



# La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma

*The Opinion of the International Court of Justice on the unilateral declaration on independence of Kosovo, of 22 July 2010, and their declarations, individual or dissidents opinions*

RECIBIDO: 24 DE SEPTIEMBRE 2010 / ACEPTADO: 8 DE OCTUBRE 2010

**Romualdo BERMEJO GARCÍA**

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de León  
rberg@unileon.es

**Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA**

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Murcia  
cgutesp@um.es

**Abstract:** The Opinion of the International Court of Justice on the unilateral declaration of independence of Kosovo is an example of what the Court should not do. Saying only that international law does not prohibit declarations of independence and refusing to answer the matters related to this claim, the Court's opinion adopts a vacuum of legal terms and irresponsible

**Keywords:** unilateral declaration of independence, Advisory Opinion, Kosovo

**Résumé:** L'Opinion de la Cour internationale de Justice sur la Déclaration unilatérale d'indépendance de Kosovo constitue un exemple de ce que la Cour ne doit pas faire. En disant seulement que le droit international n'interdit pas les déclarations d'indépendance, et en refusant de répondre les questions connexes liées a cette affirmation, la Cour adopte une Opinion vide de point de vue juridique et irresponsable

**Mots clés:** Déclaration unilatérale d'indépendance, Avis consultatif, Kosovo

**Sumario:** 1. LA CUESTIÓN PLANTEADA A LA CORTE Y SU COMPETENCIA. 2. EL PODER DISCRECIONAL DE LA CORTE Y SUS LÍMITES. 3. ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA. 4. SITUACIÓN JURÍDICA DE KOSOVO EN EL MOMENTO DE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA. 5. LA CORTE Y EL INFORME AHTISAARI. 6. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA Y SU CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL. 6.1. La Declaración y las normas del Derecho Internacional general. 6.2. la declaración de independencia y la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. 7. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DICTAMEN DE LA CORTE DE 22 DE JULIO DE 2010 NOS PARECE ESCAPISTA EN LO FUNDAMENTAL, MÁS POLÍTICO QUE JURÍDICO Y, A LA POSTRE, IRRESPONSABLE. 8. EPÍLOGO CON ESTRAMBOTE.

1 El 22 de julio de 2010 no pasará a la historia como un buen día ni para el Derecho internacional ni para la Corte Internacional de Justicia, al haber emitido esta una Opinión en relación con la declaración unilateral de independencia de Kosovo, de 17 de febrero de 2008, que suscita más cuestiones que respuestas da. Y es que, por 10 votos contra 4, el fallo de la Corte se limita a decir «... que la Declaración de independencia de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008 no ha violado el Derecho internacional». Nada sobre las condiciones necesarias para una tal Declaración, ni sobre su alcance, ni sobre las consecuencias que puede tener en el Derecho internacional. Evidentemente, para viaje tal no se necesitaban (estas) alforjas.

La pobreza del análisis llevado a cabo por la Corte es tal que sorprende tanto a los partidarios de la independencia de esa provincia serbia como a los que nos hemos opuesto a ella mientras la situación sea la que es, aunque puestos a decir verdades lo cierto es que en los últimos años la jurisprudencia de la Corte deja mucho que desear, en particular en el ejercicio de su función consultiva. En efecto, ni la Opinión sobre la licitud del uso del arma nuclear (1996) ni la relativa al Muro (2004) son ejemplos de clarificación, por mucho que esta última haya recibido por parte de algunos autores mejor acogida. Basta comparar la decisión de la Corte Suprema Israelí de 1 de julio de 2004 sobre el Muro con el dictamen consultivo de la Corte para ver de forma meridiana las diferencias de profundidad y rigor entre ambas; y lo mismo cabe decir respecto de la Declaración de la Corte Suprema de Canadá relativa a la secesión del Québec de 1998 y la Opinión que aquí comentamos. Sorprende un poco que la jurisdicción internacional más relevante, por su universalidad y la generalidad de sus competencias, no afronte su tarea con más esfuerzo por convencer, al menos cuando se ocupa de emitir Opiniones de esta naturaleza.

## 1. LA CUESTIÓN PLANTEADA A LA CORTE Y SU COMPETENCIA

2. La cuestión planteada a la Corte se enuncia en la Resolución 63/3 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 8 de octubre de 2008<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> La Resolución 63/3 fue adoptada por 77 votos a favor, 6 en contra y 74 abstenciones. No parece, pues, que hubiera un gran entusiasmo.

«¿La declaración unilateral de independencia de las instituciones provisionales de la administración autónoma de Kosovo es conforme al Derecho internacional?»<sup>2</sup>

Como se sabe, fue a iniciativa serbia que la Asamblea General adopta la precitada resolución, pensando en una aclaración jurídica de los problemas planteados por la Declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008. El interés suscitado por la solicitud a la Corte fue *in crescendo*, como lo demuestra el hecho de que nada menos que 35 Estados depositaran sus escritos para defender sus tesis ante aquella, entre los que se encuentra España, pero también, por ejemplo, las Maldivas, Sierra Leona o Bolivia..., sin olvidar a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

3. La primera cuestión que la Corte debía resolver era la de su competencia, de acuerdo con el artículo 65.1 de su Estatuto. A este respecto, el Tribunal precisa<sup>3</sup>, de acuerdo con su jurisprudencia, que para poder declararse competente es necesario que la Opinión consultiva sea solicitada por un órgano debidamente habilitado al efecto de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y su Estatuto, verse sobre una cuestión jurídica y entre dentro de la actividad del órgano en cuestión. Esto vale para todos los órganos de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, ya que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad pueden solicitar, según el artículo 96 de la Carta, una Opinión consultiva sobre «cualquier cuestión jurídica».

Conviene apuntar, sin embargo, a este respecto que a pesar de lo previsto en los artículos 10 y 11 de la Carta, que otorgan a la Asamblea General competencias muy amplias para ocuparse prácticamente de cualquier cuestión, el artículo 12.1 prevé expresamente que mientras que el Consejo de Seguridad esté tratando una diferencia o cualquier otra situación, la Asamblea no debe hacer ninguna recomendación, a menos que el Consejo se lo pida. He aquí pues la primera piedra en el camino de la Corte, que esta saltó señalando que «la solicitud de una Opinión consultiva no constituye en sí una recomendación de la Asamblea General»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> El texto inglés, que hace fe, reza así: «Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international Law?». Cfr. pár. 1 de la Opinión consultiva de 22 de julio de 2010 en el *asunto sobre la conformidad de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo* (<http://www.icj-cij.org>)...

<sup>3</sup> Opinión consultiva cit. (nota 2), párrs. 19 y 20.

<sup>4</sup> Cfr. pár. 24.

4. Declararse competente, en todo caso, no significa que la Corte esté obligada a ejercer dicha competencia. El artículo 65.1 de su Estatuto es claro, al utilizar el término *puede*, reconociendo así al Tribunal un poder discrecional de emitir o no la Opinión consultiva solicitada.

## 2. EL PODER DISCRECIONAL DE LA CORTE Y SUS LÍMITES

5. La jurisprudencia constante de la Corte afirma que su poder discrecional a la hora de responder a una demanda de Opinión consultiva tiende a proteger la integridad de su función judicial y su naturaleza en tanto que órgano judicial principal de las Naciones Unidas. No hay que olvidar que de esta forma la Corte participa activamente en la acción de la propia Organización, por lo que sólo por causas o razones decisivas debe rechazar la demanda de Opinión<sup>5</sup>. Desde esta perspectiva, la Corte examina si realmente existen en este caso esas razones para rechazar la solicitud de dictamen consultivo que la Asamblea le traslada a la luz de su jurisprudencia y una vez analizados los argumentos invocados por varios participantes en este caso.

Uno de estos argumentos se basaba en que la Opinión de la Corte se solicita en realidad no para ayudar a la Asamblea General sino para servir los intereses de un Estado determinado, por lo que esta debería negarse a responder la pregunta formulada<sup>6</sup>. Frente a este posicionamiento la Corte señala tajantemente<sup>7</sup> que «la competencia consultiva no es una especie de recurso judicial que esté a la disposición de los Estados» sino un medio para permitir a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, así como a otros órganos de la ONU y de las instituciones que cumplan con lo previsto en el artículo 96.2 de la Carta de las

---

<sup>5</sup> El Juez Cançado Trindade en su opinión individual viene a reforzar esta función de la Corte cuando afirma lo siguiente: «The Court's advisory function is not a simple faculty, that it may utilize at its free discretion: it is a *function*, of the utmost importance ultimately for the international community as a whole, of the principal judicial organ of the United Nations... This, when seized of a matter –either a request for an Advisory Opinion...– has a duty to perform faithfully its judicial functions, either in advisory matters... it is not for the Court to indulge in an appreciation of the opportunity of an Advisory Opinion, and it is surprising to me that he Court should dispense so much attention to this issue...» (pár. 27). Dicho esto, el Juez Cançado Trindade se queja de que la Corte no haya dado más importancia a los graves hechos que causaron la crisis humanitaria en Kosovo.

<sup>6</sup> Pár. 32.

<sup>7</sup> Pár. 33.

Naciones Unidas, de obtener una Opinión de la Corte con el fin de asistirles en el marco de sus actividades. Y es que, evidentemente, la Opinión que la Corte emite no está dirigida a Estado alguno, sino al órgano que la solicita.

Así las cosas, cabe preguntarse ahora si Serbia, país que ha iniciado este procedimiento en el orden del día de la Asamblea General, era consciente de ello o no. La respuesta es afirmativa, pero, como señala el Juez Bennouna en su opinión disidente<sup>8</sup>, la iniciativa serbia no tenía tanto por objetivo el que la Asamblea General pudiera pronunciarse sobre ciertos aspectos jurídicos del debate suscitado por el asunto de Kosovo cuanto el ser la única posibilidad que tenía a su alcance para poner en duda la Declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008, esto es, un intento de llamar la atención sobre una apreciación de la cuestión kosovar y del trato dado a la misma por las Naciones Unidas<sup>9</sup>.

6. Por los mismos derroteros iban las tesis defendidas por algunos Estados según las cuales la Resolución 63/3 no indicaba los fines para los que la Asamblea General solicitaba la Opinión, al mismo tiempo que señalaban que no tendría ningún *efecto jurídico útil*. La Corte rechaza de pleno el argumento<sup>10</sup>, señalando que no es ella, sino el órgano que solicitó la Opinión quien tiene que determinar si su dictamen era necesario o no para el ejercicio de sus funciones. La Corte recuerda a este respecto dos de sus Opiniones más polémicas: la de la licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares (1996); y la Opinión sobre el Muro (2004), sin dar más argumentos.

La Corte también rechaza el argumento invocado por algunos Estados en relación con las *consecuencias políticas negativas* que podría tener la Opinión, posición esta que vuelve a criticar acerbamente el juez Bennouna, señalando<sup>11</sup> que al aceptar emitir la Opinión, la Corte «sólo puede perder en este juego político, sin contribuir realmente ni a atenuar las tensiones suscitadas por la Declaración unilateral de independencia ni a la clarificación de la responsabilidad de las Naciones Unidas respecto a un territorio que está bajo su administración»<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. pár. 18.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pár. 21.

<sup>10</sup> Cfr. pár. 34.

<sup>11</sup> Cfr. Opinión disidente, pár. 22.

<sup>12</sup> El Juez Bennouna va incluso más lejos al afirmar (lo que a nuestro juicio es cierto) que desde la Declaración de independencia, el hecho consumado de la creación de Kosovo en tanto que

7. Pero la cuestión más importante que la Corte debía examinar era saber si a la luz del papel desempeñado en relación con la situación en Kosovo por parte de la Asamblea General, la Corte debía o no negarse a dar su Opinión, ya que el papel más importante y primordial había sido desempeñado por el Consejo de Seguridad y no por ella. Y es que, como la misma asamblea reconoce<sup>13</sup>, el Consejo de Seguridad estaba ya actuando sobre el tema de Kosovo, ejerciendo su responsabilidad en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales desde hacía más de diez años, mientras que la Asamblea General desempeñaba un papel más que secundario. Dada esta situación, ¿es ésta el órgano más apropiado para solicitar la Opinión cuando el Consejo de Seguridad es quien está ejerciendo sus competencias directamente sobre el terreno? He aquí la cuestión más espinosa a la que tenía que enfrentarse la Corte lo que, en nuestra opinión, no lo ha hecho de forma apropiada, haciendo apreciaciones poco convincentes. ¿Por qué?

Para justificar su disposición a ocuparse de la cuestión que se formula, la Corte, tras reconocer que el Consejo de Seguridad se reunió veintinueve veces entre el año 2000 y finales de 2008 para examinar la situación en Kosovo<sup>14</sup>, afirma que la Asamblea General también se ha ocupado de dicho tema, adoptando cinco resoluciones en materia de derechos humanos antes de que el Consejo adoptara la ya famosa Resolución 1244 (1999). Y aun después de la adopción de esta, la Asamblea ha continuado ocupándose de los derechos humanos adoptando una resolución, y otras quince en materia de financiación de la UNMIK (MINUK). Sin embargo, en el momento de la Declaración unilateral de independencia de Kosovo, la situación en el territorio no estaba en el orden del día de la Asamblea General, de forma que fue necesario incluir en él un punto suplementario, en septiembre de 2008, con el fin de poder examinar la propuesta de solicitar la Opinión consultiva.

Realidad ésta en todo caso que no iba a influir para que al ejercer su discrecionalidad, la Corte asumiera la demanda invocando los artículos 10 y 11 de la Carta de las Naciones Unidas, que otorgan a la Asamblea General un poder muy amplio para poder discutir cualquier cuestión relacionada con las Naciones Unidas, incluyendo aquellas más estrechamente vinculadas con

---

entidad independiente está inscrito en el día a día, «marginalizando *de facto* y cada vez más la presencia de las Naciones Unidas y de su administración». *Ibid.*, pág. 23.

<sup>13</sup> Cfr. pág. 37.

<sup>14</sup> Cfr. pág. 37.

la paz y seguridad internacionales. Desde esta perspectiva, el hecho de que el artículo 24 de la Carta otorgue al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial, y por lo tanto no exclusiva, en esas materias, no es óbice para que, según la Corte, la Asamblea pueda ocuparse de la situación, particularmente de la Declaración de independencia. Consciente de las dificultades que este análisis encierra, la Corte posiblemente riza el rizo, al señalar que el límite que ella debe imponer a la Asamblea General para proteger el papel del Consejo de Seguridad previsto en el artículo 12, se aplica «al poder de hacer recomendaciones tras un debate, no el de iniciarlo»<sup>15</sup>. Además, continúa la Corte, el artículo 12 no prohíbe a la Asamblea General adoptar cualquier acción en respuesta a cualquier amenaza a la paz y seguridad internacionales de las que el Consejo de Seguridad ya se esté ocupando, recordando lo que ya dijo en la Opinión sobre el Muro, en donde pone de relieve «... la existencia de una tendencia creciente a ver que Asamblea General y Consejo de Seguridad examinan de forma paralela una misma cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales»<sup>16</sup>. Y es que mientras el Consejo tiende a privilegiar los aspectos relacionados con la paz y seguridad internacionales, la Asamblea los examinará bajo un ángulo más amplio, como aquellos relacionados con los aspectos económicos, humanitarios y sociales.

Los reproches que, en principio, podrían hacerse a la Corte a este respecto son varios. Es evidente que el caso de Kosovo es completamente distinto al de la construcción del muro en territorio palestino. La Asamblea General venía ocupándose activamente del territorio palestino desde hace más de seis décadas, y no existía ninguna resolución tipo 1244 del Consejo de Seguridad, adoptada en el seno del Capítulo VII, ni este órgano desempeñaba un papel relevante. Por lo tanto, la aplicación *mutatis mutandis* al caso de Kosovo, de los criterios utilizados en la Opinión sobre el Muro no son, a nuestro entender, los más adecuados, en particular cuando se repara en que la propia Corte parece reconocerlo<sup>17</sup>. Si el Tribunal acepta esta diferencia y afirma que en el caso de Kosovo, por oposición a la Opinión sobre el Muro, ha sido el Consejo de Seguridad el que ha estado activamente ocupado del tema, y en tanto que tal ha examinado el estatuto futuro del territorio y la Declaración de independencia ¿por qué insiste en aplicar los

---

<sup>15</sup> Cfr. pár. 40.

<sup>16</sup> Cfr. pár. 41.

<sup>17</sup> Cfr. pár. 43.

mismos criterios a situaciones tan diferentes? Este posicionamiento de la Corte ha sido muy criticado por el Juez Skotnikov<sup>18</sup>.

La Corte, en definitiva, afirma que la Asamblea General «ha ejercido en relación con Kosovo las funciones que le son propias», aceptando en consecuencia su solicitud de dictamen. El problema es que para poder responder a la cuestión planteada por la Asamblea, la Corte debe interpretar y aplicar la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, lo que viene a complicar todavía más la situación, ya que la responsabilidad de interpretar y de aplicar una decisión de cualquier órgano político de las Naciones Unidas, corresponde, como ella misma dice<sup>19</sup>, a este en primer lugar. Escollo que la Corte supera señalando que en tanto que órgano principal de las Naciones Unidas, ella misma ha tenido que interpretar tales decisiones y examinar sus efectos jurídicos. Pero si compete (y en primer lugar) interpretar la decisión al órgano que la ha adoptado ¿por qué la Corte no le pide al menos esa interpretación? La cuestión sería distinta obviamente si la demanda de Opinión viniera del propio Consejo de Seguridad<sup>20</sup>. A pesar de todas estas dificultades, la Corte señala:

«...Cuando como aquí, la Asamblea General goza de un interés legítimo en ser respondida a una cuestión, el hecho de que la respuesta pueda afectar, en parte, a una decisión del Consejo de Seguridad no es suficiente para justificar que la Corte decline dar su opinión a la Asamblea General»<sup>21</sup>.

Los autores de este trabajo, conscientes de que la competencia consultiva de la Corte podría contribuir de manera significativa, como en el pasado

---

<sup>18</sup> Al señalar que en un intento de justificar su teoría, la mayoría de los Jueces hacen referencia a esa creciente tendencia existente entre la Asamblea General y el Consejo de Seguridad a tratar paralelamente los asuntos en materia de paz y seguridad internacionales. «Sin embargo, el presente caso simplemente no forma parte de esa tendencia». Y es que, para Skotnikov, aunque es cierto que la Asamblea General ha adoptado algunas resoluciones relacionadas con la situación kosovar, ninguna de ellas es relevante ni para el régimen establecido por la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad ni para poder dar una respuesta a la cuestión planteadas por la Asamblea General. Así las cosas, lanza la siguiente afirmación: «The truth is that everything hinges on the interpretation of Security Council Resolution 1244» (cfr. Opinión disidente, párr. 6).

<sup>19</sup> Cfr. párr. 46.

<sup>20</sup> En estas circunstancias, no es extraño que algunos jueces, como Skotnikov, hayan criticado acerbamente el camino seguido por la Corte, al señalar que «...The majority's inability to find jurisprudence of any relevance is quite understandable since the present case as explained in paragraph, is unprecedented» (Opinión disidente, párr. 6).

<sup>21</sup> Cfr. párr. 47.



ha ocurrido, a la clarificación de las normas del Derecho internacional y, por ende, de su codificación y desarrollo progresivo más seguros, se declaran dispuestos a aceptar, lo que algunos de sus jueces no hacen<sup>22</sup>, la oportunidad de responder a la cuestión formulada por la Asamblea General (*vid. infra* párrafo 28), pero lo que en ningún caso pueden aceptar es la forma, la manera en la que y como la Corte responde (y es un decir...) a lo que se le pide que aclare, ya que en realidad, y aparte de aceptar la demanda poco más, como enseguida veremos, esta ha explicado. Es cierto que no era sencillo, pero la dificultad no justifica *per se* el haber elegido el camino más fácil: aceptar la solicitud de dictamen para luego eludir pronunciarse en su respuesta sobre los aspectos fundamentales de la misma.

### 3. ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

8. Aceptada la competencia, la Corte debía entrar a analizar la cuestión planteada, para ver si estaba correctamente formulada y de manera suficientemente precisa. Después de afirmar que, en el pasado, se había apartado a veces en su jurisprudencia de la cuestión tal y como había sido planteada, en el caso que nos ocupa la demanda interpuesta por la Asamblea General estaba claramente formulada, siendo circunscrita y precisa. Pero añade:

«... Esta cuestión no tiene por objeto examinar las consecuencias jurídicas de la Declaración. En particular, a la Corte no se le pide decir si Kosovo ha accedido o no a la calidad de Estado ni tampoco que se

---

<sup>22</sup> Tal es el caso de M. Bennouna, quien considera que respondiendo a la demanda presentada por la Asamblea General, la Corte, en tanto que órgano judicial principal de las Naciones Unidas, ha iniciado un camino muy peligroso (cfr. su opinión disidente, pár. 1). Pero el Juez marroquí va más lejos y piensa que la Resolución 63/3, de 8 de octubre de 2008, por la que la Asamblea General aprueba solicitar la Opinión a la Corte, se ha adoptado «en unas condiciones sin precedentes en la historia de las Naciones Unidas», ya que es la primera vez que la Asamblea General solicita una Opinión consultiva que no estaba en su orden del día, y que trataba hasta entonces, sólo bajo el ángulo de los gastos de la MINUK. Por eso considera que si la Corte hubiera rechazado responder a la demanda, esto habría significado un parón a todas las demandas «frívolas» que los órganos políticos pudieran estar tentados de llevar a cabo, protegiendo al mismo tiempo la integridad de su función judicial, ya que la Corte no debe instrumentalizarse en un debate político (pár. 3). Y es que, según Bennouna, en el asunto de Kosovo la Corte se ha enfrentado a una situación inédita, al pedírsele a la postre que actuase como un ente de decisión política (pár. 7).

pronuncie sobre la validez o los efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo como Estado independiente por ciertos Estados»<sup>23</sup>.

Es más, la Corte afirma que cuando la Asamblea General o el Consejo le han solicitado una opinión sobre las consecuencias jurídicas de una acción, estos órganos han formulado la cuestión de manera que este aspecto apareciese en ellas expresamente indicado.

Estas afirmaciones de la Corte suscitaron alguna que otra reacción. Para el vicepresidente Tomka, la cuestión planteada está claramente formulada, es precisa y específica. No había pues necesidad de ajustarla, salvo para buscar el objetivo perseguido<sup>24</sup>. Un poco más allá va el Juez Bennouna, al afirmar que lo que se le pide a la Corte

«es que se pronuncie sobre la conformidad con el Derecho internacional no de cualquier declaración de independencia, sino sobre la que ha sido adoptada el 17 de febrero de 2008 por las instituciones provisionales de la administración autónoma de Kosovo, instituciones que han sido creadas por la Organización de las Naciones Unidas con competencias precisas»<sup>25</sup>.

Más crítico es Skotnikov, quien afirma:

«In conclusion, it should be said that the purpose and scope of the Advisory Opinion is as narrow and specific as the question it answers. The Opinion does not deal with the legal consequences of the UDI (Unilateral Declaration of the Independence). It does not pronounce on the final status of Kosovo...»<sup>26</sup>.

9. La Corte pasa después al análisis de la cuestión planteada por la Asamblea General, haciendo algunas observaciones en torno a los autores de la Declaración de independencia. Y es que el Tribunal ya apunta, pese a que la cuestión aluda «a las instituciones provisionales de la administración autónoma de Kosovo», que sería incompatible con el buen ejercicio de su función judicial dar por sentado que este punto esté ya resuelto por la Asamblea Ge-

---

<sup>23</sup> Pár. 51.

<sup>24</sup> Cfr. Declaración, pár. 10.

<sup>25</sup> Cfr. Opinión disidente, pár. 30.

<sup>26</sup> Opinión disidente, pár. 18.

neral. La Corte sigue así las tesis de algunos Estados que pusieron en duda que la Declaración de independencia fuera llevada a cabo precisamente por las instituciones provisionales.

Pero no se conforma con eso el Tribunal, sino que va más lejos al considerar que la demanda de la Asamblea General no limita su libertad de decidir por ella misma esta cuestión<sup>27</sup>. Los argumentos que invoca para ello son que el punto del orden del día de lo que luego sería la Resolución 63/3 no menciona la identidad de los autores de la Declaración, de manera que el elemento común entre el punto del orden del día y el título de la Resolución es sólo la conformidad con el Derecho internacional de dicha Declaración. Así las cosas, la Corte decide ser ella misma la que dilucide quienes han sido los autores de aquella, con el fin de apreciar su conformidad con el Derecho internacional, lanzándose así a recorrer un camino que no acabará bien...

10. Por otro lado, frente a las tesis de varios de los participantes en el procedimiento haciendo alusión a la declaración del Tribunal Supremo de Canadá sobre la secesión del Québec (1998)<sup>28</sup>, la Corte las rechaza, al observar que la cuestión allí planteada es netamente diferente a la que nos ocupa en el caso de Kosovo. Sólo en parte es aceptable esta posición del Tribunal, porque al fin y al cabo Kosovo era una provincia de Serbia como Québec lo era (sigue siéndolo) de Canadá; ¿acaso la Declaración de independencia de Kosovo no pretende e implica al mismo tiempo una secesión? Si las autoridades del Québec, u otras, declararan unilateralmente su independencia de Canadá, ¿qué cambiaría en relación con Kosovo aparte el hecho de que este último estaba bajo un régimen de administración de la ONU en virtud de la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad? Al limitarse sólo a la cuestión de saber «si el Derecho internacional aplicable prohibía o no la Declaración de independencia», la Corte no responde al contenido que de buena fe uno puede entender

<sup>27</sup> Pár. 53.

<sup>28</sup> Supreme Court of Canada: Reference re secession of Quebec, august 20 1998, párrs. 126-139 (*The International Legal Materials*, XXXVII, 1998, núm. 6, pp. 1371-1374). *Vid.* sobre el mismo, GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la 'Guerra de Kosovo')», *Anuario de Derecho Internacional* (desde el 2007 *Anuario Español de Derecho Internacional*), vol. XVI (2000), pp. 93-132 (pp. 111-119); BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La disolución de Yugoslavia*, EUNSA, Pamplona, 2007, pp. 245-253; ID.: *La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación*, Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo N° 7/2008, 12-II-2008, pp. 1-20 (pp. 5 ss.).



encierra la cuestión planteada. Por eso se cuida de depurar su contenido con las siguientes palabras (que respetamos en el idioma original):

«The Court is not required by the question it has been asked to take a position on whether international law conferred a positive entitlement on Kosovo unilaterally to declare its independence or, a fortiori, on whether international law generally confers an entitlement on entities situated within a State unilaterally to break away from it. Indeed, it is entirely possible or a particular act –such as a unilateral declaration of independence– not to be in violation of international law without necessarily constituting the exercise of a right conferred by it. The Court has been asked for an opinion on the first point, not the second»<sup>29</sup>.

Es obvio que la cuestión planteada se queda así sin sustancia. Así las cosas, la discrecionalidad que la Corte invoca queda convertida más bien en arbitrariedad, al responderse sólo a lo que se desea, es decir, a lo que se considera como lo políticamente correcto. Como ha señalado el Juez Yusuf<sup>30</sup>, la lectura estrecha y restrictiva que el Tribunal lleva a cabo de la cuestión planteada por la Asamblea General deja en el aire otros muchos elementos. Resulta evidente, dice este juez, que la Declaración de independencia de Kosovo es la expresión de una demanda para separarse de un Estado y parte de un proceso para crear un nuevo Estado, todo ello sin el consentimiento de Serbia. Y por eso se le preguntaba a la Corte que analizara si el proceso por el que el pueblo de Kosovo estaba buscando crear su propio Estado acarrearía una violación del Derecho internacional o si por el contrario, y a la luz de la eventual existencia de un derecho del pueblo de Kosovo en las específicas circunstancias que prevalecen en el territorio, dicho proceso podía encontrar amparo en dicho Ordenamiento jurídico. Al no pronunciarse el Tribunal sobre estas cuestiones opta, para su Opinión consultiva, más por un enfoque político que jurídico.

---

<sup>29</sup> Pár. 56.

<sup>30</sup> Cfr. Opinión individual, pár. 2.

#### 4. SITUACIÓN JURÍDICA DE KOSOVO EN EL MOMENTO DE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA

11. Uno de los temas que la Corte no podía dejar de analizar era la situación sobre el terreno en el momento en el que se lleva a cabo la Declaración de independencia, situación que es por otro lado conocida, y a la que ya hemos hecho indirectamente alusión. Como se sabe, el conflicto en la antigua ex-Yugoslavia ha sido el más complejo y cruel en Europa desde la Segunda Guerra Mundial, en donde tuvieron lugar graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, siendo Kosovo precisamente uno de los peores escenarios. Aunque el tema de los derechos humanos en Kosovo se remonte a antes de que se desencadenara el conflicto en la zona, pues las autoridades de Belgrado empezaron a adoptar determinadas medidas restrictivas frente a su pueblo ya en la década de los ochenta, todavía cuando el conflicto en la antigua ex-Yugoslavia parecía llegar a su término al haberse adoptado los Acuerdos de Dayton en diciembre de 1995, Kosovo seguía estando sobre el tapete de actualidad internacional y las violaciones de los derechos humanos, con cientos de miles de refugiados, también. De esta situación se ocuparon todos los órganos de las Naciones Unidas, cada uno evidentemente dentro de sus propios ámbitos de competencia, como bien pone de manifiesto el Juez Cançado Trindade en su extensa e interesante Opinión individual<sup>31</sup>.

12. Y es que el conflicto entre el Ejército de Liberación de Kosovo (ALK/UÇK) con las fuerzas serbias de Belgrado llegó a adquirir tintes, como todos sabemos, dramáticos. Por eso precisamente la OTAN decidió en la primavera de 1999 llevar a cabo los bombardeos sobre lo que quedaba de Yugoslavia por razones humanitarias, y sin autorización expresa del Consejo de Seguridad. Al margen de la legalidad o no de esta intervención<sup>32</sup>, el Consejo de Seguridad adoptó el 10 de junio de 1999 la Resolución 1244, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Esta, después de reconocer que el Consejo de Seguridad estaba decidido a remediar la grave situación humanitaria de la zona y a poner fin al conflicto armado en Kosovo, autorizó al Secretario General de las Naciones Unidas a establecer una presencia civil internacional con el fin de instaurar una administración provisional sobre el

---

<sup>31</sup> Ver sobre todo, párrs. 97 y ss.

<sup>32</sup> Los autores de este trabajo adoptaron en su momento posiciones contrapuestas.

territorio. También exigía a las autoridades de Belgrado poner fin a la violencia y a la represión en Kosovo, así como a iniciar la retirada de todas las fuerzas militares, paramilitares y de policía según un calendario preciso, y al ALK y otros grupos armados de Kosovo a que pusieran fin a las operaciones militares ofensivas. Sin embargo, lo más importante de la Resolución para el caso que nos ocupa es lo previsto en su párrafo 11, que la Corte recoge literalmente en su Opinión consultiva (párrafo 59), pues en el se precisan las principales responsabilidades de la Administración provisional, a saber:

- a) Promover el establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un autogobierno sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648);
- b) Cumplir funciones administrativas civiles básicas donde y mientras sea necesario;
- c) Organizar y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales para el autogobierno democrático y autónomo hasta que se llegue a una solución política, incluida la celebración de elecciones;
- d) Transferir, a medida que se establezcan esas instituciones, sus funciones administrativas, y al mismo tiempo supervisar y apoyar la consolidación de las instituciones provisionales locales de Kosovo y otras actividades de establecimiento de la paz;
- e) Facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648);
- f) En una etapa final, supervisar el traspaso de autoridad de las instituciones provisionales de Kosovo a las instituciones que se establezcan conforme a una solución política;
- g) Apoyar la reconstrucción de la infraestructura básica y otras tareas de reconstrucción económica;
- h) Apoyar, en coordinación con las organizaciones humanitarias internacionales, la ayuda humanitaria y el socorro en casos de desastre;
- i) Mantener la ley y el orden público, incluso mediante el establecimiento de un cuerpo de policía local y, entre tanto, mediante el despliegue de agentes de policía internacionales en Kosovo;
- j) Proteger y promover los derechos humanos;
- k) Asegurar el regreso seguro y libre de todos los refugiados y personas desplazadas a sus hogares en Kosovo;

Repárese en que las letras a) y e) dejan claro dos cuestiones: una, que el régimen provisional que impone se basa en que Kosovo, de acuerdo con el

anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet, concederá a la provincia (que sigue formando parte de la antigua Yugoslavia) un régimen de autonomía sustancial; y dos, que el estatuto futuro de Kosovo se adoptará «teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet», que respetaban la integridad y soberanía territorial de Yugoslavia sobre Kosovo<sup>33</sup>. La Corte no parece tener en cuenta estos datos cuando decide que la Declaración unilateral de independencia de Kosovo, que se adopta desbordando el régimen provisional establecido y pretende, claro, determinar el estatuto definitivo de Kosovo, no viola la Resolución 1244 (1999) (véase *infra* el párrafo 26 de este artículo).

Dos días más tarde de que se adoptara la Resolución 1244, es decir el 12 de junio de 1999, el Secretario General de la ONU presentó al Consejo de Seguridad lo que sería conocido como «Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo» (MINUK/UNMIK), dirigida por un representante especial del Secretario General, estableciéndose así un auténtico régimen jurídico de administración del territorio, que sería denominado «marco constitucional». Todo este régimen que se fue construyendo estaba, pues, bajo la cúpula de la Resolución 1244, ya que el Representante especial del Secretario General de la ONU en Kosovo tenía un mandato general para intervenir en caso de que las instituciones provisionales adoptaran alguna medida que contraviniera la precitada Resolución, e incluso el poder de vetar, si fuera necesario, las leyes de la Asamblea Kosovar. Pero este marco jurídico que parecía ser bastante seguro, ya que compaginaba la autonomía de Kosovo con la soberanía de la República Federal de Yugoslavia, iba a ser puesto en duda posteriormente por el Enviado Especial de las propias Naciones Unidas para la zona, el finlandés Martti Ahtisaari. Todo lo que acabamos de apuntar es descrito de forma sucinta por la Corte<sup>34</sup>, aunque sin examinar el alcance y los efectos del régimen establecido.

## 5. LA CORTE Y EL INFORME AHTISAARI

13. El marco jurídico establecido al amparo de la Resolución 1244 sobre Kosovo parecía ser bastante claro y seguro para las partes, al pre-

---

<sup>33</sup> Vid. BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación* cit. (nota 28), pp. 5-6.

<sup>34</sup> Cfr. párrs. 58 y ss.

conizar la negociación de un proceso que determinara el estatuto final de Kosovo en el marco de los acuerdos de Rambouillet, es decir, garantizando la soberanía de Belgrado<sup>35</sup>. Con este fin, el Secretario General de la ONU nombró, en junio de 2005, al noruego Kai Eide como Enviado Espacial para proceder a un examen global de la situación en Kosovo, emitiendo un Informe sobre la zona el 7 de octubre de 2005. El 24 de octubre de este mismo año, el Presidente del Consejo de Seguridad declaró que el Consejo aprueba la conclusión general del Informe, según la cual, a pesar de las tareas que quedan por realizar, ha llegado el momento de pasar a la siguiente fase, es decir entablar el proceso político que permita concluir al estatuto futuro de Kosovo, *como el previsto en la Resolución 1299*<sup>36</sup>. Se sigue pues articulando todo el sistema, como no podía ser de otra manera, en el marco del Consejo de Seguridad.

Pero el tema kosovar se iba a complicar a partir del momento en que el Secretario General nombra, en noviembre de 2005, a Martti Ahtisaari como Enviado Especial para continuar con el proceso de determinación del estatuto futuro de Kosovo. En la Opinión, no se dice nada de las razones de este cambio en la persona del Enviado Especial, pero lo cierto es que el Consejo de Seguridad no hizo ningún comentario sobre el «Mandato» dado a Ahtisaari por el Secretario General. Sin embargo, sí que añadieron el texto de una serie de principios directores del denominado Grupo de Contacto<sup>37</sup> que fueron comunicados al Secretario General. Estos principios seguían la estela marcada por la Resolución 1244, recogiendo expresamente que «un arreglo negociado debía ser una prioridad para la comunidad internacional», así como que «una vez el proceso iniciado, no podría bloquearse y debería ser llevado hasta el final». Pero el punto más importante era que «el Consejo de Seguridad seguía activamente ocupándose de la cuestión y *deberá* aprobar la decisión final sobre el estatuto de Kosovo»<sup>38</sup>. Como se sabe, a día de hoy, el Consejo de Seguridad no ha aprobado la Declaración unilateral de independencia de Kosovo, y por lo tanto para las Naciones Unidas, el tema sigue pendiente, al margen de la Opinión de la Corte.

<sup>35</sup> Cfr. Resolución 1244, par. 11, letra c), como ya hemos apuntado.

<sup>36</sup> Cfr. par. 64 de la Opinión. El subrayado es nuestro.

<sup>37</sup> Este grupo se constituyó ya en 1994 para evaluar el desarrollo del conflicto en las Balcanes, estando constituido por Alemania, Estados Unidos, Francia, Italia, Reino Unido y Rusia.

<sup>38</sup> Par. 66 de la Opinión. El subrayado es nuestro.



14. Bajo el mandato de Ahtisaari, las negociaciones entre las delegaciones serbia y kosovar se iniciaron ya el 20 de febrero de 2006, prorrogándose durante más de un año sin que se llegara a un acuerdo. Es más, en el Informe que presentó el Secretario General, Informe que sería después presentado al Consejo de Seguridad<sup>39</sup>, se sostiene que las partes no están propensas a entenderse sobre el estatuto futuro de Kosovo, y que en esas circunstancias había llegado a la conclusión de que proseguir las negociaciones no permitiría salir del callejón sin salida al que habían llegado, por lo que

«la única opción viable para Kosovo era la independencia, en un primer período bajo la supervisión de la comunidad internacional»<sup>40</sup>.

Así pues, el Enviado Especial del Secretario General se aparta del marco jurídico existente en Kosovo al amparo del Consejo de Seguridad, lo que no deja de ser una paradoja, una más, en el ámbito de las Naciones Unidas, recogiendo además en su Informe los pasos que había que dar para llegar a esa independencia. Conviene apuntar que el Informe de Ahtisaari fue aprobado por el Secretario General, pero no por el Consejo de Seguridad. Sí que hubo sin embargo un proyecto de resolución, pero fue retirado cuando se vio de forma evidente que no sería adoptado, al liderar Rusia el grupo opositor<sup>41</sup>.

15. Al no aprobar el Consejo el Informe Ahtisaari, las negociaciones sobre el estatuto futuro de Kosovo continuaron bajo auspicios de una *troika* compuesta por los tres actores más importantes fuera de las Naciones Unidas, es decir, los Estados Unidos, Rusia y la Unión Europea. Sin embargo, a pesar de haber estado negociando casi cuatro meses, es decir entre el 9 de agosto y el 3 de diciembre de 2007, tampoco llegaron a un acuerdo, reconociendo en el Informe que remitieron al Secretario General de la ONU, el 4 de diciembre de 2007, el fracaso de las negociaciones. Se señala además que ni Serbia ni los kosovares están dispuestos a renunciar a la cuestión esencial

---

<sup>39</sup> Para el texto, cfr. Doc. S/2007/168, de 26 de marzo de 2007.

<sup>40</sup> Cfr. par. 69. Los autores de este trabajo, ya nos hemos pronunciado sobre este Informe Ahtisaari. A este respecto, cfr. BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación* cit. (nota 28), pp. 13ss.

<sup>41</sup> El proyecto de resolución fue propuesto por Alemania, Bélgica, los Estados Unidos, Francia, Italia y el Reino Unido. Como se ha podido comprobar después todos ellos han reconocido posteriormente la independencia de Kosovo.

que es la soberanía<sup>42</sup>. Mientras tanto, el 17 de noviembre, tienen lugar las elecciones para designar los miembros de la Asamblea de Kosovo, así como los representantes municipales. De los 120 miembros de la Asamblea, 10 representan a la comunidad serbia de Kosovo, y uno a la comunidad gorani. El camino quedaba así libre para que en el momento propicio se proclamara la independencia, lo que ocurrió el 17 de febrero de 2008, como ya hemos apuntado.

16. Al analizar el contexto en el que tuvo lugar la Declaración unilateral de independencia, la Corte señala que el idioma original es el albanés, aunque ella utiliza las traducciones francesa e inglesa, recogiendo algunos de los elementos que considera más pertinentes<sup>43</sup>. Se dice que los autores de la Declaración deploran en el preámbulo no haber logrado un acuerdo aceptable para las dos partes, aunque se muestran resueltos a dar al pueblo una visión clara para su futuro y a superar los conflictos del pasado. En el párrafo 2 del dispositivo se recoge las principales directrices marcadas por Ahtisaari como que Kosovo es una República democrática, laica y multiétnica, guiada por los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley, protegiendo y promoviendo los derechos de todas las comunidades y su participación en el proceso político y la toma de decisiones. También se cita expresamente el párrafo 12 de la Declaración, en el que se dice que Kosovo respetará las disposiciones contenidas en ella, *particularmente las obligaciones que le incumben según lo previsto en el plan Ahtisaari*<sup>44</sup>.

Serbia, naturalmente, rechazó desde el principio esta situación, denunciándola como una secesión impuesta y unilateral, al mismo tiempo que la consideraba sin ningún efecto jurídico. Una declaración similar hizo el Presidente serbio, Boris Tadić, en el Consejo de Seguridad, convocado de urgencia un día después de la Declaración de independencia, a cuya reunión fue invitado a participar. Expuestos estos hechos, la Corte debía analizar el fondo de la cuestión, es decir, la conformidad o no con el Derecho internacional de la precitada Declaración de independencia.

---

<sup>42</sup> Cfr. par. 72 de la Opinión.

<sup>43</sup> Cfr. par. 74 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. par. 75, el subrayado es nuestro. Y es que parece que salvar el Informe Ahtisaari (y lo que generó) es uno de los objetivos perseguidos por la Opinión.



## 6. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA Y SU CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL

### 6.1. *La Declaración y las normas del Derecho internacional general*

17. Lo primero que conviene resaltar es que la Corte, después de recoger exactamente la cuestión en estos términos, no va a responder a ella, sino que su análisis se va a centrar sobre «la licitud de las declaraciones de independencia en el Derecho internacional general», que no es, si bien se mira, el verdadero (el único al menos y desde luego no el más importante) objeto de la demanda<sup>45</sup>. La Corte se lanza así a un análisis retórico que realmente no se comprende del todo desde una perspectiva lógica. ¿Cuál es su interés en alejarse de la demanda, cuando esta es lo suficientemente clara para poder analizarla y responderla? La Corte crea así confusión en vez de claridad, en un viaje que no lleva a ninguna parte, salvo tal vez a erosionar el prestigio de la más alta jurisdicción internacional. No es extraño, pues, que el Juez Bennouna haya sido al respecto sumamente crítico:

«Il s'agit là tout au plus d'un sophisme, soit un raisonnement qui n'est logique qu'en apparence; puisqu'il part de l'idée que ce qui est valable pour le tout est valable pour la partie... en l'occurrence, dans le contexte d'un territoire administré par les Nations Unies, la conclusion de la Cour ne pouvait être émise avant que le droit régissant ce territoire n'ait été examiné, au préalable, dans sa relation avec la déclaration d'indépendance»<sup>46</sup>.

18. Desde esta perspectiva, el camino seguido por la Corte va dejando de lado las cuestiones reales que se plantean en el caso que nos ocupa. Así, después de afirmar que las declaraciones de independencia fueron numerosas en los siglos XVIII, XIX y a principios del XX, suscitando una fuerte oposición de los Estados en los que se llevaban a cabo, concluye sin embargo afirmando que «no se deduce en general de esta práctica que la declaración de independencia haya sido alguna vez considerada como una violación del Derecho internacional»<sup>47</sup>. Por otro lado, la Corte reconoce que en la segunda mitad del

<sup>45</sup> Cfr. par 78.

<sup>46</sup> Cfr. Opinión disidente, par. 40.

<sup>47</sup> Cfr. par. 79.

siglo XX, el Derecho internacional ha evolucionado hacia el reconocimiento de un derecho a la independencia basado en el derecho de autodeterminación de los pueblos coloniales, así como de aquellos sometidos a la dominación o a la explotación extranjeras, de forma que muchos Estados han nacido al ejercer este derecho. Pero al mismo tiempo señala que durante este período también ha habido declaraciones de independencia al margen de ese derecho de autodeterminación, insistiendo la Corte en sus tesis al afirmar:

«La práctica estatal en estos otros casos no apunta a la aparición en el Derecho internacional de una nueva regla que prohíba efectuar una declaración de independencia»<sup>48</sup>.

Evidentemente, estas afirmaciones de la Corte son preocupantes, ya que según sus tesis cualquier entidad infraestatal podría declarar su independencia, generando no sólo inseguridad sino, lo que es más grave, eventuales conflictos *en* los Estados y, llegado el caso, *entre* los Estados. Es comprensible por ello que varios Estados participantes en el procedimiento ante la Corte hayan afirmado que esa prohibición se deduce implícitamente del principio de integridad territorial<sup>49</sup>. Pero la Corte rechaza esta tesis con una argumentación que nos parece inaceptable como intentamos demostrar más adelante (*vid. infra* parágrafo 29, B, b).

19. La Corte va incluso más lejos en sus argumentos al rechazar también la tesis de que las decisiones del Consejo de Seguridad condenando algunas declaraciones de independencia, como la de Rodesia del Sur, la de Chipre del Norte o la más reciente de la República de Srpska, puedan alegarse como una práctica (condenatoria, claro) aplicable a la Declaración unilateral de independencia de Kosovo. Y es que, para el Tribunal,

«la ilicitud de estas declaraciones procedía no de su carácter unilateral, sino porque iban acompañadas o se habían llevado a cabo mediante un recurso ilícito al uso de la fuerza o mediante violaciones graves de normas de Derecho internacional general, particularmente de naturaleza imperativa (*ius cogens*)».

<sup>48</sup> Cfr. par. 79 *in fine*.

<sup>49</sup> Cfr. par. 80, *in fine*.

No es este el caso, dice, de Kosovo, ya que el Consejo de Seguridad no ha adoptado nunca una tal decisión<sup>50</sup>. Así las cosas, la Corte concluye este análisis señalando que del carácter excepcional de los casos precitados también se deduce de la práctica del Consejo de Seguridad que no existe ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia<sup>51</sup>.

Sorprende sobremanera el posicionamiento de la Corte en este asunto de Kosovo, basado en una falta de decisión del Consejo para no condenar la Declaración de independencia. Desde luego no lo ha hecho expresamente, pero ¿tampoco implícitamente?: ¿no ha previsto acaso la Resolución 1244 (1999), como hemos destacado ya, que el estatuto futuro (el estatuto definitivo también y no solo el régimen transitorio) de Kosovo debe tener en cuenta los acuerdos de Rambouillet en los que se preserva la integridad territorial yugoslava (Serbia hoy)?<sup>52</sup>. Más aún, y aun aceptando el hecho sin más de que el Consejo no ha condenado la Declaración de independencia, ¿puede el estatuto definitivo de Kosovo ser determinado por Kosovo unilateralmente? (*vid. infra* parágrafo 29, B, a).

20. Otra cuestión importante suscitada por varios Estados ha sido la de reconocer el derecho de la población de Kosovo a crear un Estado independiente, bien sea invocando el derecho de autodeterminación, a pesar de no estar ante un pueblo colonial, bien sea invocando lo que se ha denominado la secesión-remedio, es decir, defender la independencia de dicho pueblo a causa de las graves violaciones de los derechos humanos. Sigue sorprendiéndonos que en vez de analizar estas cuestiones la Corte guarde el silencio más absoluto, al afirmar que no considera necesario pronunciarse sobre las mismas<sup>53</sup>.

Varios jueces han criticado sin rodeos esta forma de proceder, como Simma<sup>54</sup>, para quien esas dos cuestiones no dejan de tener su importancia, pero sobre todo Cançado Trindade, quien no entiende cómo puede guardar silencio a pesar de todas las atrocidades cometidas en este territorio y no reconocer el derecho a la autodeterminación de Kosovo, invocando y desarrollando la independencia, basándose precisamente en esa secesión-remedio<sup>55</sup>. Y es que

---

<sup>50</sup> Cfr. par. 81.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Vid. supra* parágrafo 12.

<sup>53</sup> Cfr. par. 83.

<sup>54</sup> Cfr. Declaración, par. 6.

<sup>55</sup> Cfr. Opinión individual, par. 97 y ss.

para el juez Cançado Trindade, Kosovo no podía estar ya con Serbia<sup>56</sup>. No obstante, cabe preguntarse por qué este magistrado vota con la mayoría, a pesar del esforzado desarrollo que en su opinión individual lleva a cabo sobre esa cuestión, guardando la Corte el mutismo más absoluto.

21. El desenlace del iter argumental de la Corte la lleva a afirmar contundentemente lo que acaso había vislumbrado para el final del túnel, es decir, que «el Derecho internacional general no prevé ninguna prohibición aplicable a las declaraciones de independencia»<sup>57</sup>, conclusión de la mayoría que el juez Skotnikov, rebate al señalar:

«There is also a problem with the Court's interpretation of general international law. According to the Advisory Opinion, 'general international law contains no applicable prohibition of declarations of independence' (paragraph 84). This is a misleading statement which, unfortunately, may have an inflammatory effect. General international law simply does not address the issuance of declarations of independence, because 'declarations of independence do not create or constitute States under international law. It is not the issuance of such declarations that satisfies the factual requirements, under international law, for statehood or recognition. Under international law, such declarations do not constitute the legal basis for statehood or recognition [CR 2009/31, p. 46 (Fife, Norway)]... Therefore, the question as to the legality of the UDI simply cannot be answered from the point of view of general international law. The only law applicable for the purpose of answering the question posed by the General Assembly is the *lex specialis* created by Security Council resolution 1244»<sup>58</sup>.

## 6.2. *La declaración de independencia y la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad*

### 6.2.1. La resolución 1244 (1999) y su marco constitucional.

22. La Corte debía forzosamente detenerse a examinar la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, ya que toda la estructura jurídica y administrativa existente en Kosovo se encuentra amparada en ella, algo que, según

<sup>56</sup> *Ibid.*, par. 150.

<sup>57</sup> Cfr. par. 84.

<sup>58</sup> Cfr. par. 17 de la Opinión disidente.

ella misma afirma, nadie ha puesto en duda. Y es que conviene tener siempre presente que esta Resolución fue adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta, imponiendo por lo tanto obligaciones jurídicas internacionales. La Corte, sin embargo, reconoce que el Consejo de Seguridad ha adoptado también otras resoluciones sobre la cuestión kosovar, algunas importantes, como la 1199 (1998), aunque considera que no es necesario pronunciarse sobre ellas. Su rechazo a pronunciarse sobre las resoluciones citadas en el párrafo 86 de la Opinión<sup>59</sup> ha sido criticado por el Juez Cançado Trindade, considerando que ese posicionamiento de la Corte no está fundado, y diciendo: «*it simple begs the question*»<sup>60</sup>.

Además, frente a algunas tesis defendidas ante ella según las cuales el marco constitucional establecido era un acto de Derecho interno y no de Derecho internacional, la Corte las rechaza. Con estas tesis se pretendía apartar la cuestión de la Declaración de independencia de la demanda de dictamen presentada por la Asamblea General, al considerar aquella como un acto interno. Para la Corte, sin embargo, los reglamentos de la UNMIK, entre ellos el número 2001/9 por el que se promulgó el marco constitucional, son adoptados por el Representante especial del Secretario General en virtud de los poderes establecidos por la Resolución 1244 del Consejo, y por lo tanto por la Carta de las Naciones Unidas, formando parte de este modo del Derecho internacional, aunque se trate de un marco jurídico específico creado al amparo de la Resolución 1244, aplicable a Kosovo<sup>61</sup>.

23. Hechas estas afirmaciones, había que ver si en el momento de la Declaración de independencia, el marco constitucional creado al amparo del Consejo de Seguridad estaba vigente o no. La respuesta de la Corte es positiva, como no podía ser de otra manera, ya que la Resolución 1244 no contiene cláusula alguna de terminación. Y es que, a pesar de que se había previsto para un período de 12 meses, la vigencia se ha venido prorrogando, continuando el Consejo de Seguridad ocupándose de la cuestión. Es más, en el momento de la Declaración de independencia el Representante especial del Secretario

<sup>59</sup> Se trata de la 1160 (1998), 1190 (1998), 1203 (1998) y 1239 (1999).

<sup>60</sup> Cfr. Opinión individual, par. 218. Y es que para Cançado Trindade esas resoluciones se hacen eco de las graves violaciones de los derechos humanos que se llevaron a cabo en ese territorio desde 1989 hasta 1999. El Juez brasileño condena expresamente los bombardeos de la OTAN y los actos serbios, pero no los actos llevados a cabo por el UÇK, algunos de los cuales eran actos terroristas. Cfr. par. 214 de su Opinión individual.

<sup>61</sup> Cfr. par. 88-90.

General ejercía sus funciones en Kosovo, y el propio Secretario General ha continuado después adoptando sus informes periódicos. En este estado de cosas, la Corte tiene que reconocer que tanto la Resolución 1244 como el marco constitucional creado a su amparo forman parte del Derecho internacional<sup>62</sup>.

Quedaba por ver, sin embargo, la interpretación que la Corte iba a hacer de la precitada Resolución, pues de ahí iba a depender una respuesta u otra. Por eso empieza señalando<sup>63</sup> que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados pueden dar algunas indicaciones al respecto, aunque a causa «de las diferencias existentes entre los instrumentos convencionales y las resoluciones del Consejo de Seguridad, otros elementos deben ser también tomados en consideración». Justifica esta afirmación sobre la base de que las resoluciones del Consejo son adoptadas por un órgano colegial único y elaboradas en el marco de un procedimiento muy diferente, al ser adoptadas mediante un voto, expresando el texto la posición del Consejo en tanto que órgano. No hay que olvidar tampoco que pueden ser vinculantes para todos los Estados miembros de la ONU, poco importa que hayan participado o no en la adopción. Por eso la Corte se considera legitimada para, llegado el caso, examinar ciertas declaraciones hechas por los representantes de los Estados miembros del Consejo o examinar otras resoluciones sobre el mismo tema, así como ver la práctica pertinente de los órganos de las Naciones Unidas y de los Estados respecto a las resoluciones que puedan tener alguna incidencia sobre el caso<sup>64</sup>.

24. Hechas estas aclaraciones, la Corte pasa a analizar el contenido de la Resolución 1244, así como sus anexos. Y considera que «los principios generales tenían por objeto poner fin a la crisis de Kosovo, de forma que al principio cesen la violencia y la represión, para establecer después una administración provisional». Pero la Corte también reconoce, como no podía ser menos, que:

«preveía para Kosovo una autonomía sustancial, tomando plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet y el principio de la soberanía y de la inte-

---

<sup>62</sup> Este proceder de la Corte no es del agrado de Bennouna quien después de criticarla por partir del todo hacia la parte (cfr. *supra*), la reprocha ahora el llegar a esta conclusión sólo en el segundo tiempo, cuando esta afirmación la tenía que haber dado al principio.

<sup>63</sup> Cfr. par. 94.

<sup>64</sup> A este respecto, el Juez Cançado Trindade considera que la Corte pasa de puntillas sobre estas cuestiones sin una gran elaboración y debería haber tenido mucho más en cuenta las entidades estatales. Cfr. par. 222 de la Opinión individual.



gridad territorial de la República Federal de Yugoslavia y de los otros países de la región, así como la desmilitarización del UÇK»<sup>65</sup>.

Conviene apuntar también que la soberanía y la integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia estaban recogidas en el párrafo 10 del preámbulo de la Resolución. Es decir, tanto en el preámbulo como en el anexo 1, 6º principio, así como en el anexo 2, párrafo 8.

Pero la Corte resalta que tres características son pertinentes para determinar el objeto y el fin de la Resolución 1244. La *primera* es que establece una presencia civil y de seguridad con plena autoridad civil y política, única responsable de la gestión de los asuntos públicos de Kosovo; de esta forma, dice, se ha creado un orden jurídico nuevo que ha sustituido al que estaba vigente en Kosovo, estableciéndose una administración internacional sobre este territorio<sup>66</sup>. La *segunda* es el fin humanitario, al ser un medio para estabilizar Kosovo y restablecer el orden en la zona; además, una de las razones que había que tener presente a la hora del establecimiento de la administración provisional en Kosovo era *suspender temporalmente* el ejercicio de los poderes soberanos de Serbia, permaneciendo este país como titular de la soberanía sobre el territorio de Kosovo<sup>67</sup>. Por *último*, la Resolución establece claramente un régimen provisional, por lo que no puede considerarse que instaura un marco institucional permanente sobre Kosovo; en este contexto, la UNMIK tan sólo estaba encargada de facilitar la solución negociada para el estatuto futuro de Kosovo, sin prejuzgar el resultado de las negociaciones.

Por lo tanto, para el Tribunal, la Resolución 1244 tenía como fin establecer un régimen temporal excepcional, sustituyéndose, salvo en lo que expresamente se ha conservado, al régimen jurídico serbio<sup>68</sup>. Esta forma de interpretar la Resolución 1244 no parece compartida por el Juez Skotnikov<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. par 95, en donde la Corte cita el tenor literal de la Resolución 1244.

<sup>66</sup> Cfr. par. 97.

<sup>67</sup> Cfr. par. 98.

<sup>68</sup> Cfr. par. 100.

<sup>69</sup> Quien a este respecto declara: «In the present case, however, the Court is not interpreting resolution 1244 for the purpose of giving effect to what the Council has decided. The Council has not decided anything on the subject of the UDI [siglas de Unilateral Declaration of Independence]. The Council has not even acknowledged the issuance of the UDI. The terms of resolution 1244 have remained unaltered since the UDI was adopted (cfr. Opinión disidente, par. 8). Pero a estas críticas hacia la Corte, Skotnikov advierte además lo siguiente: «It must be borne in mind that Security Council resolutions are political decisions. Therefore, determining

## 6.2.2. Conformidad de la Declaración de independencia con la resolución 1244 (1999) y/o las medidas en su marco

25. Una vez que la Corte ha interpretado la Resolución 1244, el siguiente paso por dar es comprobar si en la propia Resolución o en las medidas adoptadas en su marco hay alguna prohibición. A este respecto, lo primero que conviene recalcar es que en esta aproximación al tema el tribunal utiliza términos contundentes como ver si existe «una específica prohibición en asumir una Declaración de independencia»<sup>70</sup>, y no por ejemplo *si se puede deducir, ver o vislumbrar indicios de una prohibición*. En nuestra opinión, al elegir esa opción, la Corte sabe lo que hace, porque de haberse decantado por la segunda hubiera tenido que llegar a otra conclusión.

Desde esta perspectiva, la Corte va a ir desbrozando el camino para ver quiénes han sido los autores de la Declaración de independencia, distinguiendo entre si la habían llevado a cabo en tanto que institución provisional de administración autónoma o no. En el marco jurídico existente que prevalecía en Kosovo, uno puede preguntarse cual es la importancia de una tal distinción, ya que al fin y al cabo una salida unilateral de este tipo no estaba prevista, como ya hemos apuntado. Lo cierto es que en relación con la autoría de la Declaración se defendieron ambas tesis<sup>71</sup>. La Corte pone de relieve, sin embargo<sup>72</sup>, que cuando se abrió la reunión el 17 de febrero de 2008, en la que se adoptó la Declaración de independencia, «el Presidente de la Asamblea y el primer ministro de Kosovo han hecho referencia a la Asamblea de Kosovo y al marco

---

the accordance of a certain development, such as the issuance of the UDI in the present case, with a Security Council resolution is largely political. This means that even if a determination made by the Court were correct in the purely legal sense (which it is not in the present case), it may still not be the right determination from the political perspective of the Security Council. When the Court makes a determination as to the compatibility of the UDI with resolution 1244 –a determination central to the regime established for Kosovo by the Security Council– without a request from the Council, it substitutes itself for the Security Council. Cfr. par 9. Algo similar expresa el Juez Bennouna hacia la Corte, al señalar que a través de la Demanda de la Opinión consultiva se está intentando que asuma «las funciones de un órgano político de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, funciones a las que este no ha podido hacer frente». Cfr. Opinión disidente, par. 7.

<sup>70</sup> Cfr. par 101.

<sup>71</sup> Cfr. par. 103.

<sup>72</sup> Cfr. par. 104.

constitucional». Pero la Corte no se da por contenta con esta afirmación, ya que sostiene que:

«la Declaración de independencia debe ser examinada en un contexto más general, tomando en cuenta los acontecimientos que precedieron su adopción, en particular aquellos vinculados a lo que se convino determinar un proceso de determinación del estatuto final»<sup>73</sup>.

Y es que para el Tribunal:

«si, en el momento de la adopción de la Resolución 1244, prevalecía la idea de que el estatuto final de Kosovo provendría del marco institucional previsto por ella y elaborado en ese marco<sup>74</sup>, la forma precisa y, *a fortiori*, el resultado del proceso de determinación del estatuto final fueron dejados en suspenso en la Resolución 1244...».

Como se puede ver, la Corte lleva la interpretación de esta cuestión por senderos confusos, ya que lo que estaba previsto de forma más radiante que el sol eran dos cosas: una, que no podía haber solución unilateral y, dos, que había que tomar en cuenta los acuerdos de Rambouillet y, por lo tanto, respecto a la integridad territorial serbia. Como se sabe, la Corte no ha tomado en consideración ni lo primero ni lo segundo.

Posteriormente, el Tribunal pasa a una segunda fase, pero sin desviarse de su camino. Y tras interpretar algunas ideas plasmadas en la Declaración, como que sus autores habían tomado conciencia del fracaso de las negociaciones, que llevaban años de negociaciones bajo la égida de la comunidad internacional o que ningún acuerdo se ha podido encontrar con el fin de llegar a un acuerdo aceptable para las dos partes, la Corte remacha su análisis con los términos utilizados en el párrafo 1 de la Declaración, indicando que sus autores «no pensaban estar actuando en el marco normal del régimen provisional de

<sup>73</sup> La Corte reenvía aquí a los párr. 67-73 de la Opinión.

<sup>74</sup> Esta afirmación de la Corte no es compartida por el Juez Bennouna quien considera que, en efecto, la Resolución 1244 tendía a establecer un marco provisional para la administración autónoma de Kosovo, pero continúa diciendo: «... je ne vois pas ce qui permet ensuite à la Cour de considérer que lors de l'adoption de la résolution, la conviction prévalait que le statut final du Kosovo découlerait du cadre institutionnel établi par celle-ci et serait élaboré dans ce cadre». Cfr. Opinión disidente, par. 42.

la administración autónoma de Kosovo, sino que querían hacer de este último un Estado soberano e independiente»<sup>75</sup>.

Que los autores de la Declaración querían crear un Estado soberano e independiente es evidente, pero que sabían que no actuaban en el marco de la administración provisional de Kosovo resulta más dudoso, aunque sí eran conscientes que eso no estaba previsto ni en la Resolución 1244 ni en el marco jurídico posterior creado bajo su amparo... Por eso, la afirmación de la Corte de que los autores de la Declaración no han actuado, ni querido actuar, en tanto que institución nacida del orden jurídico creado<sup>76</sup>, no acaba de estar probada; todo parece indicar más bien que aquellos se sirvieron de las instituciones creadas para otros fines, ya que lo que buscaban era la independencia. Pero esto no quiere decir que no fueran conscientes de que se estaba violando el Derecho internacional, la Resolución 1244 y el marco constitucional vigente. Además, la Corte no puede basarse sin más en una supuesta intención de los autores de la Declaración, pues el Ordenamiento jurídico internacional no confiere un derecho a los grupos étnicos, lingüísticos o religiosos a separarse del territorio del Estado del que forman parte sin su consentimiento, pura y simplemente porque quieran hacerlo, salvo quizás en determinadas circunstancias, como la secesión-remedio<sup>77</sup>.

La argumentación de la Corte ha sido criticada por algunos de sus jueces, como es el caso de Skotnikov, quien a este respecto declara:

«The majority, unfortunately, does not explain the difference between acting outside the legal order and violating it»<sup>78</sup>.

Por su parte, el Juez Bennouna considera que el hecho de que los autores de la Declaración, y miembros de la Asamblea de las instituciones provisionales de Kosovo, se hayan referido al fracaso de las negociaciones y que no hayan tenido la intención de actuar en el marco del régimen provisional de administración autónoma, no pueden por sí mismos cambiar la naturaleza de un acto adoptado por dicha Asamblea. Y es que, en Derecho, afirma Bennouna:

<sup>75</sup> Cfr. par. 105.

<sup>76</sup> Cfr. *ibid.*, *in fine*.

<sup>77</sup> A este respecto, cfr. Opinión disidente de Koroma, par. 4.

<sup>78</sup> Cfr. Opinión disidente, par. 15.

«... il ne suffit pas pour une institution d'adopter un acte qui excède ses compétences (*ultra vires*) pour que le lien juridique entre cette institution et l'acte en question soit rompu. Dans un tel cas l'institution doit être considéré comme ayant enfreint le cadre légal qui la justifie et la légitime»<sup>79</sup>.

Pero tampoco el Juez Sepúlveda-Amor (que votó con la mayoría) entiende los argumentos de la Corte a este respecto. Tras poner en duda la conclusión a la que esta llega según la cual los autores de la Declaración de independencia eran personas distintas de las representantes del pueblo de Kosovo, actuando con capacidad y como miembros de la Asamblea de Kosovo como única Institución provisional autónoma<sup>80</sup>, se sorprende de cómo los autores de la Declaración de independencia podían no tener la intención de que tuviera efecto dentro del marco jurídico creado durante el período provisional..., y de que no estuvieran vinculados por el marco de competencias y responsabilidades establecidas para gobernar por parte de las Instituciones provisionales de la administración<sup>81</sup>.

Pero la Corte continúa defendiendo su forzada interpretación señalando que esa conclusión a la que llega en el párrafo 105 se encuentra reforzada por el hecho de que los autores de la Declaración se han comprometido a asumir las obligaciones internacionales de Kosovo, cuando estas dependían exclusivamente del Representante especial del Secretario General<sup>82</sup>. Sin embargo, como explica muy bien Bennouna, no porque la Asamblea haya pasado por encima de los poderes del Representante especial, al actuar en el ámbito de las relaciones exteriores de Kosovo, debe considerarse que actúa con otro título o en tanto que entidad que no tenga nada que ver con las instituciones provisionales de Kosovo: «Là aussi, elle a tout simplement commis un acte illicite»<sup>83</sup>.

La Corte utiliza también otros argumentos para poder justificar su conclusión en torno a la Declaración de independencia. Uno de ellos consiste en decir que en el texto original albanés, que es el único que hace fe (¿por cierto

<sup>79</sup> Cfr. par. 44 de su Opinión disidente.

<sup>80</sup> Cfr. par. 28 de su Opinión individual.

<sup>81</sup> «It is clear that the purpose of the authors of the DoI (Declaración Unilateral de Independencia) was to establish Kosovo 'as an independent and sovereign State'. The question is whether the measure was in accordance with the legal order in force in Kosovo in 2008 (cfr. par. 29 de su Opinión individual).

<sup>82</sup> Cfr. par. 106.

<sup>83</sup> Cfr. par. 45 de su Opinión disidente.

quién lo interpreta de forma literal, los jueces de la Corte?), no se precisa que la Declaración emane de la «Asamblea de Kosovo», aunque esta expresión sí que esté, dice la Corte, en los textos de las traducciones francesa e inglesa. Además, recalca el Tribunal, el procedimiento seguido para la adopción de la Declaración ha sido distinto del utilizado por la Asamblea de Kosovo para la de textos legislativos. Y una vez más el Juez Bennouna viene a echar por tierra, educada pero contundentemente, los argumentos de la mayoría:

«... Et pour cela, la Cour s'appuie sur la terminologie employée et la procédure suivie (avis, paragraphe 107). Ainsi, il suffirait pour les auteurs de la déclaration de modifier la présentation de leur texte et de se présenter comme 'les dirigeants démocratiquement élus du peuple' pour qu'ils ne soient plus tenus par le cadre constitutionnel du Kosovo qui dispose pourtant que 'les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo et leurs fonctionnaires... exercent leurs attributions conformément aux dispositions de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité et à celles énoncées dans le cadre constitutionnel'. Si on suivait jusqu'au bout un tel raisonnement, il suffirait, en quelque sorte, de se mettre hors la loi pour ne plus avoir à respecter la loi»<sup>84</sup>.

Por último, sobre esta cuestión se ha empleado asimismo otro argumento que tampoco es de peso: el silencio del Representante especial del Secretario General frente a la Declaración de Independencia. Para la Corte, este hecho «parece» indicar<sup>85</sup> que no la consideraba como un acto de las instituciones provisionales de administración autónoma pensado para tener efecto en el marco del orden jurídico cuya supervisión le competía<sup>86</sup>, ya que según la práctica seguida por él, hubiera debido actuar en contra de los actos de la Asamblea de Kosovo que constituyeran un exceso de poder. No, no parece sostenible el que un acto como la Declaración unilateral de independencia, que hasta entonces no era conforme al Derecho internacional, adquiriera de golpe la legalidad por este hecho, esto es, a causa del silencio... Y es que, como se sabe, la interpretación del «silencio» en Derecho internacional es sumamente delicada<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Cfr. par 46 de la Opinión disidente.

<sup>85</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>86</sup> Cfr. par. 108.

<sup>87</sup> De esto precisamente se hace eco el Juez Bennouna: «On sait à quel point l'interprétation en droit international du 'silence' des acteurs concernés est délicate. En tous cas, le silence doit être interprété par référence à l'ensemble du contexte en question et de son arrière-plan. En l'occur-

No obstante, y a pesar de todas estas dudas, la Corte afirma que la Declaración de independencia no se ha hecho por parte de la Asamblea de Kosovo en tanto que Institución provisional de administración autónoma actuando en los límites del marco constitucional, sino que se debe a personas que han actuado al unísono en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo, fuera del marco de la administración provisional. Conclusión del tribunal que ha sido objeto de diversos comentarios críticos por los jueces Tomka<sup>88</sup>, Sepúlveda-Amor<sup>89</sup> y Yusuf<sup>90</sup>.

---

rence, la paralysie des instances des Nations Unies dans le déroulement du processus visant à déterminer le statut futur du Kosovo, ne permet pas de considérer qu'une déclaration unilatérale d'indépendance, qui était jusque-là non conforme au droit international, aurait tout d'un coup gagné un brevet de conformité. En effet, le représentant du Secrétaire général n'a pas manqué de réagir parce qu'il aurait jugé la déclaration conforme au droit international, mais tout simplement parce que l'instance politique, dont il dépend, était dans l'incapacité de se prononcer sur le déroulement du processus en cours pour le règlement du statut futur du Kosovo». Cfr. par. 60.

<sup>88</sup> «This conclusion has no sound basis in the facts relating to the adoption of the declaration, and is nothing more than a post hoc intellectual construct» y, continúa, «the majority's conclusion implies that all relevant actors did not know correctly who adopted the declaration on 17 february 2008 in Pristina: Serbia, when it proposed the question; other States which were present in the General Assembly when it adopted resolution 63/3; the Secretary General of the United Nations and his Special Representative; and, most importantly, the Prime Minister of Kosovo when he introduced the text of declaration at the special session of the Assembly of Kosovo» (cfr. Declaración, par. 12). En otro pasaje de su declaración, vuelve a la carga, planteando las siguientes preguntas: «The Members of the Assembly, are they not 'representatives of the people of Kosovo'? The President of Kosovo, is he not the representative of the people of Kosovo? They met, as the Prime Minister stated, 'in accordance with the Kosovo Constitutional Framework'; they thus wished to act in accordance with that framework and not outside of it, as the majority asserts» (Declaración, par. 12). Así las cosas, no es extraño que en torno a los argumentos retenidos por la Corte para identificar los autores de la Declaración de independencia, este Juez utilice cierta ironía, al indicar que «... no such search was hended, as their 'identity' is well known and documented in the procès-verbal of the special plenary session of the Assembly of Kosovo'. Nor was there any need to search for 'the capacity' in which those who adopted the declaration acted. The President of the Kosovo Assembly, who presided over its special session and conducted the vote on the declaration, announced the result in the following terms: *'I state that with all votes in favor of the present members, Members of the Assembly of Kosovo, today, on february 17, 2008 have expressed their will and the will of the citizens of Kosovo, for Kosovo an independent, sovereign and democratic state'* Each of those who signed the declaration, in addition to the President of Kosovo, its Prime Minister and the President of its Assembly, was 'invite (d)' to sign it in his/her capacity of either 'the member of Kosovo Assembly' or 'the member of Chairmanship' of the Assembly. They added their signatures below the declaration as members of the Kosovo Assembly as *verbis expressis* confirmed on the original papyrus version of the declaration, in he Albanian language. The assertion of the majority in the advisory opinion that '(n)owhere in the original Albanian text of the declaration (which is the sole authenic text) is any reference made to the declaration being the work of the Assembly of Kosovo'... is thus plainly incorrect, not enhancing the credibility of the majority's intellectual construct». (par 20).

26. Una vez establecida la identidad de los autores, aunque de la forma que hemos visto, la Corte quiere continuar desbrozando el camino y ver si la Declaración de Independencia, tal y como ha sido llevada a cabo, viola o no la Resolución 1244 o el marco jurídico adoptado bajo su amparo. Y empieza señalando que este tema ha sido controvertido, defendiendo algunos (con los que estamos de acuerdo) que la Declaración de independencia constituía una tentativa unilateral que suponía romper con el marco previsto por la Resolución 1244, y que esto sólo podía ocurrir con aprobación del propio Consejo de Seguridad, algo que en sí ya estaba previsto en los principios directores del Grupo de Contacto, como la propia Corte reconoce, o bien mediante un acuerdo entre las partes<sup>91</sup>. Para esta tesis, es evidente que la Declaración de independencia, tal y como se ha llevado a cabo, es incompatible con la Resolución 1244, violándola.

Otras tesis, sin embargo, han aportado interesadamente a la luz oscuridad, buscando resquicios para basar sus tergiversaciones, como que la Resolución 1244 no prohibía la independencia de Kosovo y, por lo tanto, esa posibilidad no estaba excluida, al prever aquel texto únicamente una administración provisional y no un estatuto final o permanente. Esto querría decir que en el caso que nos ocupa, el Consejo de Seguridad no habría creado una obligación jurídica en Derecho internacional tendente a impedir una Declaración de independencia o declararla nula ni, por lo demás, dirigida a los autores de la Declaración. Sostienen que si el Consejo de Seguridad hubiera tenido en mente la posibilidad de excluir la independencia «lo hubiera indicado en términos claros y desprovistos de ambigüedad en la Resolución, como fue el caso con la Resolución 787 (1992) relativa a la República Srpska»<sup>92</sup>. Es más,

---

<sup>89</sup> «... Taking all facts into account, it is difficult to conclude that the authors of the *Dol* (Declaración de Independencia) were 'persons who acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration, and as a consequence, outside resolution 1244 and outside the Constitutional Framework'» (Opinión individual, pár. 30). Este mismo Juez ya apunta previamente que los argumentos avanzados por la Corte para apoyar su conclusión no eran convincentes («resting as they do upon intentions attributed to the authors of the *Dol* inferences drawn from the language of the *Dol* and the procedural particularities that accompanied its adoption») (pár. 24).

<sup>90</sup> Por su parte el Juez Yusuf (que como Tomka y Sepúlveda-Amor votó, con todo, a favor de la Opinión) estima que la Corte no tenía necesidad de ir por estos derroteros, ya que «it is also very unpersuasive argument» (Opinión individual, pár. 20 in fine).

<sup>91</sup> Cfr. pár. 111.

<sup>92</sup> Cfr. pár. 112.



también apartan a los acuerdos de Rambouillet e incluso se atreven a decir que la Resolución 1244 «no sólo no era hostil a la Declaración de independencia, sino que llegaba incluso a posibilitarla»<sup>93</sup>. Obviamente, algunos otros decían que agotadas las negociaciones, existía vía libre para la independencia. Nos encontramos, pues, ante una reinterpretación interesada y *ex post facto* de los textos claves.

La Corte, y es doloroso reconocerlo, ha sucumbido a estos cantos de sirena. Señala en primer lugar que la Resolución 1244 se centraba esencialmente en el establecimiento de un régimen provisional para Kosovo, con el fin de enmarcar, a largo plazo, el estatuto final, afirmándose a continuación:

«The resolution did not contain any provision dealing with the final status of Kosovo or with the conditions for its achievement»<sup>94</sup>.

La conclusión y el razonamiento seguido por la Corte no dejan de ser sorprendentes. Es decir, que una Resolución del Consejo de Seguridad, adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta, que hace referencia a los acuerdos de Rambouillet, acuerdos que declaran que debe respetarse la integridad territorial serbia, y en la que expresamente se reconoce la soberanía y la integridad territorial del Estado serbio, ¿no prohíbe una Declaración de independencia que va contra el espíritu y el tenor literal de su propio texto? Es más, aun dando por bueno, lo que no es este el caso, que la Resolución 1244 no hablara de autonomía para Kosovo ni de garantía de la soberanía territorial serbia, ¿puede Kosovo, mediante una Declaración unilateral, separarse de Serbia sin más, de conformidad con el Derecho internacional? La Corte guarda a este respecto un clamoroso silencio. Como señala el Juez Yusuf, la cuestión de saber si Kosovo puede separarse o no de Serbia según el Derecho internacional debería haber sido tratado por la Corte<sup>95</sup>, pues es inherente a la interrogante que le formulara la Asamblea General, está implícita en ella.

Pero la Corte utiliza además otros argumentos más retorcidos, al afirmar que la Resolución 1244 tiene principalmente por objetivo imponer ciertas obligaciones y conferir determinadas autorizaciones a los Estados miembros de la ONU y a los órganos de ésta, así como al Representante especial, pero

---

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Cfr. pár. 114.

<sup>95</sup> Cfr. pár. 6 *in fine*, de su Opinión individual.

no a otros actores, salvo cuando el Consejo exige que «los miembros del UÇK y otros grupos armados de albaneses de Kosovo pongan inmediatamente fin a sus operaciones ofensivas y satisfagan las exigencias de desmilitarización, y cuando se trata de cooperar con el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Por lo tanto, dice, nada indica que el Consejo de Seguridad haya querido imponer obligación o prohibición de actuar alguna a estos otros actores<sup>96</sup>. Como se puede ver, la Corte no profundiza en quienes pueden ser estos y qué competencias se les podría reconocer en el Derecho internacional; es cierto que la Corte recuerda algunas resoluciones en relación con Kosovo en donde se formulan ciertas exigencias a esos otros actores, centrados sobre todo en «los dirigentes albaneses de Kosovo», en «la comunidad albanesa Kosovar», pero nada más y sin dar argumentos jurídicos para dilucidar cual podría ser su papel, tanto en derechos como en obligaciones, según el Derecho internacional. Como dice el Juez Cançado Trindade, si la Corte menciona las resoluciones sobre Kosovo, como la 1160, la 1199 o la 1203, debería completar mucho más su razonamiento para mostrar las notables diferencias existentes en relación con esos otros actores entre estas resoluciones y la 1244<sup>97</sup>.

Así pues, como el Tribunal no encuentra en la Resolución 1244 una referencia expresa «a los dirigentes albaneses de Kosovo o a otros actores», fuera de los que recoge en el párrafo 14 en la que alude «a todos los interesados», la Corte pasa a identificar, caso por caso, y tomando en consideración todas las circunstancias pertinentes, los destinatarios respecto de los que el Consejo de Seguridad ha querido crear obligaciones jurídicas vinculantes. Para ello, dice, los términos utilizados pueden ser ricos de enseñanza a este respecto, y sin más recurre al párrafo 114 del Asunto del Sud-Oeste Africano de 1971, en donde no ilustra nada que no se sepa ya<sup>98</sup>. Por eso, cuando la Corte dice que la Resolución 1244 no establece obligaciones «to the Kosovo Albanian Leadership», Skotnikov, con la agudeza de la que hace gala en su Opinión disidente, afirma que «The Security Council cannot be accused of such an omisión, which would have rendered the entire process initiated by resolution 1244 unworkable»<sup>99</sup>. Es más, el Juez ruso cita la declaración del Embajador Perma-

---

<sup>96</sup> Par. 115.

<sup>97</sup> Cfr. pár. 219 de su Opinión individual y véase también el pár. 22, e).

<sup>98</sup> Cfr. pár. 117.

<sup>99</sup> Cfr. pár. 13 de su Opinión disidente.

nente del Reino Unido, hecha en el momento de la adopción de la Resolución 1244, en la que afirmaba lo siguiente:

«This resolution applies also in full to the Kosovo Albanians, requiring them to play their full part in the restoration of normal life to Kosovo and in the creation of democratic, self-governing institutions. The Kosovo Albanian people and its leadership must rise to the challenge of peace by accepting the obligations of the resolution, in particular to demilitarize the Kosovo Liberation Army (KLA) and other armed groups»<sup>100</sup>.

En nuestra opinión estos argumentos son insostenibles. Nadie, hasta el Informe Ahtisaari, ha sostenido que Kosovo era libre de ir por un atajo hacia la independencia y que a la postre una declaración unilateral en este sentido no violaría la Resolución 1244. Nadie. Quedaría el supuesto de la llamada secesión-remedio (cuyo análisis como ya hemos apuntado la Corte rehúsa) que en su momento, es decir durante la catástrofe humanitaria, podría haberse planteado pero no después cuando Serbia es otro país, con otros dirigentes y otras actitudes<sup>101</sup>. En estas circunstancias, son una vez más los jueces Skotnikov y Bennouna quienes levantan su voz contra este proceso de reinterpretación *a posteriori* e interesada de los textos que la mayoría defiende. Skotnikov, volviendo al estatuto político de Kosovo y a la expresión «*political settlement*», afirma que un proceso político creado para determinar el futuro estatuto de Kosovo, tomando en consideración (como la propia resolución 1244, como hemos apuntado ya anteriormente, determina) los acuerdos de Rambouillet, no puede terminar mediante una acción unilateral de los albaneses kosovares. Y criticando el razonamiento seguido por la Corte, escribe:

«In other words, the Security Council, in the view of the majority, has created a giant loophole in the régime it established under resolution 1244 by allowing for a unilateral ‘political settlement’ of the final status issue. Such an approach, had it indeed been taken by the Council, would have rendered any negotiation on the final status meaningless. Obviously that was not what the

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> Como hemos defendido en su momento: *vid.* BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La disolución de Yugoslavia* cit. (nota 28 supra), pp. 248 ss. (párrafo 130); *ID.*: *La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación*, Documento de Trabajo N° 7/2008 cit. (nota 28), pp. 6 ss., 15.

Security Council intended when adopting resolution 1244... By no stretch of imagination can a 'unilateral settlement' be read into this clear policy statement endorsed by the Security Council in it, resolution 1244»<sup>102</sup>.

Para Bennouna, la cosa está clara. La razón por la que la Resolución 1244 no contiene ninguna prohibición expresa que vincule a los autores de la Declaración de independencia se debe «a que las instituciones provisionales todavía no habían sido creadas y que los autores en cuestión no podían ser identificados. El problema para el juez marroquí no es sin embargo este, ya que basta con recordar el carácter vinculante de la Resolución, algo que parece obvio por otro lado»<sup>103</sup>.

Por último, quedaba a la Corte ver si la Declaración de independencia violaba o no el marco constitucional establecido bajo los auspicios de la UNMIK, sobre todo después de que algunos Estados hubieran sostenido que la adopción de la Declaración excedía los poderes de esas instituciones. Pero la Corte, siguiendo sus tesis, afirma que los autores de la Declaración de independencia no estaban vinculados por ese marco jurídico, pues esta no emanaba de las instituciones provisionales, de modo que la Declaración tampoco ha violado aquél.

A este respecto, el Juez Sepúlveda-Amor duda seriamente de que esa acción sea conforme al marco jurídico existente en Kosovo en 2008<sup>104</sup>. Más crítico y contundente se muestra Bennouna, quien frente a las tesis de la Corte, según las cuales los autores de la Declaración de Independencia no estaban obligados por el marco constitucional, se pregunta:

«Mais alors de quel ordre juridique relevaient les auteurs et la déclaration elle-même? Ce n'est en tout cas ni l'ordre juridique serbe ni celui d'un nouvel État souverain... Cela signifie simplement que tous les habitants du Kosovo sont soumis à ces pouvoirs et doivent respecter le régime d'autonomie institué par les Nations Unies. Dès lors, à mon avis, peu importe que les auteurs de la déclaration d'indépendance soient considérés comme membres ou non de l'Assemblée du Kosovo; ils ne pouvaient de toute façon adopter une déclaration contraire au cadre constitutionnel et à la résolution 1244 du Conseil de sécurité»

<sup>102</sup> Cfr. pár. 14 de su Opinión disidente. Para Skotnikov, la práctica del Consejo de Seguridad respecto a la Resolución 1244 es también, a este respecto, muy clara.

<sup>103</sup> Cfr. pár. 61, de su Opinión disidente.

<sup>104</sup> Cfr. pár. 29 de su Opinión individual.



té, dans la mesure où elle va à l'encontre du régime juridique d'administration du Kosovo mis en place par les Nations Unies»<sup>105</sup>.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DICTAMEN DE LA CORTE DE 22 DE JULIO DE 2010 NOS PARECE ESCAPISTA EN LO FUNDAMENTAL, MÁS POLÍTICO QUE JURÍDICO Y, A LA POSTRE, IRRESPONSABLE

27. La Opinión de 22 de julio de 2010 en suma, y sirvan estas tres afirmaciones de conclusión, nos parece «escapista» en lo fundamental, más política que jurídica y también (lo creemos sinceramente) irresponsable.

28. Es cierto, sí, que el Tribunal se declara competente para conocer del caso y, además, la Corte se aviene a darle respuesta. Ha sido criticado por ello, ya lo hemos expuesto, en las opiniones individuales o disidentes formuladas por algunos de sus integrantes<sup>106</sup>. Pero la Corte consideró que pese a ser cierto que el tema de Kosovo había sido tratado básicamente no por la Asamblea General sino por el Consejo de Seguridad, lo que a juicio del juez Skotnikov la debía haber llevado a negarse a responder a la solicitud de dictamen<sup>107</sup>, también aquella lo había hecho, considerando la Corte, en primer lugar, que su competencia sobre el caso no puede verse contestada por el artículo 12 de la Carta, pues éste lo que prohíbe en rigor (repárese en la interpretación a ras de letra que del mismo se efectúa) a la Asamblea es «hacer recomendaciones sobre la controversia» a propósito de la cual el Consejo ejerce las funciones que le son propias según la Carta, y solicitar una opinión consultiva no lo supone<sup>108</sup>. Y, después, respecto de la oportunidad de responder o no a la pregunta, la Corte considera en el ejercicio de su discrecionalidad que pese a que el Consejo había tratado el tema de Kosovo básicamente, la Asamblea General también lo había hecho, reconociendo a esta interés jurídico bastante para formular la petición habida cuenta de las funciones que en cuestiones esenciales como la del mantenimiento de la paz y seguridad la Carta le atribuye (artículos 11 y 12), sin más límites (como antes señaló) que el de no poder efectuar recomendaciones sobre un

---

<sup>105</sup> Cfr. pár 64 de su Opinión disidente.

<sup>106</sup> *Vid. supra* nota 23.

<sup>107</sup> *Vid. supra* nota 18.

<sup>108</sup> *Vid. supra* parágrafo 3.

conflicto que está siendo debatido por el Consejo (artículo 12 de la misma ya citado)<sup>109</sup>.

Los firmantes del presente texto, aceptando como no podía ser de otro modo pues los hechos, hechos son, el protagonismo del Consejo de Seguridad en esta cuestión, creen, como ya han apuntado antes y quieren concretar ahora más, que, en principio, y a reserva de las críticas que formularán después, la Corte no se ha equivocado al declararse competente y decidirse además a responder a la pregunta que se le formula por la Asamblea General. Y lo creen por dos razones:

- De una parte, se cumplen las exigencias formales que la Carta y el Estatuto establecen para que el Tribunal dé su opinión<sup>110</sup>.
- Pero hay una razón más, pues la situación existente en la práctica sobre la Declaración de independencia de Kosovo y las divergencias que la misma ha generado en la comunidad internacional requerían una aclaración, una respuesta de conformidad con el Ordenamiento jurídico que rige la vida de dicho grupo social. ¿Se puede reconocer a Kosovo como Estado o no se puede?, ¿puede Kosovo proclamar unilateralmente su independencia del Estado del que formalmente forma parte o no? Hacía falta una respuesta jurídica, para resolver la duda en este concreto asunto por supuesto, pero también para que la misma alumbrase el camino a seguir en el futuro. La aclaración de cuestiones jurídicas dudosas en temas claves es, precisamente, el objetivo fundamental de la competencia consultiva de la Corte.

Bien está, claro, que haya límites al ejercicio por esta de la misma. Bien está que las cuestiones jurídicas planteadas ya por una Organización internacional ya por los órganos de las Naciones Unidas legitimados al efecto tengan que ver con las funciones y competencias de aquellas o de éstos. Pero en este asunto, parece razonable entender que la Asamblea General de las Naciones, una de cuyas tareas es promover «la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional» (artículo 13 de la Carta), está más que justificada para intentar que se aclare si el Derecho Internacional contemporáneo permite o no que un colectivo determinado, administrado internacionalmente durante un tiempo dado pero que sigue formando parte de un Estado soberano (hecho

---

<sup>109</sup> *Vid. supra* párrafo 7.

<sup>110</sup> Opinión consultiva cit. (nota 2), párrs. 18-28.

que la propia administración internacional reconoce) puede o no, en ejercicio de su libérrima voluntad, separarse unilateralmente de aquél y convertirse en otro Estado soberano e independiente.

Sí, podemos admitir que la Corte acepte la solicitud de dictamen que le pide la Asamblea General y que decida responderla<sup>111</sup>. El problema, sin embargo, con el que nos encontramos es que, a nuestro juicio, la Corte no da luego realmente respuesta a la pregunta formulada, con lo cual se nos plantea una curiosa (e inquietante) duda: ¿por qué y para qué la Corte dice sí...? Y tan acuciante es ésta que a más de un lector que acuda a la Opinión sin prejuicios le vendrá a la cabeza, como a nosotros mismos, si para hacer lo que hace y decir lo que dice no hubiera sido a la postre mejor que la Corte se hubiese negado sin más a responder la pregunta que se le formuló: porque al hacerlo, mucho nos tememos que haya sembrado vientos de los que acaso la comunidad internacional solo pueda cosechar tempestades.

29. La Corte ha eludido en su respuesta clarificar los problemas clave de la cuestión que se le formula, escapando así, en lo fundamental, de su responsabilidad como órgano principal de las Naciones Unidas y como órgano judicial más relevante del Derecho internacional contemporáneo.

¿Cuales son estos problemas clave? No lo es, desde luego, o al menos no lo es únicamente, el saber si la Declaración unilateral de independencia de 2008 se hizo o no de conformidad con, vamos a llamarlo así, «el Derecho interno aplicable», ni tampoco a la postre el concluir sin más que el Derecho internacional no cuenta con normas que prohíban las declaraciones de este tipo (para desembocar, claro, en la conclusión buscada: si no hay prohibición, ¿dónde está, entonces, su ilegalidad...?); la Corte esgrime así su formalismo radical como un escudo que la defiende de la necesidad (y la proteja, probablemente, de la lluvia de críticas) de tener que pronunciarse sobre el Fondo, sobre la Verdad.

No, los problemas esenciales de este asunto son otros. Los recordaremos en el párrafo siguiente. En éste, nos parece conveniente reflexionar de nuevo críticamente sobre las dos cuestiones que la Corte analiza para llegar a su conclusión de que «la adopción de dicha declaración no ha violado ninguna regla aplicable del Derecho internacional»<sup>112</sup>. Dos cuestiones, decimos, que

---

<sup>111</sup> Opinión consultiva de 22 de julio de 2010 cit. (nota 2), párrs. 29-48.

<sup>112</sup> Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, pár. 122.

abordaremos alterando el orden en el que la Corte las analiza: primero, su afirmación de que la Declaración de independencia no vulnera la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y, a continuación, la conformidad de la misma con las normas del Derecho internacional general:

A) Para la Corte, como hemos visto, la resolución 1244 (1999), que establece obligaciones internacionales, tiene como objetivo imponer y regular un periodo transitorio de administración internacional de Kosovo, territorio en el que se suspende temporalmente la soberanía de Serbia, a fin de conseguir que en él se establezca, a la espera del estatuto definitivo, un régimen de autonomía sustancial para Kosovo en el marco de una respetada integridad territorial y soberanía de Yugoslavia (Serbia). La resolución 1244 (1999), insiste la Corte, no regula ni se ocupa por tanto del estatuto definitivo de Kosovo.

A partir de estos datos, la Corte, recuérdese, argumenta: La Declaración de independencia (2008) no vulnera la resolución 1244 (1999) porque esta no se ocupa sino del régimen transitorio y en ningún caso del estatuto definitivo de Kosovo como la declaración hace<sup>113</sup>; y, además, porque la misma no ha sido obra de las instituciones provisionales de Kosovo que la Resolución 1244 (1999) y el contexto jurídico que generó crearon, sino de «personas que actuaron conjuntamente en su capacidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera de la estructura de la administración provisional»<sup>114</sup>. Lo segundo es discutible, como las opiniones de los jueces Tomka, Sepúlveda-Amor, Yusuf o Bennouna demuestran<sup>115</sup> y, en todo caso, uno se pregunta (nos preguntamos nosotros) si aun de ser así este es un argumento que pueda manejarse con el fin de intentar justificar jurídicamente el acto en cuestión como la Corte sugiere<sup>116</sup>; en cuanto a lo primero, la argumentación del Tribunal merece un reflexión aparte.

Aun de aceptar, en el marco de la argumentación del Tribunal, que la resolución 1244 solo se refería al régimen de administración provisional y no al

<sup>113</sup> *Ibidem*, párrs. 114-115.

<sup>114</sup> *Ibidem*, párrs. 105, 109.

<sup>115</sup> Para la declaración del Vicepresidente Tomka y las opiniones individuales de los jueces Sepúlveda-Amor y Yusuf, véanse supra las notas 90, 91 y 92; también la opinión disidente del juez Bennouna, párrs. 44 ss.

<sup>116</sup> Si la Declaración no es ilegal porque, de acuerdo con sus términos, no es obra de la estructura provisional creada sino por personas que pretenden representar al pueblo de Kosovo, argumento de la Corte, como el juez Bennouna señala gráficamente en su opinión disidente «si on suivait jusqu'au bout un tel raisonnement, il suffirait, en vuelque sorte, de se mettre hors la loi pour ne plus avoir à respecter la loi». Cfr. *supra* nota 87.



estatuto definitivo (con la consecuencia de que la preservación de la integridad territorial de Serbia que aquella preveía, como la misma Corte ha reconocido [*vid. supra* párrafo 24], solo opera en el marco de ese régimen de aplicación provisional y no en el estatuto definitivo), lo que lleva a que la Declaración, que sí se incardina marcadamente en este, no viole (aun defendiendo la independencia) la resolución 1244 (1999), la decisión de la Corte obvia en esta parte concreta de su dictamen la gran cuestión (interrumpiendo injustificadamente el flujo argumentativo en ella empleado): ¿Y puede un pueblo que formalmente sigue siendo parte de un Estado independiente y soberano declarar unilateralmente su secesión del mismo?; para el juez Yusuf, la Corte hubiera debido responder a ello<sup>117</sup>. Es cierto que en el apartado anterior a este en el que se analiza la resolución 1244 (1999), la Corte se plantea la cuestión para contestar las alegaciones de algunos de los Estados participantes en el procedimiento, de si una declaración de independencia así podría quebrantar implícitamente el principio de integridad territorial pero su respuesta aquí, y comentaremos sobre ella enseguida, es tan decepcionante y mezquina como la que hasta ahora hemos examinado.

B) La Corte, en fin, entiende que la Declaración de independencia de 2008 no viola el Derecho internacional, porque este no contiene norma alguna que prohíba hacer declaraciones de independencia<sup>118</sup>. Así formulada, la frase resulta sorprendente para el internacionalista, por su laconismo, por su elementalidad, por su incuria en el esfuerzo de convencer... Y lo mismo puede predicarse de las dos alegaciones que en el marco de la posición de la Corte en este punto se plantearon en el procedimiento por algunos de los participantes y eran susceptibles de derribar la casita que esta tenía en mente construir, como finalmente hizo, que el tribunal despacha asimismo rápidamente. Abordaremos ambos alterando de nuevo el orden con el que en la Opinión consultiva se tratan:

a) La Corte, recuérdese (*supra* párrafo 19), que reconoce la existencia de práctica por la que el Consejo de Seguridad ha condenado las declaraciones

---

<sup>117</sup> «Fourthly, the Court itself admits that ‘te declaration of independence is an attempt to determine finally the status of Kosovo’ (paragraph 114), but fails to examine whether such a unilateral determination of the final status of Kosovo and its separation from the parent State is in accordance with international law, as clearly implied in the question put to it by General Assembly» (Declaración separada del juez Yusuf, párr. 6 *in fine*).

<sup>118</sup> Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, párrs. 79, 81 y 84.

de ciertas entidades proclamando que proclamaban con ellas su estatalidad (mencionando las resoluciones 216 y 217 de 1965 en el caso de Redecía del Sur, la resolución 541 en 1983 respecto de la autoproclamada República Turca del Norte de Chipre y la resolución 787, adoptada en 1992, sobre la República Srpska), entiende que el Consejo consideró nulas dichas declaraciones y prohibió el reconocimiento como Estados de las entidades que las proclamaron no por las declaraciones de independencia en sí sino por que estas se hicieron sobre la base de un recurso ilícito a la fuerza o sobre la base de otras violaciones graves de normas de Derecho Internacional general en particular de naturaleza imperativa (*ius cogens*). Pero no lo ha hecho, afirma la Corte, en el caso de Kosovo (párrafo 81 de su Opinión), porque en éste (se desprende de sus palabras) no se dan aquellas violaciones.

Lo primero que cabría aducir a este pasaje es que realmente el Consejo no podía en este asunto decir nada para no contradecir de algún modo sus propios actos anteriores, pues todos recordaremos seguramente que cuando la «Guerra de Kosovo» acaba y la intervención armada de la OTAN, realizada sin autorización del Consejo de Seguridad, finaliza con la derrota de Yugoslavia, éste asumió la situación resultante con su resolución 1244 (1999) sin una sola palabra sobre la conformidad o no de lo ocurrido con el Derecho internacional; ¿iba ahora a condenar la Declaración de independencia de Kosovo alegando un uso ilícito de la fuerza...?; hay algo capcioso en la argumentación de la Corte... Incluso cabría hacer, desde otro enfoque, una nueva reflexión: Si el Consejo creó una administración provisional de Kosovo, con pleno respeto de la integridad territorial yugoslava (hasta alcanzar un estatuto definitivo para el territorio), que el Consejo debería aprobar (¿o acaso ese estatuto puede decidirse unilateralmente por Kosovo?), lo que este no ha hecho en efecto, ¿no cabría también interpretar su silencio sobre la Declaración de independencia como la valoración de que la misma no es satisfactoria y que en todo caso el régimen internacional previsto sigue plenamente vigente (con la preservación de la soberanía Serbia...)?

Hay en todo caso algo más que decir, poniéndonos incluso en la misma onda que la argumentación de la Corte sigue: aun dando por bueno (que no lo damos) que Kosovo, tras el fracaso en su opinión de las negociaciones para llegar a un estatuto definitivo y su convencimiento de que nunca en la Eternidad sería posible un éxito de las mismas, pudiera poner sobre la mesa de un puñetazo el estatuto definitivo, nos preguntamos: ¿Pero acaso no supone el que un pueblo que forma parte de un Estado decida declarar unilateralmente

su independencia de este atentar con la integridad territorial del mismo?, ¿y no forman parte los principios de soberanía e integridad territorial de los Estados del Derecho internacional imperativo contemporáneo?

La Corte también se hace la pregunta, se ve forzada más bien a hacérsela pues de ser por ella (el cómo se libera del problema así lo indica) el tema se hubiera ido al Limbo. La Corte en efecto, comprueba que «varios de los participantes en el procedimiento han sostenido que la prohibición de las declaraciones de independencia estaba implícitamente contenida en el principio de integridad territorial»<sup>119</sup>. Hemos llegado así al segundo de los supuestos que queríamos, en el marco de la letra B en la que estamos, comentar.

b) En relación con la idea, absolutamente razonable, de que la injustificada Declaración unilateral de independencia de un pueblo que forma parte de un Estado independiente y soberano atenta implícitamente contra el principio de integridad territorial, observación que se hace para salvar el hecho de que no se localizan en el Derecho internacional general norma alguna expresa que prohíba este tipo de actos<sup>120</sup>, la Corte utiliza un argumento tan rabiosamente literalista y formalista que deja al lector estupefacto. Para el Tribunal:

«el alcance del principio de integridad territorial» (del que al menos reconoce que es «un elementos importante del Ordenamiento jurídico internacional») «se limita a la esfera de las relaciones interestatales»<sup>121</sup>.

La Corte defiende por tanto que este principio no es aplicable al caso de la declaración de Kosovo porque esta no se produce «en la esfera de las relaciones interestatales». Pero ¿qué quiere decir el tribunal con ello?... Tras observar la reproducción que en el texto de su dictamen se hace del tenor literal de los artículos 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y de ciertos pasajes de la Declaración de Principios aneja a la resolución 2625 (XXV) de 1970 y del Acta Final de Helsinki (1975), parece que lo que el Tribunal viene a sostener es que el principio es únicamente aplicable en aquellos supuestos en los que, en la declaración unilateral de independencia de un pueblo, estén implicados dos o más Estados. Es decir, hablando en román paladino, que la independencia proclamada sea el resultado del deseo del pueblo que formando parte de un

<sup>119</sup> Opinión consultiva de 22 de julio de 2010 cit., párr. 80.

<sup>120</sup> Opinión consultiva, párr. 79.

<sup>121</sup> *Ibidem*, párr. 80.

Estado quiere serlo de otro (como en el caso de las islas Aaland, estas deseaban dejar de ser suecas para ser finesas...)<sup>122</sup> o asociarse con otro o, al menos, que detrás de la declaración unilateral de independencia del pueblo de un Estado estén detrás Estados terceros o un Estado tercero animando, apoyando, dándole seguridades de que se consolidará...

¡Es absurdo!... Y en todo caso, ¿no contaron los misteriosos autores de la Declaración unilateral de Kosovo con el apoyo de ciertos Estados y probablemente con las promesas dadas de su rápido reconocimiento por ellos...?

La integridad territorial de Serbia prohíbe desde luego en nuestra opinión la independencia unilateral de Kosovo. Y defender, como la Corte hace, que este principio es aplicable solamente en la esfera interestatal (como si en el asunto de Kosovo estuviéramos en la Luna) no nos resulta un argumento creíble. Y es que la Corte se olvida al citar la Resolución 2625 (XXV) que esta Declaración garantiza y preserva la integridad territorial y la unidad política de los Estados siempre y cuando estos respeten el derecho de autodeterminación y tengan un Gobierno representativo de todos los pueblos que pertenezcan al territorio sin distinción de raza, credo y color; el Juez Yusuf (aunque, de manera poco comprensible, votó por cierto con la mayoría) la reprocha acertadamente este silencio y su falta de miras al interpretar el principio de integridad territorial de esa forma, señalando que la Resolución 2625 (XXV)

«... makes it clear that so long as a sovereign and independent State complies with the principle of equal rights and self-determination of peoples its territorial integrity and national unity should neither be impaired nor infringed upon. It therefore primarily protects and gives priority to, the territorial preservation of States and seeks to avoid their fragmentation or disintegration due to separatist forces...»<sup>123</sup>.

El lector recordará, por lo demás, que un razonamiento muy parecido, aunque en un asunto diferente y sobre distinto tema, empleó este mismo Tribunal para denegar a Israel su derecho a justificar la edificación de un muro en territorio ocupado sobre la base de la legítima defensa contra ataques terroristas; la Corte dijo entonces que el artículo 51 de la Carta solo era invocable «en

<sup>122</sup> *Vid.* BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La disolución de Yugoslavia* cit. (*supra* nota 28), pp. 226-228 (párrafo 112 sobre todo).

<sup>123</sup> Cfr. Opinión individual, par. 12.

las relaciones entre Estados» pero no respecto de actores no estatales<sup>124</sup>. Pasado un año algunos de sus jueces se oponían a esta manera de ver las cosas<sup>125</sup>, y hoy la doctrina internacional más relevante, la que, por ejemplo, representa el Instituto de Derecho Internacional, considera que en principio el artículo 51 de la Carta es aplicable también frente a actores no estatales...<sup>126</sup>

<sup>124</sup> En el asunto sobre las *consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado*, y en el contexto de la pretensión israelí de que hoy se reconoce «claramente el derecho de los Estados al recurso a la fuerza en legítima defensa contra los atentados terroristas», la Corte precisa que esta figura solo puede invocarse en los casos de ataques armados *entre Estados*, no en los casos de violencia interna, es decir, en el territorio de un Estado (o en territorio ocupado por este (dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, párrs. 138-139); *vid.* también su sentencia en el asunto sobre las *actividades armadas en territorio del Congo* (2005) citada en la nota que sigue.

<sup>125</sup> Así, según afirmaciones del juez Kooijmans, a las que se unió el juez Simma, en el *asunto sobre las actividades armadas en territorio del Congo* (2005) (*vid.* los párrafos 27 a 29 de la opinión individual del juez Kooijmans y los párrafos 8 y 12 de la de Simma), la Corte parece aceptar que Uganda sólo hubiera podido ejercer la legítima defensa contra la República Democrática del Congo (recordemos, tropas revolucionarias antiugandesas que operaban desde territorio congoleño) si se hubiera producido un ataque de éstas imputable directa o indirectamente *a un Estado*. Para el juez holandés, el hecho de que para poder ejercitar el derecho de legítima defensa el ataque armado previo deba emanar de un Estado se trata de un requisito que, al no figurar expresamente en el art. 51 de la Carta, debe considerarse meramente el fruto de una interpretación, una interpretación, sí, mantenida a lo largo de más de cincuenta años; de modo que si las actividades de bandas armadas pudieran equipararse a un ataque armado, el Estado víctima podría amparar en el art. 51 de la Carta su respuesta armada aunque dichos grupos no hubieran sido «enviados» o «sustancialmente controlados» por Estado alguno en concreto. Esta interpretación más amplia de la legítima defensa, que incluiría no solo ataques armados provenientes de Estados, podría ser aplicable tanto en casos como el que ocupa a la Corte en el asunto que enfrentó a la República Democrática del Congo contra Uganda (grupos armados actuando sin trabas en un Estado cuyo Gobierno no es capaz de ejercer control eficaz al respecto...), sino también y más en general en casos de terrorismo.

<sup>126</sup> El Instituto de Derecho Internacional (IDI), en su sesión de Santiago de Chile (2007), adopta una resolución en la que considera que el artículo 51 de la Carta, esto es, la figura de la legítima defensa, «se aplica en principio» en casos de «ataque armado a un Estado por un actor no estatal», pero es, éste, un problema complejo en el que, hoy por hoy, cabe hacer dos precisiones: una (aplicación clara del Derecho en vigor) que en caso de ataque armado llevado a cabo por un actor no estatal siguiendo instrucciones o bajo la dirección o el control de un Estado, «este puede ser objeto de la acción en legítima defensa del Estado víctima»; y dos (aclaración de interés que despeja dudas que se tenían) «si un ataque armado se lanza desde un espacio situado fuera de la jurisdicción de cualquier Estado, el Estado víctima puede ejercer su derecho de legítima defensa en este espacio contra los actores no estatales» (10<sup>a</sup> RESOLUCIÓN, 27 octubre 2007, 10ème Comisión («Problèmes actuels du recours à la force en droit international. A. Légitime défense»), párr. 10 (i) y (ii) (disponible en [http://www.idi-il.org/idiF/navig\\_res\\_chron.html](http://www.idi-il.org/idiF/navig_res_chron.html)). Pero si esta tendencia cuaja y se consolida o no solo el tiempo lo dirá, dándose además el hecho de que la misma no se pronuncia con claridad sobre la cuestión clave del problema: repárese en que el IDI no se atreve a precisar que hoy por hoy un Estado podría, en legítima defensa, desencadenar un ataque contra «actores no estatales» que tienen sus bases y/o lanzan sus ataques desde el territorio de otro Estado.

Las cuestiones clave en este asunto son, de una parte, la de saber si el Ordenamiento jurídico de la sociedad internacional contemporánea avala, permite, ampara el que un pueblo que, administrado o no internacionalmente, forma parte de un Estado independiente y soberano<sup>127</sup> puede porque eso es sin más lo que desea «salir» de él...; y asimismo la de saber cuales son los límites y condiciones de este derecho de secesión. ¡Estos son los problemas clave! Y su aclaración jurídica, en el año 2010, por la Corte hubiera sido una impagable contribución de la misma al Derecho internacional contemporáneo, pues el tema no está claro y porque es delicado tanto política como jurídicamente para las relaciones internacionales. Pero el Tribunal se niega a hacerlo, recuérdese (*supra* párrafos 8-9), alegando que la pregunta que le formula la Asamblea General sólo se interesa por saber si la Declaración unilateral de independencia es conforme o no con el Derecho internacional y no «se refiere a las consecuencias jurídicas de la Declaración en causa», afirmando que para ello, como en otros casos de su jurisprudencia (cita dos), debía haberse «este aspecto expresamente indicado» en la pregunta. Como no es así, la Corte no se considera «preguntada sobre si Kosovo ha accedido o no a la cualidad de Estado, ni sobre la validez o los efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo como Estado independiente por algunos Estados»<sup>128</sup>. ¡Formalismo feroz, que no puede convence a nadie! No nos convence en particular a nosotros, ni a los jueces Bennouna y Skotnikov, que disintieron de la mayoría, pero tampoco al vicepresidente Tomka o al juez Yusuf<sup>129</sup>, que sin embargo (misterios de los debates en el seno de los tribunales probablemente) votaron con la mayoría. Para nosotros y ellos, como el sentido común nos dice, lo que Serbia quería saber cuando propuso a la Asamblea General el planteamiento a la Corte de la pregunta, y la cuestión misma que esta formuló es clara y precisa en una interpretación de buena fe y conforme a la lógica, era precisamente qué consecuencias jurídicas, para Serbia y para el Mundo, un acto así suponía... La Corte despacha, por lo demás con esa misma naturalidad tan lacónica y formalista que preside toda su Opinión (*vid supra* párrafo 10), la alusión de «numerosos» participantes en el procedimiento (el calificativo es de la propia Corte)<sup>130</sup>

<sup>127</sup> Lo que, por lo demás, como ya hemos señalado anteriormente, la propia Corte ha reconocido. *Vid. supra* párrafo 3, letra A y nota 14.

<sup>128</sup> Opinión consultiva de 22 de julio de 2010 cit. (nota 2), párrs. 51 y 83.

<sup>129</sup> *Vid. supra* párrafos 8 y 10.

<sup>130</sup> Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, pár. 55.

a la declaración del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998, en la que este se pronunció claramente en general sobre el derecho de secesión de un pueblo en un contexto que no es el de la descolonización o el de la ocupación extranjera o racista<sup>131</sup>. En este caso, la Asamblea General, afirma la Corte, pregunta únicamente si la Declaración de independencia es conforme al Derecho internacional y nada más...<sup>132</sup>. No, no estamos de acuerdo.

Cuestión clave es también saber si cuando un pueblo que forma parte de un Estado proclama sin inequívoca justificación jurídica unilateralmente su independencia, los reconocimientos de terceros suponen o no una interferencia ilegal en la soberanía de aquél. ¿No se ha escrito que, en ocasiones, el reconocimiento de una entidad dada como Estado puede constituir un atentado intolerable al principio que prohíbe la intervención en los asuntos de otro?<sup>133</sup> ¿No era vital aclarar si el reconocimiento de la autoproclamada unilateralmente República de Kosovo es un atentado intolerable al principio de integridad territorial y prohibición de la intervención?... Pero la Corte insiste, la pregunta de la Asamblea solo me pide que diga, letra por letra, si la Declaración de independencia es conforme al Derecho Internacional...<sup>134</sup> No, no estamos de acuerdo.

Al negarse a interpretar de buena fe la pregunta formulada y hacerlo apartándose del objeto y fin que su competencia consultiva tiene, la Corte ha sembrado la semilla que alumbrará la duda en el futuro y por ende generará el alimento de pretensiones irresponsables y perturbadoras en este delicado tema. El periodista español Martín Prieto, comentando en un «suelto» recientemente publicado el dictamen de la Corte, teme que la decisión sobre Kosovo (que es «para Serbia lo que para nosotros podría ser Covadonga y no se entiende a sí misma sin la región independizada» y que generó un conflicto en el que «Estados Unidos y la Unión Europea no fueron pacificadores imparciales, sino los dibujantes de las nuevas fronteras balcánicas») «envenenará todo este siglo»<sup>135</sup>.

La Corte podía haberlo evitado atendiendo al fondo de la pregunta que la Asamblea General le planteó. Ella misma da cuenta de cómo en ocasiones

<sup>131</sup> *Vid. supra* parágrafo 10.

<sup>132</sup> Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, pár. 56.

<sup>133</sup> *Vid. SALMON, J.J.A.: La reconnaissance d'État. Quatre cas: Mandchoukuo, Katanga, Biafra, Rhodésie du Sud*, Armand Colin, París, 1971, pp. 36 ss.; SEN, B.: *A diplomat's handbook of International Law and practice*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1988 (3ª edición revisada), pp. 510-511.

<sup>134</sup> Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, párrs. 50-56, 83.

<sup>135</sup> «Otro etnicismo», *La Razón* del sábado 24 de julio de 2010, p. 27.

se ha apartado de la redacción literal de la pregunta que se le formulaba, por ejemplo «cuando constata, al examinar el contexto de la demanda, que esta no ponía en evidencia los ‘puntos jurídicos... verdaderamente... en juego’»<sup>136</sup>. ¿No es aplicable esto al caso...?

Aprender de los errores contribuye sin duda a evitar cometer otros en el futuro. Deben los Estados aprender, y de hecho todos debemos hacerlo, que cuando deseen pedir a los órganos legitimados el planteamiento a la Corte de una solicitud de dictamen se aseguren muy bien de la formulación concreta de la pregunta. No debe darse a la Corte ninguna facilidad que la permita, aun respondiendo, no dar su opinión sobre los temas claves; porque si se le da, la Corte, nos enseña el presente asunto y algún otro anterior, no dejará pasar la oportunidad...

30. La Opinión consultiva de la Corte de 22 de julio de 2010 es más política que jurídica. Y bastará, quizás, para justificar este aserto con recordar cómo, lo hemos apuntado ya en el apartado anterior, la Corte deja clara sin más su intención no ya de pasar sobre las cuestiones jurídicas claves que «están» en y siguen como la sombra al cuerpo a la pregunta que se le formula como si de ascuas ardientes se tratase, sino abierta y francamente de no plantearse las siquiera; ¿dando acaso, de su posición, una explicación convincente, razonable?...; no, sin darla<sup>137</sup>.

Al adoptar un enfoque tan a ras del tenor literal de la pregunta y teniendo el máximo cuidado en no levantar el vuelo lo más mínimo hacia el fondo del tema y hacerlo tras haberse pronunciado previamente por su competencia y disposición a responder a la pregunta, la Corte deja traslucir su inquietud por lo delicado del asunto.

Y al responder, como lo hace, con esa aparente autocomplacencia en que el Derecho internacional permite todo lo que no prohíbe de manera expresa (¡a 83 años del *caso Lotus*, 1927...!)<sup>138</sup> sin plantearse nada más, la Corte da que

<sup>136</sup> Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, pág. 50.

<sup>137</sup> *Vid. supra* parágrafo 29.

<sup>138</sup> Apariencia que la decisión tomada hace nacer y que pervive pese a ese escondido pasaje de la Opinión (¿remordimientos de conciencia si es que los tribunales los tienen?) en el que la Corte tras intentar justificar por qué no entra en la cuestión de si Kosovo tiene derecho o no a la secesión unilateral de Serbia, añade: «Podría perfectamente ocurrir, en efecto, que un acto –como una declaración de independencia– no constituye una violación del Derecho internacional, pero no responda necesariamente al ejercicio de un derecho conferido por este último» (Opinión consultiva cit. [nota], pág. 56 in fine). Este afirmación, tan importante, que



pensar en que lo que realmente le preocupaba de este asunto era que todo lo hecho, hecho está y mejor «no mencallo». Dado que la Declaración de independencia no es, tal y como la Corte afirma, contraria al Derecho internacional, ¿quién podrá arrojar la primera piedra contra quienes habían procedido ya al reconocimiento formal de la República de Kosovo como nuevo Estado soberano?...

¡Que bien se entienden, hechas las reflexiones precedentes, las reacciones de algunos de los Gobiernos al dictamen del tribunal! ¡Como las de los Estados Unidos por ejemplo (uno de los reconocedores y de los que han presionado donde han podido para que su decisión se extendiese...) o la de Francia (otro de los Gobiernos que reconocen a la provincia serbia)! Los Estados Unidos que apadrinaron activamente el nacimiento de Kosovo sobre una Europa fracturada sobre qué hacer ante la Declaración unilateral de independencia de 2008 han acogido como un triunfo estratégico el dictamen y pedido a Europa «que se una en un futuro común», y el ministro francés de Exteriores, Bernard Kouchner, afirmó en un comunicado que «la independencia de Kosovo es irreversible»<sup>139</sup>.

31. Una Opinión, en fin, que nos parece irresponsable. Irresponsable porque aun aceptando comprometerse con su respuesta, la Corte deja sin aclarar el fondo de la cuestión planteada, las dudas claves en definitiva que motivaron el que la Asamblea General solicitara su opinión jurídica. Y esta actitud, habida cuenta de la delicadeza que el problema de la libre determinación de los pueblos fuera del contexto de la descolonización o de la ocupación racista o extranjera tiene para no pocos Estados existentes, no revela precisamente responsabilidad.

La irresponsabilidad de la que hablamos presenta incluso un plus de gravedad, pues la Corte no solo se niega a tratar del tema a pronunciarse sobre él de acuerdo con el Derecho internacional contemporáneo, sino que lo hace además a sabiendas de que su posición favorece interpretaciones peligrosas políticamente y probablemente (¡la Corte no ha querido aclarárnoslo...!) erróneas desde el punto de vista jurídico, pero que quien las asuma podrá aducir: como la Corte dijo...

---

la Corte parece esconder, como mínimo hubiese necesitado una explicación que el Tribunal también se ahorra...

<sup>139</sup> *Vid. ad ex.* el diario *El País* de 27 de julio de 2010 (edición digital).

Sí, porque el Tribunal que no dice nada más sí deja perfectamente claro que el Derecho internacional moderno no cuenta con norma alguna que prohíba las declaraciones de independencia de los pueblos que forman parte de un Estado en el que, sin embargo, no desean vivir (como Kosovo). ¿Es responsable, tras llegar a esta conclusión, lavarse las manos limitándose a precisar que el Tribunal no se ocupa del derecho de libre determinación, de los elementos necesarios del concepto de Estado en Derecho internacional o del reconocimiento...?

No, a nosotros no nos lo parece. Porque alimenta interpretaciones no deseables. Y que tenemos razón al creerlo puede, pensamos, deducirse de dos tipos de reacción que la Opinión ha generado una vez conocida:

- Una, la de los Estados que han reconocido a Kosovo, tras su Declaración de independencia y han hecho (y hacen) lo posible porque esta situación se consolide. Su alivio, su satisfacción han sido evidentes. Tanto como, en algún caso, para haber podido afirmar que el dictamen de la Corte pone fin a cualquier duda posible, *consumatum est* (recuérdese el comunicado del Ministro francés citado *supra* en el parágrafo 30 *in fine*). Serbia se queda sin Kosovo.
- Y otra, la de quienes, nacionalistas (y separatistas) que viven en un Estado democrático, independiente y soberano, se han apresurado a proclamar, ¿qué nos impide ahora hacer nuestra Declaración? Si el Derecho Internacional no lo prohíbe, que lo ha dicho la Corte, por qué no lanzarla al viento de potenciales reconocimientos y a ver qué pasa... A las pocas horas de que el Tribunal Internacional de Justicia dictaminara que Kosovo no violó el Derecho internacional al declararse unilateralmente independiente de Serbia, los nacionalistas catalanes abrieron la caja de las comparaciones: para Izquierda Republicana de Cataluña (que forma parte del actual gobierno de la Generalitat), la decisión se aplicaría, también, a una hipotética independencia de Cataluña. Tras este fallo, «la independencia de Cataluña respetaría plenamente la legalidad internacional», afirmó Joan Puigcercós, presidente de los republicanos<sup>140</sup>.

¿Es responsable que la Corte no haya precisado en qué consiste, en el Ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, el derecho de los pueblos no coloniales a su libre determinación?

---

<sup>140</sup> *El Mundo* (edición digital), de 22 de julio de 2007.

## 8. EPILOGO CON ESTRAMBOTE

32. El jueves 9 de septiembre de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba por aclamación un proyecto de resolución en el que se acusa recibo del dictamen de la Corte y se precisa que el dialogo entre Serbia y Kosovo «sería un factor para la paz, la seguridad y la estabilidad de la región»<sup>141</sup>. Serbia misma ha presentado con la Unión Europea (con todos sus miembros) dicho proyecto.

Si este proceso sigue adelante y pudiera concluir, en su caso, con la aceptación de Serbia de la independencia de Kosovo (o de la parte de Kosovo en la que no se localiza la población de origen serbio), formalmente nada habría que decir o muy poquito al menos. El Derecho internacional no pretende imponer lección alguna a los Estados sobre su deseo, si tal fuera el caso, de permitir la libre determinación pura de los pueblos que lo forman. Y decimos que acaso «un poquito» sí podría rezongarse habida cuenta que Serbia se ha visto de algún modo «empujada» a deslizarse sobre su posición inicial por algunos Estados y aun, acaso, por el dictamen de la Corte. Pero, insistimos, una secesión pactada (aunque sea sin ganas de verdad) deja al Derecho internacional respetado.

33. En todo caso, el movimiento serbio no cambia nada hasta el momento. Acusar recibo del dictamen y aceptar el diálogo entre el Estado afectado y la entidad secesionista no es cambiar su posición, como algunos medios parecían sugerir<sup>142</sup>. En la información que el Centro de las Naciones Unidas daba del asunto, se dice:

«Al presentar la resolución, el ministro serbio de Relaciones Exteriores, Vuk Jeremic, describió el texto como ‘un documento de situación de neutralidad’ y subrayó que su país no reconoce la Declaración de independencia de Kosovo».

<sup>141</sup> A/RES/64/298, pár. 2. En el pár. 1, la resolución «reconoce el contenido de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, emitida en respuesta a la Solicitud de la Asamblea General».

<sup>142</sup> El diario *El País*, por ejemplo, encabezaba la noticia con este inexacto titular: «Serbia se acerca a la UE al reconocer que la independencia de Kosovo no fue ilegal» (*El País.com* del 09/09/2010, consultado el 10, 12:14 h) o el informativo de mediodía de la primera cadena de Televisión Española del viernes 10 siguiente.

Una visión de conjunto de las explicaciones de voto de los diversos Estados, tal y como tuvieron lugar en la 120ª sesión plenaria de la Asamblea General, deja claro como el agua que algunos siguen entendiendo ilegal tanto la Declaración de independencia como la misma secesión de Kosovo (Azerbaijan, Venezuela, Rusia, China o la India)<sup>143</sup>.

34. Lo que en definitiva la resolución adoptada deja traslucir es que Serbia está dispuesta a negociar de nuevo y acaso con mas flexibilidad el estatuto definitivo de Kosovo, posiblemente incluyendo ahora una panoplia mas amplia de opciones, que no cabe excluir desemboque en el acuerdo sobre la independencia de Kosovo o, quizás con mayores probabilidades (si se convence a los líderes kosovares) sobre la independencia de parte del territorio de Kosovo, quedándose en Serbia las zonas de mayoría serbia en dicha provincia.

En todo caso el proceso de dialogo que va a abrir parte de una situación en la que el gobierno de Belgrado no reconoce la Declaración unilateral de independencia de Kosovo.

35. Pero este epílogo, decíamos, tiene su estrambote. ¿Acaso puede descartarse totalmente (dado que la cuestión es objeto de interpretaciones divergentes que la Corte no ha querido zanjar) que este dictamen dé lugar a un proceso que acabe reconociendo el derecho a la secesión de los pueblos no coloniales si esa es su voluntad?

De ser así, la Opinión consultiva de 22 de julio de 2010 podría acabar jugando en este tema un papel próximo al que su dictamen de 28 de mayo de 1951 en el *asunto sobre las reservas al Convenio de prevención y represión del crimen de genocidio* desempeñó en relación con el régimen jurídico de éstas, esto es, el de haber contribuido de manera decisiva a la aparición de una nueva regla en materia de formulación de reservas a los tratados que modificó la situación anterior en la que se daban posiciones diferentes<sup>144</sup>. Sería sin duda, la que eventualmente esta Opinión consultiva contribuyera a formar, una *nueva* regla, ¿pero sería también una *buena* regla?...

---

<sup>143</sup> Vid. el documento informativo de la Asamblea General (AG/10980), de 09/09/2019, en <http://www.un.org/News/fr-presa/docc/2010/AG10980.doc.htm>. Vid. el documento informativo de la Asamblea General (AG/10980), de 09/09/2019, en <http://www.un.org/News/fr-presa/docc/2010/AG10980.doc.htm>. En la fecha de cierre de estas páginas, no se ha publicado aún el texto de la resolución adoptada (A/RES/64/298) (<http://www.un.org/es/ga/64/resolutions.shtml>).

<sup>144</sup> Vid. *Ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, Mª J.: *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2008 (2ª edición), pp. 151-160.



## LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO

De no ser así, y confiamos en que no lo sea, mucho nos tememos que de esta Opinión consultiva, como otras anteriores de los últimos años, no podrá predicarse lo que el gran internacionalista francés, Michel Virally, escribiera hace ya muchos años en un magnífico libro sobre la Organización de las Naciones Unidas (*L' Organisation Mondiale*, Armand Colin, París, 1972), acerca de la jurisprudencia consultiva de la CIJ, esto es, que había contribuido muy positivamente a la clarificación de aspectos básicos de la codificación del Derecho internacional y animado un desarrollo progresivo del mismo en la mejor de las direcciones...

Pues esta no. Esta no.

