

KOSOVO: UN FANTASMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

No existe acuerdo sobre el significado preciso del término secesión. Algunas veces el término es empleado en el sentido de incluir tanto el desmembramiento y la disolución de estados. Otras definiciones consideran la secesión como la separación de parte del territorio de un estado por voluntad de la población con el propósito de crear un nuevo estado independiente o de unirse a otro estado sin afectar la continuidad de la existencia del predecesor o estado existente. Algunos juristas enfatizan la ausencia de consentimiento de parte del estado existente como una precondition para la secesión. Cuando un nuevo estado es creado tomando parte del territorio de otro estado con su consentimiento dicho proceso es descrito como transferencia. Y no secesión. Otros autores van más allá del requisito de la ausencia del consentimiento e insisten que el proceso de separación forzada por la secesión ha ocurrido (1).

El concepto de secesión descrito por Marcelo Kohen es bastante apropiado, cuando afirma que la secesión es la creación de una entidad independiente a través de la separación de parte del territorio y población de un estado existente sin el consentimiento de este último.

El reconocimiento anticipado ha sido considerado no solamente como un acto inamistoso sino también como un acto ilegal. Los reclamos de los estados al reconocimiento de la secesión de territorios como estados independientes por terceros estados está basado en la hipótesis de que fue un acto internacional equivocado al reconocer dicho territorio como estado mientras el estado aún intenta reafirmar su autoridad con algunas posibilidades de éxito. Algunos autores ingleses como Lauterpacht no dudan en sostener que dicha acción constituye una intervención ilegal en asuntos internos de otro estado (2).

Son varias las convenciones aplicables en esta materia, sin embargo existe un amplio consenso que el instrumento más completo sobre la materia, que ha recibido una aceptación general tanto por la práctica de los estados, como por la doctrina internacional más autorizada, es la Convención de Montevideo de 1933, adoptada como parte de la Convención de Derechos y Deberes de los Estados durante la VI Conferencia Internacional Americana efectuada en la capital del Uruguay. Dicha Convención afirma que: "El Estado como una persona de Derecho Internacional debe tener los siguientes elementos: a) una población permanente; b) un territorio definido; c) un gobierno y d) la capacidad de entrar en relaciones con otros estados".

Prohibición del uso de la fuerza.

La prohibición sobre el uso de la fuerza en las relaciones internacionales surge en el Tratado General sobre la Renuncia de la Guerra, conocido como el Pacto de París o Pacto Braiand-Kellog de 1928, así como de la Carta de las Naciones Unidas que en su artículo 2(4) han impuesto una restricción sobre el proceso de implementación legal de la sucesión de estados. Así, la sucesión de un territorio que ha sido conseguido mediante la utilización del uso de la fuerza por un tercer estado contra el estado original constituye una acción ilegal y tendrá como sanción el no reconocimiento.

Principio de la autodeterminación de los pueblos.

Aún hoy, la autodeterminación de los pueblos es vista como una aspiración política más que un principio jurídico. Su existencia como parte del derecho internacional está sin embargo fuera de cualquier duda. Convenciones internacionales, declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y decisiones de los tribunales internacionales han reconocido a la autodeterminación como un derecho humano fundamental. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), por ejemplo, proclamó en el caso de Timor Oriental que la autodeterminación constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo y, por lo tanto, es un principio *erga omnes*. Así, una entidad que deviene como estado en clara violación del derecho a la autodeterminación no puede ser reconocida por la comunidad internacional. Consecuentemente, una entidad que sucede en el ejercicio del derecho de la autodeterminación puede ser reconocida considerando las restricciones que implica el principio de la integridad territorial (3).

Integridad Territorial.

El derecho internacional afirma el principio de la soberanía territorial de los estados. Son dos los principios que aseguran las fronteras territoriales de los estados: la integridad territorial y el *uti possidetis*. El principio de la integridad territorial de los estados fue consagrado por el Pacto de la Liga de las Naciones y recogido posteriormente por la Carta de las Naciones Unidas. Por lo que respecta al *uti possidetis*, que tiene su origen en la práctica de los estados latinoamericanos durante la época de independencia, se afirma el respeto por la vigencia de las fronteras de los imperios coloniales durante el proceso de independencia. Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional (4).

Jus Cogens

Desde siempre se ha considerado unas veces con mayor, otras con menor énfasis, que el orden jurídico internacional cuenta con un conjunto de normas fundamentales que vinculadas a la estructura misma de la comunidad internacional escapan a la voluntad contractual de los estados.

El desarrollo relativo a las normas de *jus cogens* ha cambiado profundamente la naturaleza del derecho internacional. Desde el año 1969, con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que declaró que: “un Tratado es nulo si al tiempo de su conclusión entra en oposición con una norma perentoria de derecho internacional general”. La noción de *jus cogens* ha sido entendida más allá de los tratados, a otras acciones internacionales y confirmada por la CIJ. En el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos ilícitos de 2001, se previene que los estados están obligados a evitar reconocer como legales situaciones creadas en seria violación de una norma perentoria que no únicamente consagra la práctica de no reconocer como estados a entidades creadas a través del uso de la fuerza sino también contemplan el no reconocimiento de estados creados en violación de una norma perentoria, como son los principios de autodeterminación y de la integridad territorial.

Los anteriores principios legales y de la costumbre internacional se aplican a las decisiones de los estados cuando reconocen la sucesión de entidades que pretenden ser reconocidas como estados. Esos principios y normas son aún imprecisos y sujetos a excepciones y permiten a los estados un amplio margen de apreciación en su determinación de cuando una entidad particular reclama su calificación como un estado. En ocasiones, ellos pueden ser contradictorios como las normas de la autodeterminación y de la integridad territorial. No obstante, ellas constituyen principios y normas de derecho que los estados deben tener en cuenta como directrices legales y ello ha quedado demostrado en los procedimientos ante la CIJ, en la Opinión Consultiva sobre Kosovo (OCK) en la que cerca de 43 estados presentaron sus argumentaciones escritas u orales al Tribunal sobre lo que consideraron el derecho internacional aplicable a la materia.

La decisión legal y las apreciaciones de los estados en materia de secesión es esencialmente una decisión jurídica, es un ejercicio de escoger sobre una materia de importancia política. Donde las autoridades están divididas, o los diferentes principios generales se aplican y donde las distintas normas de interpretación conducen a conclusiones diferentes, los estados están obligados a tomar decisiones. En el ejercicio de la opción de escogerlos los estados deben guiarse por ambos principios de derecho y de política con el propósito de llegar a conclusiones efectivas que apuntalen la integridad y la coherencia del orden internacional. Eso es al menos lo que se espera de los estados (5).

La Política

En un tema altamente politizado como es la sucesión de estados, los precedentes históricos deben de tomarse en cuenta al momento de considerar estas materias.

Si se toma como punto de referencia la organización universal por antonomasia como es la Organización de las Naciones Unidas, tenemos que en 1945, fueron 51 estados los fundadores de la organización. Gracias al proceso de descolonización, a partir de 1960 la membresía de las Naciones Unidas se incrementó hasta llegar a los 200 estados admitidos en la actualidad, Un examen de casi la mitad de ese número son mini-estados con poblaciones de menos de un millón de habitantes. En esas condiciones no sería deseable que la membresía continuara aumentando en tales proporciones.

En 1992, el Secretario General de la ONU Boutros Boutros Gali llamó la atención de la Organización si de 166 estados miembros podría seguir cumpliendo sus responsabilidades de llegarse a doblar su número.

Este hecho debe de ser tomado en cuenta al considerar una aproximación al tema de la sucesión de los estados.

Factores culturales, étnicos, geográficos, históricos, sociológicos y políticos influyen el tema de la sucesión de los estados y determinan el cuerpo de normas jurídicas aplicables a la materia.

Pero finalmente, los principios que se encuentran en juego y, desde luego entran en conflicto son: el principio de la autodeterminación de los pueblos y el principio de la integridad territorial de los estados.Cuál de ellos debe de prevalecer depende de diversos

factores, pero de una manera principal, de una decisión política. Y esta clase de decisión encuentra su fundamento, la mayor parte de las veces, en los intereses particulares de las grandes potencias. Y este ha sido claramente el caso de Kosovo y Metoija.

Reconocimiento y Secesión.

En el derecho internacional no existe un procedimiento específico que regule la secesión de los estados, o cuando una entidad ha devenido como estado y debe de ser admitida en el denominado Club de Naciones. Como señala Dugard, no existen cortes o instituciones encargadas de examinar las credenciales de los aspirantes y, entonces corresponde a los estados o a las organizaciones internacionales la decisión de en qué momento una entidad cumple con los requisitos de calificar como estado y entonces se puede entrar en relaciones con ella o bien, ser admitida en el seno de una organización internacional general o regional. Ello entonces supone que la decisión unilateral es la que determina el reconocimiento de una entidad como estado y, por lo tanto, configura el elemento principal del proceso en estudio (6).

Para ciertos juristas como el mismo Dugard (7) no debe de confundirse la secesión de estado con el reconocimiento de estado, que constituyen dos cuestiones separadas. Si bien es cierto que esta sutileza doctrinaria debe de ser tomada en cuenta, en la práctica pierde su validez, toda vez que darse jurídicamente la secesión de estados sin el consecuente reconocimiento resultaría algo superfluo y solamente tendría un valor doctrinario. El propio Dugard reconoce que ambos: reconocimiento y secesión tienen características comunes y, aunque no llega a afirmarlo no podría existir el uno sin el otro (8).

En la opinión de la incontestable autoridad de Lauterpacht, el punto de vista predominante en la doctrina internacional, reconoce que la materia no se regula por elementos jurídicos sino políticos.

En apoyo a los puntos de vista de que el reconocimiento es una cuestión política más que jurídica estriba en la circunstancia de que la secesión constituye una situación de hecho más que de derecho. Queda así en duda de si de una acción política pueden derivarse principios legales. En el caso de Kosovo, muchos de los argumentos presentados ante la CIJ sostenían que se trataba de una situación *sui generis* que es una materia regulada por la política y no por los precedentes legales.

Hans Kelsen escribió en 1941, que las cuestiones del reconocimiento de estados y de gobiernos no han sido resueltas de forma satisfactoria ni en la teoría ni en la práctica estadual, por lo que permanece como una cuestión de las más controvertidas que existen.

La simple certificación de la existencia de un nuevo estado, a través de transferir de manera ordenada la soberanía de la metrópoli ha sido aceptado, en la mayor parte de los casos sin objeciones, y como una prueba satisfactoria de que un nuevo estado ejerce poderes soberanos y por lo tanto es elegible para recibir un reconocimiento (9).

Como escribió en su momento Rosalyn Higgins, el tradicional requerimiento de un estable y efectivo gobierno en un territorio que reclama su condición estadual bajo el derecho

internacional invocando el derecho a la autodeterminación ha venido experimentando un relajamiento más que preocupante (10).

Dugard, por su parte, ha afirmado que gracias al apoyo a la descolonización y a una desmesurada evaluación del principio de autodeterminación en el contexto del fenómeno de descolonización, el reconocimiento de estados ha sido ampliamente cuestionado dentro de las relaciones internacionales. Esto puede aplicarse de manera contundente en la práctica del reconocimiento seguida durante la disolución de la República Federal Socialista de Yugoslavia y por los reclamos de Kosovo como estado (11).

En el caso de la ex Yugoslavia, el papel del derecho y la política fueron absolutamente alterados y caracterizados por inconsistencia, obscuridad y un desconocimiento del papel del derecho internacional en este proceso, pero que culminaron en una decepción un día después de lo que aconteció en Kosovo, como escribió en su momento Ryngaert y Sobrie (12).

El reconocimiento de Kosovo ha demostrado el nivel de inconsistencias y arbitrariedades que inexplicablemente se ha dado al papel del derecho internacional en el proceso del reconocimiento de estados y suscita la cuestión si el orden jurídico juega un papel en todo esto (13). La división entre la comunidad internacional sobre la cuestión entre los partidarios del reconocimiento de la región serbia y los que consistentemente se oponen al reconocimiento no constituye el meollo del problema (14). Hay que considerar que tanto los Estados Unidos y algunos países occidentales tradicionalmente comprometidos con la vigencia de los principios jurídicos han defendido la postura de que el reconocimiento de Kosovo fue algo *sui generis* y por lo tanto no necesariamente sería regulado por el derecho internacional. En segundo lugar se encuentra la fallida decisión de la CIJ que no pudo pronunciarse sobre el reconocimiento de Kosovo en la Opinión Consultiva de 2010. El silencio de la Corte sobre la cuestión de Kosovo envió distintas señales y contribuyó a la confusión reinante (15).

En pocas disciplinas sociales como en el derecho internacional, las formas en que se plantean los problemas éstos se agravan más de lo necesario o se solucionan más pronto de lo esperado.

Este razonamiento puede aplicarse de una manera plena al campo del reconocimiento de estados y de gobiernos, tomando en consideración que la materia dentro del derecho internacional se encuentra impregnada de una dosis política en mayor medida que en otros temas de esta rama del derecho.

En estas condiciones, si bien es conocida la posición de la doctrina internacionista más autorizada en el sentido de que el reconocimiento de estados y de gobiernos es una decisión política por antonomasia, sería necesario evitar caer en lo que tan acertadamente ha descrito Lauterpacht como un grotesco espectáculo de una comunidad conformada por estados en relación con algunos estados pero no con otros estados, argumentándose la obligación de los estados a reconocer las entidades que cumplen las condiciones estatales que requiere el derecho internacional (16).

En 1991, la Comunidad Europea expidió criterios para el reconocimiento de los nuevos estados en la Europa del Este, en la Unión Soviética y una declaración sobre Yugoslavia, donde se acentuaba la importancia del principio de autodeterminación y establecía un número de condiciones para extender el reconocimiento que incluía, entre otros, el respeto al estado de derecho, a la democracia, a los derechos humanos y a garantizar el derecho de las minorías y de los grupos étnicos y nacionales. Aplicando esas directivas, la Comunidad Europea y sus estados miembros, extendieron su reconocimiento a 11 de las 15 Repúblicas que formaban parte de la extinta Unión Soviética.

La Comisión Arbitral Badinter, a su vez, examinó los casos de Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia y Macedonia si cumplieron con las condiciones de la Comunidad Europea, encontrando que en el caso de Eslovenia y Macedonia se atendieron los requisitos pero no así en, los casos de Croacia y Bosnia y Herzegovina. Hay que considerar que de acuerdo con Dugard, la Comisión de Arbitraje Bandister, examinó las condiciones de reconocimiento y no las condiciones estaduales consideradas como equiparables en el contexto de la disolución de la antigua Yugoslavia (17).

Este criterio fue sostenido previamente en el caso de Rodesia por el Consejo de Seguridad donde al criterio tradicional de reconocimiento de un régimen se agregan las condiciones de que deben de estar en vigor ciertos derechos civiles y políticos, incluyendo el derecho de cada persona a participar en el gobierno de su nación directamente o a través de sus representantes electos regularmente en condiciones de igualdad y bajo el voto secreto (18).

Reconocimiento Colectivo.

Otra de las vertientes jurídicas del reconocimiento se refiere en la actualidad al reconocimiento colectivo, es decir aquel que se produce en el seno de las organizaciones internacionales. O sea que el reconocimiento como miembro de una organización internacional llevaría implícito un reconocimiento individual por cada uno de los miembros de una organización internacional. En el caso de las Naciones Unidas que es la única organización internacional de alcance universal implicaría que su admisión llevaría en consecuencia el reconocimiento por cada uno de los estados miembros que así lo acordaran.

El problema anterior tiene su antecedente en un informe del Secretario General de la ONU en 1951, que afirmaba que: "las Naciones Unidas no tienen ninguna autoridad para reconocer a un nuevo Estado o a un nuevo Gobierno como Estado. El establecimiento de una regla sobre el reconocimiento colectivo por las Naciones Unidas, requeriría una enmienda a la Carta o un tratado, a los cuales los Miembros debían de adherirse" (19).

Este Memorándum provocó una furibunda respuesta de prominentes juristas como Kelsen, Briggs y Quincy Wright, quienes argumentaron que la admisión a las Naciones Unidas es el resultado de un reconocimiento general o legal, opuesto a un reconocimiento particular o político que constituye un reconocimiento bilateral como resultado de un intercambio de relaciones diplomáticas (20).

En una parte de su estudio sobre el Derecho de las Naciones Unidas, Kelsen elabora su punto de vista de que la admisión a las Naciones Unidas implica el reconocimiento de la

comunidad internacional a un estado. Afirma el jurista austriaco que es difícil negar que la admisión a las Naciones Unidas no implica el reconocimiento de la comunidad de estados, a través del procedimiento de admisión en el cual participan el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. Agrega que si una comunidad es admitida a las Naciones Unidas, incluso los que no han reconocido a dicha comunidad como estado y que han votado en contra de su admisión tienen la obligación de definir los derechos de esa comunidad como estado. Esto implica que están obligados por la Carta a considerar a dicha comunidad como un estado. De lo contrario estarían apartándose de lo dispuesto por la Carta. Sin embargo Kelsen no es lo suficientemente explícito pues si bien, por una parte, afirma la obligación de los miembros a considerar a una comunidad como estado, por la otra dice que dichos miembros no se encuentran obligados a entrar en relaciones diplomáticas normales con la comunidad internacional. Este punto de vista de Kelsen es compartido con juristas como Briggs y Wright (21).

Ahora bien, el reconocimiento también puede extenderse a través de una acción unilateral. En dicho caso, el reconocimiento de un estado implica un doble propósito: un reconocimiento legal sobre la personalidad internacional de una entidad y el reconocimiento político que constituye la expresión de una voluntad política de entrar en relaciones bilaterales con la entidad.

Sin embargo, en los últimos tiempos el reconocimiento como acto unilateral ha venido siendo desplazado por el reconocimiento colectivo dentro de la Organización de las Naciones Unidas.

Sin embargo aún pueden darse casos de comunidades que son admitidas como miembros de organismos internacionales especializados pero no por la ONU. El caso de Kosovo cae dentro de esta hipótesis.

La CIJ en su *dictum* sobre la Reparación de Ciertos Daños Sufridos relativos a la Personalidad Internacional de las Naciones Unidas, consideró que la "Vasta mayoría de los Miembros de la Comunidad Internacional tiene la facultad, de conformidad con el derecho internacional, de otorgar a una entidad la personalidad internacional correspondiente" y, obviamente de reconocer la facultad de las Naciones Unidas para confirmar la existencia de un estado.

No Reconocimiento.

Jurisprudencialmente, la doctrina se encuentra fundada sobre el principio *ex injuria jus non oritur* que de acuerdo con los autores se entiende que: el no reconocimiento encuentra su fundamento en que los actos que son contrarios al derecho internacional son inválidos y no pueden ser una fuente de derecho por devenir de un acto ilegal. Este principio se aplica por el derecho internacional, como uno de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas (22).

Cuando la doctrina del no reconocimiento fue expuesta, la idea de la existencia de las normas perentorias o de *jus cogens* aún se encontraban en proceso de formación (23).

Actualmente es aceptado que existen un cierto número de normas básicas que constituyen el fundamento del derecho internacional y son normas perentorias que no pueden

derogarse bajo ninguna circunstancia. Un acto que es contrario a una norma que tiene el carácter de *jus cogens* es ilegal y por tanto nulo y se encuentra prohibido. Este principio también se aplica a la creación de los estados, a la adquisición de territorios por lo que los estados se encuentran obligados a no reconocer dichos actos bajo el derecho consuetudinario en concordancia con los principios generales de derecho. Las resoluciones del Consejo de Seguridad como de la Asamblea General están, desde una perspectiva de la jurisprudencia, son actos declarativos en el sentido de que ellos confirman la existencia de un deber de los estados de no reconocer dichas situaciones. En términos prácticos tales resoluciones son de un carácter esencial y suministran la certeza para descartar la decisión individual de los estados por una determinación colectiva.

La doctrina del no reconocimiento fue confirmada por la CDI en su proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos del 2001, que en sus artículos 40 y 41 proclaman que un estado no reconocerá como legal una situación creada en la violación de una norma perentoria de derecho internacional general.

La CIJ también ha dado algún apoyo a esta doctrina en su Opinión Consultiva sobre Kosovo, recociendo que las resoluciones del Consejo de Seguridad en los casos de Rodesia, el Norte de Chipre y la República Srpska determinaron que las declaraciones de independencia son ilegales, cuando están vinculadas al uso ilegal de la fuerza u otras clases de violaciones de las normas del derecho internacional general, en particular de normas de *jus cogens* (24).

El significado del derecho a la autodeterminación fue el resultado de la independencia de las naciones que pertenecían a las colonias pero no afecto la integridad territorial de los estados establecidos. La propia resolución 2625 (XXV) de 1970 que aprueba la Declaración sobre las Relaciones de Amistad y Cooperación entre Estados reconoce el derecho a la autodeterminación con el propósito de acelerar el fin del colonialismo, pero previene que ello no deberá afectar la integridad territorial, la soberanía o la independencia de los estados.

En los procedimientos ante la CIJ en el caso de Kosovo Serbia insistió que el significado de la autodeterminación se entiende como una autodeterminación interna en tratándose de la independencia de los estados. “El derecho internacional reconoce el derecho a la autodeterminación con relación a los pueblos en estados independientes y significa el derecho de dichos pueblos a participar en el gobierno de dichos estados y en general a beneficiarse de la expresión colectiva de los derechos humanos pero estricta y únicamente dentro del marco territorial del estado en cuestión” (25).

En efecto, el derecho a la autodeterminación de un pueblo es normalmente alcanzado a través de la autodeterminación interna para alcanzar su desarrollo político, económico, social y cultural dentro del orden legal de un estado existente.

La más seria restricción a la autodeterminación estriba en la significación del término “auto” en esta materia. Solamente un pueblo califica como una entidad que goza del derecho a la autodeterminación, por lo que no resulta necesario decidir cuando un grupo que persigue la secesión es un pueblo. Jennings en un aforismo sobre el tema de la autodeterminación dice que el problema en la superficie de lo que aparece razonable deja que el pueblo decida.

Ello es algo ridículo en virtud de que el pueblo no puede decidir hasta que alguien, o sea un tercero decida quien es un pueblo. Cuando el derecho internacional hace esta decisión, no está claro (26).

El énfasis en todos los instrumentos relevantes y de la práctica de los estados sobre la importancia de la integridad territorial, significa que los pueblos se entiende en el sentido de que todos los pueblos poseen un territorio, Así, todos los miembros de distintos grupos minoritarios forman parte de los pueblos sobre un territorio. En ese sentido, ellos también, como los individuos, son detentadores del derecho a la autodeterminación. Pero como tales no gozan del derecho a la autodeterminación. Eso significa, entonces, que ellos no poseen el derecho a la secesión, la independencia o de unirse con grupos similares de otros estados (27).

Es claro en el Sistema de las Naciones Unidas, por ejemplo, que los pueblos indígenas tienen un derecho a la autodeterminación interna en relación a los asuntos domésticos pero no les asiste el derecho de secesión (28).

La cuestión de cuando la población albanesa de Kosovo constituye una cuestión destacada en los procedimientos de la Opinión Consultiva ante la CIJ sobre la Declaración Unilateral de Independencia, algunos pocos estados como Países Bajos y Suiza, argumentaron a favor de dicha clasificación. Los Países Bajos rechazaron el punto de vista de que un pueblo significa la población de un estado como un todo. Y sostuvieron que la población de Kosovo califica como pueblo de acuerdo con el significado corriente del término y cumplía con las condiciones adicionales de constituirse en un territorio común. Suiza, por su parte, invocó que Kosovo es de hecho un territorio no autogobernado como resultado de las amenazas de Serbia. Otros países como Argentina, Rusia y Serbia expresaron la tradicional posición de que un pueblo constituye la población de un territorio como una unidad y sostuvieron que la población de Kosovo califica únicamente como entidad minoritaria sujeta a una población. Serbia argumento también que el Arbitraje de la Comisión Badinter no había aceptado que la población serbia en los enclaves de Bosnia y Herzegovina y Croacia constituiría un pueblo en condiciones de ejercer el derecho de autodeterminación y por ello resultaba necesario de excluir a Kosovo como tal (29).

De acuerdo a Serbia, el principio del respeto a la integridad territorial es una norma fundamental de la paz y la seguridad internacionales al igual que los principios de la jurisdicción nacional, la no intervención y la prohibición del uso de la fuerza. Cuando ella posee el carácter de *jus cogens* es menos cierto. Es claramente norma del *jus cogens* la prohibición del uso de la fuerza contra la integridad territorial de un estado. Al contrario, los Países Bajos en sus argumentos sometidos a la CIJ durante la Opinión Consultiva sobre Kosovo sostuvieron que el principio de la integridad territorial no constituye una norma de *jus cogens* porque no puede afirmarse que la preservación de la integridad territorial de un estado en particular concierna a todos los estados y ellos no pueden tener un interés en su preservación.

El *uti possidetis*.

El *uti possidetis* significa: "como tu posees, tu puedes poseer".

Este principio del *uti possidetis* surgido en un contexto de la descolonización fue aplicado para justificar la disolución de Yugoslavia en 1991-1992. Aquí, la Comisión de Arbitraje Badinter establecida por la Comunidad Europea bajo la Presidencia del jurista francés Badinter aplicó el principio sobre las fronteras de Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia que integraban la República Federal Socialista de Yugoslavia viniendo a confirmar las fronteras bajo el derecho internacional.

Esta decisión fue severamente cuestionada por gran parte de la doctrina internacionalista. Primeramente, se aplica de forma equivocada en el caso de disputas de fronteras, cuando estas son delimitaciones administrativas establecidas durante el período colonial y por lo tanto el principio está relacionado con el proceso descolonizador tal y como ello ocurrió. Es decir, el principio no puede aplicarse a la disolución establecida de estados no coloniales; además, la Comisión no tomó en consideración las complejidades de la doctrina del *uti possidetis*; la potencial transformación de fronteras administrativas en estados con unidades federales o provinciales en fronteras internacionales crea una invitación a la fragmentación territorial. Finalmente, ello fue en parte responsable de la violencia inter-étnica que acompañó la desintegración de la antigua Yugoslavia.

Por otra parte, hay que aclarar que el principio del *uti possidetis* no constituye una norma de *jus cogens* y, por lo tanto, no se prohíben los cambios consensuales a las fronteras, como lo demuestra lo ocurrido en la América Latina durante su proceso de independencia de las potencias coloniales de ese entonces.

La extensión del principio del *uti possidetis* para administrar las fronteras en las federaciones y los estados unitarios ha sido controvertida desde la decisión de la Comisión de Arbitraje Badinter. Aún más, su fundamento ha sido cuestionado por el reconocimiento de Kosovo por cerca de 100 estados. En su opinión No. 2, la Comisión de Arbitraje Badinter estableció que el principio de *uti possidetis* precluye que los enclaves serbios en Bosnia y Herzegovina y Croacia ejercen el derecho exterior de autodeterminación. Kosovo ocupa una posición idéntica como un enclave albanes dentro de Serbia (30). El reconocimiento de Kosovo como estado independiente indica que más de 90 estados no se encuentran preparados para considerar el principio del *uti possidetis* regulando la división territorial en los Balcanes, en consonancia con las fronteras de la antigua Yugoslavia.

En su Opinión Consultiva sobre la Independencia de Kosovo, la CIJ consideró la cuestión de cuando la declaración unilateral de independencia de Kosovo se encuentra prohibida bajo el principio de la integridad territorial. Después de citar el artículo 2 (4) de la Carta de la ONU, la resolución 2625 (XXV) sobre los Principios de Coexistencia Pacífica, la decisión de la CIJ sobre Nicaragua y los Acuerdos de Helsinki sobre la integridad territorial, la Corte declaró, sin considerar las resoluciones del Consejo de Seguridad invocadas por Serbia en apoyo a su posición que, “el marco del principio de la integridad territorial se encuentra confinado a la esfera de las relaciones entre Estados”. Cuando el Consejo de Seguridad podrá cumplir los términos de esta decisión en la consideración de conflictos internos que incluyen movimientos secesionistas permanece en entredicho, como ha afirmado Dugard (31).

Algunos estados como Rusia y Rumanía han aceptado que el recurso a la secesión es permitido por el derecho internacional como un último recurso pero argumentan que un examen de los hechos ocurridos mostró que no existió una situación de opresión sobre Kosovo después de 1999 y sin embargo el recurso a la secesión fue ejercido en el 2008. La Federación de Rusia mantuvo que el recurso a la secesión debe “limitarse a verdaderas circunstancias extremas, como un ataque del estado existente que amenaza realmente la existencia del pueblo en cuestión” (32).

Hoy en día es comúnmente aceptado que un estado creado en violación de una norma perentoria no califica como tal y otros estados se encuentran obligados a no reconocer a dicha entidad. Tanto la CIJ como la Comisión de Derecho Internacional han confirmado dicho principio. En su opinión Consultiva sobre la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo, la CIJ reconoció que las declaraciones de independencia son ilegales si ellas violan una norma de *jus cogens* y citó como ejemplo los mencionados casos de Chipre del Norte, Rodesia y la República Srpska (33).

En el caso de Kosovo, la Corte Internacional de Justicia de La Haya citó las resoluciones 787 (1992) relativa a la República Srpska como ejemplo de una resolución del Consejo de Seguridad que condena la declaración particular de independencia en relación con el ilegal uso de la fuerza, u otras claras violaciones de normas de derecho internacional general, en particular las normas perentorias o de *jus cogens*.

A la disolución de la República Federal Socialista de Yugoslavia en 1991, el estado federal de Bosnia y Herzegovina comprendía una población de 43% de musulmanes (bosniacos), 17% de croatas y 31% de serbios. El 9 de enero de 1992, la comunidad serbia proclamó la independencia de la República Srpska respecto del territorio donde la población serbia constituía una substancial mayoría. En su resolución 787 de 16 de noviembre de 1992, el Consejo de Seguridad hizo un llamado a las partes a “respetar la integridad territorial de B&H, afirmando que cualquier declaración unilateral de una entidad o de acuerdos impuestos contra dicho principio no serán aceptados”.

Resulta extraño encontrar la resolución 787 (1992) entre los ejemplos de las resoluciones condenando las declaraciones unilaterales de independencia relacionadas con la violación de normas perentorias. Primeramente, la resolución 787 no menciona a la República Srpska por su nombre, a pesar que la resolución en su integridad se refiere a las conductas de las fuerzas para-militares serbio-bosniacas, como la preocupación principal del Consejo. Además, la decisión del Consejo de Seguridad condenando a la República Srpska –sin mencionarla-, es opuesta a la decisión de la CIJ sobre Kosovo. La materia de la Corte diciendo que la aplicación del principio de la integridad territorial de los estados se encuentra confinada a la esfera de las relaciones entre los estados significa que una prohibición general contra la declaración unilateral de independencia de Kosovo, no puede conciliarse con la resolución 787 (1992) en tanto que Kosovo y la República Srpska constituían enclaves minoritarios en un estado federal de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia. Si no existe una prohibición en el derecho internacional sobre la secesión de Kosovo que comprende a una población albanesa minoritaria en el antiguo estado federal de Serbia, declarando unilateralmente su independencia de aquel, en el

entendido de que el impedimento sobre el atentado contra la integridad territorial no aplica a entidades que no son estados, dentro de un estado, es difícil entender como la declaración unilateral de independencia por una minoría serbia en B&H, también un acto no estatal operando en un estado federal, podría constituir una violación del derecho internacional dejando de ser una violación a una norma perentoria (34).

La República Federal Socialista de Yugoslavia comprendía seis estados federales: Bosnia y Herzegovina (B&H), Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia. El rompimiento del consenso constitucional ocurrió cuando el acuerdo y rotación de la presidencia federal fue rechazada por Serbia. Croacia y Eslovenia declararon unilateralmente su independencia en junio de 1991 y comenzó una guerra civil. Mediante un Acuerdo firmado en Brioni concluyó la suspensión de las declaraciones de independencia por un plazo de tres meses que posteriormente fue renovado en octubre de 1991. Bosnia y Herzegovina declaró su independencia en octubre de 1991 y Macedonia en noviembre del mismo año. En esas condiciones, las restantes repúblicas, Serbia y Montenegro declararon que Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia y Macedonia habían sucedido de la República Federal Socialista de Yugoslavia.

En agosto de 1991, la Comunidad Europea estableció la Comisión de Arbitraje que presidió el Presidente de la Corte Constitucional de Francia, Robert Badinter, e integrada además por los Presidentes de las Cortes Constitucionales de Alemania, Bélgica, España e Italia. * A su vez, la Comunidad Europea expidió unos Lineamientos para el reconocimiento de nuevos estados en la Europa del Este y en la Unión Soviética y en asociación con la Declaración sobre Yugoslavia estableció condiciones para el reconocimiento de nuevos estados, incluyendo el respeto a las fronteras existentes y garantías para los derechos de las minorías e invitando a los aspirantes a estados a solicitar su reconocimiento a la Comisión Badinter. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia y Macedonia solicitaron el reconocimiento. La Comisión de Arbitraje recomendó el reconocimiento de Eslovenia y Macedonia sin problemas. B&H y Croacia, sin embargo, presentaron dificultades para la Comisión: Croacia porque no tomó las medidas para proteger adecuadamente a las minorías y B&H porque no había celebrado un referéndum sobre su independencia.

El más controvertido reconocimiento fue el de B&H que fue reconocido cuando las autoridades bosnias controlaban únicamente una porción del territorio y el referéndum de independencia fue boicoteado por la población de origen serbio.

Por otra parte, la Comisión Badinter rechazó extender el principio de *uti possidetis* a los enclaves que comprendían las minorías serbias en la República de Croacia y B&H. En diciembre de 1991, la República Serbia de Krajina fue declarada en los enclaves serbios en Croacia y en enero de 1992, la República Srpska fue declarada por la población serbia en B&H. En respuesta a la pregunta de cuando los serbios en dichas enclaves tenían el derecho a la autodeterminación, la Comisión de Arbitraje invocó que el derecho a la autodeterminación no debe comprender cambios en las fronteras existentes al momento de la independencia (principio de *utis possidetis*). Eso significa que la población serbia en tales enclaves únicamente cuenta con los derechos acordados a las minorías y a los grupos

étnicos bajo el derecho internacional. A ellos no les asiste el ejercicio del derecho a la autodeterminación exterior o derecho de secesión.

No existe ninguna duda que la opinión de la Comisión Badinter influyó en la posición de los estados europeos en las Naciones Unidas.

Por otra parte, es evidente de que la opinión de la Comisión de Arbitraje fue ignorada y desautorizada en la Opinión Consultiva de la CIJ en el caso de Kosovo, cuando sostuvo que el derecho internacional no prohíbe la declaración unilateral de independencia por Kosovo, una provincia autónoma dentro de Serbia, una antigua República Federal de la Federación de Repúblicas Socialistas de Yugoslavia, lo que necesariamente implica que el principio del *uti possidetis* no aplica únicamente a las unidades federales sino también a las provincias autónomas (35).

Sin embargo, aumentan los cuestionamientos acerca de la procedencia de los miembros de la UE sobre la aceptación de los principios sobre el derecho de reconocimiento de las antiguas repúblicas de la RFSY. No existieron argumentos sólidos para invocar el examen de las reclamaciones territoriales de las distintas poblaciones que habitaban la antigua República Federal Socialistas de Yugoslavia, o cuando el derecho exigía un requerimiento sobre la disolución de la Federación, cuando ello no coincidía con las fronteras de las unidades federales en concordancia con el principio de la autodeterminación. No obstante, la solución ofrecida por la Comisión Badinter que proponía una aplicación sin precedentes sobre el principio del *uti possidetis* fuera de un contexto colonial, fue aceptada sin cuestionamiento alguno (36).

Kosovo.

Kosovo fue una provincia autónoma de la República Serbia bajo la constitución de 1974 de la República Federal Socialista de Yugoslavia. De acuerdo con Serbia, Kosovo no gozaba del estatus de una unidad federal, pero Kosovo mantenía que como una provincia autónoma tenía un estatus equivalente al que tenían las seis repúblicas federales, con representación directa en los principales órganos federales. En 1989, Serbia reitera la autonomía de Kosovo y como resultado de ello Kosovo declara su independencia en 1991. En su defensa Kosovo reclama que la independencia fue necesaria pero ello implicaba la negación de la postura de la Comisión Badinter cuando esta resolvió en su opinión número 2, que las minorías serbias, en Croacia y B&H eran entidades a las que no les asistía el ejercicio externo de la autodeterminación y constituían únicamente entidades sujetas a la protección acordada a las minorías.

En 1990, se es testigo de la supresión de las aspiraciones de Kosovo por la República Federal Socialista de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y se inicia un conflicto que origina el desplazamiento de un millón 45 mil personas y concluye con la cuestionada e ilegal intervención de la OTAN (37).

También en 1990, el Consejo de Seguridad adopta la resolución 1244 (1999) que autoriza al Secretario General de las Naciones Unidas a establecer una presencia civil en el territorio de Kosovo, con el propósito de establecer una administración interina, para que la población

pueda ejercer una substancial autonomía dentro de la República Federal Socialista de Yugoslavia y establecer una administración transitoria que provea el funcionamiento de instituciones democráticas de autogobierno y asegure las condiciones para una vida pacífica y normal para todos los habitantes de Kosovo.

Continuando su mandato, el Secretario General de la ONU estableció la Administración Interina de las Naciones Unidas en Kosovo ((UNMIK) para administrar el territorio. En el 2001, fue establecido el marco constitucional para el auto-gobierno de Kosovo, que comprendía, una asamblea, la presidencia, el gobierno y los tribunales.

A seguir a la proclamación de la independencia unilateral de Kosovo, la CIJ en su opinión consultiva resolvió que los autores de la declaración unilateral de independencia de Kosovo habían actuado como representantes del pueblo kosovar al margen de la administración provisional. La Corte también declaró que la resolución 1244 (1999) no prohibía la proclamación de la declaración de independencia.

La secesión de Kosovo de la República de Serbia suscitó un número de preguntas relativas a las normas y a los principios que regulan la sucesión de estados, que infortunadamente no fueron consideradas en la muy criticada opinión consultiva de la CIJ. Esas cuestiones, sin embargo, fueron sometidas por los estados en sus argumentaciones presentadas en La Haya.

Así, Chipre arguyó que Kosovo había fallado en reunir las condiciones de un gobierno efectivo bajo los términos de la Convención de Montevideo de 1933.

Robert Muharremi había invocado en el 2008 que para que Kosovo pudiera recibir un reconocimiento por parte de la comunidad internacional era necesario que su gobierno ejerciera poderes efectivos que afirmaran una entidad realmente independiente y demostrar que no era un protectorado bajo la égida de las Naciones Unidas, la Unión Europea o la OTAN.

El 17 de febrero de 2008, Kosovo declaró unilateralmente su independencia de Serbia y posteriormente fue reconocido por 99 estados incluyendo 22 de los 27 estados miembros de la Unión Europea.

En octubre de 2008, mediante la resolución 63/3 la Asamblea General de la ONU solicitó a la CIJ una opinión consultiva en los siguientes términos: “¿Esta la declaración unilateral de independencia por las instituciones provisionales del auto-gobierno de Kosovo en concordancia con el derecho internacional? “.

Algunos juristas han criticado a Serbia porque la pregunta dirigida a la Corte fue demasiado limitada, cuando habría podido formular la cuestión en términos del derecho de la autodeterminación de un pueblo sometido al coloniaje, lo que habría obligado a la Corte a resolver otras cuestiones que conllevaban la substancia del reclamo serbio (38).

Gran parte de la opinión se encuentra centrada en la cuestión de cuando la declaración unilateral de independencia de Kosovo violaba la resolución 1244 (1999). Para Dugard, este aspecto de la decisión de la opinión de la Corte no es relevante en relación con lo que dispone el derecho internacional general.

La Corte dispuso que los autores de la declaración unilateral de independencia no habían actuado como parte de las instituciones provisionales del auto-gobierno dentro del marco constitucional de la resolución 1244 (1999) y de la UNMIK, sino como personas que actuaban en su capacidad de representantes del pueblo de Kosovo al margen del marco de la administración provisional. La resolución 1244 no contenía una prohibición obligatoria para los autores de la declaración de independencia contra la declaración de independencia.

Una declaración unilateral de independencia no se da en un vacío político o legal sino que constituye un real componente de un acto de sucesión. Ello no constituye solamente una parte de la demanda de independencia sino de la independencia misma, aún si la independencia tiene una vida breve o fracasa. No es posible separar la declaración unilateral de independencia del acto de secesión, como lo intento hacer la CIJ y que señaló acertadamente Dugard (39).

La mejor explicación posible en el contexto de la situación fue que la declaración unilateral de independencia fue con mucho un acto de secesión apoyado por una campaña militar contra Serbia para asegurar la independencia de Kosovo. Antes de haber aplicado las instituciones de derecho internacional que regulan la secesión, la Corte debió de haber considerado cuando una población que emite una declaración unilateral de independencia constituye un pueblo que ejerce como una unidad, el derecho de auto-determinación cuando le había sido denegado el derecho interno a la misma, porque bajo el principio de la integridad territorial y del *uti possidetis* restringían al pueblo de Kosovo ejercer el derecho a la auto-determinación exterior y finalmente, cuando las circunstancias permitían a Kosovo el recurso a la secesión en el ejercicio del mismo derecho de secesión.

En resumen, la Corte adoptó una línea equivocada de razonamiento sobre la legalidad de la declaración unilateral de independencia bajo el derecho internacional guiada por casos previos que permitían haberse pronunciado sobre normas que regulan la sucesión de estados.

Otra posición sobre el tema está relacionado con el principio de si el derecho internacional prohíbe las declaraciones de independencia que trasgredan las normas de carácter perentorio.

Así, la CIJ en el caso de Kosovo hace notar sin embargo, que todas las decisiones del Consejo de Seguridad ha hecho en relación a las situaciones de declaración de independencia, determinan que ellas fueron hechas en conexión con el uso ilegítimo de la fuerza o de otras violaciones de las normas generales de derecho internacional, en particular las normas perentorias o de *jus cogens*. En el caso que se examina, el Consejo nunca ha adoptado esta posición. El excepcional carácter de esta resolución condujo a la Corte a confirmar que ninguna prohibición contra las declaraciones unilaterales de independencia podría ser inferida de la práctica seguida por el Consejo de Seguridad (40).

En cualquier situación, el *dictum* de la Corte es insatisfactorio como declaración del derecho aplicable al no reconocimiento de los estados que violan las normas perentorias.

Fue además muy desafortunado que la CIJ no confirmara que su pronunciamiento podría haber enviado un mensaje para prevenir los movimientos secesionistas, de la negativa al derecho a la autodeterminación y la discriminación racial que no podrían haberse legitimado invocando su condición estatal. En su oscura interpretación, la Corte no hizo referencia a la resolución 787 del Consejo de Seguridad aunque declaró que la declaración de independencia unilateral de Kosovo que gozaba de un estatus similar al de la República Srpska no constituía una preocupación del derecho internacional. Además, la Corte no estimó que hubiera sido violado el principio de la integridad territorial que constituye un principio de *jus cogens*, cuando declaró que ello no era aplicable a actores no estatales, como la República Srpska y Kosovo.

Concluyendo que lo autores de la declaración de independencia de Kosovo eran “personas que actuaban conjuntamente en su capacidad de representantes del pueblo de Kosovo”, el Tribunal reconoció que la población albanesa de Serbia, que constituía un pueblo bajo el derecho internacional, es una unidad legitimada para ejercer el derecho de autodeterminación.

El Juez Yusuf, en su opinión individual expresó su inconformidad porque la Corte no haya aprovechado la oportunidad para definir el marco normativo aplicable al derecho a la autodeterminación en una etapa post-colonial (41).

Para la Corte fue claro que no había sido requerida a decidir el tiempo en que Kosovo había adquirido la calidad estadual. Otra cuestión que había sido suscitada durante el procedimiento ante el Tribunal fue si los estados que habían reconocido a Kosovo habían actuado apropiadamente o precipitadamente. Sin embargo, la Corte decidió que ello no requería ser decidido en este momento.

Fueron varios los jueces quienes expresaron su desencanto con la opinión de la CIJ sobre Kosovo. Además de lo ya expresado antes por el juez Yusuf, el juez Simma declaró que la Corte podría haber emitido una opinión intelectualmente más satisfactoria y de una mayor relevancia. También el juez Sepúlveda escribió en su opinión individual que la Corte era una institución con mayor capacidad para aclarar las cuestiones solicitadas por la Asamblea General y expresó sus autorizados puntos de vista que podrían haber beneficiado al Consejo de Seguridad, a la Asamblea General y al Secretario General en materia del derecho a la auto-determinación, el recurso a la secesión y los efectos del reconocimiento de un estado (42).

Indudablemente, las expectativas de que la Corte podría haber emitido una amplia opinión era alentada por el hecho de que en similares opiniones consultivas: Namibia (1971), Sahara Occidental (1975), la Legalidad del Uso de las Armas Nucleares (1996) y la Construcción del Muro en el Territorio Ocupado de Palestina (2004), la Corte había utilizado la función de sus opiniones para clarificar y desarrollar áreas oscuras del derecho internacional.

La cuestión solicitada en los casos anteriormente citados eran sin embargo menos restringidos y la respuesta de la Corte a la Asamblea General en su opinión sobre la Construcción del Muro en el Territorio Ocupado de Palestina posiblemente influyó para rendir una débil y mediocre opinión solo para salir del paso.

Hay que recordar que la Corte está constituida de 15 jueces y que la búsqueda de un punto de vista común, el más bajo común denominador es el que prevalece. En esas circunstancias, lo que se esperaba es que la Corte podría escoger la línea de menor resistencia e interpretar la cuestión planteada por la Asamblea General de una manera literal.

Otra explicación posible a la opinión de la Corte tiene que ver respecto a su credibilidad ante los órganos políticos de las Naciones Unidas, como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Una opinión unánime de la Corte sobre una materia de gran importancia podría restarle credibilidad como una institución apropiada para el arreglo jurídico de las controversias. Posiblemente, los inadvertidos razonamientos de la Corte en el caso de Kosovo fueron debido a que su credibilidad podría ser mejor servida a través de una opinión no sustantiva que no se ocupara de cuestiones trascendentales del derecho de sucesión de estados. Un posterior rechazo de los aspectos legales del principal órgano judicial del Sistema de las Naciones Unidas por los órganos políticos podría indudablemente haber tenido efectos sobre la reputación del Tribunal, como lo ha señalado Dugard.

El caso de Kosovo constituye un precedente para futuras reclamaciones secesionistas y comprende cuestiones distintas. Primero, es el reconocimiento de la independencia de Kosovo por más de 100 estados, un precedente a guiar a los estados y a las organizaciones internacionales en su decisión de cuándo o no reconocer un estado o a una entidad que sucede a un estado no colonial encabezado por un pueblo que ejerce el derecho a la autodeterminación externa en circunstancias que justifican el recurso a la secesión. En segundo término, puede la CIJ en concordancia con la declaración unilateral de independencia de Kosovo ser usada como un argumento autorizado por el derecho para futuros recursos de sucesión?. Desafortunadamente apunta Dugard, el debate sobre el valor como precedente el caso de Kosovo no siempre distingue claramente entre esas dos cuestiones (43).

Son varias las discusiones sobre el tema de Kosovo relativos a la primera cuestión. Después de la declaración de independencia del territorio algunos estados declararon que el caso de Kosovo fue algo único y *sui generis* y no podría ser invocado como un precedente. Así, la Secretaria de Estado Condoleza Rice declaró que: "La inusual combinación de factores en la situación de Kosovo –incluyendo el contexto del desmembramiento de Yugoslavia, la historia de la limpieza étnica y los crímenes contra civiles en Kosovo, así como la extensión del periodo de administración de Naciones Unidas- no están presentes en otros casos y sin embargo hacen de Kosovo un caso especial. Kosovo no puede ser visto como un precedente en ninguna otra situación en el mundo de hoy" (44).

Por su parte el Consejo de Seguridad subrayó su convicción que en virtud del conflicto de los años 90 s y la extensión del período de administración internacional bajo la resolución 1244, Kosovo constituyó un caso *sui generis*.

La CIJ no consideró esta cuestión en su opinión consultiva pero por necesaria implicación rechazó el argumento de un caso *sui generis*, al igual que rechazo las amenazas a Kosovo como un caso único y procedió a examinar la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo bajo el derecho internacional.

El juez Koroma en su opinión disidente previno que la Corte establecía un “muy peligroso precedente que serviría como guía y un manual de instrucción para grupos secesionistas en todo el mundo” (45). La Federación de Rusia argumentó ante la CIJ que si el caso de Kosovo constituye un precedente único también lo eran los casos de Abkhazia y Ossetia del Sur.

Algunos juristas son partidarios de que la noción de secesión en el derecho internacional tiene una connotación neutra. Crawford ha dicho que la secesión no tiene ningún significado legal o ilegal dentro del derecho internacional sino que constituye un acto neutral que tiene consecuencias que son reguladas internacionalmente. A su vez, el juez Simma, en su opinión individual sobre Kosovo afirmó que la neutralidad del derecho internacional sobre ciertos puntos implica que existen áreas que el orden internacional no viene a regular (46).

Un gobierno o una corte pueden también determinar la procedencia de una determinada secesión e invocar la opinión legal de la doctrina más autorizada, como una fuente subsidiaria del derecho bajo los términos del Artículo 38.1. d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Además, en los últimos tiempos, las resoluciones de la Asamblea General, la práctica estatal, las normas consuetudinarias y los principios generales de derecho pueden proporcionar una respuesta para estos casos. Esto puede constituir una forma del “debido proceso”, o sea un conjunto de normas y de principios que pueden y deben ser invocados por los estados, las organizaciones internacionales y los tribunales para determinar la procedencia de una secesión particular.

Sin embargo, de la práctica de los estados y organizaciones internacionales y de las decisiones judiciales no proporcionan una clara y coherente posición de las normas y los principios que regulan el derecho a la secesión. No obstante ello, existen algunas normas y principios que pueden ser inferidos de las decisiones de los tribunales y de la práctica de los estados y organizaciones internacionales.

Por ejemplo, cuando una parte de un estado se separa del estado predecesor con el objeto de crear un nuevo estado, este último será aceptado por la comunidad internacional cumpliendo con los requisitos establecidos en la Convención de Montevideo y sí, en su caso, no se violan las normas perentorias del derecho internacional general, como fue el caso de la admisión a las Naciones Unidas de Eritrea, Montenegro y Sudan.

Un aspirante a un estado que es creado en violación de las normas de *jus cogens* no puede calificarse como un estado. La Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos habla únicamente del deber de los estados de no reconocer a dichas entidades. Pero además, las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la creación de estados establecidos en violación de normas perentorias no únicamente solicita a los miembros a no reconocer a tales entidades sino también declara que constituye un acto ilegal e inválido. La nulidad constituye la consecuencia natural de la transgresión de una norma de *jus cogens*. La CIJ debe por implicación confirmar que una declaración de independencia en violación de una norma perentoria es ilegal. Ello fue omitido por la Corte en el caso de la declaración unilateral de independencia de Kosovo.

El reconocimiento de Kosovo por más de un centenar de estados es contrario a la decisión de la Comisión de Arbitraje Badinter en su opinión número 2, que establece que a los enclaves no les asiste el derecho a la autodeterminación externa lo que es contrario al principio del *uti possidetis*. El silencio de la Corte de mencionar la opinión de la Comisión de Arbitraje y la insistencia que su opinión es relativa a la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo y no a las consecuencias de la misma, ha llevado a algunos juristas a argumentar que la opinión de la Corte no tiene ningún efecto sobre la validez de la opinión de la Comisión Badinter sobre el *uti possidetis*. Este argumento es poco convincente por la forzada distinción sostenida por la Corte entre declaración de independencia y efectos de la independencia. Este razonamiento cuestionable no podría ser invocado para distinguir la opinión de la Corte de la opinión de la Comisión de Arbitraje.

Para otros juristas, como Dugard, una apropiada distinción entre la opinión de la CIJ de la decisión de la Comisión Badinter es que esta última consideró que la aplicación del *uti possidetis* fue aplicado tomando en cuenta que la República Federal Socialista de Yugoslavia era un estado en una etapa de disolución y de secesión y no comprendía el caso de Kosovo que se refería a la secesión de una región autónoma de un estado existente –Serbia- que no se encontraba en proceso de disolución (47).

Intentando considerar la opinión de la Comisión Badinter como una restricción al principio del *uti possidetis* a las fronteras de las unidades federales, y pretendiendo una protección extendida a las minorías como un derecho de las entidades de una federación, por ser regiones autónomas con un parlamento constitucional o enclaves étnicos identificables es algo persuasivo. Existe una pequeña duda de que la opinión de la Comisión de Arbitraje sobre el *uti possidetis* ha sido debilitado o lo que es peor descalificada. La reticencia de la CIJ a referirse a la opinión de la Comisión Badinter en su propia opinión consultiva, a pesar de que numerosos estados mencionaron a la opinión de la Comisión de Arbitraje en sus alegatos a la Corte, sugiere que el Tribunal encontró esas opiniones como irrelevantes y poco persuasivas. La opinión de la Comisión Badinter restringiendo el derecho a la autodeterminación externa de las regiones autónomas es confirmada por el reconocimiento no únicamente de Kosovo sino también de Abkhazia y Ossetia del Sur (48).

Los alegatos ante la CIJ sin embargo, modificaron las características en materia de recurso a la secesión en las opiniones emitidas. Algunos estados como Alemania, Países Bajos y Suiza la apoyaron; otros como Argentina, Chipre y España la rechazaron; los Estados Unidos y el Reino Unido no tomaron una posición al respecto, mientras que la Federación de Rusia la reconoció únicamente en circunstancias extremas que no se reunían en el caso de Kosovo. No hay duda que a pesar del rechazo de la Corte a tomar una decisión sobre el recurso a la secesión en el caso de Kosovo, su opinión tuvo el efecto de poner el recurso a la secesión en el debate de los estados (49).

“El recurso a la secesión es un remedio necesario de último recurso no únicamente en aras de la justicia sino también de la paz. Hay situaciones en las que la estricta aplicación del principio de la integridad territorial o del *uti possidetis* producen conflictos que solo pueden ser resueltos a través de la secesión”. Este último no puede aplicarse de ninguna forma a Kosovo”, escribió Dugard (50).

La CIJ falló claramente en proporcionar una orientación sobre el derecho aplicable a la sucesión de estados en su opinión consultiva sobre la declaración unilateral de independencia de Kosovo. La Corte dejó de atender cuestiones cruciales como la aplicación del principio de la auto-determinación en un mundo que no se encuentra caracterizado por el colonialismo y en donde el recurso a la secesión forma parte del derecho internacional. Además, declaró que el principio de la integridad territorial se encuentra confinado al campo de las relaciones entre estados y confirmó que una declaración de independencia que viola una norma perentoria es contraria al derecho internacional. No obstante esto, la Corte estimó que la declaración unilateral de independencia de Kosovo no fue contraria al derecho internacional sugiriendo que la sucesión de estado no se encuentra regulada por el derecho. Más importante quizás que la opinión consultiva de la Corte fueron, los 36 escritos y las 29 opiniones hechas por 43 estados sometidas en el proceso ante el Tribunal, declarando lo que a su juicio constituía el derecho internacional aplicable. Estas sumisiones, junto con la propia opinión de la CIJ proporcionaron amplia evidencia de que la sucesión de un estado no constituye un simple hecho político o un “acto legalmente neutral”. Constituye un acto sujeto a análisis y a disposiciones jurídicas cuyas consecuencias son reguladas por el derecho internacional (51).

Una clara norma que prohíba la sucesión de estados en un contexto no colonial o permitiéndolo en ciertas y definidas circunstancias es indeseable en los tiempos actuales. Los estados no pueden esperar endosar un acuerdo que contemple la fragmentación de su territorio; la CIJ en el caso de Kosovo demostró una falta de entusiasmo en la tarea que le fue encomendada (52). Creemos que al analizar un tema con ingredientes altamente políticos y en el que las potencias occidentales tenían intereses muy particulares solo condujo al máximo tribunal internacional a emitir una mediocre opinión consultiva acomodada a mantener un prestigio antes que ir en busca de una orientación que ilustrara el camino del derecho internacional tal y como fue la encomienda de la Asamblea General. ¡El fallo de la Corte fue estrepitoso!

El gran jurista que fue Cesar Sepúlveda solía decir que el derecho de gentes era un derecho más político que el derecho constitucional. Por ello las conclusiones sobre este tema es que hay que encontrar un equilibrio entre el aspecto político de la realidad internacional y el aspecto kantiano del deber ser.

Kosovo es un claro ejemplo de la preponderancia de la política sobre la norma jurídica y una derrota, esperamos que momentánea del deber ser, que todos están obligados a seguir, en primer lugar los estados que dicen seguir los dictados de la legalidad. La historia se encuentra plagada de casos como el de Kosovo y lo apropiado sería que ellos no se repitieran (52).

NOTAS

1. Lauterpacht, Recognition in International Law, Cambridge University Press, 1947, pp. 7-9;
2. La Convención de Montevideo de 1933 sobre Derechos y Deberes de los Estados, 165 LNTS 19;

3. Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, Grotius Publications, 1987, p. 97;
4. *Frontier Dispute (Burkina Faso vs Republic of Mali)*, ICJ Reports 1986, p. 568;
5. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo vs Rwanda)*, ICJ Reports 2006, p. 89;
6. Dugard, J. *The Secession of States and their Recognition in the Wake of Kosovo*, *Recueil des Cours* (357), 2011, p. 36;
7. *Ibidem*;
8. *Ibidem*;
9. William V.O. Briend, "United States recognition Policy toward New Nations", *The New Nations in International Law and Diplomacy*, Washington, DC, Stevens, 1965, p. 212;
10. Higgings, *The Development of international Law through the Political Organs of the United Nations*, London, Oxford University Press, 1963, p. 23;
11. Dugard, *The Secession of States*, *op. cit.*, p. 40;
12. Ryngaert, C., and Sobrie, S., "Recognition of States: international Law or Real Politik?", *The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia* (24), 2011, *Leiden Journal of International Law*, pp. 467-468;
13. Dugard, *The Secession of States*, *op. cit.*, p. 42;
14. *Ibidem*;
15. *Ibidem*;
16. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, *op. cit.*, p. 319;
17. Dugard, *The Secession of States*, *op. cit.*, p. 50;
18. Security Council Resolution on Rhodesia (1964-1965);
19. Memorandum on the Legal aspects of the Problem of Representation in the United Nations, UN doc. S/1466, March 9, 1950;
20. Dugard, *The Secession of States*, *op. cit.* p. 61;
21. Kelsen, H. *The Law of Nations: A Critical Analysis of Fundamental Problems*, London, Stevens & Sons, 1951, p. 79;
22. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, *op. cit.* p. 420;
23. Dugard, *The Secession of States*, *op. cit.* p. 70;
24. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, ICJ Reports 2010, pp. 437-438; J. H. Castro Villalobos, *La Norma de Jus Cogens en el Derecho Internacional*, México, 1981, p. 11.
25. Written Statement of Serbia in ICJ, April 15, 2009, p. 202;
26. Jennings, I. *The Approach to Self Government*, Cambridge University Press, 1956, p. 56;
27. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 116;
28. Dugard, *The Secession of states*, *op. cit.* p. 92;
29. Written Statement of April 15, 2012, pp. 208-214;
30. Weller, M. *The Crisis in Kosovo 1989-1999*, Centre for International Studies, Cambridge, 1999, p. 81;
31. ICJ Reports 2010, p. 437;
32. Written Statement, April 2009, pp. 31-32;
33. ICJ Reports 2010, pp. 437-438;
34. Written Statement of Serbia, April 2009, pp. 158-161; Castro Villalobos, *op. cit.* p. 19.

35. ICJ reports 2010, p. 453;
36. Dugard, *The Secession of States*, op. cit. p. 152;
37. Dugard, *ibid*, p. 177;
38. Dugard, *ibid*, p. 182;
39. ICJ Reports 2010, pp. 437-438;
40. ICJ Reports 2010, Separate Opinion of Judge Yusuf, pp. 620-623;
41. ICJ Reports 2010, Separate Opinion of Judge Sepulveda, pp. 498-499;
42. Summers, *Kosovo: A Precedent?*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, note 630;
43. US Recognizes Kosovo as an Independent State, February 18, 2008;
44. ICJ Reports 2010, Dissenting Opinion of Judge Koroma, p. 468;
45. ICJ Reports 2010, Separate Opinion of Judge Simma, pp. 480-481;
46. Dugard, *The Secession of States*, op. cit. p. 210;
47. *Ibid*, p. 211;
48. *Ibidem*;
49. *Ibid*, p. 213;
50. *Ibid*, p. 214
51. *Ibidem*;
52. De los pocos estudios en México sobre el tema kosovar ver: Portilla Gómez, J. M, *El Devenir histórico y legal de Kosovo*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, UNAM, 2012, pp. 65-106; Rodríguez Martínez, Eli, "La declaración unilateral de independencia de Kosovo y la libre determinación de los pueblos", *Temas de Derecho*, núm. VI, *Pandecta*, Escuela Libre de Derecho, 2013; Gutiérrez Baylón, J. de Dios, *Kosovo y la crisis del sistema constitucional de las Naciones Unidas*, *Lex*, V, Abril, 1999, núm. 46, pp. 40-44.

