

DE NAMIBIA A KOSOVO

La libre determinación en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

Luciano Pezzano

Abogado. Maestrando en Relaciones
Internacionales. Jefe de Trabajos Prácticos
de la cátedra de Derecho Internacional
Público y de la Integración (UCES San Francisco).

Palabras Clave:

libre determinación –
independencia – Corte
Internacional de Justicia –
Kosovo

Key Words:

*self-determination –
independence – International
Court of Justice – Kosovo*

RESUMEN:

El trabajo analiza la evolución de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de libre determinación y en particular, el tratamiento que la Corte hizo del referido principio en su opinión consultiva sobre la independencia de Kosovo.

ABSTRACT:

The work analyzes the evolution of the jurisprudence of the International Court of Justice in the field of self-determination, and in particular, the treatment made by the Court of the principle in its advisory opinion on the Kosovo independence.

I. Introducción

La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la Declaración de Independencia de Kosovo trajo nuevamente a la escena internacional el debate sobre la libre determinación de los pueblos, tema trascendental del derecho internacional contemporáneo. El tratamiento que sobre el principio hace el dictamen del máximo tribunal internacional –escaso, como veremos– nos motiva a revisar su jurisprudencia pasada en la materia para luego efectuar algunas reflexiones sobre el caso.

En la reseña, en aquellos casos en que el principio ha merecido cierto análisis de parte de la Corte, citaremos sólo la respectiva decisión; en aquellos que la mención ha sido sólo incidental, recurriremos a las opiniones individuales y disidentes de los magistrados de la Corte, y de corresponder, a los alegatos de las partes. En todos los casos, señalaremos los rasgos distintivos que la libre determinación adquiere en los pasajes citados, destacando algunos elementos que luego nos permitirán reflexionar sobre la cuestión de Kosovo.

Finalmente, analizaremos los aspectos que conciernen a la libre determinación que han sido planteados ante la Corte en el caso de Kosovo, cuál es el tratamiento que ésta hizo del mismo, y nuestras consideraciones sobre la cuestión.

II. El principio de libre determinación en la jurisprudencia de la Corte

1. Caso del Sudoeste Africano

La primera vez que detectamos que la libre determinación se plantea ante la Corte es en el famoso caso del Sudoeste africano (Etiopía y Liberia c. Sudáfrica). En las conclusiones finales de su Memoria, así como en las conclusiones de las audiencias orales, Etiopía y Liberia pidieron a la Corte que decidiera y declarara que: *«La Unión [Sudafricana], por sus palabras y sus actos, ha actuado [...] de una manera incompatible con el estatuto internacional del Territorio y ha impedido así las*

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

oportunidades de libre determinación de los habitantes del Territorio...»⁴⁶ (negrita añadida). Como sabemos, la Corte –en un polémico fallo dividido– rechazó las demandas, y tampoco se pronunció sobre la libre determinación. Sin embargo, en la opinión disidente del Magistrado Wellington Koo encontramos:

En vista de la misión "sagrada" de permitir a los pueblos de los territorios bajo mandato "regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno" (artículo 22 del Pacto) y de las obligaciones explícitas del Mandatario, estipuladas en el artículo 2 del Mandato para el África Sudoccidental, de hacer todo lo posible para lograr el objetivo de la libre determinación, es razonable esperar que después de 40 años de administración del territorio por el Mandatario, el pueblo mismo haya alcanzado un considerable grado de desarrollo político.⁴⁷

La afirmación del Magistrado Koo es muy interesante, por cuanto, en un mundo en el que la base normativa del principio de libre determinación –aunque ya existente– aún no estaba suficientemente desarrollada, lo vincula con la "misión sagrada de civilización" del Art.22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones cuando establece: *«A las colonias y territorios que, a raíz de la reciente guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que lo gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio de que el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituyen una misión sagrada de civilización, y deberán ser incorporadas en el presente pacto garantías para el cumplimiento de dicha misión.»*

Por su parte, en la opinión disidente del Magistrado Padilla Nervo, encontramos:

Un nuevo orden basado en la proposición de que "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes", ha conquistado el solemne reconocimiento en el derecho fundamental de muchas naciones y es hoy en día, en una forma u otra, por una declaración, una costumbre o una norma en la práctica constitucional de los Estados. "La igualdad ante la ley", o en palabras de la Carta: "la cooperación internacional en la promoción y respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza..."

Esta concepción fundamental inspirará la visión y la conducta de los pueblos del mundo entero hasta que se alcance el objetivo de la libre determinación y la independencia

[...]

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁴⁶ CIJ: *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, Pág.10

⁴⁷ CIJ: *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, Pág.234

La "tutela" establecida por el Pacto fue pensada para durar en la medida en que los pueblos de que se trataba fueran –por decir– menores de edad. La misión sagrada de civilización es un principio jurídico y una misión, cuyo cumplimiento fue confiado a las Naciones más civilizadas, hasta que un proceso gradual de libre determinación hiciera a los pueblos de los territorios bajo mandato capaces de "regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno".⁴⁸

El Magistrado Padilla Nervo insiste igualmente que el objetivo del régimen de mandatos es "la libre determinación y la independencia".

Vemos entonces, una incipiente aparición, al menos en la opinión de dos de los magistrados de la Corte, de la libre determinación, entendida en este caso como objetivo del régimen de mandatos de la Sociedad de Naciones.

2. Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad

El caso en que vemos ya delineada la libre determinación en una decisión de la Corte, es en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad:

52. Además, la evolución ulterior del derecho internacional respecto de los territorios no autónomos, tal cual está consagrado por la Carta de las Naciones Unidas, ha hecho de la libre determinación un principio aplicable a todos esos territorios. El concepto de misión sagrada fue confirmado y ampliado a todos "territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio" (art. 73). Por lo tanto, claramente incluyó a los territorios bajo un régimen colonial. Obviamente la misión sagrada continuó aplicándose a los territorios bajo mandato de la Sociedad de Naciones a los que un estatuto internacional había sido atribuido anteriormente. Otra etapa importante de esta evolución ha sido la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960) aplicable a todos los pueblos y a todos los territorios "que no han accedido todavía a la independencia". Tampoco es posible negar la historia política de los territorios bajo mandato en general. Todos los que no alcanzaron la independencia, con exclusión de Namibia, fueron puestos bajo administración fiduciaria. Hoy en día, sólo dos de quince, con exclusión de

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁴⁸ CIJ: *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt*, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, Pág.465

Namibia, permanecen bajo la tutela de las Naciones Unidas. Esta es sólo una manifestación del desarrollo general que ha dado lugar al nacimiento de tantos nuevos Estados.

53. Todas estas consideraciones son pertinentes para la evaluación de la Corte del presente caso. Consciente de que es la principal necesidad interpretar un instrumento de conformidad con las intenciones de las partes en el momento de su conclusión, la Corte está obligada a tener en cuenta el hecho de que los conceptos enunciados en el artículo 22 del Pacto –“las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno” y “el bienestar y el desarrollo” de los pueblos involucrados– no eran estáticos, sino que eran por definición evolutivos, como también, por lo tanto, lo era el concepto de la “misión sagrada”. En consecuencia, se debe considerar que las partes en el Pacto los han aceptado como tales. Por eso es que, al ver las instituciones de 1919, la Corte debe tomar en consideración los cambios que se han producido en el medio siglo sobreviniente, y su interpretación no puede dejar de tener en cuenta la evolución ulterior del derecho, a través de la Carta de las Naciones Unidas y por medio del derecho consuetudinario. Además, un instrumento internacional tiene que ser interpretado y aplicado en el marco de todo el sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación.

En el ámbito con el que se relaciona el presente procedimiento, los últimos cincuenta años, como se indicó anteriormente, han traído una importante evolución. Esta evolución deja pocas dudas de que el objetivo último de la “misión sagrada de civilización” era la libre determinación y la independencia de los pueblos de que se trate. En este ámbito, como en otros, el *corpus iuris gentium* se ha enriquecido considerablemente y la Corte, si va a desempeñar fielmente sus funciones, no puede ignorarlo.⁴⁹

Como si se hiciera eco de lo que los magistrados disidentes habían señalado sobre la misma cuestión cinco años antes, la Corte considera que el objetivo de la “misión sagrada de civilización” del régimen de mandatos, no es otro que la libre determinación y la independencia. Pero, y quizás lo más interesante de esta opinión, es cuando señala que la evolución del derecho internacional ha hecho de la libre determinación un principio aplicable a todos los territorios no autónomos, marcando como hito importante la Declaración sobre la concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales, de 1960.

En opinión de la Corte, por lo tanto, la libre determinación es un principio aplicable a todos los territorios no autónomos, y es objetivo de la “misión sagrada de civilización” del Art.22 del Pacto de la Sociedad de Naciones y del “encargo sagrado” del Art.73 de la Carta.

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁴⁹ CIJ: *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif C.I.J. Recueil 1971, p. 16., para.52-53*

3. Sahara Occidental

Nuevamente encontramos una aplicación del principio de libre determinación en la opinión consultiva de 16 de octubre de 1975 sobre el Sahara Occidental:

54. Según el artículo 1, párrafo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, uno de los propósitos de las Naciones Unidas es "Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos". Los artículos 55 y 56 de la Carta retoman y desarrollan esta idea. Esas disposiciones conciernen directa y particularmente a los territorios no autónomos a los que se refiere el Capítulo XI de la Carta. Como la Corte ha dicho en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad:

"la evolución ulterior del derecho internacional respecto de los territorios no autónomos, tal cual está consagrado por la Carta de las Naciones Unidas, ha hecho de la libre determinación un principio aplicable a todos esos territorios" (CIJ. Recueil 1971, p. 31).

55. El principio de libre determinación en tanto que derecho de los pueblos y su aplicación en miras de poner fin rápidamente a todas las situaciones coloniales son enunciados en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, titulada, "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales". En esta resolución, la Asamblea General proclama "la necesidad de poner rápida e incondicionalmente fin al colonialismo en todas sus formas y en todas sus manifestaciones". A este efecto, la resolución dispone particularmente:

"2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. ...

5. En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas.

6. Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

Esas disposiciones, en particular la del párrafo 2, confirman y subrayan así que la aplicación del derecho a la libre determinación supone la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos interesados.

56. La Corte tuvo la ocasión de evocar esta resolución en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971 mencionada supra. A propósito de la evolución del derecho internacional relativo a los territorios no autónomos, la Corte se expresó así:

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

"Otra etapa importante de esta evolución ha sido la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960) aplicable a todos los pueblos y a todos los territorios 'que no han accedido todavía a la independencia'" (CIJ Recueil 1971, p. 31).

La Corte prosiguió en estos términos:

"la Corte debe tomar en consideración los cambios que se han producido en el medio siglo sobreviviente, y su interpretación no puede dejar de tener en cuenta la evolución ulterior del derecho, a través de la Carta de las Naciones Unidas y por medio del derecho consuetudinario" (ibid., p. 31).

Y la Corte concluía así: "En el ámbito con el que se relaciona el presente procedimiento, los últimos cincuenta años, como se indicó anteriormente, han traído una importante evolución. Esta evolución deja pocas dudas de que el objetivo último de la "misión sagrada de civilización" era la libre determinación y la independencia de los pueblos de que se trate. En este ámbito, como en otros, el corpus iuris gentium se ha enriquecido considerablemente y la Corte, si va a desempeñar fielmente sus funciones, no puede ignorarlo" (Ibid., p. 31 y 32).

La resolución 1514 (XV) de la Asamblea General ha sido la base del proceso de descolonización que se tradujo, desde 1960, en la creación de numerosos Estados, hoy Miembros de las Naciones Unidas. Es complementada en algunos aspectos por la resolución 1541 (XV), de la Asamblea General, que ha sido invocada en el presente procedimiento. Esta resolución contempla para los territorios no autónomos más de una posibilidad, a saber:

- (a) surgimiento como un Estado soberano e independiente;
- (b) libre asociación con un Estado independiente; o
- (c) integración a un Estado independiente.

Al mismo tiempo, algunas de sus disposiciones dan efecto a la característica esencial del derecho a la libre determinación según está establecido en la resolución 1514 (XV). Así, el Principio VII de la resolución 1541 (XV) declara que: "La libre asociación debe ser el resultado de la libre y voluntaria elección de los pueblos del territorio interesado expresada con conocimientos de causa y por procedimientos democráticos". A continuación, el Principio IX de la resolución 1541 (XV) declara que: "La integración debe producirse en las condiciones siguientes:

.....
.....

b) La integración debe ser el resultado de los deseos libremente expresados de los pueblos del territorio, plenamente enterados del cambio de su estatuto, con conocimiento de causa y por procedimientos democráticos, aplicados imparcialmente y fundados en el sufragio universal de los adultos». Las Naciones Unidas podrán, cuando lo juzguen necesario, vigilar esos procedimientos."

58. La resolución 2625 (XXV), "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" -a la que también se hizo referencia en el procedimiento- menciona otras posibilidades además de la independencia, la asociación o la integración. Pero al hacerlo reitera la necesidad básica de tener en cuenta los deseos del pueblo de que se trate: "El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

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" (énfasis añadido). La resolución 2625 (XXV) además dispone que: "todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio, a fin de:

.....
.....
b) Poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos de que se trate."

59. La validez del principio de libre determinación, definido como la necesidad de respetar la voluntad libremente expresada de los pueblos, no se ve afectada por el hecho de que, en ciertos casos, la Asamblea General ha dispensado de la obligación de consultar a los habitantes de un territorio determinado. Esos casos se basaban en la consideración de que una determinada población no constituía un "pueblo" con derecho a la libre determinación o en la convicción de que una consulta era totalmente innecesaria, en vista de circunstancias especiales.⁵⁰

Hemos reproducido *in extenso* la opinión de la Corte, porque consideramos muy ilustrativa la reseña de todas las normas aplicables a la cuestión.

La Corte hace un análisis bastante pormenorizado de las mismas, haciendo referencia en primer lugar a la Carta de las Naciones Unidas, cuyos Art.1.2 y 55 ubican a la libre determinación como fundamento de las relaciones de amistad entre las naciones que las Naciones Unidas deben fomentar. A continuación, la Corte destaca – recordando su anterior opinión consultiva– la importancia de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General como base del proceso de descolonización, a la vez que caracteriza la libre determinación como "derecho de los pueblos" que supone "la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos interesados". La Corte menciona las formas del ejercicio de la libre determinación según están definidas en la resolución 1541 (XV) –independencia, asociación e integración– y las complementa con lo dispuesto en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas –resolución 2625 (XXV)–, cuando se refiere a "la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo",

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁵⁰ CIJ: *Sahara occidental, avis consultatif*; C.I.J. Recueil 1975, p. 12, para. 54-59

además de mencionar las obligaciones de los Estados en la materia según lo establece la misma Declaración.

Finalmente, la Corte define el principio de libre determinación como “la necesidad de respetar la voluntad libremente expresada de los pueblos”, haciendo una sutil pero contundente referencia sobre su titularidad, cuando señala que en ciertos casos, la Asamblea General ha dispensado de la obligación de consultar a los habitantes de un territorio determinado, entre otras causas, por considerar de que una determinada población no constituía un “pueblo” con derecho a la libre determinación. Según entendemos, la Corte está reafirmando que “todos los pueblos”, pero sólo los “pueblos” tienen derecho a la libre determinación. En otras palabras, para ser titular del derecho a la libre determinación es condición necesaria ser un “pueblo”, y no toda población de un territorio constituye un “pueblo” en ese sentido.

Creemos no exagerar si consideramos a esta opinión consultiva como la decisión más importante de la Corte en materia de libre determinación, tanto por su extensión sobre el tema como por su profundidad y variedad de aristas comprometidas.

4. Ciertas tierras fosfáticas en Nauru

En el caso de las tierras fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia), Nauru pidió a la Corte que dijera y fallara «*que el Estado demandado asuma la responsabilidad por las violaciones a las obligaciones jurídicas siguientes: [...] las normas internacionales generalmente reconocidas como aplicables para la implementación del principio de la libre determinación.*»⁵¹ Como se sabe, la Corte no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión al haber sido desistido el caso por acuerdo de las partes. Sin embargo, resulta interesante recordar la forma en que este Estado había invocado el principio en su Memoria:

[L]os opositores del principio de libre determinación tienden a hacer hincapié en las dificultades en la identificación de una unidad de libre determinación. Este problema será brevemente tratado en el contexto actual. Como la mayoría de los conceptos, la aplicación del principio de libre determinación a ciertos conjuntos de hechos puede revelar una sombra de duda, pero esos problemas no tienen

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁵¹ CIJ: *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1992, p. 240 Para.5

cabida en el presente procedimiento. No puede haber ninguna duda sobre la capacidad de los habitantes indígenas de Nauru como una unidad de libre determinación y también como beneficiarios del principio. Esta capacidad es reconocida en las disposiciones del Acuerdo de Administración Fiduciaria del Territorio de Nauru.

405. También ha recibido reconocimiento formal y explícito en la serie de resoluciones de la Asamblea General que precedió a la independencia de Nauru [...]

407. El principio de libre determinación ha sido confirmado por la práctica ulterior de los miembros de las Naciones Unidas como parte del derecho de la Carta. Esta práctica incluye la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales que figura en la resolución 1514 (XV), aprobada el 14 de diciembre de 1960. Esta resolución representa una interpretación autorizada de la Carta y su importancia ha sido ampliamente reconocida. El quinto párrafo de la Declaración estipula lo siguiente:

"En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas".

408. Por otra parte, el artículo primero común del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, disponen (párrafo 1) que: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

409. El status del principio de la libre determinación como un principio de la Carta de las Naciones Unidas se incrementó en gran medida por su inclusión en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970 (resolución 2625 (XXV)). El primer párrafo de la sección pertinente de la declaración de 1970 estipula lo siguiente: "En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tiene el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta".

410. En todo caso, la Corte ha reconocido que el principio de autodeterminación forma parte del derecho de la Carta y del derecho internacional general: véase la opinión consultiva sobre Namibia, I.C.J. Reports, 1971, pp.31-2; y la opinión consultiva sobre el Sahara Occidental, I.C.J. Reports, 1975, pp.31-33. Es significativo que en el pasaje pertinente en la opinión de Namibia, la Corte se refiere expresamente a los territorios bajo regímenes de mandato y de administración fiduciaria en el contexto de la libre determinación (ibíd., p. 31, párrafo 52).

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

[...]

412. El status de libre determinación como un principio original de la Carta ha sido puesto a veces en duda. Sin embargo, los artículos 73 y 76 de la Carta aplican la esencia del principio respectivamente a las categorías de territorios no autónomos y territorios puestos bajo el sistema internacional de administración fiduciaria. Como consecuencia de la designación de Nauru como territorio sometido a administración fiduciaria, el principio fue reconocido expresamente como aplicable en los asuntos del pueblo de Nauru.

413. En la opinión del Estado demandante, las políticas aplicadas por el Estado demandado durante el período de administración fiduciaria en relación con la industria de fosfato involucran inevitablemente importantes violaciones del principio de libre determinación. Las circunstancias económicas y políticas involucraron la literal disposición de la base territorial de la unidad de libre determinación, acompañada de un fracaso para proporcionar un fondo amortización suficiente para cubrir los costos de rehabilitar las tierras fosfáticas. Es difícil concebir una violación más grave del principio de libre determinación. Por otra parte, la violación se agrava por la negativa a proporcionar datos económicos pertinentes a los nauruanos o al Consejo de Administración Fiduciaria de las Naciones Unidas.⁵²

Nauru, además de repasar la normativa y jurisprudencia de la Corte aplicable sobre el principio, se refiere a dos aspectos interesantes de la cuestión.

El primero de estos aspectos es el de la difícil identificación del sujeto titular del derecho a la libre determinación, que en la Memoria es llamado "unidad de libre determinación" y afirma que los habitantes indígenas de Nauru constituyen tal unidad. Sorprende que al hablar de esta "unidad de libre determinación" no utilice la palabra "pueblo" –que es la terminología utilizada en todas las normas aplicables–, pero de su argumentación surge lo que ya había adelantado la Corte: no cualquier población es un "pueblo" titular del derecho a la libre determinación.

El segundo aspecto interesante es la forma en que Nauru afirma que se produjo la violación al principio de libre determinación por parte de Australia: las graves consecuencias sobre la tierra por la actividad extractiva de fosfato, lo que configuró una afectación de la "base territorial de la unidad de libre determinación". Según Nauru, el principio no sólo se viola si se impide ejercer libremente la voluntad de los pueblos, sino también cuando se los priva de un sustrato físico sobre el cual asentarse. Habría sido muy interesante contar con la decisión de la Corte sobre este aspecto.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁵² CIJ: *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*. Memoria de Nauru sobre el fondo. Para. 404-413.

5. Timor Oriental

En su fallo de 30 de junio de 1995 en el caso de Timor Oriental (Portugal c. Australia), la Corte, en un breve pasaje, aportó una importante caracterización de la libre determinación:

En opinión de la Corte, la afirmación de Portugal de que el derecho de los pueblos a la libre determinación, como evolucionó de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene carácter *erga omnes*, es irreprochable. El principio de libre determinación de los pueblos ha sido reconocido por la Carta de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia de la Corte (véase *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1971, pp. 31- 32, paras. 52-53 ; *Western Sahara, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1975, pp. 31-33, paras. 54-59); es uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo.⁵³

En el pasaje citado, tan breve como contundente, la Corte afirma de manera “irreprochable” que el derecho a la libre determinación tiene carácter *erga omnes*, según ella misma lo definiera en el célebre *obiter dictum* del fallo Barcelona Traction: «debe establecerse, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*»⁵⁴. Finalmente, la Corte ratifica la importancia del principio al considerarlo como “uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo”.

Sin embargo, es en la opinión disidente del Magistrado Weeramantry donde encontramos un mayor desarrollo del tema:

El fallo de la Corte (párr. 29) ha categóricamente reafirmado el principio de libre determinación, señalando que ha evolucionado de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas y observando además que el estado normativo del derecho a la libre determinación del pueblo de Timor Oriental no está en controversia. Esta opinión parte desde esa base para examinar la manera en que

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁵³ CIJ: *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90 Para.29

⁵⁴ CIJ: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3. Para.33

puede darse efecto práctico al principio de libre determinación en las circunstancias del presente caso.

Australia ha aceptado la existencia del principio, pero coloca una visión un tanto limitada acerca de las obligaciones estatales que le siguen. Por ejemplo, ha planteado el argumento, en las audiencias orales, de que:

"no hay en la Carta de las Naciones Unidas obligación expresa sobre los Estados individualmente de promover la libre determinación en relación con los territorios sobre los que individualmente no tienen ningún control. La obligación general de solidaridad que figura en el artículo 2, párrafo 5, de la Carta se extiende sólo a la asistencia a las Naciones Unidas 'en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta'." (CR 9519, p. 64.)

En sus escritos, ha tomado tales posiciones de que no hay ninguna base independiente para un deber de no reconocimiento que impediría la conclusión del Tratado de la Falla de Timor (Contramemoria, párrs. 360-367); que no ha habido ninguna crítica de parte de la comunidad internacional de Estados (incluyendo Australia) que han reconocido o tratado con Indonesia respecto de Timor Oriental (ibíd., párrs. 368-372); y que, al concluir el Tratado de la falla de Timor, Australia no impidió ningún acto de libre determinación del pueblo de Timor Oriental que pudiera derivarse de dichas negociaciones (ibíd., párrs. 373-375). A pesar de que Timor Oriental ha sido reconocido como una provincia de Indonesia en el Tratado, Australia afirma que, "Al concluir el Tratado de la falla de Timor con Indonesia, Australia no afectó la capacidad del pueblo de Timor Oriental de hacer un acto futuro de libre determinación" (Ibíd., párr. 375.)

Todos estos argumentos hacen que sea importante señalar brevemente el carácter central de este derecho en el derecho internacional contemporáneo, el constante desarrollo del concepto y la amplia aceptación de la que ha sido beneficiado internacionalmente. En ese contexto, cualquier interpretación de ese derecho que no le de un contenido pleno y efectivo de significado necesita un escrutinio cuidadoso.

En primer lugar, el principio recibe confirmación de todas las fuentes del derecho internacional, ya sean tratados internacionales (como ocurre con los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales o las enseñanzas de los publicistas. De cada una de estas fuentes, puede recogerse autoridad convincente en apoyo del derecho, cuyos detalles no es necesario recapitular aquí.

En segundo lugar, ocupa un lugar central en la estructura de la Carta de las Naciones Unidas, recibiendo mención de ella en más de un contexto.

Consagrado en el artículo 1.2 está el principio por el que las Naciones Unidas deben fomentar relaciones de amistad entre las naciones sobre la base de la igualdad de derechos y la libre determinación. El desarrollo de tales relaciones amistosas es uno de los propósitos de las Naciones Unidas, central para su existencia y misión.

Por lo tanto, existe un vínculo inseparable entre un propósito importante de las Naciones Unidas y el concepto de la libre determinación. Se repite la misma estructura conceptual en el artículo 55, que observa que el respeto de la

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

igualdad de derechos y la libre determinación es la base sobre la cual se construye el ideal de las relaciones pacíficas y amistosas entre las Naciones.

El artículo 55 procede a traducir esta estructura conceptual en términos prácticos. Reconoce que las relaciones pacíficas y amistosas, que aunque se basan en el principio de igualdad de derechos y la libre determinación, necesitan condiciones de estabilidad y bienestar, entre los que se especifican las condiciones de progreso económico y desarrollo.

Dado que el desarrollo de las relaciones de amistad entre las Naciones es fundamental en la Carta y dado que la igualdad de derechos y la libre determinación se exponen como la base de las relaciones de amistad, el principio de libre determinación mismo puede ser descrito como fundamental en la Carta.

La Carta señala su preocupación por la libre determinación con mayor particularidad en el capítulo XI. Tratando específicamente el aspecto económico de la libre determinación, destaca, en el artículo 55, que la estabilidad y el bienestar son necesarios para las relaciones pacíficas y amistosas, que están a su vez basadas en el respeto del principio de igualdad de derechos y libre determinación. Con miras a la creación de estas condiciones de estabilidad y bienestar, las Naciones Unidas tiene el deber de promover, entre otras cosas, "condiciones de *progreso y desarrollo económico...*" (énfasis añadido).

Esto es seguido por el artículo 56, que contiene un compromiso expreso de todos los miembros "a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55". Se trata de un solemne deber contractual, expresamente asumido por separado por *cada* Estado Miembro de promover condiciones de progreso y desarrollo económico, basado en el respeto al principio de libre determinación.

Con referencia específica a los territorios no autónomos, el artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas establece uno de los objetivos de la administración de los territorios no autónomos como:

"desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas..." (art. 73 b).

Esta responsabilidad se impone a la Potencia administradora en virtud del principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios son primordiales. El carácter solemne de esta responsabilidad se resalta en su descripción como un "encargo sagrado".

Por lo tanto, la importancia central del concepto y el deseo de traducirlo en términos prácticos, están incorporadas en el derecho de las Naciones Unidas. Su carta está inspirada con el espíritu de cooperación entre las naciones hacia el logro de los propósitos que se han fijado. Parte integrante de esos propósitos y proveedor de una base sobre la que éstos se erigen, es el principio de la libre determinación.

En tercer lugar, las disposiciones fundamentales de la carta han proporcionado la base sobre la cual, a través de los continuos esfuerzos de las Naciones Unidas, se ha construido una superestructura que nuevamente pretende la aplicación práctica del concepto teórico. A través de su contribución práctica a la libertad de las naciones, la comunidad mundial ha demostrado su determinación de traducir su contenido conceptual en realidad.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

De hecho, el especial de interés la Asamblea General de traducir este concepto jurídico en términos prácticos ha sido inquebrantable y continuo [...].

Las declaraciones fundamentales de las Naciones Unidas sobre este asunto han fortalecido la aceptación por la comunidad internacional de este principio. La *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1960) y la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970) se encuentran entre estas declaraciones. El Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), constituyen una aceptación inequívoca por vía convencional de la obligación de reconocer este derecho.

La importancia acordada a este derecho por todos los sectores de la comunidad internacional también se reflejó en los debates en las Naciones Unidas que precedieron a la adopción de la declaración de las Relaciones de Amistad. Un estudio reciente de estas discusiones recoge estas impresiones en una forma que refleja la importancia central universalmente acordada a este principio. Como se observa el estudio, el principio fue diversamente caracterizado en esos debates como "uno de los más importantes principios consagrados en la Carta" (Japón); "una de las piedras fundamentales sobre las que las Naciones Unidas fueron construidas" (Birmania); "básico a la Carta de las Naciones Unidas" (Canadá); "uno de los ideales básicos que constituyen la razón de ser de la Organización" (Francia); "el ejemplo más significativo de la vitalidad de la Carta y su capacidad para responder a las cambiantes condiciones de la vida internacional" (Checoslovaquia); "un principio universalmente reconocido del derecho internacional contemporáneo" (Camerún); "una de las normas fundamentales del derecho internacional contemporáneo" (Yugoslavia); "un principio fundamental del derecho internacional contemporáneo vinculante para todos los Estados" (Polonia); "un [principio] de importancia primordial en la actual era de la descolonización" (Kenya); e "indispensable para la existencia de [la] comunidad de naciones" (Estados Unidos de América).

Por último debería hacerse referencia a la contribución de esta Corte, que ha desempeñado un significativo papel en la creación del concepto sobre una base jurídica sólida (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16; Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12*).

Tal es el principio central sobre el que se asienta este caso. Al juzgar entre las dos interpretaciones de este derecho presentadas ante la Corte por las dos partes, este breve estudio de su importancia para el derecho internacional contemporáneo no carece de significación.

Por un lado, hay una interpretación de este derecho que afirma que no es violado en la ausencia de violación de una disposición expresa de una resolución de las Naciones Unidas. Se señala, en este sentido, que no hay ninguna resolución de las Naciones Unidas que prohíba o critique el reconocimiento de Timor Oriental como una provincia de Indonesia. Por el otro, se argumenta que

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

el ser parte de un acuerdo que reconoce la incorporación de los territorios no autónomos en otro Estado y por el que se ocupa el principal activo no renovable de un pueblo que cuyo derecho a la libre determinación ha sido reconocido, antes de que haya ejercido su derecho a la libre determinación y sin su consentimiento, de hecho constituye una violación. La historia del derecho y de su desarrollo y aceptación universal deja en claro que la segunda interpretación está más en consonancia con el contenido y el espíritu del derecho que la primera.

En este contexto, es difícil aceptar que, en lo que se refiere a un derecho tan importante, el deber de los Estados se encuentra sólo al nivel de ayudar a las Naciones Unidas en las medidas específicas que pueda tomar, pero se encuentra inactivo en otros casos.⁵⁵

El análisis del Magistrado Weeramantry es detenido y pormenorizado. Subraya la importancia fundamental del principio en el derecho internacional contemporáneo y su carácter central en la Carta de las Naciones Unidas, particularmente como fuente de obligaciones para los Estados. Es muy interesante su desarrollo argumental para fundamentar el carácter del principio en el sistema de las Naciones Unidas, en especial, su vinculación a los objetivos del Art.55, como base para su aplicación práctica, de la mano de las resoluciones de la Asamblea General. Ello le permite sostener –cosa que compartimos– que la obligación que pesa sobre los Estados de promover la libre determinación –que está formulada en la resolución 2625 (XXV)– encuentra sustento normativo en la misma Carta, por el juego armónico de los Arts. 2.5 y 56, con relación a los Arts.1.2 y 55.

6. Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado

En su opinión consultiva de 9 de julio de 2004, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, la Corte expresó:

88. Asimismo, la Corte señala que el principio de la libre determinación de los pueblos se consagró en la Carta de las Naciones Unidas y se reafirmó en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General citada anteriormente, que dispone que “todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación ... a los pueblos aludidos en [esa resolución]”. En el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁵⁵ CIJ: *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90. Opinión Disidente de Weeramantry. Pág.193-197

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reafirma el derecho de todos los pueblos a la libre determinación y se establece la obligación de los Estados partes de promover el ejercicio de ese derecho y de respetarlo, de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

La Corte recuerda que en 1971 hizo hincapié en que la evolución actual del derecho internacional respecto de los territorios no autónomos, según lo consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, extendía la aplicación del principio de la libre determinación a todos esos territorios. La Corte también declaró que esa evolución dejaba poca duda de que el objetivo ulterior de la misión sagrada mencionada en el párrafo 1 del artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones fuese la libre determinación de los respectivos pueblos afectados (*Legal Consequences for Status of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 171*, pág. 31, párrs. 52 y 53). En su jurisprudencia, la Corte se ha referido en ese principio en diversas oportunidades (ibíd.; véase también *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pág. 68, párr. 162). En efecto, la Corte ha dejado en claro que el derecho de los pueblos a la libre determinación es ahora un derecho *erga omnes* (véase *East Timor (Portugal v. Australia), Judgement, I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29).

[...]

118. Con respecto al principio relativo al derecho de los pueblos a la libre determinación, la Corte observa que la existencia de un "pueblo palestino" ya no se cuestiona. Esa existencia ha sido además reconocida por Israel en el intercambio de correspondencia de 9 de septiembre de 1993 entre el Sr. Yasser Arafat, Presidente de la Organización de Liberación de Palestina (OLP) y el Sr. Yitzhak Rabin, Primer Ministro de Israel. En esa correspondencia, el Presidente de la OLP reconoció "el derecho del Estado de Israel a existir en paz y seguridad" y asumió varios otros compromisos. En respuesta, el Primer Ministro de Israel informó al Sr. Arafat de que, a la luz de esos compromisos, "el Gobierno de Israel ha decidido reconocer a la OLP como representante del pueblo palestino". En el Acuerdo Provisional Israelí Palestino sobre la Ribera Occidental y la Faja de Gaza de 28 de septiembre de 1995 se hace también referencia en varias oportunidades al pueblo palestino y a sus "legítimos derechos" (Preámbulo, párrs. 4, 7 y 8; artículo II, párr. 2; artículo III, párrs. 1 y 3; artículo XXII, párr. 2). La Corte considera que esos derechos incluyen el derecho a la libre determinación, como lo ha reconocido la Asamblea General, por otra parte, en varias oportunidades (véase por ejemplo, la resolución 58/163 de 22 de diciembre de 2003).

[...]

122. [...] En otras palabras, el trazado elegido para el muro da expresión *in loco* a las medidas ilegales adoptadas por Israel con respecto a Jerusalén y los asentamientos, que deploró el Consejo de Seguridad (véanse los párrafos 75 y 120 *supra*). Existe también el riesgo de nuevas alteraciones de la composición demográfica del territorio palestino ocupado resultantes de la construcción del muro, en la medida en que, como se explica con más detalle en el párrafo 133 *infra*, contribuye a la partida de poblaciones palestinas de algunas zonas. Esa construcción, junto con las medidas tomadas anteriormente, menoscaba así

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

gravemente el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación y constituye en consecuencia una violación de la obligación de Israel de respetar ese derecho.

[...]

155. La Corte observa que las obligaciones violadas por Israel comprenden algunas obligaciones *erga omnes*. Como indicó la Corte en el asunto de la Barcelona Traction, esas obligaciones son por su propia naturaleza materia de "interés para todos los Estados" y, "Habida cuenta de la importancia de los derechos involucrados, puede entenderse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección". (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33.) Las obligaciones *erga omnes* violadas por Israel son la obligación de respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, y algunas de sus obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario.

156. En lo tocante a la primera de dichas obligaciones, la Corte ya ha observado (párrafo 88 *supra*) que en el asunto de *Timor Oriental*, describió como "irreprochable" la afirmación de que "el derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como ha surgido de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene un carácter *erga omnes*" (*I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29). La Corte recuerda asimismo que, con arreglo a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, ya mencionada *supra* (véase el párrafo 88), "Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la realización del principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio..."⁵⁶

Esta opinión consultiva constituye un gran avance en materia de libre determinación, ya que, además de ratificar la jurisprudencia anterior en la materia presenta como rasgo significativo que por primera vez la Corte trata una cuestión de aplicación del principio de libre determinación en un territorio que no está bajo mandato, ni administración fiduciaria, ni es un territorio no autónomo en el sentido del Art.73 de la Carta. En efecto, la Corte recuerda el Art.1 común a ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos cuando reafirman que *todos* los pueblos tienen derecho a la libre determinación. La Corte se introduce también en la delicada cuestión de la titularidad del derecho cuando observa que la existencia de un "pueblo palestino" ya no se cuestiona, reafirmando tácitamente lo que diera a entender en su opinión consultiva sobre el Sahara Occidental, de que para ser titular del derecho, se debe tratar de un "pueblo".

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁵⁶ CIJ: *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Opinión consultiva.* Documento A/ES-10/273, para. 88, Pág.34

Pero la Corte va más allá, y aborda la libre determinación no sólo desde la titularidad de su ejercicio por los pueblos, sino también desde las obligaciones que el principio genera para los Estados, según aparecen formuladas en la resolución 2625 (XXV), en particular, la de promover la realización de la libre determinación, y la de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación, obligaciones sobre las que reafirmó su naturaleza de *erga omnes*, que señalara en el fallo de Timor Oriental.

III. El caso “Kosovo” (Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia con respecto a Kosovo)

Consideramos innecesario, a los efectos de este análisis, efectuar una reseña de los hechos del caso, que son por demás complejos, pero que creemos no afectan la naturaleza del estudio, que es estrictamente jurídico. Comenzaremos, entonces, por los argumentos que en torno a la libre determinación han planteado los Estados que intervinieron en el procedimiento, así como los autores de la declaración de independencia de Kosovo, la opinión de la Corte, y algunas declaraciones y opiniones separadas y disidentes de los magistrados de la Corte. Señalamos desde ya que el análisis jurídico de la cuestión sólo se basará desde la perspectiva de la libre determinación, sin tener en cuenta la aplicación de la *lex specialis* que emana de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y las normas dictadas en su consecuencia.

1. Argumentos de los intervinientes en el procedimiento⁵⁷

Tanto a favor como en contra de la independencia de Kosovo, los argumentos vertidos a lo largo del procedimiento han sido muy variados. Resumiremos aquí las

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁵⁷ El resumen está tomado de las exposiciones escritas presentadas por los Estados Miembros y la contribución escrita presentada por los autores de la declaración de independencia, de acuerdo a la providencia de la Corte de 17 de octubre de 2008, disponibles en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=1>

principales posturas, aclarando desde ya que sólo reseñamos aquéllas que se refieran de uno u otro modo a la libre determinación y su aplicabilidad o no a la cuestión.

a. Argumentos a favor de la independencia de Kosovo

Para los autores de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, la Corte no está obligada a alcanzar la cuestión de si la Declaración de Independencia refleja un ejercicio del derecho de libre determinación. Sin embargo, afirman que pueden identificarse los dos componentes clave que permiten el ejercicio del derecho: la existencia de un "pueblo"; y la demostrada incapacidad de ese pueblo de ser protegido dentro de un Estado particular, dados los abusos previos y la opresión por el gobierno de ese Estado. El pueblo de Kosovo es distinto, al tratarse de un grupo del cual el 90% son albanos kosovares, que hablan albanés y quienes en su mayoría comparten una identidad religiosa musulmana. Además, la previa perpetración de masivos abusos de los derechos humanos y crímenes contra la humanidad por las autoridades serbias sobre el pueblo de Kosovo son bien conocidas y bien documentadas, y han sido condenados por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y muchos otros órganos internacionales. La negación continua por parte de Serbia de un gobierno representativo para Kosovo fue demostrada al no invitar a representantes albanokosovares a la redacción de la Constitución de 2006, ni darles una oportunidad de expresarse sobre la misma (sólo a los serbios de Kosovo se les permitió participar en el referéndum). En esas circunstancias no caben dudas de que el pueblo de Kosovo es titular del derecho a la libre determinación.

Por su parte, entre los Estados que apoyan la Declaración de Independencia de Kosovo encontramos distintos argumentos.

En opinión de Alemania, el principio de libre determinación tiene el mismo nivel y no está subordinado a los principios de soberanía, igualdad soberana e integridad territorial de los Estados. La libre determinación puede ser ejercida interna y externamente. La libre determinación interna significa el disfrute de un grado de autonomía dentro de una entidad mayor, sin abandonarla por completo, pero, por regla, decidiendo cuestiones de relevancia local a ese nivel. La libre determinación externa significa el derecho de un grupo a determinar libremente su propio status político y constitucional a nivel internacional. Esto puede incluir el derecho a abandonar

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

una entidad constitucional mayor por completo. Algunos académicos dicen que fuera de un contexto colonial, nunca existe un derecho de secesión. Esto, sin embargo, podría volver al derecho a la libre determinación interna carente de significado en la práctica. Mientras la libre determinación puede, por el bien de la estabilidad del sistema internacional, normalmente ser disfrutada y ejercida dentro del marco de los Estados, puede excepcionalmente legitimar la secesión si esta aparece como el único remedio contra un prolongado y riguroso rechazo de la libre determinación interna. Este tipo de derecho de secesión como remedio no pondría en peligro la estabilidad internacional, si se ejerciera sólo bajo las circunstancias en que la situación dentro de un Estado se ha deteriorado al punto que puede ser considerada como una amenaza a la paz y la estabilidad internacionales. Para ello, según Alemania, deben darse dos condiciones, que se cumplen en el caso: primero, un rechazo excepcionalmente severo y duradero de la libre determinación interna por el Estado en cual un grupo está viviendo; segundo, que no exista otro medio para resolver el conflicto resultante, que se deriva de la naturaleza de *ultima ratio* de la libre determinación externa.

Dinamarca afirma que, aunque hay aspectos del derecho a la libre determinación que no han sido desarrolladas por completo en la práctica internacional, no ve razón de por qué la privación de una plena libre determinación interna, como de la que Kosovo fue objeto al menos desde 1990, pudiera ser irrelevante en relación con un legítimo reclamo de independencia.

Estonia considera que, aunque el derecho de libre determinación consagrado en la Carta fue entendido predominantemente para su aplicación en el proceso de descolonización, los titulares del derecho son también las minorías que viven dentro del territorio de un Estado y la población de un Estado soberano, si el Estado entero cae bajo dominación extranjera. La libre determinación puede excepcionalmente legitimar la secesión, cuando la secesión sea el único remedio contra un prolongado y riguroso rechazo de la libre determinación interna, que es lo que entiende sucedió en el caso de Kosovo.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Finlandia apunta a una distinción entre las situaciones “normales” y aquellas de anomalía o ruptura: situaciones de revoluciones, guerra, dominación extranjera o la ausencia de una perspectiva cierta de un régimen funcional de libre determinación interna. En tales situaciones, el principio de “estabilidad y finalidad de las fronteras”

deviene inaplicable, por no haber estabilidad de fronteras que proteger, y, dado que su delimitación ha devenido parte de la controversia, no puede ser utilizado como un criterio para resolverla. Esta es la situación en la que se encontró Kosovo en el desmembramiento de Yugoslavia. Los actos de Serbia demostraron la falta de voluntad o poder del Estado de aplicar garantías justas y efectivas garantías para que Kosovo disfrutara de una libre determinación interna plena como parte de la Serbia. En vista de la continua supresión de su derecho a la libre determinación, la única solución realista era realizarlo mediante la declaración de independencia.

Irlanda es de la opinión que, fuera del contexto colonial, el derecho de libre determinación no otorga un derecho unilateral a la secesión de las partes de Estados existentes. Sin embargo, considera que tal derecho puede excepcionalmente surgir, como último recurso, sólo en el caso de abusos masivos de derechos humanos fundamentales, y además, cuando esté involucrado un elemento de discriminación, donde las autoridades centrales excluyan un grupo definido del pleno ejercicio de la libre determinación interna.

Los Países Bajos consideran que los titulares del derecho a la libre determinación son los “pueblos”. Los Acuerdos de Rambouillet se refieren a “la voluntad del pueblo” de Kosovo, al que también se hace referencia en varios párrafos de la Declaración de Independencia. La proclamación de la independencia por un pueblo es sólo un método de ejercer el derecho a la libre determinación política, que involucra un cambio de límites internacionales y así constituye una instancia del ejercicio de la libre determinación externa. Se ha sostenido que –fuera del contexto de los territorios no autónomos, ocupación extranjera y acuerdo consensual– un pueblo debe, en principio, buscar el ejercicio del derecho de libre determinación política con respeto al principio de integridad territorial y así ejercer su derecho dentro de los límites internacionales

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

existentes. El derecho de libre determinación política puede evolucionar en un derecho a la libre determinación externa en circunstancias excepcionales. Esto es una excepción a la regla y debe ser interpretada de modo restrictivo. El recurso a la libre determinación externa es un *ultimum remedium*. Puede encontrarse un apoyo al derecho de libre determinación externa, aunque *a contrario*, en la resolución 2625 (XXV). De la misma surge que el principio de integridad territorial no puede prevalecer, al menos en todas las circunstancias, si los Estados no se conducen “de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”. El ejercicio del derecho de libre determinación externa está sujeto al cumplimiento de condiciones sustantivas y procedimentales que se aplican acumulativamente. Tal derecho sólo surge en caso de una “violación grave” de: a) la obligación de respetar y promover el derecho de libre determinación o b) la obligación de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho (condición sustantiva). Existe una violación de la obligación de respetar y promover el derecho a la libre determinación en caso de: i) la negación de derechos humanos fundamentales o ii) la existencia de un gobierno que no represente la totalidad del pueblo perteneciente a un territorio. Además, se deben haber agotados todas las medidas efectivas para lograr un arreglo (condición procedimental). Concluye que la situación de Kosovo cumple las condiciones establecidas para el ejercicio del derecho de libre determinación externa.

Para Polonia, hay cuatro casos de aplicación del derecho de libre determinación: a) un pueblo bajo dependencia colonial u otra forma de dominación; b) un pueblo bajo ocupación extranjera; c) un pueblo que habita un Estado que viola el derecho de libre determinación y, por lo tanto, es impedido del efectivo ejercicio de ese derecho; d) un pueblo que habita un Estado que respeta el principio de libre determinación y, en consecuencia, ese pueblo está representado adecuadamente en el gobierno de ese Estado. En la situación d), el pueblo de un territorio dado no está autorizado a ejercer su derecho de libre determinación, a menos que tal derecho sea garantizado por un acto constitucional y se cumplan las condiciones que en el mismo se establezcan. En la categoría c), por otro lado, el derecho de libre determinación no puede ser ejercido

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

efectivamente por el pueblo dentro de un país dado y, en consecuencia, ese derecho puede bajo ciertas circunstancias autorizar la secesión y lograrse por todos los medios legales. El derecho de secesión como remedio está basado en la premisa de que un Estado viola gravemente los derechos humanos y el derecho internacional humanitario contra los pueblos que habitan su territorio. Así, este derecho de secesión como remedio sólo puede plantearse como último recurso cuando es necesario para proteger a los habitantes de los territorios de actos ilegales de sus Estados. Concluye que Kosovo es titular del derecho a la secesión como remedio.

Para Suiza, la Declaración sobre las Relaciones de Amistad estipula que el derecho de los pueblos a la libre determinación no puede ser interpretado en el sentido de que autoriza la secesión si el Estado involucrado se conduce de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y si el gobierno representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color. Esto significa que el derecho internacional expresamente protege la integridad territorial de un Estado en detrimento del derecho de los pueblos a la libre determinación si su gobierno representa la totalidad de la población sin ninguna forma de discriminación. En este caso, la población está ejerciendo su derecho a la libre determinación a través de sus representantes dentro del gobierno. Por el contrario, la integridad territorial de un Estado no está protegida ilimitadamente si su gobierno no representa a la totalidad de la población, practica arbitrariamente discriminación contra ciertos grupos y así claramente viola el derecho de los pueblos a la libre determinación. En tal caso, la declaración de independencia de un pueblo que forma parte de una población nacional mayor podría estar de acuerdo con el derecho internacional y el principio de la integridad territorial. Un derecho de secesión basado en el derecho de los pueblos a la libre determinación puede existir, pero sólo puede ser ejercido en circunstancias excepcionales, cuando todos los otros medios de ejercicio de la libre determinación han fracasado o pueden considerarse fútiles debido a graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos. En otras palabras, la proclamación de un Estado independiente distinto del anterior debe permanecer como una solución de último recurso en orden de permitir a una población ejercer su derecho a la libre determinación interna, y disfrutar de los derechos humanos y de las minorías garantizados por el derecho internacional. Para Suiza, es

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

posible afirmar que se han cumplido las condiciones estrictas para el ejercicio del derecho de libre determinación de Kosovo: que el pueblo de Kosovo puede ejercer su derecho a la libre determinación, que ha sido objeto de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y de los miembros de las minorías, y que para el pueblo de Kosovo la declaración de la independencia de hecho constituyó una solución de último recurso (*ultima ratio*).

b. Argumentos en contra de la independencia de Kosovo

También entre quienes se oponen a la independencia de Kosovo encontramos diferentes argumentos.

Serbia, en una extensa exposición, considera que no todos los "pueblos" definidos en un sentido político-sociológico son aceptados por el derecho internacional para determinar libremente su status político. De hecho, la práctica muestra que el derecho ha sido reconocido a "pueblos" en circunstancias estrictamente definidas. En particular, se ha establecido una diferencia crítica entre pueblos y minorías. Según Serbia, la libre determinación se aplica a los territorios bajo mandato y administración fiduciaria, a los territorios coloniales de imperios europeos, y a las ocupaciones extranjeras. Sólo a estos confiere el derecho de determinar libremente su condición política y perseguir la independencia (libre determinación externa). Se aplica también como principio de derechos humanos dentro de Estados independientes, pero limitado a la llamada libre determinación interna. Bajo ningún concepto se aplica como una regla general que legitime la secesión de Estados independientes, ni que confiera derechos de secesión a grupos, entidades o pueblos dentro de tales Estados. Luego de analizar en profundidad cada uno de estos supuestos, afirma que Kosovo no constituye una unidad de libre determinación en virtud del Derecho Internacional, y que los albanos-kosovares no constituyen un "pueblo" titular de la libre determinación. Finalmente, analiza pormenorizadamente la "cláusula de salvaguardia" de la resolución 2625 (XXV), afirma que su objeto es garantizar la preservación de la unidad política y la integridad territorial de los Estados independientes; que una interpretación *a contrario* de la cláusula en orden a admitir un derecho a la "secesión como remedio" no está apoyada por sus términos, su contexto, su objeto y fin, los trabajos preparatorios y la práctica subsiguiente; que la resolución 2625 (XXV) no transforma una minoría

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

que sufre violaciones de derechos humanos en un pueblo que tenga derecho a la libre determinación; y que, incluso si existiera el llamado derecho a la "secesión como remedio", no se aplica al caso de Kosovo. Concluye, naturalmente, que la Declaración de Independencia es contraria al derecho internacional.

Para la Argentina, una premisa básica para la aplicación del principio de libre determinación es la calificación del titular de ese derecho como un "pueblo". Esta es una calificación jurídica en el contexto del derecho internacional y no una mera calificación sociológica o étnica. Los órganos de las Naciones Unidas han jugado un rol clave en la aplicación de la libre determinación y han adoptado un gran número de resoluciones con respecto a situaciones generales y particulares. En todos los casos en los cuales los órganos han reconocido la existencia de un "pueblo" en el sentido jurídico y consecuentemente su derecho a la libre determinación, lo han expresamente indicado. Nada de esto ha ocurrido con respecto a Kosovo. Por otra parte, la distinción entre pueblos titulares del derecho a la libre determinación y minorías o poblaciones indígenas es de particular importancia. En cualquier caso, el reconocimiento del derecho de libre determinación no implica automáticamente el derecho a la independencia. La distinción entre libre determinación interna y externa es relevante aquí. En el caso de Kosovo, ni dentro de la ONU ni dentro de un contexto regional, existe un reconocimiento de la aplicabilidad del derecho de libre determinación a un denominado "pueblo kosovar". También afirma que la cláusula de salvaguardia de la resolución 2625 (XXV) no ha sido interpretada *a contrario* por ningún órgano competente, y ni los trabajos preparatorios ni la práctica subsiguiente permiten tal interpretación. Concluye que el principio de libre determinación no puede ser considerado como una base jurídica para establecer la conformidad de la declaración unilateral de independencia con el derecho internacional.

China sostiene que el principio de libre determinación se aplica dentro de límites específicos, restringidos a situaciones de dominio colonial u ocupación extranjera, y que su ejercicio no debe menoscabar la soberanía y la integridad territorial de los Estados.

Chipre considera que el derecho de libre determinación reflejado en la práctica de las Naciones Unidas es esencialmente un derecho de descolonización y de liberación de la ocupación militar extranjera. Las minorías dentro de un Estado no están cubiertas

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

por esta práctica, y no se incluyen dentro del concepto de libre determinación. Reconoce que los Pactos de derechos humanos hacen referencia a "pueblos" y no a minorías dentro de un Estado, y que su aplicación no se limita a situaciones coloniales, pero dice que se refiere sólo a la libre determinación "interna". La libre determinación interna es un derecho de los pueblos más allá del contexto de la descolonización, y se aplica entre el Estado y toda su población, dando al pueblo el derecho de escoger la forma de gobierno y acceder a los derechos constitucionales. Concluye que Kosovo no es un pueblo con derecho a la libre determinación externa.

Para Egipto, el derecho a la libre determinación dentro del contexto de la dominación colonial está reconocido por el derecho internacional. A su vez, puede establecerse un derecho a la libre determinación en ciertas circunstancias en línea con las normas de derechos humanos. Nada, hasta ahora, permite claramente en el derecho internacional dar cabida a argumentos que sostengan que el derecho a la libre determinación puede ser ejercido solo externamente, en la medida de una protección adecuada contra la discriminación.

Para Rumania, aunque se habla de él mayormente en el contexto del proceso de descolonización, el principio del derecho de los pueblos a la libre determinación tiene una aplicación general y amplia. La regla establecida por el principio de libre determinación es que los pueblos ejercen ese derecho dentro de los Estados existentes. Dado que no había, a la fecha de la declaración de Independencia, ningún acuerdo en vigor (ni en la forma de un tratado ni en la forma de un documento vinculante de la ONU) disponiendo la aplicación del derecho de libre determinación a Kosovo, Kosovo no era en ese momento, y no lo es ahora, una entidad titular del derecho de libre determinación que implique su secesión unilateral de Serbia; al momento de la Declaración de Independencia, los habitantes de Kosovo eran titulares, y lo son ahora, junto con el resto de la población de Serbia, del derecho de perseguir libremente su desarrollo político, económico, social y cultural dentro del Estado de Serbia. De la regla general, la doctrina formuló una posible excepción: la aplicación del principio a partes de Estados existentes en circunstancias excepcionales, en caso de que a esas partes específicas se les niegue el ejercicio pleno del derecho de libre determinación. Teniendo en cuenta lo establecido en la resolución 2625 (XXV), puede argumentarse que en casos donde los Estados no se conduzcan de conformidad al

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

principio de libre determinación de los pueblos y excluyan discriminatoriamente del ejercicio de este derecho a partes o grupos de su pueblo, los grupos oprimidos pueden invocar, como remedio, un derecho de libre determinación propio. Sólo si el pueblo de una entidad es abusivamente privado del ejercicio pleno de su derecho a la libre determinación interna dentro de su Estado, surge la posibilidad del remedio, con la secesión como el último recurso. Rumania concluye que, al momento de la Declaración de Independencia, estas condiciones no se cumplen, por lo que Kosovo no es una entidad titular del derecho a la libre determinación externa. Rumania también afirma que la población de Kosovo no es un pueblo, sino que está conformado por varias etnias, que representan minorías nacionales, minorías étnicas o son parte de la mayoría serbia. Es generalmente admitido que el derecho internacional no reconoce un derecho de libre determinación a las minorías nacionales distinto del derecho de libre determinación de la totalidad del "pueblo" de su Estado y que implique su secesión. Las personas pertenecientes a minorías nacionales tienen derecho a ejercer la libre determinación interna, junto a todos los otros habitantes de los Estados existentes, dentro de esos Estados, pero no la libre determinación externa.

Para Rusia, el principio es ahora universalmente reconocido como aplicable a todos los pueblos. El derecho de libre determinación se ejerce a través de la libre elección por el pueblo involucrado sin interferencia exterior; puede ser ejercido a través del establecimiento de un Estado independiente, o a través de la adquisición de un status político particular dentro de un Estado existente. Distingue entre libre determinación interna y externa, y, con referencia a la "cláusula de salvaguardia" de la integridad territorial que aparece en la Declaración de Principios de 1970, es de la opinión de que su principal propósito es servir de garantía a la integridad territorial de los Estados, pero que es también cierto que la cláusula puede ser interpretada como una autorización a la secesión bajo ciertas condiciones. Sin embargo, esas condiciones deben ser limitadas a circunstancias verdaderamente extremas, tales como un ataque armado por parte del Estado, o severas formas de opresión que amenacen la existencia misma del pueblo en cuestión. Además, se deben tomar todos los esfuerzos en orden de arreglar la tensión entre el Estado y la comunidad étnica involucrada dentro del marco del Estado existente. Rusia entiende que, al momento de la Declaración de

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Independencia, estas circunstancias no se daban y que por lo tanto, la población de Kosovo no es titular del derecho de libre determinación.

2. Opinión consultiva de 22 de julio de 2010

En su opinión consultiva de 22 de julio de 2010 sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, la Corte se refirió a la libre determinación en los siguientes términos:

79. En los siglos XVIII y XIX y a comienzos del siglo XX se realizaron muchas declaraciones de independencia que, con frecuencia, suscitaron la enérgica oposición del Estado respecto del cual se declaraba la independencia. Esas declaraciones a veces dieron lugar a la creación de un nuevo Estado, y otras no. Sin embargo, en conjunto la práctica de los Estados no sugiere en ningún caso que el hecho de promulgar la declaración se considerara contrario al derecho internacional.

Por el contrario, de la práctica de los Estados en ese período se desprende claramente que el derecho internacional no prohibía las declaraciones de independencia. En la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional en materia de libre determinación evolucionó hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras (véase *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, págs. 31 y 32, párrs. 52 y 53; *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, fallo, I.C.J. Reports 1995, pág. 102, párr. 29; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I), págs. 171 y 172, párr. 88). Han surgido muchos Estados nuevos a raíz del ejercicio de este derecho. Sin embargo, también ha habido casos de declaraciones de independencia fuera de este contexto. La práctica de los Estados en estos últimos casos no revela la aparición en el derecho internacional de una nueva norma que prohíba la adopción de una declaración de independencia en tales casos.

80. Varios participantes en el procedimiento ante la Corte sostuvieron que el principio de integridad territorial contenía una prohibición implícita de las declaraciones de independencia unilaterales.

La Corte recuerda que el principio de integridad territorial es un elemento importante del ordenamiento jurídico internacional y está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en el Artículo 2, párrafo 4, a tenor del cual: "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas."

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

En su resolución 2625 (XXV), titulada "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", que refleja el derecho internacional consuetudinario (*Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) (Fondo)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 101 a 103, párrs. 191 a 193), la Asamblea General reiteró "el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado". Esa resolución enumeraba a continuación distintas obligaciones de los Estados de no violar la integridad territorial de otros Estados soberanos. En ese mismo sentido, el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, de 1 de agosto de 1975 (la Conferencia de Helsinki), estableció que "los Estados participantes respetarán la integridad territorial de cada uno de los Estados participantes" (art. IV). Así pues, el alcance del principio de integridad territorial se circunscribe al ámbito de las relaciones entre Estados.

81. Varios participantes invocaron resoluciones del Consejo de Seguridad por las que se condenaban determinadas declaraciones de independencia: véanse, entre otras, las resoluciones del Consejo de Seguridad 216 (1965) y 217 (1965), relativas a Rhodesia del Sur, 541 (1983), relativa a Chipre septentrional, y 787 (1992), relativa a la República Srpska.

La Corte observa, no obstante, que en todos esos casos el Consejo de Seguridad se pronunció sobre la situación concreta que existía en el momento en que se realizaron las declaraciones de independencia: la ilegalidad de tales declaraciones no se derivaba, por tanto, de su carácter unilateral, sino del hecho de que iban o habrían ido acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*). En el contexto de Kosovo, el Consejo de Seguridad nunca ha adoptado esa posición. En opinión de la Corte, el carácter excepcional de las resoluciones antes mencionadas parece confirmar que no cabe inferir ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia de la práctica del Consejo de Seguridad.

82. Varios participantes en el presente procedimiento sostuvieron, si bien casi siempre como argumento secundario, que la población de Kosovo tenía derecho a crear un Estado independiente, bien como manifestación de un derecho a la libre determinación o bien en virtud de lo que describieron como un derecho de "secesión como remedio" habida cuenta de la situación de Kosovo.

La Corte ya ha señalado (véase párr. 79 *supra*) que uno de los principales desarrollos del derecho internacional en la segunda mitad del siglo XX fue la evolución del derecho a la libre determinación. No obstante, la cuestión de si, fuera del contexto de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras, el derecho internacional en materia de libre determinación confiere a una parte de la población de un Estado existente un derecho a separarse de ese Estado suscitó opiniones radicalmente distintas en los participantes en el procedimiento que se pronunciaron al respecto.

También se plantearon divergencias similares respecto de la cuestión de si el derecho internacional contemplaba un derecho a la "secesión como remedio" y,

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

en tal caso, en qué circunstancias. También hubo gran divergencia de opiniones sobre si en Kosovo concurrían efectivamente las circunstancias que, según algunos participantes, daban lugar a un derecho a la "secesión como remedio".

83. La Corte considera que en el presente caso no es necesario pronunciarse sobre esas cuestiones. La Asamblea General únicamente ha solicitado la opinión de la Corte sobre la conformidad o no de la declaración de independencia con el derecho internacional, mientras que el debate sobre el alcance del derecho a la libre determinación y la existencia de un eventual derecho a la "secesión como remedio" se refiere al derecho a separarse de un Estado. Como ya señaló la Corte (véanse párrs. 49 a 56 *supra*), y como admitieron casi todos los participantes, ese aspecto excede el marco de la cuestión planteada por la Asamblea General. Para responder a esta última, la Corte solo necesita determinar si la declaración de independencia vulneró el derecho internacional general o la *lex specialis* creada por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.⁵⁸

En la opinión disidente del magistrado Koroma leemos:

22. Ni siquiera los principios de igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos como preceptos de derecho internacional permiten el desmembramiento de un estado existente sin su consentimiento. De acuerdo con la mencionada Declaración, "[t]odo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país." La declaración, además, enfatiza: "Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta *cualquier acción* encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes." (énfasis añadido)

La declaración, por tanto, no deja dudas sobre que los principios de la soberanía y la integridad territorial de los Estados prevalecen sobre el principio de la libre determinación.⁵⁹

En la declaración del Magistrado Simma, encontramos:

6. Además, muchos de los participantes, incluyendo a los autores de la declaración de independencia, invocaron argumentos sobre el derecho a la libre determinación y la cuestión de la "secesión como remedio" en sus escritos (véase la opinión consultiva, párrafo 82). La Corte podría haber abordado estos argumentos sobre el fondo; en su lugar, su interpretación restrictiva del alcance de la cuestión excluye por completo el examen de estos argumentos. La pertinencia de la libre determinación o secesión como remedio sigue siendo una cuestión importante en términos de resolver la controversia más amplia en Kosovo y en abordar exhaustivamente todos los aspectos de la conformidad con

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁵⁸ CIJ: *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión consultiva.* Documento A/64/881, para. 79-83. Pág.34-35

⁵⁹ <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15991.pdf>

el derecho internacional de la declaración de independencia. Ni más ni menos que los autores de la declaración de independencia hacen referencia a la "voluntad de [su] pueblo" en el párrafo 1, que es una bastante clara referencia a su presunto ejercicio de la libre determinación (véase el párrafo 75 de la opinión, donde se cita la declaración de independencia en su totalidad). Además, el examen de estos puntos habría venido muy bien dentro del ámbito de la cuestión como es entendida por los kosovares, entre varios participantes, que hacen referencia al derecho de la libre determinación externa que se basa en la libre determinación y "secesión como remedio" como un pueblo. El tratamiento – o, mejor dicho, el no tratamiento– de estos argumentos por la Corte, en mi opinión, no parece ser judicialmente razonable, habida cuenta de que la Corte no se ha negado a dar la opinión solicitada a ella por la Asamblea General.

7. En este punto de vista, creo que la solicitud de la Asamblea General merece una respuesta más completa, evaluando tanto las normas permisivas como prohibitivas del derecho internacional. Esto habría incluido un análisis más profundo de si el principio de la libre determinación o cualquier otra norma (quizás expresamente mencionando la secesión como remedio) permite o incluso garantiza la independencia (a través de la secesión) de ciertos pueblos/territorios. Dicho esto, no considero un ejercicio adecuado de mi papel judicial examinar *in extenso* estos argumentos; por lo tanto, en este punto, me doy por satisfecho simplemente con declarar que la Corte podría haber emitido una opinión más satisfactoria intelectualmente, y con una mayor relevancia en cuanto al orden jurídico internacional como ha evolucionado en su forma actual, que no interpreta el alcance de la cuestión tan restrictivamente. Tratar estas cuestiones más extensamente habría demostrado el conocimiento de la Corte de la arquitectura actual del derecho internacional.⁶⁰

3. Algunas reflexiones

Antes de proceder al análisis –limitado, como dijimos– a la forma en que la Corte considera –o, mejor dicho, no considera– el principio de libre determinación y su aplicación a este caso, debemos dejar en claro que, toda vez que no negamos el derecho del pueblo kosovar a la libre determinación, y así, a su independencia, estamos de acuerdo con las conclusiones de la Corte, mas no podemos decir lo mismo de sus argumentos. En ese sentido, compartimos la afirmación del Magistrado Simma de que la Corte podría haber emitido una opinión mucho más fundada, y que demostrara su conocimiento sobre la evolución del derecho internacional en materia de libre determinación.

A los efectos de la exposición, comenzaremos nuestro análisis sobre si era posible para la Corte considerar la cuestión en el marco del derecho a la libre determinación, habida cuenta de que se trató de una declaración de independencia –

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶⁰ <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>

una de las formas de su ejercicio–, para luego centrarnos en los siguientes aspectos: el ámbito de aplicación del principio de libre determinación; la existencia de un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación; y la relación entre la libre determinación y la integridad territorial de un Estado.

a. La declaración de independencia como forma de ejercicio del derecho a la libre determinación

De las opiniones reseñadas, sólo los Países Bajos se refieren en forma expresa a la independencia como una de las formas de ejercicio de la libre determinación. Llama la atención que los demás Estados participantes –particularmente los que apoyaban la independencia de Kosovo a la luz de la libre determinación– no hicieran hincapié en este punto. Sin embargo, el aspecto nos parece dirimente, sobre todo dado el giro que adopta la Corte al no analizar la legalidad de la Declaración de Independencia según el principio de la libre determinación.

En nuestra opinión nos parece inconcebible, a la luz del desarrollo actual del derecho internacional, y de la propia jurisprudencia de la Corte, considerar la legalidad de una declaración de independencia por fuera del principio de libre determinación.

Es que si, de acuerdo a lo establecido en las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV), así como en el Art.1 de ambos pactos internacionales de derechos humanos – que no cesaremos de citar–, «*todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política...*», ¿cómo es posible sostener la posibilidad de una declaración de independencia *por fuera* del ejercicio de este derecho, cuando esta es una –por no decir la suprema– de sus expresiones? En otros términos: ¿puede, en el derecho internacional actual, considerarse una declaración de independencia separada del ejercicio del derecho a la libre determinación?

Recordemos aquí que la resolución 1541 (XV) de la Asamblea General determinó que «*Puede considerarse que un territorio no autónomo ha alcanzado la plenitud del gobierno propio: a) Cuando pasa a ser un Estado independiente y soberano; b) Cuando establece una libre asociación con un Estado independiente; o c) Cuando se integra a un Estado independiente.*» Estas formas de ejercicio de la libre determinación son aplicables sólo a los territorios no autónomos en el sentido del Art.73 de la Carta, pero

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

la resolución 2625 (XXV) las amplió a todos los pueblos al disponer: «*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.*» Como se advierte, las “formas del ejercicio del derecho de libre determinación”, según esta resolución, ya no son aplicables a los territorios no autónomos, sino a “un pueblo”, lo cual debe entenderse en el sentido amplio con el que comienza la enunciación del principio: “todos los pueblos”. Como vimos, la propia Corte reconoció la validez de estas formas de ejercicio del derecho de libre determinación en su opinión consultiva del Sahara Occidental.

Sin embargo, la Corte, yendo –en nuestra interpretación– en contra de sus propios precedentes, se limitó a afirmar laconicamente: «*Han surgido muchos Estados nuevos a raíz del ejercicio de este derecho. Sin embargo, también ha habido casos de declaraciones de independencia fuera de este contexto.*» La Corte no menciona a cuáles casos se refiere, ni mucho menos explica por qué han de entenderse fuera del contexto de la libre determinación.

Además, aunque reconozcamos que las declaraciones de independencia efectuadas a finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX lógicamente se encuentren fuera del marco de la libre determinación –toda vez que la misma aún no había sido formulada–, insistimos en que no puede sostenerse que en la actualidad exista un “derecho a la independencia” por fuera de la libre determinación, menos considerando que la propia Corte ha reconocido en este y otros precedentes, la evolución operada en el derecho internacional en la materia.

Si, de acuerdo a la formulación del principio –de conformidad a las resoluciones citadas–, en virtud de la libre determinación los pueblos determinan libremente su condición política, entendemos que, en el derecho internacional actual, la posibilidad de una declaración de independencia –una determinación de la condición política de un pueblo–, expresamente reconocida como una de las formas de ejercicio del derecho a la libre determinación, sólo puede caber en el contexto de este derecho. En el caso de Kosovo, basta con leer la Declaración de Independencia: «*Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo, por la presente declaramos que Kosovo es un Estado independiente y soberano. Esta declaración refleja la voluntad de nuestro*

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

pueblo». Recordemos que la Corte había afirmado en su opinión consultiva sobre el Sahara Occidental que la libre determinación supone “la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos interesados”. En el caso de Kosovo, según surge del pasaje citado: a) se trata de una “expresión libre y auténtica”, tomada por los “dirigentes democráticamente elegidos” del pueblo de Kosovo; b) supone la voluntad del pueblo interesado (“refleja la voluntad de nuestro pueblo”); y c) adopta la forma de una declaración de independencia, prevista tanto en la resolución 1541 (XV) como 2625 (XXV) como modo de ejercicio de la libre determinación. ¿Ante qué nos encontramos si no es el ejercicio del derecho a la libre determinación? No vemos otra explicación posible: la Declaración de Independencia de Kosovo fue tomada en ejercicio –o bien, en el pretendido ejercicio– del derecho a la libre determinación

Por lo tanto, la Corte podría –y, entendemos, debería– haber considerado la declaración de independencia de Kosovo dentro del derecho a la libre determinación, debiendo analizar, a nuestro entender, los aspectos que veremos a continuación.

b. Ámbito de aplicación del principio de libre determinación

Varios Estados (China, Chipre, Egipto y Serbia) plantearon que el ámbito de la libre determinación está limitado a los pueblos bajo dominio colonial u ocupación extranjera (y en el pasado, también a los territorios bajo mandato y bajo administración fiduciaria). Por su parte, la Corte declara que «*el derecho internacional en materia de libre determinación evolucionó hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras*». Sin embargo, considera que no necesita analizar la cuestión de si puede aplicarse el principio fuera de estas situaciones.

Debemos decir que compartimos en cierto modo esta consideración de la Corte, puesto que, en nuestra opinión, no era “necesario” que la Corte se pronunciara sobre el particular, porque *ya se había pronunciado*. Como surge de dos de los precedentes que reseñamos más arriba, las opiniones consultivas sobre el Sahara Occidental y sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en los territorios palestinos ocupados, la Corte –aun cuando se tratara de contextos diferentes– había ratificado, al recordar los términos de la resolución 1514 (XV) y del Art.1 común a

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, que “*todos los pueblos*” tienen el derecho de libre determinación.

Por nuestra parte, no tenemos ninguna duda: “*todos*” significa todos. Pretender introducir alguna distinción sería por demás arbitrario y conspiraría contra el principio de igualdad de derechos que la Carta reconoce junto a la libre determinación en su Art.1.2. Aunque reconocemos que del contexto de la resolución 1514 (XV) –aunque no de sus términos por demás claros– podría interpretarse que sólo se refiere a los pueblos bajo dominación colonial, tal interpretación no tiene cabida en los Pactos de derechos humanos.

La libre determinación, como lo entiende la mayoría de los Estados que concurrieron al procedimiento –incluso algunos, como Rumania y Rusia, que se oponen a la legalidad de la independencia de Kosovo–, se aplica en la actualidad a todos los pueblos. Ello no implica negar que en el pasado la libre determinación pudo estar acotada a ciertos supuestos, pero la jurisprudencia de la Corte, tal cual la hemos reseñado aquí, se ha referido a la evolución del derecho internacional en la materia, habiendo la misma jurisprudencia contribuido a esa evolución, que nos lleva a reconocer el amplio alcance de la libre determinación en nuestros días.

La Corte, entonces, pudo y debió haberse pronunciado sobre este aspecto. De acuerdo a nuestra interpretación, tal pronunciamiento debió ser favorable a la aplicación al caso de Kosovo del principio de libre determinación.

c. La existencia de un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación

Una de los aspectos más complejos y controversiales del derecho a la libre determinación es la identificación de su titular, o en palabras de la Memoria de Nauru que mencionáramos más arriba, y que también utiliza Serbia en su exposición escrita, la “unidad de libre determinación”.

De acuerdo a lo que ya ha sido expuesto, y como lo ha reconocido la misma Corte en sus opiniones consultivas de 1975 y 2004 ya citadas, “*todos los pueblos*”, pero sólo los “*pueblos*” tienen derecho de libre determinación. Se hace necesario, entonces, saber si la población de Kosovo constituye un “*pueblo*” titular del derecho a la libre determinación.

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

En base a ello, para algunos de los participantes del procedimiento –Países Bajos, Suiza y los autores de la Declaración de Independencia–, los albanokosovares son un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación. Para otros –la Argentina, Chipre, Rumania y Serbia–, la población de Kosovo no constituye un “pueblo”. Por otra parte, sorprende que varios de los Estados que se pronunciaron a favor de la Declaración de Independencia (como Alemania e Irlanda) como manifestación del derecho a libre determinación, no se refirieran a Kosovo como un “pueblo”, sino como un “grupo”. De todas estas posturas, sólo la Argentina aporta un criterio general para identificar a un “pueblo”: siendo este un concepto jurídico, “pueblo” es aquél que es reconocido como tal por decisión de un órgano internacional competente.

La Corte guarda silencio sobre este aspecto. Frente a ello, nos preguntamos: ¿por qué la Corte no considera la cuestión de la titularidad del derecho a la libre determinación cuando en su opinión consultiva de 2004 ya se había pronunciado sobre la existencia de un “pueblo” palestino? Recordemos que, como lo destacamos oportunamente, en la opinión de 1975 también había insinuado la cuestión de la titularidad del derecho. No se trata, entonces, de un punto novedoso para la Corte.

Es verdad que la cuestión de definir qué es un pueblo es hartamente compleja, y también es verdad que no existe una definición de “pueblo” aceptada internacionalmente. Afirmaba Aureliu Cristescu, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en su estudio sobre la libre determinación: *«La cuestión de una definición del término “pueblo” es de la mayor importancia, ya que puede afectar las medidas a tomar con respecto a determinados aspectos de la cuestión, por ejemplo, el aspecto político del ejercicio del derecho a la libre determinación, es decir, el derecho de los pueblos a elegir su condición política internacional. Por lo tanto, dado que no se ha formulado ninguna definición, las Naciones Unidas han procedido con cautela en los casos de libre determinación política, a pesar de que han actuado con firmeza en la cuestión de la eliminación del colonialismo. Esta actitud es comprensible en vista de las posibles consecuencias de las decisiones en este ámbito. Por lo tanto, sería prematuro e incluso presuntuoso intentar establecer aquí y ahora una definición que podría ser utilizada en todas partes del mundo y que abarque todas las situaciones. Sin embargo, los elementos de una definición que han surgido de los debates sobre este tema en las Naciones Unidas no*

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

pueden ni deben ignorarse. Estos elementos pueden tomarse en consideración en situaciones específicas en las que es necesario decidir si una entidad constituye o no un pueblo apto para disfrutar y ejercer el derecho a la libre determinación: a) el término "pueblo" denota una entidad social que posee una identidad clara y sus características propias; b) implica una relación con un territorio, incluso si el pueblo en cuestión ha sido injustamente expulsado y artificialmente sustituido por otra población; c) un pueblo no debe confundirse con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos son reconocidos en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.»⁶¹

Si aceptamos estos elementos propuestos por el Relator Especial, y los aplicamos al caso *sub examine*, no nos quedan muchas dudas de que la población de Kosovo reúne las condiciones establecidas para ser un pueblo, como lo destacaron sus representantes en su contribución escrita: los albanos kosovares son ciertamente una entidad social con una clara identidad común y con características étnicas, lingüísticas y religiosas propias diferentes a la población serbia, y están vinculados históricamente al territorio en el que se encuentran.

Aún recurriendo a la postura argentina (que nos parece en extremo restrictiva, a la vez que hace depender la existencia de un pueblo –y, en consecuencia, la titularidad del derecho a la libre determinación– a actos de naturaleza eminentemente política, como lo sería el reconocimiento por órganos internacionales), podemos encontrar en documentos internacionales el reconocimiento de la calidad de "pueblo" para la población de Kosovo. Así, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, fijó como objeto de la administración internacional, que «*Kosovo tenga una administración provisional bajo la cual su pueblo pueda gozar de una autonomía sustancial*» dentro de Yugoslavia (subrayado añadido). Aunque lo limita claramente, no deja de reconocer que Kosovo tiene un "pueblo", y esa autonomía tampoco deja de ser una forma de ejercicio del derecho de libre determinación. Por otra parte, el Capítulo 8 de los Acuerdos de Rambouillet (S/1999/648), se refiere a que el mecanismo de solución final para Kosovo se definirá «*sobre la base de la voluntad del pueblo*», sin ningún tipo de limitación, no obstante la forzada interpretación que la Argentina propone al respecto.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶¹ CRISTESCU, Aureliu: "The right to self-determination. Historical and current development on the basis of United Nations instruments". Naciones Unidas, Nueva York, 1981. Párr.279. Pág.40-41

La Corte, entonces, también pudo pronunciarse sobre esta cuestión, y tenía –de acuerdo a su propia jurisprudencia y a los hechos del caso– elementos suficientes para afirmar que la población de Kosovo constituye un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación.

d. La libre determinación y la integridad territorial de los Estados: la “secesión como remedio”

Párrafo aparte merece la denominada “secesión como remedio”, probablemente el más polémico de los aspectos de la cuestión, y que fue invocada por varios de los Estados participantes en el procedimiento, inclusive por algunos que no reconocen la legalidad de la independencia de Kosovo. De los argumentos vertidos, podemos reunir las siguientes características: a) está fundado en el derecho a la libre determinación; b) parte de la distinción entre la libre determinación “interna” y “externa”; c) tiene que cumplir con las siguientes condiciones, de manera acumulativa: i) el pueblo de que se trata debe haberse visto privado del ejercicio de la libre determinación interna por parte del Estado en el que se encuentra, o debe haber sufrido graves y masivas violaciones a los derechos humanos, y ii) deben haberse agotado todos los medios para el ejercicio de la libre determinación interna; d) encuentra fundamento normativo en el séptimo párrafo del principio de igualdad de derechos y libre determinación de la Declaración sobre relaciones de amistad de 1970; e) es absolutamente excepcional y de interpretación restrictiva. Analizaremos a continuación estas características.

En primer lugar, queremos señalar que estamos de acuerdo con la idea de que no existe en el derecho internacional actual un “derecho a la secesión” como tal, pero destacamos que de lo que aquí se trata no es de tal derecho, sino de una declaración de independencia, una forma de ejercicio del derecho a la libre determinación, que, dadas las particularidades del caso y desde el punto de vista de la integridad territorial del Estado –reconocemos–, trae como consecuencia una secesión. Queda claro, entonces, que esta particular declaración de independencia cuyo efecto es una secesión es una manifestación del derecho a la libre determinación y en él se funda.

Por lo que respecta a la distinción entre libre determinación interna y externa, ha sido claramente efectuada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: «*En lo que atañe a la libre determinación, es necesario distinguir entre dos*

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

aspectos. El derecho a la libre determinación de los pueblos tiene un aspecto interno, es decir, el derecho de todos los pueblos a llevar adelante su desarrollo económico, social y cultural sin injerencias del exterior. [...] Por consiguiente, los gobiernos deben representar a toda la población sin distinción alguna por motivos de raza, color, ascendencia o nacionalidad u origen étnico. El aspecto externo de la libre determinación significa que todos los pueblos tienen derecho a determinar libremente su condición política y el lugar que deben ocupar en la comunidad internacional sobre la base del principio de igualdad de derechos y tomando como ejemplo la liberación de los pueblos del colonialismo y la prohibición de someter a los pueblos a toda sujeción, dominio y explotación del extranjero.»⁶² Queda claro, tal como lo destaca el Comité, que no se trata de dos derechos distintos, sino de uno solo con dos aspectos, que lógicamente están íntimamente relacionados, de modo tal que no es posible afirmar – como lo pretenden algunos Estados– que algunos pueblos gozan de ambos aspectos, y otros de uno solo. Ello, además de ir contra el tantas veces mencionado principio de que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, atentaría contra la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Íntimamente vinculado con lo anterior están las condiciones que deben reunirse para esta excepcional forma de independencia. Sobre la primera de ellas se merecen algunas consideraciones. A nuestro entender, sólo una constante negación⁶³ del aspecto interno del derecho a la libre determinación de un pueblo por parte del gobierno del Estado donde se encuentra puede justificar el ejercicio del aspecto externo de su derecho. Aunque varios Estados que participaron en el procedimiento lo justificaron también cuando se dan graves y masivas violaciones a los derechos humanos de una población, creemos que ello no tiene cabida en el derecho internacional. Si el grupo no constituye un “pueblo”, o si entre los derechos violados no se encuentra la libre determinación, tales violaciones justificarán la intervención de la

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁶² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Recomendación general N° XXI relativa al derecho a la libre determinación. En NACIONES UNIDAS: “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.” Nota de la Secretaría – Volumen II. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II). Ginebra, 2008. Pág.24

⁶³ Que se pondría de manifiesto, como lo expresan claramente los Países Bajos, en la violación grave por parte del Estado de dos de sus obligaciones con respecto a la libre determinación: a) su obligación de promover, mediante acción la aplicación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y b) su obligación de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho a la libre determinación.

comunidad internacional a través de los mecanismos previstos en la Carta de las Naciones Unidas, mas no la independencia que implique una "secesión". En ese sentido, creemos que es correcto el planteo de Serbia en cuanto afirma que una violación de derechos humanos –por más grave y masiva que sea– no transforma en "pueblo" a una población que no lo es. La segunda condición, que como dijimos es acumulativa a la primera, es que el pueblo de que se trate debe haber agotado todos los medios a su alcance para lograr el pleno disfrute del aspecto interno de su derecho a la libre determinación antes de proceder al ejercicio del aspecto externo, es decir, la independencia.

Como decíamos, el fundamento normativo invocado es el séptimo párrafo del quinto principio –igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos– contenido en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, que textualmente reza: *«Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color»* (similares términos encontramos en la Declaración y Programa de Acción de Viena⁶⁴ y en la Declaración con motivo del Cincuentenario de las Naciones Unidas⁶⁵). El párrafo

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶⁴ «Con arreglo a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna.» (NACIONES UNIDAS: Declaración y Programa de Acción de Viena. Nota de la Secretaría. Documento A/CONF.157/23. Ginebra, 1993)

⁶⁵ «Nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna.» (NACIONES UNIDAS: Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas. Resolución de la Asamblea General 50/6. Nueva York, 1995)

es citado parcialmente por el Magistrado Koroma, privándolo, a nuestro entender, de gran parte de su sentido.

Algunos Estados, como Suiza, han interpretado claramente el sentido de este párrafo, denominado "cláusula de salvaguardia" de la integridad territorial de los Estados: la libre determinación no debe afectar la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes, pero en la medida en *que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color*⁶⁶. Una interpretación *a contrario* sugiere que un Estado que no se conduzca de conformidad con el principio de libre determinación, es decir, que carezca de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo del territorio, sin discriminación alguna, no está alcanzado por esta garantía. En tal caso, la libre determinación de los pueblos primará sobre su integridad territorial, justificándose el ejercicio de la independencia con efecto de secesión.

No obstante los esfuerzos desplegados por Serbia para demostrarlo, no encontramos por nuestra parte ningún elemento que permita sostener que no es posible interpretar *a contrario* el párrafo. De hecho, creemos que si no se permitiera tal interpretación *a contrario*, se privaría a la cláusula de gran parte de su sentido, ya que de poco valdría la aclaración final si todos los Estados fueran a ver protegida su integridad territorial, incluso aquellos que violan el derecho de los pueblos a la libre determinación. De tal forma, una mera reafirmación del principio de la integridad territorial –sin aclaración alguna– habría bastado.

Así, creemos que el ejercicio de la libre determinación en la forma de una declaración de independencia, no obstante su efecto de secesión, halla fundamento normativo bastante en la norma señalada.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶⁶ Se ha hecho notar –incluso por varios de los participantes en el procedimiento– que el derecho de un pueblo a separarse de un Estado como *ultima ratio* ya había sido reconocido por la segunda Comisión de la Sociedad de Naciones en conexión con el caso de las Islas Aaland: «*La separación de una minoría del Estado del cual forma parte y su incorporación a otro Estado solo puede ser considerada como una solución por completo excepcional, un último recurso cuando el Estado carece de la voluntad o del poder para sancionar y aplicar garantías justas y efectivas*» (*Report of the Commission of Rapporteurs Presented to the Council of the League*, Documento B.7.21/68/106, 16 de abril de 1921). Las "garantías" a las que se refiere, son, según la propia Comisión, las vinculadas a la preservación del carácter social, étnico y religioso del pueblo de que se trate.

Se ha pretendido que el siguiente pasaje de la Recomendación General del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial citada contradice lo afirmado: «El Comité subraya que, de conformidad con la Declaración sobre las relaciones de amistad, ninguna de las medidas que adopte deberá entenderse en el sentido de que autoriza o promueve la realización de acción alguna encaminada a quebrantar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se comporten de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, y cuenten con un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin discriminación por motivos de raza, creencia o color. A juicio del Comité, el derecho internacional no ha reconocido el derecho general de los pueblos a declarar unilateralmente su secesión de un Estado. A este respecto, el Comité sigue los principios expresados en Un Programa de Paz (párrs. 17 y ss.), a saber, que toda fragmentación de los Estados iría en detrimento de la protección de los derechos humanos y del mantenimiento de la paz y la seguridad. Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de llegar a arreglos concertados libremente por todas las partes interesadas».⁶⁷ Creemos que no es así, el Comité solo reafirma lo establecido en la resolución 2625 (XXV) y comparte nuestra opinión de que el derecho internacional no reconoce un “derecho general” de los pueblos a la secesión. Por lo tanto, en nada se opone a la interpretación que aquí propiciamos.

Al respecto, conviene recordar lo que afirmara en su momento el Relator Especial Aureliu Cristescu, también citado, aunque no obstante, y por las razones ya apuntadas, no compartamos la terminología utilizada –por cuanto se refiere a un limitado y excepcional “derecho de secesión”–, creemos que sus argumentos se aplican a la independencia con efecto de secesión que aquí proponemos: «El principio de libre determinación, como está enunciado en la Carta de las Naciones Unidas, no concede un derecho ilimitado de secesión a las poblaciones que viven en el territorio de un Estado soberano independiente y tal derecho no puede ser considerado como una disposición de *lex lata*. Un derecho de secesión apoyado o alentado por Estados

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁶⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Recomendación general N° XXI relativa al derecho a la libre determinación. En NACIONES UNIDAS: “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.” Nota de la Secretaría – Volumen II. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II). Ginebra, 2008. Pág.25

extranjeros estaría claramente en contradicción con el respeto de la integridad territorial sobre el cual se basa el principio de la igualdad soberana de los Estados. Sería peligroso reconocer en el derecho internacional un derecho de secesión general e ilimitado, cuando los derechos de una población que vive en el territorio de un Estado dado están gobernados por el derecho constitucional nacional de ese Estado. El derecho de secesión incuestionablemente existe, sin embargo, en un caso especial, pero muy importante: el de los pueblos, territorios y entidades subyugados en violación del derecho internacional. En tales casos, los pueblos involucrados tienen el derecho de recuperar su libertad y constituirse ellos mismos en Estados soberanos independientes. Además, la comunidad internacional es lo suficientemente madura en la actualidad como para poder distinguir entre la genuina libre determinación y la libre determinación usada para disfrazar un acto de secesión.»⁶⁸

Finalmente, insistimos, se trata de un supuesto excepcional, sujeto a condiciones muy particulares como las apuntadas, y debe ser interpretado en forma restrictiva, toda vez que constituye una excepción a un principio firmemente establecido como lo es el del respeto por la integridad territorial de los Estados.

Aunque debemos reconocer que este aspecto de la cuestión carecía de antecedentes en la jurisprudencia de la Corte, no podemos negar que constituye una derivación lógica de los anteriores: si el derecho a la libre determinación se aplica a todos los pueblos sin distinción, si existe un "pueblo" titular de ese derecho, y si la declaración de independencia es una forma de ejercicio de ese derecho –tres aspectos que como vimos habían sido reconocidos con anterioridad por la Corte–, no vemos razones para que el máximo tribunal internacional diera tan solo un paso más y considerara también este aspecto.

Por nuestra parte, pensamos que las condiciones requeridas para que la independencia con efecto de secesión, como forma de ejercicio del derecho a la libre determinación se reúnen en el caso de Kosovo: la población de Kosovo es un "pueblo", titular del derecho a la libre determinación en sus aspectos interno y externo; el ejercicio del aspecto interno del derecho le fue negado por la mayoría serbia –sólo basta con repasar los trágicos hechos de la década del '90–; y claramente resultaron agotados todos los medios para alcanzar un disfrute pleno de su derecho. En tales

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶⁸ CRISTESCU, Aureliu: op. cit. Párr.173, Pág.26

condiciones, no vemos obstáculo alguno para negarle a este pueblo el ejercicio de su derecho a la libre determinación.

En nuestra opinión, entonces, la Corte Internacional de Justicia se encontró válidamente en condiciones de declarar que la Declaración de Independencia de Kosovo fue legítima a la luz del principio de la libre determinación de los pueblos.

V. Consideraciones finales

La jurisprudencia de la Corte en la materia, aquí reseñada, muestra una clara evolución de la interpretación judicial del principio de libre determinación, que acompañó la evolución normativa que recibió el mismo: desde su caracterización como objetivo último del régimen de mandatos, su ampliación a todos los territorios no autónomos, su definición como derecho *erga omnes*, a su aplicación a pueblos que no están sometidos a dominación colonial, cada nueva decisión fue un paso hacia adelante que expandió y profundizó el principio. Esta evolución, que –insistimos– la Corte acompañó en todos sus pasos, parecía llevar a una situación como la planteada, en la que la Corte se pronunciara claramente sobre algunos de los aspectos más controvertidos de la libre determinación.

Lamentablemente, no puede predicarse lo mismo de la opinión consultiva sobre Kosovo. Pareciera que un sólido edificio construido por más de cuarenta años de jurisprudencia fue dejado completamente de lado, en un dictamen que muchos esperábamos con ansias porque pensábamos –quizás desde la ingenuidad o la ignorancia– se trataba de “un obvio caso de libre determinación”.

Al respecto, debemos confesar que esperábamos con muchas –tal vez demasiadas– expectativas la opinión consultiva de la Corte, precisamente porque se trataría de una excelente oportunidad de profundizar sobre el alcance y el contenido del principio de libre determinación, y su relación con el principio del respeto a la integridad territorial de los Estados.

A lo largo de estas páginas, creemos haber demostrado –con mayor o menor éxito– que la Corte Internacional de Justicia no sólo contaba con elementos suficientes en el derecho internacional para analizar las cuestiones planteadas sobre el derecho de

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

libre determinación de los pueblos, sino que la mayoría de esos elementos se encontraba en su propia jurisprudencia: la aplicación del principio a todos los pueblos, la definición de "pueblo", la declaración de independencia como forma de su ejercicio... Sólo restaba que se pronunciara sobre la importante cuestión de su relación con la integridad territorial de los Estados. Lamentablemente, no fue así. Esperamos que la Corte no vuelva a dejar pasar una oportunidad semejante.

BIBLIOGRAFÍA

- CIJ: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.
- CIJ: *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 240
- CIJ: *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión consultiva*. Documento A/64/881
- CIJ: *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Opinión consultiva*. Documento A/ES-10/273
- CIJ: *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif C.I.J. Recueil 1971*, p. 16
- CIJ: *Sahara occidental, avis consultatif; C.I.J. Recueil 1975*, p. 12
- CIJ: *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6
- CIJ: *Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 90
- CRISTESCU, Aureliu: "The right to self-determination. Historical and current development on the basis of United Nations instruments". Naciones Unidas, Nueva York, 1981.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: "Las organizaciones Internacionales". Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel: "Instituciones de Derecho Internacional Público". Decimosexta edición. Tecnos. Madrid, 2007

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

- NACIONES UNIDAS: "Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos." Nota de la Secretaría – Volumen II. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II). Ginebra, 2008.
- NACIONES UNIDAS: Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas. Resolución de la Asamblea General 50/6. Nueva York, 1995
- NACIONES UNIDAS: Declaración y Programa de Acción de Viena. Nota de la Secretaría. Documento A/CONF.157/23. Ginebra, 1993
- PEZZANO, Luciano: "Carta de las Naciones Unidas comentada, concordada y anotada". Inédita.

Cita de este artículo:

PEZZANO, L, E (2011) "De Namibia a Kosovo". *Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1.* pp.75-121. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

In Iure
Revista Científica de
Ciencias Jurídicas y Notariales

Revista IN IURE, Año 1. Vol. 1. La Rioja (Argentina) 2011.
 María Noé Torres: "La discriminación laboral y la mujer. pp. 122-143
 Recibido 10/04/2011 Aprobado 16/04/2011

Año 1. Volumen 1.

ISSN 1853-6239

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>