a determinar la legitimidad de la secesión, la doctrina ha realizado diversas aproximaciones en cuanto a la moralidad y oportunidad de ejercicio de un eventual derecho a la secesión.

Allen Buchanan distingue entre teorías normativas del derecho remedio y teorías de derecho primario, clasificación seguida por la doctrina. Conforme a las características que poseen los individuos que pretenden separarse, distingue en esta última categoría entre teorías adscriptivas y asociativas¹⁴.

A. Teorías del Derecho Remedio a la Secesión

Todas estas teorías, con algunos matices, tienen en común la circunstancia de que la secesión será un último recurso o “*el último derecho*” del sistema internacional de protección de los derechos fundamentales, en palabras de Margiotta¹⁵.

Estas teorías afirman que un grupo de individuos tendrá un derecho general a la secesión sólo si ha sufrido ciertas injusticias¹⁶. Una teoría de la secesión como derecho de última ratio obliga a que en todo proceso secesionista exista una característica esencial: la opresión por parte del Estado gobernante. En este supuesto, la secesión que no esté motivada por una política opresiva del Estado, jamás estará justificada. La graduación de las causas opresivas que justifican la secesión son

14. Buchanan, Allen, “Theories of Secession”, en *Philosophy & Public Affairs*, Princeton University Press, Volumen 26, N° 1, Invierno 1997, pp. 31-61, p. 34.

15. Véase Margiotta, Costanza, Op. cit., p. 15.

16. Buchanan, Allen, “Theories...”, p. 34.

variables de acuerdo a los autores. Puede tratarse de violaciones sistemáticas de derechos humanos, de injusticias pasadas, que todavía no han sido reparadas o de la implementación de políticas redistributivas discriminatorias, por enumerar algunas¹⁷.

Estas teorías, según Buchanan, no son tan absolutas, sino que se flexibilizan en ciertas circunstancias. Los planteamientos de la teoría responden a una secesión general, pero en determinadas circunstancias podrán existir derechos a la secesión especiales, como cuando un Estado concede a parte de su población un derecho a la secesión; o bien la Constitución del Estado incorpora este derecho; o el acuerdo por el cual el Estado se fundó incluye expresa o implícitamente tal derecho en lo futuro¹⁸. Los derechos a la secesión especiales son, a mi juicio, una interferencia de las teorías asociativas, dado que la decisión de los afectados es la que se tomará en consideración, en última instancia, para determinar si se produce la separación.

Buchheit señala así que para ejercitar un derecho a la secesión se debe antes transitar por todo un proceso que permita mantener la integridad territorial del Estado por sobre el derecho a la autodeterminación de los individuos. Indica: *“La secesión remedio visualiza un esquema por el cual, correspondiendo a los varios grados de opresión infligidos sobre un grupo particular por su Estado gobernante, el derecho internacional reconoce un continuum de remedios que van desde la protección de los derechos individuales, a los derechos de las minorías, y terminando con la secesión como el remedio último”*¹⁹. Sobre esta base, efectúa un cálculo de la legitimidad de la secesión que resulta de la relación entre la opresión a que los individuos se encuentran sometidos y el grado de ruptura

17. Véase Buchanan, Allen, “Toward a Theory of Secession”, en *Ethics*, The University of Chicago Press, Volumen 101, N° 2, Enero 1991, pp. 322-342, pp. 329-332. Recomendable respecto de la justicia distributiva en relación con la secesión es Christiano, Thomas, “Secession, Democracy and Distributive Justice”, en *Arizona Law Review*, Volumen 37, N° 1, Primavera 1995, pp. 65-72.

18. Buchanan, Allen, “Theories...”, p. 36.

19. Buchheit, Lee C., *Secession. The Legitimacy of Self-Determination*, Yale University Press, New Haven, Estados Unidos, 1978, p. 222.

social requerido para remediarla, cuestión que, al menos, es dudosa en cuanto a su estimación.

B. Teorías de la Secesión Derecho Primario

Las teorías de esta especie comparten como elemento común que existirá un derecho general a la secesión aun en ausencia de cualquier injusticia, motivo por el cual se asume que la secesión no tiene un efecto correctivo. La secesión que se maneja en esta aproximación hace referencia a las condiciones que los individuos deben satisfacer para ejercer este derecho.

• Teorías Adscriptivas de la Secesión:

Aquéllos que argumentan en este sentido incorporan al discurso secesionista cuestiones provenientes del nacionalismo. Sin duda, éstas son las teorías más comunitarias, pues prestan especial atención a las características del conjunto de individuos que busca separarse.

La secesión es, para los teóricos de esta argumentación, una cuestión identitaria. Los individuos poseen características comunes, que los llevan a estar identificados con otros, lo que a su vez les facultaría para determinar su destino del modo que les parezca. Conforme a éstas, toda identidad dará pie a la formación de una cultura particular. En posesión de ésta, los individuos estarán facultados para ejercer un derecho a ésta y un derecho al autogobierno.

Las características adscriptivas existen, según Buchanan *“independientemente de cualquier asociación política actual que los miembros del grupo puedan haber forjado”*²⁰. Margalit y Raz relacionan la idea de secesión a la existencia de determinadas agrupaciones que poseen tales características, los *“grupos encuadrantes”* (*encompassing groups*). Para ellos, *“el derecho a la autodeterminación deriva del valor de las membresías en grupos encuadrantes. Es un derecho de grupo, derivando del valor de un bien colectivo, y como tal opuesto en espíritu a las aproximaciones contrac-*

20. Buchanan, Allen, “Theories...”, p. 38.

*tuales-individualistas*²¹. Estos grupos se distinguen de otros grupos por poseer un carácter y cultura comunes, abarcando la mayor parte de los aspectos vitales; estar formados de una manera especial por tal carácter y cultura; su membresía está basada en el principio de aceptación mutua, lo que es de gran relevancia para la identidad individual; sus miembros son nacidos en la comunidad; y ésta última no es un grupo de reducido tamaño, "cara a cara"²². Así, la noción de secesión que se maneja en esta teoría es en extremo exclusivista. Sólo podrán separarse aquellos individuos que pertenecen a tales grupos encuadrantes. Obtener la membresía en tal grupo es altamente difícil, pues el determinismo juega aquí un rol de primera importancia: "La membresía es una materia de pertenencia, no de logro"²³. La consecuencia lógica de ello viene a ser que sólo los grupos encuadrantes podrán decidir a quienes aceptar o rechazar como miembros de su Estado, su propio y exclusivo club político.

Las teorías adscriptivas son también denominadas de la autodeterminación *nacional* precisamente por su característica de referirse sólo a grupos calificados para ejercer el derecho a la secesión. En este contexto, como en ningún otro, los estudiosos de la autodeterminación, que agotan largas páginas en definir "pueblo" o "nación", encuentran terreno fértil para sembrar tales análisis. Estos grupos serán los únicos sujetos del derecho a la secesión. Aun cuando la secesión no se funda en la decisión actual del grupo, sí requerirá de ella para ejercer el derecho, dado que la mayoría del grupo deberá expresar tal deseo por medio de una votación democrática²⁴, siempre buscando resguardar la

21. Margalit, Avishai y Raz, Joseph, "National Self - Determination", en *The Journal of Philosophy*, Volumen LXXXVII, N° 9, Septiembre 1990, pp. 439-461, p. 456.

22. *Ibidem*, pp. 445-447.

23. *Ibidem*, p. 446.

24. En este punto, la teoría tiende a fundirse con las de la elección. La diferencia, indudablemente, radica en quienes podrán votar: en las teorías de la autodeterminación, sólo lo harán los miembros de cada grupo encuadrante; en las de la elección, serán todos aquéllos que pertenezcan a la comunidad política que se separa, como verá más adelante.

subsistencia de la cultura comunitaria, y ofreciendo proteger los derechos humanos y los intereses de los terceros Estados²⁵.

• *Teorías Asociativas de la Secesión:*

En esta aproximación, la secesión se funda únicamente en el deseo de los individuos de sujetarse a su propio Estado²⁶, es decir en la propia decisión de un conjunto de individuos; en las palabras de Buchanan, estas teorías "se concentran en la *elección política voluntaria de los miembros de un grupo (o la mayoría de ellos), su decisión para formar su propia unidad política independiente*"²⁷.

Este conjunto de individuos se encuentra inserto en un esquema voluntario: su pertenencia no está determinada más que por el deseo común de separarse, sin conexiones de naturaleza cultural alguna entre ellos, así como tampoco respecto de su territorio. Aun cuando en los hechos pueden tener en común tales aspectos, ello es irrelevante para estas teorías, puesto que sólo la decisión individual es la que ha de prevalecer para tener por justificada la secesión. Ésta tiene su fundamento en la libertad de asociación política, derecho fundamental individual y arraigado en los principios liberales de la comunidad internacional. Así, los secesionistas podrán, al igual que en las teorías adscriptivas, pretender la separación de un Estado completamente justo, ya que la secesión es un derecho ligado al fuero interno de los individuos y no a circunstancias externas, como serían los actos opresivos estatales²⁸.

25. Margalit, Avishai y Raz, Joseph, *Op. cit.*, pp. 459-460.

26. Ciertamente, por *sujetarse a su propio Estado* hago referencia a la circunstancia de que tales individuos pueden no únicamente crear un Estado propio, sino también incorporarse a uno ya existente o asociarse a otro definiendo su propio estatuto.

27. Buchanan, Allen, "Theories...", pp. 38-39. He de hacer la salvedad de que Buchanan sólo hace mención de la secesión independentista, pero estas teorías son aplicables también a toda secesión, incluso irredentista o asociativa.

28. *Ibidem*, p. 40.

Harry Beran sostiene una tesis de esta especie en su llamada "teoría del consentimiento de la obligación política"²⁹. Ésta dice que la validez de un orden político, así como los deberes que surgen de éste respecto de sus ciudadanos, no derivan de una relación contractual ni hipotética entre los individuos y el Estado, sino que se basa en un consentimiento actual por parte de los obligados. En este contexto, un Estado liberal (por tanto, respetuoso de todas las libertades individuales, asociación política inclusive) sólo podrá asegurar la existencia de tal consentimiento, teniendo así por legítimas las obligaciones que impone a sus súbditos, si garantiza un derecho a la secesión a los que así lo deseen y decidan. El Estado es así únicamente un medio que ha de permitir a los individuos ampliar su libertad, no restringirla. El libre albedrío de todo individuo no debe, por tanto, sólo reservarse al ámbito doméstico, sino que ha de manifestarse incluso en sus relaciones con el Estado que le obliga.

En la teoría liberal de Beran, cualquier grupo concentrado territorialmente al interior de un Estado está facultado para la secesión, en caso que así lo decida y siempre que ello sea moral y prácticamente posible³⁰. Hasta este punto, su teoría es en extremo respetuosa de las libertades individuales, limitando su campo de acción sólo a la concentración territorial de los individuos que desean separarse (lo cual ya es discutible desde la perspectiva de la teoría que apoyo). Pese a ello, cede a la realidad, concretando en diversos ejemplos situaciones moral o prácticamente imposibles de secesión, que no vienen al caso enumerar en este trabajo³¹, pero que a mi parecer, son sólo reflejo de un cruzamiento con la teoría de la secesión remedio, ya que habría situaciones en las cuales, pese a que los individuos tienen la libertad para asociarse,

29. Beran, Harry, *The Consent Theory of Political Obligation*, Croom Helm International Series in Social and Political Thought, Croom Helm Publishers Ltd., Londres, Reino Unido, 1987 (respecto del tema que me ocupa, véase especialmente pp. 37-42).

30. *Ibidem*, p. 41.

31. Estos ejemplos se hallan en Beran, Harry, "A Liberal...", pp. 30-31; y en Beran, Harry, *The Consent...*, p. 42.

no podrán hacerlo por razones externas, asimilables a la ausencia de opresión.

La variante que, según mi parecer, es la que más se condice con todo Estado liberal protector de los derechos fundamentales, es la teoría *puramente plebiscitaria*. En ésta, basta con que los individuos constituyan una mayoría en pro de la secesión dentro del Estado para tener un derecho a ella. Las divergencias entre sus variedades surgen respecto de sus límites. Ludwig von Mises argumenta a favor de una secesión basada estrictamente en la decisión individual:

El derecho de autodeterminación, con respecto al problema de pertenencia a determinado estado, para el liberal supone que todo territorio, sea simple aldea, provincia o conjunto de provincias cuyos habitantes libremente, en honesto plebiscito, se pronuncien por separarse de aquel estado del que, a la sazón, forman parte, bien sea para crear una entidad independiente o para unirse a otra nación, pueda libremente hacerlo. He aquí la única vía que efectivamente evita revoluciones, pugnas intestinas y guerras³².

Mises alega que el derecho a la autodeterminación no puede ser supeditado a ciertos intereses superiores de la nación, dado que lo único relevante aquí es la decisión de los individuos, aunque ésta sólo radique en los gustos personales³³. Los límites de la secesión plebiscitaria de Mises se hallan únicamente por motivos de orden práctico en el hecho que "la zona de que se trate por fuerza ha de tener bastante entidad como para ser posible administrativamente gobernarla. La autodeterminación, por eso, no puede ir más allá de los habitantes de aquellas unidades territoriales que tengan cierto peso demográfico"³⁴. De esta manera, la secesión que plantea llega al borde de la anarquía, puesto que sólo obstarán para el reconocimiento de una secesión individual motivaciones de carácter práctico. Éstas son removidas por Murray Rothbard, quien

32. Mises, Ludwig von, *Liberalismo*, Traducción de Joaquín Reig Albiol, Segunda Edición, Editorial Universidad Francisco Marroquín, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 1982, p. 139.

33. *Ibidem*, p. 141.

34. *Ibidem*, p. 140.

argumenta a favor de una secesión continua, sin punto de detención lógico, cuyo único desenlace puede ser la admisión de una secesión individual³⁵.

Robert McGee, uno de los principales teóricos contemporáneos de esta posición, señala: "¿Cuándo está justificada la secesión? En una palabra – *siempre*. No hay una razón legítima para prevenir a la gente de tener el gobierno de su elección, incluso si su elección es una pobre. El gobierno es legítimo sólo hasta el grado en que existe por el consentimiento de los gobernados. Argumentar en contra de la secesión es argumentar contra el derecho de los individuos a tener el gobierno de su elección"³⁶. Una síntesis del pensamiento liberal de McGee se presenta en la siguiente frase: "La secesión es un derecho, no algo para lo que debas tener permiso"³⁷.

IV. SOBRE LA SECESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho a la secesión surge del derecho a la autodeterminación de los pueblos y, como tal, no puede ser excluido de éste, como algunos han pretendido, buscando restringir este derecho a un concepto interno de autonomías locales³⁸. De ello se desprende que la secesión es parte de la esencia del derecho a la autodeterminación, razón por el cual, de ser suprimida, se afecta la característica de absoluto del derecho.

35. Rothbard, Murray N., *The Ethics of Liberty*, New York University Press, New York University, Nueva York, Estados Unidos, 1998, p. 182. Sobre la secesión individual, véase también Buchanan, Allen, *Secession. The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder, Estados Unidos, 1991, pp. 13-14.

36. McGee, Robert W., "Secession Reconsidered", en *Journal of Libertarian Studies*, Center for Libertarian Studies, Volumen 11, Nº 1, Otoño 1994, pp. 11-33, p. 21. El énfasis es propio.

37. McGee, Robert W., "A Third Liberal Theory of Secession", en *The Liverpool Law Review*, Volumen 14, Nº 1, 1992, pp. 45-66, p. 59.

38. En este sentido, por ejemplo, Klabbers, Jan, "The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law", en *Human Rights Quarterly*, The Johns Hopkins University Press, Volumen 28, Nº 1, Febrero 2006, pp. 186-206.

¿De dónde surge esta idea de la secesión esencia del derecho a la autodeterminación? Aparece de una falsa concepción que se ha tenido por décadas respecto de este derecho, basada en criterios más políticos que jurídicos. Se ha alegado que el único campo en el cual se puede aplicar la autodeterminación es aquél de la descolonización, pero en la realidad, el proceso de descolonización no dista demasiado de una secesión. Ambas son separaciones de un Estado gobernante y se rigen por principios casi idénticos. La diferencia se ubica en una dudosa interpretación de las normas internacionales sobre autodeterminación, que ha generado en los hechos la aplicación de la *tesis del agua salada*, que postula que sólo aquellos grupos separados de su Estado por una masa de agua salada (las colonias) podrán ser sujetos de autodeterminación. La arbitrariedad del criterio geográfico es evidente, además que en muchos casos, la función de determinar la existencia o no de colonias queda entregada al mismo Estado, lo que estriba en la discrecionalidad que pasa éste a poseer para otorgar o no el derecho, lo que no responde al sistema de derechos fundamentales. En resumen, si se suprime el agua salada del análisis, descolonización y secesión se confunden, por lo que no será justificable incluir la primera y desechar la segunda. Es más, en una etapa en la cual se estima que el proceso de descolonización se halla virtualmente finalizado, el derecho a la autodeterminación carecería de una dimensión externa, por lo que se daría el absurdo de la existencia de un derecho sin posibilidades prácticas de aplicación o, más bizarro aún, un derecho con fecha de caducidad.

Volviendo a un punto anterior, la falsa percepción del derecho a la autodeterminación pasa por diversos elementos. Primero, tradicionalmente se ha hablado de matices o grados del derecho, que van desde la autodisposición interna a otra externa (donde se encuentra en la cúspide la secesión como autodeterminación máxima)³⁹, lo cual ciertamente no es efectivo. Si se analizan los distintos grados de autodeterminación, como son por ejemplo los estatutos personales, las autonomías locales,

39. Muy recomendable respecto de esta visión es Kirgis, Jr., Frederic L., "The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era", en *The American Journal of International Law*, American Society of International Law, Volumen 88, Nº 2, Abril 1994, pp. 304-310.

la federalización y la secesión, todos ellos poseen una esencia diversa. Ya dije que la esencia de la secesión es la autoalienación; ésta no es precisamente igual en los otros matices, salvo naturalmente que pudiesen constituir casos de secesión local (como podría configurarse en algunas situaciones de federalización). No obstante esta divergencia notable, permanece la noción de un único derecho a la autodeterminación. Soy de la opinión que estos supuestos matices son, en realidad, múltiples *derechos* a la autodeterminación, que van desde las asociaciones más básicas en el orden interno hasta la secesión⁴⁰. Así, la autodeterminación constituye una institución compleja, compuesta de una pluralidad de derechos distintos en contenido y con la característica de ser alternativos en cuanto a su ejercicio⁴¹, que tienen como elemento común, mas no sustancial, que todos facultan a los individuos respecto de los cuales se aplica para determinar su propio destino.

¿Cuál es el rasgo común en todos los derechos a la autodeterminación, más allá de mirar al destino político, económico y social de los individuos? Éste se halla al analizar la errada visión relativa a tener este derecho como correspondiente a la tercera generación, subordinando así su ejercicio respecto de determinados grupos, llámense pueblos, naciones o minorías, dándole a éste un enfoque comunitario por sobre el tradicional y liberal de carácter individual. Soy de la opinión de que todo Estado que se jacte de ser liberal ha de permitir a los individuos su mayor grado de realización personal, incluso admitiendo, en caso que las personas así lo deseen y decidan, su separación de él. Al aspirar a estas libertades en el mundo, no se puede sino rescatar la posición

40. Esta interpretación facilita incluso la comprensión del territorio en el derecho, para los que sostienen su necesidad absoluta. Así, la secesión podrá incorporar en su esencia, junto con la autoalienación, al territorio (pese a que esta opción no la comparto); en cambio, los derechos personales no deberán hacerlo, puesto que no requerirán del factor real para hacerse efectivos (cabe señalar que éstos son parte de los derechos comunitarios que critico más adelante).

41. Son alternativos dado que corresponde a los individuos, conforme a la teoría liberal que sustento, decidir cuál de ellos ejercen. Ni el Estado ni otros individuos pueden restringir su libertad, indicándoles cuál deben elegir. No importa si su decisión es mala; basta con la libre elección realizada para tener por legítimo el ejercicio del derecho.

individual del liberalismo, por lo cual la autodeterminación adquiere toda una nueva dimensión. Pasa, por tanto, a integrar el catálogo de libertades individuales fundamentales, en la primera generación de derechos, garantizada en todo ordenamiento moderno. La autodeterminación es un derecho eminentemente de contenido político cuya titularidad no corresponde a los grupos, sino que a los mismos individuos. ¿De qué clase de libertad se trata entonces? Los derechos a la autodeterminación son primordialmente *libertades de asociación política*, que dan origen, al ser ejercidos, a nuevas sociedades políticas⁴². Los sujetos emergen así de lo doméstico y adquieren toda su politicidad en relación con sus congéneres.

Existen varios motivos por los cuales rechazar la argumentación tradicional comunitarista del derecho a la autodeterminación y, particularmente, del derecho a la secesión. Primeramente, el derecho a la autodeterminación, dado el Derecho Internacional actual, constituye un derecho aplicable a todo pueblo, mas si se utiliza el razonamiento de la doctrina en orden a definir esta idea⁴³, se llega a una conclusión que pugna con el sistema general de los derechos fundamentales, que es su característica de universales (ya que sólo se aplicaría este régimen respecto de aquellos conjuntos de individuos que puedan demostrar que constituyen un pueblo de modo suficiente en el orden internacional)⁴⁴. Es por ello que no puedo sino negar toda conceptualización estéril en torno a la noción de pueblo y señalar que la interpretación

42. De esta forma, toda discusión acerca de las definiciones de pueblo, nación o minoría que han de manejarse en el ámbito internacional, me parecen a este respecto vanas y sin sentido. Por pueblo sólo se ha querido significar una sociedad política, la cual, si bien puede ser en los hechos homogénea, perfectamente podrá ser en extremo diversa.

43. Dedicar así largos párrafos al análisis de los sujetos del derecho desde perspectivas incluso antropológicas y sociológicas, Obieta Chalbaud, José A. de, Op. cit., pp. 33-62; y Ruiz Rodríguez, Segundo, *La Teoría del Derecho de Autodeterminación de los Pueblos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1998, pp. 57-64.

44. Así argumentan los teóricos de la secesión remedio (añadiendo a esta identidad la opresión del Estado gobernante, lo que entrapa aun más al derecho) y aquéllos de las teorías adscriptivas (que siempre exigirán este rasgo comunitario). Véase *supra* pp. 7-10.

adecuada en el ámbito del derecho a la autodeterminación ha de ser aquella que identifique pueblo con toda sociedad política, sin consideraciones de nacionalidad, etnia o religión. Sólo esta interpretación puede conducir a la aplicación del derecho con carácter universal, ya que todo individuo es un potencial candidato para la autodeterminación, la que incluye la noción de secesión. Además, la idea de sociedad política es la única que guarda coherencia con un Estado liberal. Esta sociedad no impone, como requisito de pertenencia, más limitaciones que la de ser individuo de la especie humana. Se trata, por tanto, de un conjunto tolerante e inclusivo, que no restringe la membresía por la cuna, sino que por la elección personal, la asociación voluntaria.

Segundo, otro importante motivo para rechazar el enfoque comunitarista de la autodeterminación, y con ella de la secesión, radica en que la opción colectivista produce el efecto contrario al buscado en una sociedad liberal. Un Estado respetuoso de las libertades individuales ha de preferir la secesión antes que la concesión de derechos comunitarios, ya que tal acto constituye una limitación a las libertades de los demás individuos del Estado⁴⁵. Todo derecho comunitario incorpora un elemento de abstención en su relación con el resto de los individuos del Estado, ya que les impone, tácitamente, la obligación de no interferir en el ejercicio de este derecho que les ha sido concedido, incorporando un elemento de exclusividad. Así, los demás sujetos no gozarán de toda la libertad posible al interior de su propio Estado, que debe tender a tal objetivo, ya que deberán ser excluidos de toda actividad relacionada con ese grupo, siendo despojados de su condición de iguales ante el ordenamiento estatal.

Es en esta crítica donde se encuentra la gran falencia de las teorías de la secesión remedio y adscriptivas del derecho primario: ambas fallan en cuanto establecen requisitos de pertenencia para ser titular del derecho⁴⁶, lo que convierte inmediatamente a la secesión en un derecho comunitario, con los efectos exclusivistas perniciosos a los que

45. En este mismo sentido, Farrell, Martín Diego, *El Derecho Liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 26.

46. Tampoco se debe olvidar que, además, las teorías de la secesión remedio imponen un requisito externo, la opresión por el Estado gobernante.

se ha de temer en todo ordenamiento liberal. Es más, tanto Buchanan⁴⁷ como Margalit y Raz⁴⁸ estiman que el derecho a la secesión es un derecho grupal (por tanto, aparentemente comunitario⁴⁹), ya que sólo puede ser ejercido por el grupo o por alguien en su representación, pues el derecho se encuentra en una situación de pertenencia a su respecto. Esta opinión no me parece la adecuada.

La naturaleza de la secesión no se halla en los derechos colectivos, sino que en la libertad de asociación con carácter político. No existe duda en la actual doctrina sobre derechos fundamentales de que esta libertad (como toda otra) es un derecho individual inscrito en la primera generación. No obstante, se puede advertir que pese a su carácter individual, ya que cada cual es libre para decidir con quien asociarse, se requerirán siempre de otros sujetos para llevarlo a efecto. Habrá un interés colectivo comprometido en razón de la asociación, pero éste no convierte al derecho en comunitario. Simplemente, la decisión no recae en el grupo, sino que lo hace en cada persona individualmente considerada. Esta regla general respecto de la libertad de asociación es perfectamente aplicable a la secesión, libertad asociativa del orden político por excelencia. Según David Gauthier, la secesión constituye un "derecho débil de asociación". Por *derecho débil*, éste entiende "uno cuyo ejercicio tiene que ser coordinado con aquél de otras personas de manera tal que, otras cosas iguales, tantas personas como sean posibles se encontrarán a sí mismas en asociación mutuamente deseable"⁵⁰. Por tanto, la asociación requiere necesariamente de otros individuos que deseen asociarse con

47. Buchanan, Allen, *Secession*, p. 74.

48. Margalit, Avishai y Raz, Joseph, *Op. cit.*, pp. 442-447.

49. Farrell estima que los derechos grupales de Buchanan no son coincidentes con la noción de derechos comunitarios, ya que no todo efecto de los primeros será una restricción de los individuales. No obstante, ésta no es una discusión de la cual me haga cargo en este trabajo. Véase Farrell, Martín Diego, *Op. cit.*, p. 105.

50. Gauthier, David, "Breaking Up: An Essay on Secession", en *Canadian Journal of Philosophy*, University of Calgary Press, Volumen 24, Nº 3, Septiembre 1994, pp. 357-371, p. 360.

el sujeto. Éste es libre y tiene el derecho a ello, pero si no es correspondido por otros, nada puede hacer y no podrá asociarse o, lo que es lo mismo aquí, separarse del Estado. En esto es donde se encuentra el límite real a la secesión, por lo cual desecho la idea de secesión individual planteada por Rothbard: siendo la secesión una libertad de asociación, siempre exigirá un conjunto de individuos que deseen unirse mutuamente en una sociedad política, no bastando jamás con un solo individuo, ya que éste con nadie se asocia. Más aún, asumiendo los riesgos que derivan de su imprecisión numérica, tampoco parece aconsejable un número muy reducido de individuos, ya que éstos no podrán llegar a conformar una sociedad política; indudablemente, un par o un trío no son suficientes.

La secesión será, de este modo, un derecho individual, pero su ejercicio será colectivo. Señala Philpott (quien se refiere genéricamente a autodeterminación): "*La autodeterminación es un derecho individual porque es el individuo quien elige vivir bajo un cierto gobierno, y cuya autonomía puede ser mejorada haciendo así... [S]in embargo, el derecho debe ser ejercido en un grupo*"⁵¹.

De todo este breve análisis surgen diversas conclusiones, de la cual la trascendental es la que versa sobre la naturaleza de la secesión como derecho fundamental, no enraizada en la autodeterminación derecho *sui generis*, sino que en un derecho liberal clásico, como es el de asociación. Es en este contexto donde espero que el presente trabajo pueda significar un pequeño aporte como primera aproximación en este medio al complejo concepto de secesión: comprender ésta ya no como una acción destinada a la destrucción de los Estados existentes, sino que como un acto de autoalienación constitutivo de una libertad fundamental inherente a toda persona humana y cuyo ejercicio no mira sino que al propio bienestar de los individuos, que es aquél por el cual los Estados deben velar en definitiva, otorgándole a éstos la mayor libertad posible dentro de su propia autonomía individual.

51. Philpott, Daniel, "In Defense of Self - Determination", en *Ethics*, The University of Chicago Press, Volumen 105, N° 2, Enero 1995, pp. 352-385, p. 369.

EL DERECHO COMO RAZÓN CIENTÍFICA O COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD. UN ANÁLISIS A TRAVÉS DE LA EXPERIENCIA ROMANA

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ *

SUMARIO: Introducción. I. Sistema de fuentes en Derecho Romano. II. Decadencia de la jurisprudencia. III. Hacia una ciencia libre del Derecho.

INTRODUCCIÓN

Muchas veces en ciencia, lo importante, más que el conocimiento concreto que se ha generado en una investigación determinada, es la calidad del método empleado. Así, aunque los resultados a que llega Copérnico a través de deducción son sustancialmente los mismos que los de Galileo, existe, entre los trabajos de ambos, una diferencia de aproximación al problema que hace de Galileo el primer astrónomo moderno, mientras que Copérnico es un genial epígono del medioevo¹.

* Profesor de Derecho Romano, Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. En efecto, Copérnico continúa la tradición Aristotélico-Ptolomaica y sus conclusiones están amparadas en argumentos de tres tipos, unos se encuentran en la introducción de su obra, apelan a la simetría necesaria en el orden cósmico (vid. Blumenberg, Hans, *The Genesis of Copernican World*, MIT Press, 1987, pp. 231 y ss; Kuhn, Thomas, *La Revolución Copernicana*, Orbis, Madrid, 1978, v. II, pp. 185 y