

a la ratificación. Con todo, en este caso particular, da la impresión de que, en aras de alcanzar un consenso, se descuidaron aspectos importantes de coherencia con el Estatuto en el cual iría inserta la enmienda. Esto resulta particularmente explícito en algunos aspectos:

El texto actual del Estatuto (artículo 5 párrafo 2) requiere que la enmienda contenga una definición del crimen. Eso no se logra al utilizar como modelo un texto redactado para ser aplicado por un órgano político que ha de determinar las consecuencias que tiene para un Estado un acto de agresión, no las que tiene para una persona individual el crimen de agresión.

No se sigue la línea, tantas veces expresada durante las negociaciones del Estatuto, de limitarse a cristalizar el derecho penal internacional preexistente y, dentro de él, limitar la competencia material de la Corte a los crímenes más graves. El texto rompe la unidad del Estatuto al contener múltiples condiciones adicionales y específicas para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte a propósito de este crimen, permitiendo incluso la posibilidad de un *opt out* para los Estados Partes. No atisbo cómo conciliar esta última posibilidad con el artículo 12 del Estatuto, que señala que “[n]o se admitirán reservas al presente Estatuto”.

Además de estos asuntos, ha de ponerse atención al impacto que esta enmienda pueda tener sobre un tema particularmente delicado en esta etapa de la Corte Penal Internacional, cual es el de su legitimidad como institución. Al crear este régimen tan particular comparado con el de los demás crímenes, que implica restricciones mucho mayores a la competencia de la Corte, no parece esperable que, aun cumpliéndose todos los pasos para la entrada en vigor de la modificación conforme a esta propuesta, la Corte llegue a conocer de crímenes de agresión.

Es válido entonces formularse la pregunta de si la confirmación de la punibilidad del crimen conforme al derecho internacional, unida a una descripción problemática y una posibilidad solo remota de que llegue a investigarse y juzgarse en caso de ser cometido, importa un avance para el derecho penal internacional.

LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA POR KOSOVO

Ximena Fuentes Torrijo¹

El 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de auto-gobierno de Kosovo declararon su independencia, pretendiendo así crear un nuevo estado separado de Serbia. Este acto generó diversas reacciones en la comunidad internacional de estados. Algunos reconocieron al nuevo estado de Kosovo y otros se declararon contrarios a esta secesión unilateral. En otras circunstancias, Serbia probablemente habría recurrido a la fuerza para evitar la separación de esta provincia de su territorio, pero en las condiciones actuales solo le quedó el camino del derecho. De esta manera, logró obtener una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitando una opinión consultiva a la Corte Internacional del Justicia preguntando si esta declaración unilateral de independencia se conformaba o no con el derecho internacional. La Corte Internacional interpretó la pregunta que le fue sometida de una manera restrictiva, evitando pronunciarse sobre las condiciones que deben cumplirse en derecho internacional para la creación de un nuevo estado. Con esto la Corte envía una señal a la comunidad internacional: en una época de creciente juridificación de las relaciones internacionales todavía hay espacio para la política y en ese ámbito probablemente no es adecuado que ella intervenga.

1. Introducción

El 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de auto-gobierno de Kosovo declararon su independencia, pretendiendo así crear un nuevo estado separado de Serbia. Este acto generó diversas reacciones en la comunidad internacional de estados. Algunos estados han reconocido al nuevo Kosovo

¹ D.Phil (Oxon.). Profesora de Derecho Internacional en la Universidad Adolfo Ibáñez y en la Universidad de Chile.

como un estado independiente. Entre ellos, se cuentan el Reino Unido y Estados Unidos, y 22 estados miembros de la Unión Europea, entre los que están Francia y Alemania. De otras partes del mundo se puede mencionar a Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Turquía como estados que han apoyado la independencia de Kosovo. Entre los países Latinoamericanos, Kosovo cuenta con el reconocimiento de Colombia, Perú, Panamá, y Honduras. En total, a la fecha, Kosovo ha recibido el reconocimiento de 75 de los 192 miembros de las Naciones Unidas (en adelante NU). Entre los que se han manifestado contrarios a la declaración de independencia, se pueden mencionar España, Argentina y Rusia.

El 8 de octubre de 2008, por resolución 63/3, la Asamblea General de NU decidió pedir a la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) una opinión consultiva relativa a la compatibilidad de la declaración de independencia kosovar con el derecho internacional.² La resolución fue promovida por el propio estado de Serbia, en cuyo territorio se encuentra (encontraba) la región de Kosovo. Las palabras del Ministro de Relaciones Exteriores de Serbia para justificar la resolución propuesta fueron las siguientes:

El 17 de febrero de 2008, las instituciones provisionales de auto-gobierno de la sureña provincia Serbia de Kosovo y Metohija unilateralmente declararon su independencia. Nuestra democracia respondió con máxima restricción. Desechamos el uso de la fuerza y la imposición de sanciones económicas en contra de la provincia independentista. Serbia decidió defender su soberanía e integridad territorial a través de la democracia y el derecho internacional.

Hemos elegido requerir una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la declaración unilateral de independencia. Hoy acudimos a la Asamblea General para transmitir ese requerimiento a la Corte, en cumplimiento de sus poderes y funciones conforme a la Carta de las Naciones Unidas.

[...]

La República de Serbia cree que el envío de esta pregunta a la Corte evitará que la crisis de Kosovo sea usada en cualquier parte del globo, donde se amparan ambiciones secesionistas, como un precedente profundamente problemático.

² La resolución fue adoptada por 77 votos a favor, 74 abstenciones y 6 en contra. Entre los votos en contra se encuentran los de Estados Unidos y Albania.

También creemos que la opinión consultiva de la Corte otorgará una guía políticamente neutral, pero judicialmente autoritativa, a muchos países que todavía están deliberando sobre cómo aproximarse, en conformidad con el derecho internacional, a declaraciones unilaterales de independencia.

[...]

La pregunta propuesta es ampliamente clara y evita tener que tomar una posición política respecto del asunto de Kosovo. La respuesta de la Corte, en la forma de una opinión consultiva, estará basada en el derecho internacional, de acuerdo con el Estatuto de la Corte y las Reglas de Procedimiento. El Artículo 66 del Estatuto otorga una clara indicación de los procedimientos utilizados por la Corte. Instrucciones adicionales por la Asamblea General no son apropiadas.³

En otros tiempos, Serbia probablemente habría usado la fuerza, incluso con brutalidad, para retener a la provincia de Kosovo como parte de su territorio. Ese camino ya no era una opción posible, entre otras cosas, porque la provincia se encontraba sujeta a un régimen de administración establecido por el Consejo de Seguridad de NU por resolución 1244 (1999). Esta resolución se adoptó después de la crisis humanitaria que se vivió en Kosovo entre 1996 y principios de 1999, cuyo resultado fueron cientos de muertos y miles de

³ Mi traducción. Official Records of the General Assembly, A/63/PV.22, 8 October 2008, Agenda item 71, Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on whether the unilateral declaration of Independence of Kosovo is in accordance with international law. Draft resolution (A/63/L.2). El texto original en inglés de la intervención del Ministro Jeremi es el siguiente: On 17 February 2008, the provisional institutions of self-government of Serbia's southern province of Kosovo and Metohija unilaterally declared Independence. Our democracy responded with maximal restraint. We ruled out the use of force and the imposition of economic sanctions against the breakaway province. Serbia decided to defend its sovereignty and territorial integrity through diplomacy and international law.

We have chosen to seek an advisory opinion from the International Court of Justice (ICJ) on the legality of the unilateral declaration of Independence. Today we are turning to the General Assembly to convey that request to the Court, in fulfillment of its powers and functions under the United Nations Charter. [...]

The Republic of Serbia believes that sending this question to the Court would prevent the Kosovo crisis from serving as a deeply problematic precedent in any part of the globe where secessionist ambitions are harbored.

We also believe that the Court's advisory opinion would provide politically neutral, yet judicially authoritative, guidance to many countries still deliberating how to approach unilateral declarations of Independence in line with international law.

[...]

The question posed is amply clear and refrains from taking political positions on the Kosovo issue. The Court's response, in the form of an advisory opinion, will be based on international law, in accordance with the Court's Statute and Rules of Procedure. Article 66 of the Statute gives a clear indication of the procedures utilized by the Court. No additional instructions by the General Assembly are appropriate.

refugiados. La resolución 1244 (1999) estableció que la provincia de Kosovo quedaría bajo la administración de la Misión de Administración Provisional de NU en Kosovo (MINUK) con el objeto de establecer y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales democráticas de auto-gobierno, bajo las cuales la población de Kosovo gozaría de una amplia autonomía, dentro de la República Federal de Yugoslavia (Serbia).⁴

En este contexto, el uso de la fuerza o la imposición de sanciones económicas por parte de Serbia habría implicado una violación de la resolución 1244 (1999), particularmente de los siguientes principios establecidos en el Anexo I de esa resolución: la cesación de la violencia y la represión; el retiro de las fuerzas militares, policiales y paramilitares; y la aplicación de un criterio integrado para el desarrollo económico y la estabilización de la región en crisis. Por ese motivo, junto con un análisis realista sobre la posible reacción de NU o de la OTAN frente un eventual uso de la fuerza contra de Kosovo, Serbia consideró que su única opción para frenar la independencia de la provincia separatista era la vía judicial. Por eso Serbia instó al pronunciamiento de una opinión consultiva, tratando de obtener que la CIJ estableciera la ilegalidad de la declaración de independencia de Kosovo.

Pero hay materias sobre las cuales el derecho, ya sea internacional o constitucional, tiene poco que decir, porque ellas escapan al ámbito jurídico. O, dicho de otra manera, cualquier respuesta jurídica a algunos problemas puede ser desacreditada por la práctica. Eso explica que la CIJ haya recurrido a un análisis hohfelsiano en su identificación de las reglas jurídicas aplicables para resolver la pregunta que le había sido sometida por la Asamblea General.

2. La pregunta sometida a la Corte y la existencia de un derecho de secesión

La pregunta que la Asamblea General de NU sometió a la jurisdicción consultiva de la CIJ fue la siguiente:

4 Naciones Unidas, resolución S/RES/1244 (1999). En el párrafo 10 de la resolución 1244 (1999) se autoriza al Secretario General a establecer una presencia civil en Kosovo "a fin de que Kosovo tenga una administración provisional bajo la cual su pueblo pueda gozar de una autonomía sustancial en la República Federativa de Yugoslavia y la cual se encargará de administrar la transición al tiempo que establecerá y supervisará el desarrollo de instituciones provisionales de gobierno democrático autónomo a fin de crear condiciones propicias para que todos los habitantes de Kosovo puedan vivir una vida pacífica y normal."

Is the unilateral declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?

En castellano esta pregunta se podría traducir de la siguiente manera:

¿La declaración unilateral de independencia realizada por las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo está conforme con el derecho internacional?

Antes de proceder a responder esta pregunta, la CIJ estimó necesario interpretarla, fijando así sus contornos. No es la primera vez que la Corte estima que la formulación de las preguntas que le son sometidas es problemática en sí misma y exige, entonces, una reformulación. El juez Simma, en su declaración individual, aclaró que la Corte Permanente de Justicia Internacional, la antecesora de esta Corte, ya hizo lo mismo en el famoso caso Lotus. El caso Lotus enseña que la pregunta sobre lo legal en derecho internacional necesariamente conduce hacia la naturaleza misma del derecho internacional y sus límites normativos. En la decisión sobre el Lotus (Francia v. Turquía), la Corte Permanente se dio cuenta de que, si no existía un tratado ni costumbre que le hubiera prohibido a Turquía ejercer su jurisdicción extraterritorial, no quedaba más que declarar el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial lícito. La Corte Permanente tenía una visión consensualista del derecho internacional y, por eso, en ausencia de una regla consentida, debió asumir que los estados eran libres para realizar conductas que no están prohibidas.

Brunno Simma sostuvo que esta visión es anticuada: "en un orden internacional contemporáneo que se encuentra fuertemente influido por ideas del derecho público, el razonamiento de la Corte en este punto es obsoleto".⁵

Efectivamente, en el derecho público los órganos del estado se mueven bajo la influencia de una regla de clausura diferente: *todo lo que no está permitido está prohibido*. El juez Simma abogó por la aplicación de una perspectiva de derecho público en el derecho internacional, pero hay algunos factores que es necesario considerar antes de aceptar, sin más, la propuesta de Simma. En primer lugar, los principios democráticos esperan que el derecho público al interior de los estados sea el resultado de un acto de decisión de los gober-

5 Mi traducción. Texto en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>. En el original en inglés se lee: "in a contemporary international legal order which is strongly influenced by ideas of public law, the Court's reasoning on this point is obsolete."

nados. En segundo lugar, la regla de clausura en el derecho público obedece a un objetivo: garantizar la autonomía de los gobernados frente al estado. Por este motivo, el modelo del derecho público que propone Simma no es fácilmente transplantable al derecho internacional. El derecho internacional, en su condición actual, no puede ser descrito como un acto de deliberación de los diversos pueblos que constituyen los distintos estados, sino que es el resultado de las decisiones de los poderes ejecutivos de diversos países. Son los poderes ejecutivos de los respectivos países los que, en general, tienen la representación del estado en la esfera internacional. Por otra parte, la regla de clausura, que quiere aplicar Simma en el derecho internacional para responder a la pregunta sobre si un grupo de personas puede o no puede constituirse en estado, en último término no estaría garantizando la autonomía de las personas ya que se podría usar precisamente para el objetivo contrario de restarle competencia a ciertos grupos de personas, aduciendo que una norma de derecho internacional les prohíbe realizar ciertos actos. Es decir, la aplicación de los principios del derecho público a la comunidad internacional puede implicar la imposición de limitaciones a la soberanía o poderes de las distintas comunidades políticas que existen o pueden existir, mediante reglas en cuya creación esas comunidades políticas no han participado directamente.

Por lo tanto, el hecho de que la CIJ haya interpretado la pregunta sometida a su consideración en forma restringida no puede ser caracterizado como un simple anacronismo. Más bien, se trataba de una cuestión preliminar que necesariamente la Corte debía analizar para otorgar una respuesta adecuada, dentro de los límites normativos del derecho internacional. La pregunta podía enfrentarse desde distintos ángulos. Una manera de formular la pregunta era la siguiente: ¿les estaba permitido a los autores de la declaración de independencia hacerlo? Esta forma de plantear la pregunta asume que la posibilidad de crear un nuevo estado se puede describir como una relación de derecho y obligación correlativas. Un grupo de personas sería titular del derecho a constituirse como un nuevo estado y otros sujetos o, si se quiere, la comunidad internacional de estados en su conjunto, estarían obligados a aceptar la validez jurídica de la creación de ese nuevo estado.

Es útil tener presente en este análisis las categorías que W.N. Hohfeld examinó en su famoso artículo sobre los conceptos jurídicos fundamentales (1913).⁶ Hohfeld efectuó una tipología de las relaciones jurídicas y las ordenó

en una matriz de pares y opuestos. Así, un derecho necesariamente supone una obligación correlativa. Pero no todas las relaciones jurídicas obedecen al esquema derecho/deber. Existen libertades (privilegios) que no encuentran una obligación correlativa. Eso quiere decir que, si yo tengo la libertad de expresarme, nadie se encuentra obligado a ayudarme ni a tolerar que me exprese. En ese caso, la libertad tiene como correlativo simplemente un no-derecho por parte del resto de la comunidad, en el sentido que nadie me puede obligar a decir algo específico. En el ejercicio de mi libertad de expresión, gozo de autonomía pero no tengo ningún derecho respecto de otros sujetos para que me ayuden o me hagan más fácil ejercer mi libertad de expresión. Si llevamos estos conceptos al caso de Kosovo, la existencia de un derecho a establecer un nuevo estado necesariamente implica la existencia de una obligación correlativa de aceptación o reconocimiento de la existencia de ese estado.

A Serbia le habría gustado reducir la tarea de la Corte a la identificación de derechos y deberes porque sabe que existe cierto consenso internacional en que el derecho de secesión se ha reconocido en la práctica de los estados en forma muy restringida. En efecto, la secesión, como derecho, solo ha recibido reconocimiento en el ámbito del ejercicio de la auto-determinación de los pueblos en el caso de pueblos bajo dominación colonial.⁷ Así se ha interpretado la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625 de 1970) que establece que:

El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.

En este caso, gran parte de la doctrina interpreta que “ese pueblo” se refiere al pueblo bajo dominio colonial.

El hecho de que el derecho internacional reconozca la existencia de un derecho de secesión solo en el contexto colonial no quiere decir que no puedan

6 Título original en inglés: Hohfeld, W.N., “Some Fundamental Conceptions as Applied to Judicial Reasoning”, en *Yale Law Journal*, 23, 1913.

7 Ver en este sentido Franck, Higgins, Pellet, Shaw y Tomushat, *The Territorial Integrity of Quebec in the Event of the Attainment of Sovereignty*, Report prepared for Québec’s Ministère des Relations Internationales, 1992, párrafo 3.06.

aplicarse otros conceptos jurídicos para analizar el problema de la creación de nuevos estados. De hecho, mirar la situación de la secesión bajo la óptica de una relación de derecho/deber solo se justificaría en forma excepcional. A caso la mayoría de los estados que se han creado en la historia lo han sido fuera de la hipótesis de un pueblo colonial subyugado. Desde el punto de vista de la realidad de los hechos, entonces, probablemente es mucho más adecuado mirar el problema de la secesión como el ejercicio de una libertad. Eso quiere decir que cualquier grupo tiene la libertad de crear un estado separado, lo que no significa que lo consigan ni que los otros sujetos estén obligados a reconocer la existencia de ese nuevo estado. Ni para el Estado padre ni para cualquier otro nace ninguna obligación de ayudar, promover, facilitar o reconocer el ejercicio de esa libertad. Obviamente, rodean esta situación una serie de derechos y obligaciones establecidos por el derecho internacional y el derecho doméstico. Todas las partes comprometidas deben respetar los derechos humanos y las normas que regulan los conflictos armados, pero lo importante es que, en cuanto a las declaraciones de independencia, ellas constituyen el ejercicio de una libertad que no tiene ninguna obligación correlativa.

3. Obligaciones y deberes que podrían limitar el ejercicio de la libertad

En el ejercicio de la libertad de expresión, cualquier persona puede pararse en el *speakers corner* de Hyde Park y decir lo que se le ocurra. El resto de los transeúntes no tienen la obligación de escucharla, ni menos convencerse por su discurso. La relación que se da entre el orador y los transeúntes es una de libertad/no derecho, pero sabemos que la situación se da en un contexto más amplio donde existen derechos y deberes que probablemente permiten que el *speakers corner* sea un lugar pacífico. Los transeúntes no pueden abalanzarse sobre el orador para amordazarlo y el orador no puede amenazar a los transeúntes con un cúchillo para que se transformen en una audiencia interesada. El orador tampoco puede desnudarse para realizar su discurso y los transeúntes no pueden lanzarle objetos para acallarlos. Ahora, todo este contexto de derechos y deberes es independiente de la existencia de la libertad. La libertad no implica todos estos derechos y deberes. Este trasfondo de derechos y deberes se funda en otras normas del sistema jurídico.

Pues bien, es posible que el derecho internacional también establezca un contexto de derechos y deberes adicionales e independientes al establecimiento de la libertad para declarar el nacimiento de un nuevo estado. Es en esta línea que la Opinión Consultiva, una vez que ha determinado que no existe

ninguna regla que prohíba las declaraciones de independencia, pasa a preguntarse si es que en el caso de Kosovo se pudiera haber violado alguna otra norma que establecía obligaciones para los autores de la declaración. Dos son las normas jurídicas adicionales que merecieron el análisis de la Corte. La primera fue el principio de protección de la integridad territorial de los Estados. La segunda norma fue la Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999), a la que se debe sumar el marco constitucional creado a partir de esa resolución.

Respecto de la integridad territorial, la CIJ desechó una violación de ese principio por la simple razón de que la obligación de respetar la integridad territorial de los estados es solamente aplicable entre estados. De esta manera, los entes no estatales no tienen la obligación, bajo el derecho internacional, de respetar la integridad territorial de los estados.

La opinión de la Corte en esta parte es sensata. De otra manera, no habría posibilidad de creación de nuevos estados a partir de estados ya existentes puesto que siempre se violaría su integridad territorial. La integridad territorial funcionaría como un verdadero seguro contra la secesión.

Respecto de las obligaciones establecidas por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y del marco constitucional (Constitutional Framework) establecido por el Delegado Especial del Secretario General de NU en el contexto de la operación de paz establecida en el territorio de Kosovo, la Corte fue de la opinión que estas normas tampoco habían sido violadas por los autores de la declaración de independencia. Las razones que tuvo para llegar a esta conclusión no se fundaron en una interpretación del ámbito de aplicación material de esas normas, sino en la constatación de que los autores de la declaración de independencia no estaban obligados por esas reglas. La razón fue *ratione personae*. Veremos por qué la Corte escogió este razonamiento.

La resolución 1244 (1999) y el marco constitucional instituido por el Secretario General de NU establecieron un gobierno provisional para la región de Kosovo que funcionaba con autonomía, es decir, sin estar sujeto al poder gubernamental de Serbia. En el Anexo 2 de la resolución queda claro que la provisionalidad de este marco constitucional para Kosovo se explica por el objetivo de lograr, al cabo de un tiempo, el establecimiento de un gobierno autónomo sustancial para Kosovo. El proceso a través del cual se contempla que se pondrá fin a la administración provisional debería tener en cuenta algunos principios, entre los que se incluye el principio "de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y de los demás países de la

región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo.” La resolución 1244 (1999) y el marco constitucional tenían previsto que ese proceso, que debía conducir al establecimiento de un gobierno autónomo para Kosovo, sería objeto de una negociación entre ambas partes y que no involucraría una violación de la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia). Ahora, esto no quiere decir que la solución negociada no pudiera resultar en la creación de un nuevo estado, pero, en el caso de materializarse esa hipótesis, el acto creador del nuevo estado habría tenido que contar con el consentimiento de Serbia.

Como se puede apreciar, el régimen de autonomía que la resolución 1244 previó para Kosovo era un esquema que, sin el consentimiento de Serbia en sentido contrario, mantenía a Kosovo como parte de Serbia. Es por este motivo que Serbia, en su presentación escrita ante la CIJ, sostuvo que:⁸

- El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al adoptar la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII de la Carta, estableció un régimen jurídico para Kosovo, vinculante para las partes así como para todos los Miembros de las Naciones Unidas.
- El régimen jurídico internacional de Kosovo garantiza la integridad territorial de Serbia en tanto no se llegue a un arreglo definitivo acordado entre las partes bajo los auspicios del Consejo de Seguridad.
- La noción de “auto-gobierno” y “autonomía” en la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad excluyen la independencia de Kosovo, en particular, una declaración unilateral de Independencia.
- La resolución 1244 (1999) requiere que el futuro status de Kosovo sea determinado a través de un proceso político, pacíficamente y por negociaciones.

- Únicamente el Consejo de Seguridad puede terminar el régimen jurídico internacional de Kosovo.

Para Serbia, entonces, la resolución 1244 (1999) se levanta como la fuente de una obligación, según la cual la independencia de Kosovo pasa a estar prohibida por el derecho internacional. Como se sabe, las resoluciones del Consejo de Seguridad constituyen uno de los pocos ejemplos en que un órgano de una organización internacional ejerce una función legislativa creando normas obligatorias para los estados miembros de la organización.⁹

Una forma en que los partidarios de la formación del nuevo estado de Kosovo respondieron a este argumento serbio fue tratar de equiparar el marco constitucional establecido en virtud de la resolución 1244 con un sistema jurídico doméstico. El argumento subyacente es que el derecho doméstico del estado, una de cuyas regiones se independiza, es irrelevante a la hora de determinar si esa independencia es lícita o no según el derecho internacional. La CIJ no estuvo de acuerdo con esta caracterización de la resolución 1244 y el marco constitucional establecido en el contexto de esta resolución. Es obvio que la resolución 1244 y las normas establecidas para la administración de Kosovo por parte de NU son normas de derecho internacional, sin perjuicio de que tengan implicaciones normativas en el plano doméstico.

Sin embargo, el intento de equiparar estas normas internacionales que componen el marco constitucional de administración de Kosovo con el derecho constitucional doméstico parte del supuesto correcto de que ningún orden constitucional podría evitar, jurídicamente hablando, el nacimiento de un nuevo estado. Sobre este punto, la Corte Suprema de Canadá señaló que, si bien el análisis constitucional referido a una secesión unilateral puede llevar a la conclusión de que no existe un derecho a realizarla en el plano doméstico, eso no implica desconocer la posibilidad de que se efectúe una secesión unilateral *de facto*.¹⁰ Obviamente, la Constitución de Canadá no regula la secesión *de facto*. Si lo hiciera, esta dejaría de tener tal carácter y simplemente sería una de las salidas constitucionales reconocidas como derecho por Canadá a las aspiraciones secesionistas de ciertos sujetos.

8 Mi traducción. Texto en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15642.pdf>. En el original en inglés se lee: The Security Council of the United Nations, by adopting Security Council resolution 1244 (1999) under Chapter VII of the Charter, established an international legal regime for Kosovo, binding upon the parties as well as upon all Member States of the United Nations; The international legal regime for Kosovo guarantees the territorial integrity of Serbia pending a final settlement to be agreed between the parties under the auspices of the Security Council; The notions of “self-government” and “autonomy” in Security Council resolution 1244 (1999) exclude Independence for Kosovo, in particular a unilateral declaration of Independence; Security Council resolution 1244 (1999) requires that Kosovo’s future status be determined through a political process, peacefully and by negotiations; Only the Security Council may terminate the international legal regime for Kosovo.

9 Ver Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas que dispone: “Los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”.

10 Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217. Ver párrafo 106: “[A]lthough under the Constitution there is no right to pursue secession unilaterally, that is secession without principled negotiation, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on effective control of a territory and recognition by the international community [. . .]”

Como hemos visto, el derecho internacional general no prohíbe la secesión unilateral, pero nada obsta a que normas particulares de derecho internacional quieran limitar en un determinado caso esta libertad mediante la cual un grupo quisiera efectuar una secesión unilateral. En ese sentido, la resolución 1244 (1999) y el marco constitucional establecido por NU podrían interpretarse como una prohibición a la secesión unilateral; esas normas internacionales cumplirían un rol parecido al de la Constitución de Canadá en el derecho canadiense para determinar el ámbito de acción de la provincia de Québec. Por otra parte, si consideramos que la misma CIJ es parte del sistema jurídico internacional, se puede también decir que ella se encuentra en una situación parecida a la de la Corte Suprema de Canadá, porque ambas cortes tienen la responsabilidad de ser fieles y aplicar las reglas de su propio sistema jurídico. Con estas consideraciones en mente, Serbia podía esperar que la CIJ le diera la razón. Es decir, a partir de la resolución 1244 (1999) y el marco constitucional establecido por NU para la administración provisoria de la región de Kosovo, la CIJ podría haber concluido que la única salida posible para las aspiraciones secesionistas de Kosovo era seguir el procedimiento de negociación establecido por esas normas.

Sin embargo, así como existen similitudes, también hay una gran diferencia entre la Corte Suprema de Canadá y la CIJ. La Corte Suprema de Canadá podía agotar su análisis jurídico en una interpretación de la Constitución de Canadá, teniendo solo presente en su análisis la constatación de que el derecho internacional general no establece un derecho generalizado a la secesión pero tampoco prohíbe la libertad para realizar secesiones unilaterales. Es decir, la Corte Suprema de Canadá podía ser fiel a la aplicación de la Constitución de Canadá, pero reconociendo un ámbito internacional en el que a lo mejor una secesión *de facto* podía llevar a la creación de un nuevo estado.¹¹ La CIJ se encontraba en una posición diferente porque reglas específicas de derecho internacional establecían un procedimiento en el cual, en principio, las aspiraciones secesionistas de Kosovo se deberían haber enmarcado: la resolución 1244 (1999) y el marco constitucional.

11 Ibid. Ver párrafo 141: "It is true that international law may well, depending on the circumstances, adapt to recognize a political and/or factual reality, regardless of the legality of the steps leading to its creation." Y en el párrafo 142 se lee: "Secession of a province from Canada, if successful in the streets, might well lead to the creation of a new state. Although recognition by other states is not, at least as a matter of theory, necessary to achieve statehood, the viability of a would-be state in the international community depends, as a practical matter, upon recognition by other states [. . .]."

¿Podía la CIJ decidir que esas normas internacionales habían perdido validez frente al ejercicio eficaz por parte del pueblo de Kosovo del poder de crear un nuevo estado? Es claro que la CIJ, cuya función es interpretar y aplicar el derecho internacional, no podía dar una opinión en ese sentido. La Asamblea de Kosovo es un órgano que operaba en el contexto del marco constitucional establecido por NU. Es decir, sus poderes estaban determinados por ese marco constitucional. Pero la CIJ estaba probablemente consciente de que, en la medida que la creación de un nuevo estado es el producto de la política más que del derecho, no podía recurrirse a la reglas jurídicas para bloquear la creación de un nuevo estado. Por otra parte, sabido era que el proceso de negociación previsto por el marco constitucional estaba frustrado.¹² Por lo tanto, para tratar de conciliar la naturaleza internacional del marco constitucional establecido y su vigencia con la licitud general de la declaración de independencia, la CIJ no encontró mejor camino que ampararse en el criterio *ratione personae*. Así, la conclusión fue que los autores de la declaración de independencia no se encontraban obligados por el marco constitucional establecido, por cuanto actuaron en una calidad diferente a la de un órgano de este marco constitucional.¹³ Con todo, con esta aplicación del criterio *ratione personae*, la Corte no hacía sino reconocer en forma implícita los límites normativos del derecho internacional para responder la pregunta sobre cuándo y cómo se crean los nuevos estados.

4. El derecho internacional y los criterios que determinan la existencia o inexistencia de un nuevo Estado

La opinión de la CIJ se limitó a establecer que la declaración de independencia de Kosovo no violaba ninguna norma de derecho internacional. La Corte, entonces, no se pronunció sobre si Kosovo puede ser calificado como un nuevo estado de acuerdo con el derecho internacional. Según la Corte, esa pregunta

12 Opinión Consultiva, párrafo. 105: "The declaration of independence reflects the awareness of its authors that the final status negotiations had failed and that a critical moment for the future of Kosovo has been reached. The Preamble of the declaration refers to the 'years of internationally-sponsored negotiations between Belgrade and Pristina over the question of our future political status' and expressly puts the declaration in the context of the failure of the final status negotiations, inasmuch as it states that 'no mutually-acceptable status outcome was possible' [. . .]."

13 Ibid., párrafo. 105: "[t]he authors of the declaration did not seek to act within the standard framework of interim self-administration of Kosovo, but aimed at establishing Kosovo 'as an independent and sovereign' state (paragraph 1). The declaration of independence, therefore, was not intended by those who adopted it to take effect within the legal order created for the interim phase, nor was it capable of doing so. On the contrary, the Court considers that the authors of that declaration did not act, or intend to act, in the capacity of an institution created by and empowered to act within that legal order but, rather, set out to adopt a measure the significance and effects of which would lie outside that order."

no le fue formulada por la Asamblea General. Pero, ¿estaría dispuesta la Corte a responderla si se le formulara? El análisis expuesto en el capítulo anterior no permite dar una respuesta general. En el caso de Kosovo, la Corte consideró que esa pregunta no le había sido formulada, pero no se puede descartar que en otras situaciones la Corte quisiera hurgar un poco más en las condiciones necesarias para establecer un nuevo estado conforme al derecho internacional o que la Asamblea General le haga derechamente la pregunta.

La regla general es que la creación de nuevos estados se rige por el principio de efectividad. Muchos autores sostienen que la pregunta sobre la creación de nuevos estados no puede ser respondida por el derecho internacional positivo. Como ha dicho Georges Abi-Saab:

Por cierto, el Estado desde la perspectiva del derecho internacional no es una mera persona jurídica (personne morale), cuyo proceso de nacimiento se encuentre regulado por el derecho. Se trata más bien de un 'hecho primario'. i.e. un hecho que precede al derecho, y que el derecho reconoce una vez que éste se ha materializado, atribuyéndole ciertos efectos, incluido un cierto estatus jurídico.

Sin embargo, el derecho no tiene un control directo sobre el despliegue de ese proceso que lleva al nacimiento de un Estado; él puede incentivar o desincentivar su nacimiento por medio de incentivos o disuasivos, como lo hizo, por ejemplo, al promover la creación de un estado independiente en Namibia o al desincentivar la existencia de un estado racista en Rodesia; en otras palabras, actuando sobre la base de las probabilidades y las efectividades. Pero no puede directamente "crear" ni destruir el hecho primario (en la medida que el derecho no es en este contexto la "causa eficiente" en el sentido aristotélico del término).¹⁴

En otras palabras, la posición general es que no es el derecho el que hace al soberano, sino que el efectivo despliegue de su poder. Y así lo dijeron los expertos a quienes el Ministerio de Relaciones Exteriores de Canadá pidió un informe relativo a las consecuencias jurídicas de una futura independencia de Quebec: "la existencia de un Estado no es una cuestión jurídica sino de hechos."¹⁵

La posición de la CIJ en el caso Kosovo es compatible con esta posición. Es así como prefirió señalar en forma escueta que la pregunta sometida por la Asamblea General era concisa y específica, referida solo a determinar si la declaración de independencia estaba en conformidad con el derecho internacional. La Corte aclaró que no se le había preguntado por las consecuencias jurídicas de la declaración de independencia. Tampoco se le preguntó, dijo, si Kosovo había logrado alcanzar o no el status de estado.

Junto con esta posición según la cual la creación de nuevos estados se limita a la aplicación del principio de efectividad, han surgido voces que señalan que el derecho internacional podría evolucionar hacia el desarrollo de normas relativas al establecimiento de nuevos estados. Crawford, por ejemplo, ha dicho que no hay nada contradictorio en aceptar que el derecho internacional pueda establecer una regulación jurídica para el fenómeno de la estatalidad.¹⁶ A muchos, tal vez, les habría gustado que la Corte entrara en una discusión sobre la existencia de esas nuevas normas y acusan que la Corte fue poco generosa en su respuesta a la opinión solicitada. Sin embargo, tal vez la causa de su acotada respuesta se deba simplemente a que, en el caso particular de Kosovo, la Asamblea General no estuvo ni habría estado dispuesta a hacer la pregunta más amplia sobre qué reglas se han desarrollado en el derecho internacional contemporáneo sobre la creación de nuevos Estados.

¹⁴ Mi traducción. Abi-Saab, "Conclusion", en Kohen (ed.) *Secession. International Law Perspectives*, (Cambridge University Press) 2006, p. 470. El original en inglés se lee:

Indeed, the State in the contemplation of international law is not a mere legal or 'juristic' person (personne morale), whose process of coming into being is prescribed by law. It is rather a 'primary fact', i.e. a fact that precedes the law, and which the law acknowledges only once it has materialised, by attributing certain effects to it, including a certain legal status.

However, the law has no direct hold over the unfolding of the process that leads to the birth of the State; it can encourage or discourage its advent by means of inducement or dissuasion, as it did, for example, in encouraging the creation of an independent State in Namibia or in discouraging the existence of a racist State in Rhodesia – in other words, in acting on the probabilities and the effectivities. But it can neither 'create' nor destroy the primary fact directly (since the law is not in this context an 'efficient cause' in the Aristotelian sense of the term).

¹⁵ Mi traducción. Franck, Higgins, Pellet, Shaw y Tomuschat, op. cit., párrafo 2.40: "the existence of a State is not a question of law but of fact".

¹⁶ Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd ed., (Oxford University Press) 2006, p. 106.