

LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA E INTEGRIDAD TERRITORIAL Y DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE KOSOVO: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA*

Carlos JIMÉNEZ PIERNAS

Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Alcalá

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA OPINIÓN CONSULTIVA.—2.1. Claves del silencio de la Corte sobre los principios citados: sentido y pertinencia de la pregunta planteada por la Asamblea General.—2.2. El Derecho internacional general no autoriza ni prohíbe las declaraciones de independencia.—3. LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS QUE PARTICIPARON EN EL PROCEDIMIENTO.—3.1. Posición de los Estados que reconocen la independencia de Kosovo.—3.2. Posición de los Estados que no reconocen la independencia de Kosovo.—4. RECAPITULACIÓN: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA EL AVANCE DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL.

1. INTRODUCCIÓN

A la vista del reparto de tareas previsto para este número monográfico de la *REDI* sobre la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) relativa a Kosovo, de 22 de julio de 2010, donde se incluyen colaboraciones varias que abarcan un amplio abanico de temas, entendemos conveniente limitarnos al tema asignado prescindiendo de toda suerte de consideraciones previas y colaterales que no tengan que ver con el mismo. El objetivo es evitar solapamientos innecesarios e ingratos para el lector y tratar sólo aquellas

* A la memoria del profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, que dedicó buena parte de su fructífera carrera académica y profesional al estudio de la jurisprudencia internacional.

cuestiones que se consideren imprescindibles para el propósito perseguido, que es dedicarse al estudio del papel desempeñado, en el asunto que nos ocupa, por dos de los principios estructurales más relevantes del Derecho internacional (DI) de nuestros días, a saber, el de soberanía e integridad territorial y el de autodeterminación de los pueblos.

A pesar de las expectativas creadas en torno a esta Opinión consultiva, dada la naturaleza de los hechos que la provocaron y el literal de la pregunta que la Asamblea General (AG) formuló a la Corte¹, anticipamos que el tratamiento que hace la Corte de los principios citados es paupérrimo, porque evita sencillamente ocuparse de ellos y no llega a responder, en rigor, a la pregunta de la AG². El interés que suscitó a priori esta Opinión consultiva atendía a las posibilidades que el tema ofrecía para sentar *the state of the art*. Ahora bien, no cabe extrañarse y aún menos escandalizarse por ello. Dada la naturaleza del procedimiento consultivo ante la Corte³, sus disposiciones permiten a ésta un amplio margen de discrecionalidad para responder a la consulta planteada, siendo además su opinión no vinculante, lo que no significa carente de autoridad, incluso para los Estados que participaron voluntariamente en el procedimiento, rasgos que distinguen claramente a la competencia consultiva de la contenciosa⁴.

Ante la reluctancia de la Corte a tomar en consideración, con ocasión de la pregunta que se le planteaba, el papel de esos dos principios estructurales en el asunto de Kosovo, esta contribución posee el valor que le atribuye la documentación generada durante el procedimiento escrito y oral, porque recoge la posición mantenida sobre esos principios, en relación con el asunto, de un número apreciable de Estados, entre los que se cuentan los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (CdS) y una muy nutrida representación de Estados europeos⁵. No se olvide que Kosovo era y es un problema europeo,

¹ Cuyo relato evitamos porque es objeto de otras colaboraciones.

² Así lo reconoce expresamente el juez Simma, que votó con la mayoría pero que se preocupó de manifestar su desacuerdo radical con el proceso de «jibarización», si se nos permite la fórmula, a que la Corte sometió la pregunta de la AG hasta dejarla reducida a casi nada, vaciando de contenido el dictamen en lo concerniente al papel de los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos, y a su relación, en el DI contemporáneo (véase la breve pero contundente Declaración del juez Simma, párrs. 1-10, aneja a la Opinión consultiva de 22 de julio de 2010 de la CIJ sobre *Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo* (a partir de ahora, Opinión consultiva sobre Kosovo), en <http://www.icj-cij.org>. En el mismo sentido, la Opinión individual del juez Yusuf, párrs. 4-17, que también votó con la mayoría; aunque el juez Yusuf se atrevió a pronunciarse sobre la materia (véase *infra*, nota 19), lo que evitó hacer cuidadosamente el juez Simma.

³ Véase el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas, así como los arts. 65 a 68 del Estatuto y 102 a 109 del Reglamento de la Corte.

⁴ ESPÓSITO, C. D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, 1996, pp. 12 y 145. HINOJO ROJAS, M., *A propósito de la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Córdoba, 1997, pp. 133-138. No se ha cerrado el debate sobre hasta dónde alcanza tal discrecionalidad. De hecho, en la Opinión consultiva que nos ocupa, el juez Koroma, que votó con la minoría, cuestionó la discrecionalidad de la Corte al reemplazar la pregunta de la AG por su propia pregunta («*its own question*»): véase la Opinión disidente del juez Koroma, párr. 3; volveremos sobre este punto *infra*.

⁵ Utilizaremos la versión en lengua francesa de las exposiciones y observaciones escritas y de las exposiciones orales; y citaremos páginas o párrafos a conveniencia para facilitar la localización del

por el que han mostrado un limitado interés los Estados africanos, asiáticos y latinoamericanos⁶.

Por tanto, el interés jurídico del tema objeto de nuestra indagación se circunscribe sobre todo al conocimiento de la posición en la materia de cierto número de Estados, una aportación nada despreciable a la práctica internacional⁷ sobre un aspecto tan sensible para la sociedad internacional contemporánea como la aplicación al caso de los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos, y la tensión entre ellos. Así pues, la atención que despertó la Opinión consultiva sólo se ha visto satisfecha, en alguna medida, por las manifestaciones de los Estados participantes a lo largo del procedimiento. De ahí que nos ocupemos de estudiar la Opinión de la Corte, junto a las opiniones individuales y disidentes de algunos jueces que puedan resultar de interés para nuestros fines, en el contexto y con la cita frecuente de las posiciones mantenidas por los Estados participantes en el procedimiento, que se han explicado por medio tanto de las exposiciones y observaciones escritas (procedimiento escrito), como de sus exposiciones orales en las audiencias públicas ante la Corte (procedimiento oral) celebradas durante la primera quincena de diciembre de 2009.

Se ha procedido a una división elemental entre Estados que se manifestaron a favor⁸ de considerar conforme al DI la declaración unilateral de in-

texto de referencia. Hemos prescindido de la cita de las aportaciones de Serbia y de los autores de la declaración de independencia en el procedimiento escrito y oral por ser partes directamente implicadas en el asunto. Advertimos también que haremos escaso uso de las exposiciones orales, ya que vienen a ser meros resúmenes, en un estilo comúnmente asertivo cuando no lapidario y trufado de recursos retóricos, de todo lo ya expuesto en el procedimiento escrito; como puede comprobarse si se revisan, por ejemplo, las presentaciones orales de los miembros permanentes del CdS. Sólo se citarán, cuando sean de interés porque algunos actuaron de comparsa, las presentaciones orales de aquellos Estados que no participaron en el procedimiento escrito (Arabia Saudí, Bielorrusia, Bulgaria, Burundi, Croacia, Jordania y Vietnam).

⁶ Si descontamos a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, de los restantes 32 Estados que presentaron exposiciones escritas, sólo siete eran afroasiáticos (Egipto, Libia y Sierra Leona, además de Azerbaiyán, Irán, Japón y Maldivas), y otros cuatro latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil y Venezuela); los otros 21 Estados eran europeos. De los 14 Estados que presentaron observaciones escritas, al margen de Estados Unidos, sólo dos de ellos (Argentina y Bolivia) no eran europeos. En cuanto al procedimiento oral, intervinieron en las audiencias públicas 28 Estados; además de los miembros permanentes del CdS, se contaron 14 Estados europeos (tres de ellos, Bielorrusia, Bulgaria y Croacia, no habían participado en el procedimiento escrito); los cuatro latinoamericanos ya citados (Argentina, Bolivia, Brasil y Venezuela), y cinco afroasiáticos (Burundi, además de Arabia Saudí, Azerbaiyán, Jordania y Vietnam); es curioso observar que, salvo Azerbaiyán, los otros cuatro Estados no participaron en el procedimiento escrito, dato que contribuye a mejorar relativamente la estadística de la participación del bloque afroasiático. Por tanto, al margen siempre de los miembros permanentes del CdS, participan en el procedimiento 24 Estados europeos, cuatro latinoamericanos y 12 afroasiáticos; la diferencia en términos relativos es muy grande a favor del interés europeo. Además, sólo dos Estados no europeos entre los citados, Brasil y Japón, poseen aspiraciones serias de acceder a puestos permanentes en el CdS si algún día se logra su ansiada reforma y ampliación.

⁷ Sobre el concepto de práctica internacional y sus medios de prueba, JIMÉNEZ PIERNAS, C., «The International Practice and the Evidence (A Brief Guide for Young Lawyers)», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *The Legal Practice in International Law and European Community Law. A Spanish Perspective*, Leiden, 2007, pp. 612-613 y 616.

⁸ Son, por orden alfabético, los siguientes: Albania, Alemania, Arabia Saudí, Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Irlanda, Japón, Jordania,

dependencia de Kosovo, de 17 de febrero de 2008, y los que se manifestaron en contra⁹ de considerarla conforme. Trataremos en bloque cada posición, mezclando argumentos de la fase escrita y de las audiencias públicas. No nos ocuparemos de la posición de España sino en tanto que un Estado más dentro del grupo que se manifestó en contra de la legalidad de la independencia de Kosovo.

Se advierte también que, si bien el autor de esta contribución participó en el equipo jurídico que trabajó para el gobierno español en este asunto, se pretenden evitar las viejas tentaciones del abogado de parte. Por tanto, no se empleará esta tribuna en defensa de una determinada posición y aún menos para hacer catarsis provocando en el lector la compasión o el horror ante la Opinión consultiva de la Corte; tampoco es nuestra intención dar lecciones de DI a la Corte, afición muy extendida entre los profesores y que fastidia sobremanera a los jueces¹⁰. Se procurará mantener un distanciamiento higiénico frente al asunto que nos convoca y exponer con la debida neutralidad los argumentos relevantes para el caso.

Ahora bien, tenemos derecho a plantearnos por qué la Corte ha actuado de esta manera y no de otra, evitando entrar en el fondo del asunto. Se trata de averiguar las causas y entender el sentido del dictamen de la Corte, soslayando una aproximación doctrinaria y dogmática al asunto, porque repugnaría al fin principal perseguido en nuestra contribución, que es dar cuenta veraz de lo sucedido en este procedimiento consultivo. Desde luego, no puede sor-

Letonia, Luxemburgo, Maldivas, Noruega, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, República Checa, Sierra Leona y Suiza. Suman, en total, 25 Estados. Puede observarse que se cuentan 17 Estados europeos, más cuatro afroasiáticos, amén de tres miembros permanentes del CdS. No contamos la participación, a invitación de la Corte, de los autores de la declaración unilateral de independencia.

⁹ Son, por orden alfabético, los siguientes: Argentina, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Burundi, China, Chipre, Egipto, Eslovaquia, España, Irán, Libia, Rumanía, Rusia, Serbia, Venezuela y Vietnam. Suman, en total, 18 Estados. Puede observarse que se cuentan sólo seis Estados europeos, más cuatro latinoamericanos y otros seis afroasiáticos, amén de dos miembros permanentes del CdS. Había, pues, una diferencia de 17 a 6 a favor de la independencia de Kosovo entre los Estados europeos participantes en el procedimiento.

¹⁰ Algo de todo esto hubo en el tratamiento dado por la doctrina española al *Caso de la competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá)*, Sentencia de 4 de diciembre de 1998, en *ICJ Reports 1998*, en la sección de jurisprudencia que le dedicó la *REDI*, 1999, vol. LI, pp. 89-161. Sin embargo, solicitaríamos con toda humildad cierta reciprocidad por parte de los propios jueces, que deberían contener la afición de ofrecer cursos generales (el foro idóneo para ello es la Academia de La Haya, no la Corte) por medio de sus Opiniones. En la Opinión consultiva que nos ocupa, el juez Cançado Trindade, que votó con la mayoría, firmó una Opinión individual de extensión desmesurada frente a las firmadas por sus colegas (71 pp.), de contenido principalmente dogmático, con abundantes autocitas y referencias literarias, muy desenfocada en cuanto volcada en el DI de los derechos humanos, y de nula utilidad para el asunto pues se limita a expresar un desiderátum en el contexto de un ejercicio perfecto de activismo judicial. La única conclusión obtenida, después de leerla, se reduce a una provocativa paradoja: la evidencia de que el juez Cançado Trindade votó con la mayoría por razones que no comparten ninguno de los jueces que votaron con él, de forma que su opinión individual cobra toda la apariencia de una opinión disidente. Véase sobre el valor de las opiniones disidentes la sabia nota del juez GINSBURG, R. B., «The Role of Dissenting Opinions», en *Minnesota Law Review*, 2010, vol. 95, pp. 1-8, *passim*; aunque centrada en la práctica del Tribunal Supremo norteamericano, su contenido es ilustrativo para el caso; la obligación de todo buen juez debe ser la búsqueda de consensos en el seno de su colegio, sin renunciar a emitir opiniones disidentes, rigurosas y contundentes, cuando la ocasión lo merezca.

prender que desde la academia se critique que la Corte haya dejado pasar la oportunidad, en este asunto, de ocuparse con el debido rigor de los límites y de la relación entre los principios estructurales ya citados. Pero sería pueril no llegar más lejos.

Para la ocasión, preferimos anticipar que esa crítica nos enfrenta a la evidencia de la naturaleza descentralizada, consuetudinaria y casuística del DI, mucho más próxima a un ordenamiento político como el Derecho constitucional que a otro muy reglamentario como el Derecho administrativo¹¹. La función judicial internacional no se ejerce en un medio esterilizado¹² y está permanentemente sometida al riesgo latente de las disfunciones a que la pueden conducir los factores políticos¹³. Con más motivo en la Opinión que nos ocupa, ya que la Corte entra a considerar e interpretar la práctica del CdS y sobre todo una de sus resoluciones, a sabiendas de que el CdS es un órgano político que adopta decisiones políticas, supliendo la Corte funciones propias de dicho órgano¹⁴. Nuestra divisa en las páginas que siguen será analizar el dictamen de la Corte muy apegados a estas realidades, pero sin caer subyugados ante ellas.

2. LA OPINIÓN CONSULTIVA

2.1. Claves del silencio de la Corte sobre los principios citados: sentido y pertinencia de la pregunta planteada por la Asamblea General

Para entender, en rigor, el tratamiento dado por la Corte, en la Opinión consultiva sobre Kosovo, a los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos, no tenemos más remedio que analizar, con carácter previo, las consideraciones de la Corte en torno a la

¹¹ KOLB, R., «Des problèmes conceptuels, systématiques et terminologiques en droit international public», en ZÖR, vol. 56 (2001), pp. 501-504. Problemas que afloran naturalmente en la práctica diaria de jueces, asesores y abogados haciéndola más difícil: véase KOSKENNIEMI, M., «Between Commitment and Cynicism: Outline for a Theory of International Law as Practice», en UNITED NATIONS-OFFICE OF LEGAL AFFAIRS, *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law*, New York, 1999, pp. 500-501 y ss., y 512-518. Pueden seguirse, por ejemplo, las vicisitudes históricas del concepto de soberanía, atravesado por la grave confusión del dilema entre soberanía limitada y soberanía absoluta, y permanentemente sometido a procesos de revisión y cambio, en KOLB, R., *loc. cit.*, nota 11, pp. 505-508.

¹² Así lo reconoce la propia Corte al tratar sobre su competencia en el asunto, recordando que una consulta que se le someta puede tener aspectos políticos; por ejemplo, la naturaleza política de los motivos que la inspiren o las consecuencias políticas que provoque su opinión: véase la Opinión consultiva sobre Kosovo, párr. 27.

¹³ En un valioso testimonio personal, un antiguo juez denunció hace más de veinte años la inercia de la CIJ a convertirse en una especie de conciliador amigable que ofrece fórmulas equitativas o de transacción para cada caso: GROS, A., «La Cour Internationale de Justice 1946-1986: Les reflexions d'un juge», en DINSTEIN, Y. (ed.), *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, pp. 301-306.

¹⁴ Véanse las Opiniones disidentes del juez Bennouna, párr. 7, y del juez Skotnikov, párr. 9.

pregunta que le formuló la AG, redactada en los siguientes términos¹⁵: «*Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?*». Pues bien, en los párrs. 50 a 56 de la Opinión consultiva se encuentran, a nuestro parecer, las claves del silencio que guardará la Corte sobre los principios estructurales citados; también incluso las claves de la conclusión general a la que llegará la Corte. Porque en esos párrafos la Corte analiza y revisa la pregunta que le somete la AG, interpretándola y acomodándola de manera que determina decisivamente su dictamen.

Como es tradición, la Corte hará de nuevo gala en este asunto de un amplio margen de discrecionalidad, recordando que en el pasado la Corte se había alejado del enunciado literal de la pregunta objeto de su dictamen si, en su opinión, no estaba correctamente formulada o no reflejaba los problemas jurídicos realmente en juego; o bien se había preocupado de aclarar la pregunta si estaba planteada, siempre según su opinión, de forma poco clara o vaga¹⁶. En esta ocasión, la Corte entiende que la pregunta que le planteó la AG está claramente formulada y es precisa, y subraya de paso aquellos aspectos que el enunciado de la pregunta excluye sin ninguna duda; la Corte no ve, de entrada, motivos para redefinirla y, en concreto, confirma que queda claramente fuera de su atención averiguar tanto si la declaración de independencia conduce o no a la creación de un Estado como el valor de los actos de reconocimiento de que haya sido objeto tal declaración¹⁷:

«It does not ask about the legal consequences of that declaration. In particular, it does not ask whether or not Kosovo has achieved statehood. Nor does it ask about the validity or legal effects of the recognition of Kosovo by those States which have recognized it as an independent State. The Court notes that, in past requests for advisory opinions, the General Assembly and the Security Council, when they have wanted the Court's opinion on the legal consequences of an action, have framed the question in such a way that this aspect is expressly stated».

Ahora bien, la Corte va a proponer una interpretación muy formalista, restrictiva y nada inocente de la pregunta escueta que la AG le formuló, excluyendo cualquier consideración que, en su opinión, no tenga que ver con la averiguación de si la declaración de independencia es conforme al DI; para la Corte se trata exclusivamente de saber si el DI aplicable prohíbe o no esa declaración de independencia¹⁸:

«It follows that the task which the Court is called upon to perform is to determine whether or not the declaration of independence was adopted in violation of international law. 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

¹⁵ Párr. 49 de la Opinión consultiva. Citaremos en la lengua que da fe.

¹⁶ Párr. 50.

¹⁷ Párr. 51. Ello al margen de la influencia que haya podido ejercer sobre el ánimo de la Corte, en la fecha que dictó su Opinión consultiva, el hecho nada desdeñable del reconocimiento de Kosovo por más de 60 Estados, amén de su ingreso en algunas organizaciones financieras internacionales como el FMI y el grupo del Banco Mundial.

¹⁸ Párr. 56.

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 for 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».

La Corte, por razones de economía procesal y de oportunidad política muy comprensibles, aprovecha la inercia de una pregunta tan escueta para dejar fuera de su dictamen materias muy delicadas referidas, en este asunto, a la relación y tensión entre los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos. El resultado, como se ve enseguida, se convertirá en una trampa para quienes idearon la pregunta, que de parecer un traje a medida a fin de dirigir el pronunciamiento de la Corte sobre esta materia, es manejada por la Corte para vaciarla de contenido y anular toda la carga polémica que encerraba, hasta convertirla en una consulta inocua. En especial, llama la atención cómo deja la Corte desprovista de consecuencias jurídicas incluso la propia declaración de independencia, ya que admite a priori que un acto de declaración de independencia no viole el DI sin que por ello constituya necesariamente el ejercicio de un derecho conferido por este ordenamiento¹⁹.

Ello complica sobremanera cualquier intento de sacarle partido a la Opinión consultiva de la Corte desde posiciones doctrinales proclives al predominio del principio de autodeterminación de los pueblos sobre el de soberanía e integridad territorial del Estado. Porque tal afirmación invalida el uso de este dictamen como precedente y lo sitúa en la órbita del caso único o sui generis²⁰, sobre todo si se pone en relación con la exclusión sistemática por parte de la Corte del estudio de cualquier problema relativo a la tensión entre los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación. Ya se trate de un posible derecho general a la secesión o bien de un derecho a la secesión como sanción²¹, y su aplicación al caso de Kosovo, aspectos sobre

¹⁹ El juez Koroma abundó en ello, subrayando que el DI general no ampara ningún derecho a la secesión unilateral (Opinión disidente del juez Koroma, párrs. 21-23). En el mismo sentido aunque con matices, al sostener una posición proclive a tolerar el derecho de autodeterminación en situaciones excepcionales y como último recurso, la Opinión individual del juez Yusuf, que votó con la mayoría, párrs. 12-14 y 16.

²⁰ Aunque la Corte no lo explicita. Eso fue (que era un caso único o sui generis) lo que sostuvo a lo largo del procedimiento el núcleo de Estados partidarios de la independencia de Kosovo, basándose para ello en un conjunto de hechos en su opinión excepcionales, de los que nos ocuparemos *infra*, en el epígrafe 3.1. Baste ahora añadir que esa fórmula (la del caso único) fue usada tanto en el Preámbulo de la declaración de independencia de Kosovo como en las Conclusiones del Consejo de la UE sobre Kosovo, de 18 de febrero de 2008, adoptadas al día siguiente de la declaración de independencia, donde se afirma que «... *le Kosovo constitue un cas sui generis qui ne remet pas en question ces principes et résolutions* [de la Carta ONU y del Acta Final de Helsinki]»: Doc. 6496/08 (Presse 41).

²¹ Un grupo limitado de los Estados partidarios de la independencia de Kosovo, sin cuestionar la calificación de este asunto como un caso único o sui generis, hicieron además una defensa cerrada del derecho a la secesión como sanción; el núcleo duro de ese grupo lo forman Estados que han estado sometidos a la soberanía (Estonia y Letonia) o a la hegemonía (Eslovenia, Polonia y República Checa) soviética durante parte del siglo XX; ello les lleva a ver la independencia de Kosovo en el amplio contexto de la caída del Muro de Berlín, la desaparición del Bloque Socialista, la unificación de Alemania, la de-

los que la Corte se limita a constatar las posiciones radicalmente enfrentadas entre los Estados participantes en el procedimiento²²:

«The Court considers that it is not necessary to resolve these questions in the present case. The General Assembly has requested the Court's opinion only on whether or not the declaration of independence is in accordance with international law. Debates regarding the extent of the right of self-determination and the existence of any right of "remedial secession", however, concern the right to separate from a State. As the Court has already noted (see paragraphs 49 to 56 above), and as almost all participants agreed, that issue is beyond the scope of the question posed by the General Assembly. To answer that question, the Court need only determine whether the declaration of independence violated either general international law or the lex specialis created by Security Council resolution 1244 (1999)».

Por si no bastara, la Corte terminará cuestionando el sentido de la pregunta formulada por la AG, que daba por hecho que la declaración unilateral de independencia fue pronunciada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo. La Corte observa que cierto número de Estados participantes en el procedimiento han contestado que fueran las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo quienes llevaran a cabo dicha declaración²³. La Corte añade que la identidad de los autores de la declaración de independencia podría ser relevante, como efectivamente sucederá²⁴, a la hora de responder a la pregunta sobre su conformidad con el DI; que sería incompatible con el buen ejercicio de su función judicial considerar zanjado este punto por parte de la AG y que la AG no ha intentado restringir la libertad de la Corte para determinar por sí misma este punto; esto es, para examinar todos los elementos pertinentes a fin de hacerse una opinión sobre la pregunta que se le plantea²⁵. A partir de estos argumentos, la Corte afirma que *«must be free to examine the entire record and decide for itself whether that declaration was promulgated by the Provisional Institutions of Self-Government or some other entity»*²⁶.

En esta tesitura, la Corte no seguirá la senda que le marca la pregunta de la AG, cuya aceptación íntegra prefiguraba por pura lógica una determinada

sintegración de la Unión Soviética y, en fin, la disolución violenta y no consensuada de Yugoslavia: véase sobre todo la Exposición escrita de Polonia (pp. 17-21), junto a las Exposiciones escritas de Estonia (pp. 4-6 y 12-13), Letonia (*passim*), Eslovenia (p. 2) y República Checa (p. 6), en <http://www.icj-cij.org>.

²² Párrs. 82-83 (cita en párr. 83). Cfr. SZEWCZYK, B. M. J., «Lawfulness of Kosovo's Declaration of Independence» (*ASIL Insight*), vol. 14, Issue 26 (August 17, 2010), epígrafe «VI. Conclusion», en <http://www.asil.org>. Es muy posible que esa ausencia absoluta de acuerdo explique el silencio de la Corte a este respecto y que haya buscado una salida más o menos airosa a tamaño embrollo sin entrar en el fondo del asunto (véase, *supra*, nota 13). Volveremos sobre ello *infra*.

²³ En efecto, los Estados partidarios de la independencia de Kosovo sostuvieron ese argumento en el procedimiento escrito y oral, alegando en resumen que los autores de la declaración de independencia no actuaron en su condición de autoridades provisionales de autogobierno. Volveremos sobre ello *infra*.

²⁴ Véanse párrs. 102-109.

²⁵ Párrs. 52-53. Lo que es perfectamente congruente con los parámetros generales utilizados en materia de interpretación por la CIJ: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, 1996, pp. 208-230.

²⁶ Párr. 54.

respuesta o conclusión del dictamen²⁷. Todo lo contrario, la Corte fija su propio camino y, de esta guisa, queda con las manos libres para terminar reformulando la pregunta hasta dejarla reducida a su mínima expresión, como si se tratara de un producto de laboratorio y no de un hecho con trascendencia jurídica producido en un determinado contexto fáctico e institucional²⁸. En efecto, a la vista de los términos empleados y de la intención de sus autores, la Corte entiende que la declaración unilateral de independencia no fue obra de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo ni fue adoptada dentro del marco jurídico del régimen transitorio de administración internacional²⁹ creado en virtud de la Resolución 1244 (1999) del CdS, sino que fue proclamada por un grupo de particulares que actuaron de concierto en su calidad de representantes del pueblo kosovar³⁰:

«This language indicates that the authors of the declaration did not seek to act within the standard framework of interim self-administration of Kosovo, but aimed at establishing Kosovo “as an independent and sovereign state” (para. 1). The declaration of independence, therefore, was not intended by those who adopted it to take effect within the legal order created for the interim phase, nor was it capable of doing so. On the contrary, the Court considers that the authors of that declaration did not act, or intend to act, in the capacity of an institution created by an empowered to act within that legal order but, rather, set out to adopt a measure the significance and effects of which would lie outside that order».

Por tanto, para la Corte se trata sólo de saber si la declaración unilateral de independencia de Kosovo, proclamada por un grupo de particulares, fue o no contraria al DI. Es cierto que esos particulares habían concurrido y habían sido elegidos como miembros de la Asamblea de Kosovo en unos comicios sin carácter plebiscitario³¹ (no en asambleas populares espontáneas), celebrados bajo el amparo de la presencia internacional y en particular de la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (MINUK) y bajo la supervisión del Consejo de Europa; que como tales se reunieron para proclamar la independencia en la sede de la Asamblea de Kosovo (no en una mezquita, museo o escuela), en una sesión plenaria y extraordinaria de este órgano de representación de las instituciones provisionales de autogobierno³²; que no adoptó ni firmó la declaración ningún otro representante del pueblo y de la sociedad civil koso-

²⁷ Como la propia Corte reconoce cuando afirma taxativamente la imposibilidad de que la declaración de independencia se adoptara dentro del marco jurídico instaurado transitoriamente en Kosovo en virtud de la Res. 1244 (1999) del CdS: *«The declaration of independence, therefore, was not intended by those who adopted it to take effect within the legal order created for the interim phase, nor was it capable of doing so»* (párr. 105, vuelto a citar *infra*).

²⁸ Véase la Opinión disidente del juez Koroma, párr. 20.

²⁹ Véase sobre el régimen establecido en Kosovo, AZNAR GÓMEZ, M., *La administración internacionalizada del territorio*, Barcelona, 2008, pp. 143-159 y 276-284.

³⁰ Párrs. 103-106 y 109 (cita en párr. 105). Véase la crítica que hace el juez Tomka, que votó con la minoría, de esta interpretación de la declaración de independencia, que califica como una construcción artificial *post hoc* (Declaración del vicepresidente Tomka, párrs. 10-14).

³¹ Adviértase que en la campaña electoral no se planteó en absoluto la posible adopción de una declaración de independencia (véase la Opinión disidente del juez Bennouna, párrs. 46-47).

³² Así se reconoce, por ejemplo, en la Exposición escrita del Reino Unido (párr. 4.2) y en las Observaciones escritas de Argentina (párrs. 26-27) y Chipre (párrs. 3-7).

var (clérigos, intelectuales, periodistas, empresarios, o sindicalistas, por citar sólo unos pocos); y que, en resumen, el contexto político e institucional en que estos acontecimientos tuvieron lugar, y que les sirvió de cobertura, era impensable al margen de la Resolución 1244 del CdS, adoptada conforme al Capítulo VII de la Carta, y de la presencia internacional desplegada en ese territorio, aunque fuera de carácter temporal y excepcional³³. De hecho, la Corte no ve inconveniente en reconocer que tanto la Resolución 1244 como el régimen transitorio de administración internacional formaban parte del DI y eran aplicables en Kosovo el 17 de febrero de 2008, fecha de la declaración unilateral de independencia, y posteriormente³⁴.

A pesar de todo lo expuesto, la mayoría de la Corte no albergó dudas acerca de la autoría y naturaleza de la declaración de independencia, para ella un acto realizado por particulares, alegando aspectos y circunstancias que militaban al menos nominalmente a favor de su conclusión, a saber: en el texto original albanés no consta que la declaración de independencia emane de la Asamblea de Kosovo; el texto de la declaración fue firmado por todos los miembros electos presentes (109 sobre 120), más el Presidente de Kosovo, que no era miembro de la Asamblea; y la declaración no se transmitió al Representante Especial del Secretario General (SG) de la ONU para su publicación oficial; para terminar, la Corte otorga más relevancia al silencio del Representante Especial del SG frente a la declaración, ya que no se manifestó al respecto cuando sí lo había hecho en anteriores ocasiones³⁵, que a la opinión del SG cuando informó al CdS, tanto el 18 de febrero como el 28 de marzo de 2008, que la Asamblea de Kosovo había adoptado, reunida en sesión, una declaración de independencia, lo que no pasó de ser para la Corte un desliz insignificante³⁶.

En este sentido, para abundar en la interpretación sesgada ofrecida por la Corte sobre este punto, si el fin perseguido legítimamente por la Corte era averiguar quiénes, y en qué título, habían proclamado la independencia de Kosovo, por considerarlo un elemento clave para evacuar su dictamen, resulta un argumento inútil para este fin, además de poco riguroso, hacer valer de pasada³⁷ que la identidad de los autores de la declaración de independencia no se mencionaba en el punto del orden del día de la AG, incluido a propuesta de Serbia («*Request for an advisory opinion of the International Court of*

³³ Véanse, para este conjunto de datos, los párrs. 58-63, 85-93 y 96-100 de la Opinión consultiva. Y otra vez la Declaración del vicepresidente Tomka, párrs. 15-21.

³⁴ Párrs. 91-93.

³⁵ Si, según establece la propia Corte, se trataba de un acto de particulares, no se le comunicó la declaración de independencia y ésta, además, no podía producir ningún efecto frente a él, ¿por qué tenía que darse por enterado y reaccionar el Representante Especial del SG?

³⁶ Párrs. 107-108 en relación con los párrs. 74-76. De hecho, el juez Sepúlveda-Amor, aunque votó con la mayoría, salva su posición a este respecto, explicando en su Opinión individual (párrs. 23-32) que, dejando a un lado peculiaridades lingüísticas y procedimentales, fue la Asamblea de Kosovo la que adoptó realmente, en nombre del pueblo de Kosovo, la declaración de independencia, y que la Corte debió plantearse la legalidad de este acto conforme a la Resolución 1244 y al marco jurídico creado a partir de ella.

³⁷ Párr. 53.

Justice on whether the declaration of independence of Kosovo is in accordance with international law»), ni en el título de la Resolución 63/3 de la AG, de 8 de octubre de 2008, que aprobó la consulta a la Corte y que lo seguía literalmente. Porque, como la propia Corte ya había manifestado³⁸, la pregunta de la AG estaba formulada de manera clara y precisa y no se necesitaba recurrir a medios de interpretación complementarios para confirmar o determinar el sentido de la misma³⁹. Otra cosa bien distinta era, a los ojos de la Corte, la pertinencia jurídica de la pregunta tal y como estaba formulada para evacuar el dictamen solicitado, y su voluntad de ajustarla y moldearla para vaciarla de contenido sustantivo y facilitar su respuesta⁴⁰.

De esta manera, se redujeron a cero las posibilidades de que la Corte se ocupara de los principios estructurales citados. No entraremos en más detalles porque no nos atañen dado el objeto de nuestra aportación. Sin embargo, aun aceptando el discurso de la Corte, puede afirmarse fundada y respetuosamente, que su argumentación es pobre y nada persuasiva y que persisten las dudas razonables no tanto sobre el proceso llamativo de miniaturización de la pregunta de la AG, un recurso legítimo al alcance de la Corte y del que ha usado con liberalidad en este asunto, sino sobre su afirmación de que los autores de la declaración de independencia eran, si se nos permite la licencia, un grupo de particulares que pasaban por allí.

2.2. El Derecho internacional general no autoriza ni prohíbe las declaraciones de independencia

Las observaciones que anteceden nos serán muy útiles a la hora de calibrar el alcance del pronunciamiento de la Corte que da título a este epígrafe, que adelantamos es absolutamente irrelevante para el caso. En efecto, la Corte recuerda *in abstracto*, tras repasar muy levemente la práctica en la materia y sin más análisis, un lugar común: que el Derecho internacional no autoriza ni prohíbe las declaraciones de independencia. En consecuencia, tampoco bendice ni prohíbe la declaración *in casu*⁴¹:

«... the Court considers that general international law contains no applicable prohibition of declarations of independence. Accordingly, it concludes that the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law».

La Corte entiende que una declaración de independencia no transgrede el ordenamiento internacional porque se trata de un hecho no regulado por dicho ordenamiento; tal hecho se supone producido en el orden interno y en el plano de la estructura relacional o interestatal, quedando por tanto sometido

³⁸ Véase, otra vez, párr. 51.

³⁹ Véanse arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, de 1969, que declaran el Derecho consuetudinario en la materia, cuyo contenido ha sido seguido y desarrollado por la jurisprudencia posterior de la Corte.

⁴⁰ Otra vez la Opinión disidente del juez Bennouna, párrs. 28-35; a nuestro parecer, junto con la Declaración del vicepresidente Tomka, son las explicaciones de voto en contra mejor construidas.

⁴¹ Párr. 84.

al arbitrio del principio de efectividad; unas declaraciones han prosperado y conducido a la creación de nuevos Estados y otras no. La Corte no pasa de ahí. Queda, naturalmente, fuera de estas consideraciones el derecho a la independencia de que gozan los pueblos de territorios no autónomos o sometidos al yugo, a la dominación o a la explotación extranjera, bien establecido en el DI general⁴².

No pueden rebatirse afirmaciones tan elementales. Sí puede criticarse su futilidad, porque son inoperantes para enfrentarse al problema planteado, sometido al DI particular (*lex specialis*), que prevalece en este asunto sobre el DI general (*lex generalis*); nos referimos, claro está, a la práctica del CdS y de la MINUK, especialmente a la Resolución 1244 adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta y con fuerza vinculante⁴³. Resulta, pues, artificiosa esta referencia al DI general, habida cuenta que las declaraciones de independencia, neutrales en principio para el DI, pasan siempre por la prueba de fuego de las reglas generales en materia de creación y reconocimiento de Estados, que exigen el cumplimiento de ciertos requisitos de hecho⁴⁴, de los que naturalmente no se ocupa la Corte en esa levisísima incursión, más bien una maniobra de distracción, en el DI general.

La Corte rechaza de forma lacónica el argumento de que el principio de soberanía e integridad territorial contiene una prohibición implícita de las declaraciones unilaterales de independencia, alegando que el alcance de dicho principio se limita al ámbito o esfera de las relaciones entre Estados⁴⁵. Afirmación que cobra sentido si la relacionamos con la posición de la Corte, ya tratada, acerca de la declaración de independencia de Kosovo, que a sus ojos fue proclamada por un grupo de particulares que actuaron de concierto en su calidad de representantes del pueblo kosovar, fuera de las instituciones de autogobierno y al margen de los poderes atribuidos dentro del marco jurídico del régimen de administración internacional.

Ahora bien, no deja de ser un sofisma distinguir sumariamente, como hace la Corte, entre una conducta fuera o al margen de la legalidad de otra en

⁴² Párr. 79. Véanse, a este respecto, los argumentos concordantes de Austria (Exposición escrita, párrs. 37-40). En idéntico sentido se expresaba el Informe preparado por un grupo de expertos, en calidad de *amicus curiae*, a la atención del Tribunal Supremo de Canadá: véase COMMISSION D'ÉTUDE DES QUESTIONS AFFÉRENTES À L'ACCESSION DU QUÉBEC À LA SOUVERAINETÉ, «L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté», párr. 4.01 (IV), en ASSEMBLÉE NATIONALE, *Exposés et Études*, 1992, vol. 1, pp. 377-461.

⁴³ Véanse, en general, párrs. 5-10 de las Conclusiones del Informe del Grupo de Estudio sobre «Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional», en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58.º periodo de sesiones (2006)*, Doc. Suplemento núm. 10 (A/61/10), pp. 449-452. Y en relación con este asunto, CORTEN, O., «Déclarations unilatérales d'indépendance et reconnaissances prématurées: du Kosovo à l'Ossétie du Sud et à l'Abkhazie», en *RGDIP*, 2008, t. CXII, pp. 729-730 y ss. Cfr. en idéntico sentido la Opinión individual del juez Keith, párr. 14.

⁴⁴ Esos requisitos son, esencialmente, un territorio y una población como condiciones necesarias pero no suficientes, más el elemento clave de un gobierno efectivo: JIMÉNEZ PIERNAS, C. (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica española*, Madrid, 2009, pp. 177-180 y 186-188.

⁴⁵ Párr. 80. Véanse, a este respecto, los argumentos concordantes del Reino Unido (Exposición escrita, párrs. 5.8-5.11) y Estados Unidos (Observaciones escritas, pp. 11-15).

contra de esa legalidad. Mediante el mismo y sin más explicación, se evita de paso un debate engorroso y arriesgado en torno a la posible responsabilidad internacional de la ONU por la conducta de ese grupo de particulares, si se estableciera la flagrante violación del régimen jurídico (*lex specialis*) fijado por la Resolución 1244. No se trataría, claro está, de una responsabilidad directa por la conducta de órganos de la MINUK o del SG en el desempeño de su administración internacional sobre Kosovo, en tanto que territorio sometido a su autoridad. Pero, como establece el art. 7⁴⁶ del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales, aprobado provisionalmente por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), que reproduce *mutatis mutandis* el art. 11⁴⁷ del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos:

«El comportamiento que no sea atribuible a una organización internacional en virtud de los proyectos de artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de esa organización internacional según el Derecho internacional en el caso y en la medida en que la organización internacional reconozca y adopte ese comportamiento como propio».

A la vista de los comentarios de la CDI a ambos artículos, sería peliagudo probar el reconocimiento y adopción de la conducta de ese grupo de particulares albano-kosovares por parte de la MINUK y del SG, pero sí puede afirmarse con los elementos de prueba de que se dispone que hubo al menos, por parte de la ONU, cierto reconocimiento tácito de la situación creada a raíz de la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008, ya que la MINUK no sólo guardó silencio frente a la declaración, sino que se acomodó o adaptó a la situación creada a partir de la misma⁴⁸.

En cuanto a la condena por Resoluciones del CdS de ciertas declaraciones de independencia, como ha sucedido en los casos de Rhodesia del Sur (1965) o del norte de Chipre (1983), la Corte considera que la aproximación del CdS ha sido casuística y excepcional y nunca ha respondido al carácter unilateral de la declaración de independencia; sino a que dichas declaraciones hayan sido acompañadas del uso ilícito de la fuerza o de violaciones graves de normas del DI general, en particular de normas de naturaleza imperativa (*ius cogens*)⁴⁹.

Pero fuera de esas situaciones obvias, por ceñirse exclusivamente a la declaración de independencia, la Corte es selectiva en sus citas y olvida la prác-

⁴⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional 56.º periodo de sesiones (2004), Doc. Suplemento núm. 10 (A/59/10), pp. 133-136.

⁴⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001-II (segunda parte), pp. 54-56, sobre todo párrs. 3 y 6-9.

⁴⁸ Cfr., en este sentido, las Exposiciones escritas de Austria (párrs. 19-21 y 41-42), Estados Unidos (pp. 68-71), Francia (pp. 63-67) y Reino Unido (párrs. 6.43-6.45), que asumen y defienden el silencio y la adaptación a la nueva realidad por parte de la MINUK, del Representante Especial del SG y del propio SG. Bien entendido que no deben confundirse el silencio y el acomodo de los órganos de la ONU con la institución de la aquiescencia, porque ésta sólo se da entre sujetos del DI, lo que no es el caso: Observaciones escritas de España, párr. 12.

⁴⁹ Párr. 81. Véanse, a este respecto, los argumentos concordantes del Reino Unido (Exposición escrita, párrs. 5.34-5.50).

tica institucional de interés para el caso. El CdS, en compañía del SG, ha mantenido una práctica constante y uniforme, en el marco del Capítulo VII de la Carta, en defensa de la soberanía e integridad territorial de aquellos Estados que han caído bajo su tutela a causa de endémicos conflictos armados internos y de graves violaciones de los derechos humanos, que han avocado incluso a dichos Estados a una situación de fracaso, poniendo en serio peligro la paz y seguridad internacional sobre todo en su ámbito regional. Las circunstancias que han rodeado esos precedentes (las tensiones secesionistas, la dimensión étnica y religiosa del conflicto interno de turno, las graves violaciones de los derechos humanos y del DI humanitario contra la población civil, la debilidad o incapacidad para ejercer un control efectivo de su territorio) no han alterado la práctica firme del CdS destinada a preservar la vigencia del principio de la soberanía e integridad territorial de los Estados afectados⁵⁰. De manera que el silencio del CdS sobre Kosovo, a causa de la falta de acuerdo en su seno, no impedía a la Corte, a la hora de interpretar la Resolución 1244, conocer y tomar en cuenta la práctica de ese órgano durante décadas, siempre contraria a la secesión unilateral.

La Corte llevará a cabo una interpretación de la Resolución 1244 del CdS, ahora sí en tanto que *lex specialis* aplicable al asunto⁵¹, donde concluye que tampoco prohíbe la declaración unilateral de independencia de Kosovo en virtud de una serie de argumentos que no nos corresponde tratar en esta contribución. La Corte desarrolla su razonamiento a partir del texto y contexto de dicha Resolución reconduciéndola en la dirección deseada, obteniendo el máximo provecho posible del silencio y la inacción posterior del CdS sobre Kosovo por esa falta de acuerdo a la que aludíamos. La Corte asegura que el CdS no se ha pronunciado sobre el estatuto final de Kosovo y que, por tanto, lo ha dejado abierto; que la Resolución 1244 no menciona ni fija obligaciones a los autores de la declaración de independencia, un grupo de particulares pertenecientes a la comunidad albano-kosovar, mientras que otras resoluciones sí lo han hecho; y que dicha Resolución tampoco obstaculiza o prohíbe en concreto a ese puñado (un centenar) de particulares la proclamación de independencia, siempre en la inteligencia de que actuaron fuera de las instituciones de autogobierno y al margen de los poderes atribuidos dentro del marco jurídico del régimen de administración internacional⁵². El común denominador de las críticas a esta interpretación de la Resolución 1244 es bien sencillo: se trató de una decisión unilateral de los líderes de la comunidad albano-kosovar que no respeta la letra y el espíritu de dicha Resolución, que no dejaba ninguna opción a semejante conducta, y frente a la que estaban tan obligados como la propia Serbia⁵³. Ello

⁵⁰ Véase la Exposición escrita de España, párrs. 28-34, centrada sobre todo en los casos de Afganistán, República Democrática del Congo (RDC), Somalia y Sudán; y la Exposición escrita de Egipto, párrs. 42-50, muy escueta pero en la misma dirección.

⁵¹ A la que presta mucha más atención que al DI general, introducido con corsé en el dictamen: véanse párrs. 85-121.

⁵² Párrs. 114-121.

⁵³ Véanse, sin más comentarios, las posiciones contrarias a la interpretación que hace la mayoría de la Corte de la Resolución 1244 por parte de los jueces que quedaron en minoría: Declaración del

al margen de las consideraciones que puedan hacerse sobre la inconveniencia del silencio del CdS y del callejón sin salida al que conducía a la administración internacional establecida en Kosovo.

3. LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS QUE PARTICIPARON EN EL PROCEDIMIENTO

En cuanto a la posición de los Estados que participaron en el procedimiento, su análisis no depara sorpresas. Todos ellos expusieron sus argumentos conforme a lo que cabía esperar, mostrando la presencia de dos grupos diferenciados y opuestos en su calificación de los hechos, uno a favor del reconocimiento de la independencia de Kosovo y otro en contra. Sí merece la pena subrayar el predominio llamativo, en ambos grupos, de las aproximaciones doctrinarias al asunto, traducidas en aparatos de notas con abundante bibliografía usada como argumento de autoridad⁵⁴. Ello responde probablemente no tanto a las dudas que pudiera generar la práctica internacional en la materia como a la voluntad de dirigir esa práctica, adobada doctrinalmente, en provecho propio.

El grupo de Estados partidarios de la independencia de Kosovo recurrieron preferentemente al DI general, cuya naturaleza dispositiva y permisiva debidamente administrada les ofrecía ventajas para enfrentarse al asunto. Mientras que en el grupo de Estados contrarios a la independencia de Kosovo se utilizó como ancla el Derecho de la Organización internacional y en especial la práctica de la ONU y sobre todo del CdS⁵⁵. Pero en última instancia y desde enfoques muy diferentes, ambos grupos se dedicaron con entusiasmo, durante todo el procedimiento, a la tarea principal de interpretar nada menos que los silencios del CdS acerca de la Resolución 1244, tarea sin duda ingrata y algo kafkiana.

3.1. Posición de los Estados que reconocen la independencia de Kosovo

Los argumentos defendidos por los Estados partidarios de la independencia de Kosovo siguen un patrón homogéneo y pueden resumirse en una serie de directrices de la forma siguiente. En primer lugar, el DI no regula el fenómeno de las declaraciones de independencia y de los intentos de secesión, aunque quedan sometidos a las normas imperativas del DI general (*ius cogens*)⁵⁶. En

Vicepresidente Tomka, párrs. 22-35; Opinión disidente del juez Koroma, párrs. 10-19; Opinión disidente del juez Bennouna, párrs. 37-64, y Opinión disidente del juez Skotnikov, párrs. 12-17.

⁵⁴ Con alguna excepción, como fue por ejemplo el caso de España, cuyas Exposición escrita, Observaciones escritas y Exposición oral no contenían una sola cita doctrinal.

⁵⁵ De nuevo puede citarse, como ejemplo de lo afirmado, la participación de España en el procedimiento escrito y oral.

⁵⁶ Exposiciones escritas de Dinamarca (pp. 2-4) y Suiza (párrs. 26-29).

segundo lugar, al margen de la dominación colonial, la ocupación extranjera o el previo acuerdo interno, el DI no reconoce ningún derecho unilateral a la secesión e independencia de una parte de un Estado soberano; ahora bien, queda abierta la posibilidad de una secesión sobrevenida en circunstancias excepcionales, a causa de la ausencia de un gobierno representativo de la totalidad de la población de su territorio sin distinción de raza, credo o color; de hecho, desde 1945 cierto número de nuevos Estados han nacido fuera del marco colonial. En términos más rigurosos, el DI exigiría dos condiciones para admitir excepcionalmente la secesión: primera, la imposibilidad para una parte de la población de ejercer la autodeterminación interna o autogobierno, acompañada a menudo de violaciones graves de sus derechos humanos; segunda, la inexistencia de ninguna otra vía de solución del conflicto provocado por ese rechazo de la autodeterminación interna, lo que convertiría la autodeterminación externa en el último recurso (*ultima ratio*)⁵⁷.

En este sentido, el núcleo del grupo de Estados partidarios de la independencia de Kosovo, consciente de los riesgos que arrastraba su posición en materia tan sensible, afinaron aún más su defensa de la independencia en este procedimiento subrayando que se trataba de un caso único o sui generis, es decir, no generalizable, que no violentaba el DI vigente ni creaba precedente por las circunstancias de hecho que lo caracterizaban, entre otras: la peculiar estructura constitucional federal de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia (RFSY); la desaparición violenta y no consensuada de la RFSY; el conflicto armado interno en Kosovo y las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante su desarrollo; la intervención del CdS y el establecimiento de una prolongada administración internacional sobre ese territorio; y la absoluta falta de acuerdo entre las partes (Serbia y la comunidad albano-kosovar) para una solución política definitiva del conflicto, lo que llevó a la declaración de independencia como un recurso extremo⁵⁸.

En tercer y último lugar, otros Estados partidarios de la independencia de Kosovo llegaron más lejos y la justificaron en virtud de un derecho de secesión como sanción, consistente en el derecho a separarse de un Estado responsable de graves violaciones del DI de los derechos humanos y del DI humanitario (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra...) contra la población que habita su territorio, entre ellos y en particular el derecho de autodeterminación interna, entendido como el derecho de toda la población a estar efectivamente representada, sin ninguna clase de discriminación, en las instituciones de gobierno del Estado. En tales circunstancias, un grupo de población (no necesariamente un pueblo) tendría derecho

⁵⁷ Exposiciones escritas de Alemania (pp. 22-24), Japón (p. 3), Países Bajos (párrs. 3.5-3.20), Reino Unido (párrs. 5.18-5.33) y Suiza (párrs. 57-80), y Observaciones escritas de Suiza (párrs. 6-7).

⁵⁸ Véanse, por orden alfabético, las Exposiciones escritas de Albania (párr. 72), Alemania (pp. 17-18), Dinamarca (pp. 4-9), Francia (pp. 41-43), Irlanda (párrs. 27-34), Japón (pp. 3-5), Luxemburgo (párrs. 5-8), Polonia (pp. 15-17) y Reino Unido (párrs. 0.17-0.23); las Observaciones escritas de Alemania (párr. 3), Eslovenia (párrs. 6-8 y 111) y Reino Unido (párrs. 11-14), y las Exposiciones orales de Croacia (Metelco-Zgombic), CR 2009/29, párrs. 13-14 y ss., y Reino Unido (Bethlehen), CR 2009/32, párrs. 10-11. Cfr. *supra* nota 20.

a ejercer la autodeterminación externa, es decir, el derecho de secesión unilateral. En el caso de Kosovo, las graves violaciones de los derechos humanos y la negación de la autodeterminación interna por parte de las autoridades serbias estaban bien probadas tras la revocación unilateral de su autonomía en 1989 y el conjunto de medidas adoptadas contra la mayoría albano-kosovar del territorio, que representaba el 90 por 100 de la población⁵⁹. Ahora bien, si se acepta el conjunto de directrices defendidas por los Estados partidarios de la independencia de Kosovo, recién expuestas, esta doctrina vindicativa de la secesión como sanción es perfectamente prescindible, porque el DI general ofrecería ya una respuesta satisfactoria mediante el recurso a la secesión en circunstancias excepcionales.

3.2. Posición de los Estados que no reconocen la independencia de Kosovo

También siguen un modelo reconocible los Estados contrarios a la independencia de Kosovo, fundado en un conjunto de directrices que desarrollamos a continuación. Aunque ha sido un grupo menos homogéneo en sus argumentos que el grupo de los defensores de la independencia de Kosovo. Basta comparar las posiciones de España, Rusia, Chipre o Egipto, por citar algunas, para apreciar los matices⁶⁰; ello se debe a que esos Estados tuvieron muy en cuenta sus circunstancias nacionales particulares, de las que nacen esos matices. Los presupuestos de los que parte este grupo de Estados son, naturalmente, diferentes al del grupo ya estudiado. Ya hemos anticipado que insisten más en la práctica *onusiana* y menos en el DI general⁶¹; y se incorpora la práctica regional no europea que esos Estados han considerado de valor para el caso⁶².

En primer lugar, es lógico que ese grupo de Estados otorgue, en general, una clara preeminencia al principio de soberanía e integridad territorial sobre el de autodeterminación de los pueblos, centrado en la dominación colonial, basándose para ello sobre todo en la práctica de la ONU y en particular del CdS desde 1945; el principio de soberanía e integridad territorial del Estado constituye un principio fundamental y es la piedra angular del DI contemporáneo, no admitiéndose de entrada excepciones o casos espe-

⁵⁹ Exposiciones escritas de Albania (párrs. 75-92, sobre todo 86 y ss.), Finlandia (párrs. 5-12) y Polonia (párrs. 6.1-6.16), más las citadas *supra* en nota 21, y Exposición oral de Jordania (Zeid Raad Zeid Al Hussein), CR 2009/31, párrs. 17-38. Salvo en el caso de Albania (véase su citada Exposición escrita, así como sus Observaciones escritas, párrs. 61-65), para la que los kosovares son un pueblo o nación con derecho de autodeterminación externa, el resto de exposiciones rehúyen el debate sobre la calificación de la población albano-kosovar, que es denominada de muy diversas maneras (comunidad, grupo, mayoría, etc.).

⁶⁰ España, por ejemplo, evitó el debate dogmático y guardó silencio al respecto tanto en el procedimiento escrito como en el oral, centrándose en el análisis de la práctica *onusiana* y de las organizaciones internacionales que estimó relevante para el dictamen.

⁶¹ Véase en particular la Exposición escrita de España, *passim*.

⁶² Véase en particular la Exposición escrita de Argentina, *passim*.

ciales que lo hagan decaer o derogar frente a la *vis* expansiva de la original autodeterminación colonial, como se pretende mediante la alegación de la autodeterminación externa como último recurso⁶³. Rusia se preocupó de matizar esa defensa cerrada del principio de soberanía e integridad territorial, advirtiendo que la consabida cláusula de salvaguardia que garantiza la integridad territorial del Estado frente a toda injerencia del principio de autodeterminación requiere como fácil condición que éste se dote de un gobierno representativo del conjunto de la población asentada en su territorio, sin ninguna clase de discriminación; de modo que sólo en circunstancias muy extremas de incumplimiento grave y manifiesto de esa condición, y como último recurso, pudiera plantearse un posible derecho a la secesión⁶⁴. Si bien Rusia excluía radicalmente la aplicación de esta excepción en el caso de Kosovo, como ahora veremos.

En relación con Kosovo, su población jamás había sido tratada jurídicamente como un pueblo con derecho a la autodeterminación en el ordenamiento constitucional de la RFSY ni tampoco desde el DI; nunca se planteó antes de la última década el derecho de los albaneses de Kosovo a la autodeterminación sino a la autonomía; tampoco se alegó la autodeterminación de Kosovo cuando la OTAN intervino militarmente contra Serbia en 1999; la doctrina no se hizo eco del derecho de autodeterminación al ocuparse de la posible justificación de esa intervención militar; la letra de la Resolución 1244 confirma sin ambigüedad la soberanía e integridad territorial de Serbia sobre Kosovo, a la que nunca ha renunciado; dicha Resolución ya había proporcionado a Kosovo un régimen de autonomía satisfactorio; y el régimen político serbio había sufrido cambios profundos desde 1999 en un sentido que permitía esperar otra actitud y conducta por parte de sus autoridades en relación con Kosovo. De manera que no había razón que justificara y avalara una reivindicación tan repentina de la autodeterminación por parte de la población albano-kosovar⁶⁵.

En segundo lugar, las violaciones de los derechos humanos, incluso graves, no pueden en ningún caso activar automáticamente un derecho a la independencia como una corrección o remedio sancionador contra el Estado en cuestión, como lo confirma la práctica constante y uniforme del CdS en relación con esa clase de situaciones. El pretendido derecho a la secesión como sanción, a favor de las víctimas de esas violaciones, se trate o no de un

⁶³ Exposiciones escritas de Argentina (párrs. 69-82), Azerbaiyán (párrs. 17-23), Brasil (pp. 1-2), China (p. 2), Chipre (párrs. 149-157) y Rumanía (párrs. 69-98); Observaciones escritas de Chipre (párrs. 28-40); y Exposiciones orales de Brasil (Medeiros), CR 2009/28, párrs. 3-5 y 12, y China (Xue), CR 2009/29, párrs. 14-18.

⁶⁴ Exposición escrita de Rusia, párrs. 82-88; de la que se hizo eco, naturalmente, Estados Unidos (Observaciones escritas, pp. 15-16). Es la posición más peculiar dentro del grupo de Estados contrarios a la independencia de Kosovo; se explica a la vista sobre todo de la situación en el Cáucaso y el reconocimiento ruso de la independencia de Osetia del Sur y de Abjasia en 2008. Como es bien sabido, el canon sobre la llamada cláusula de salvaguardia lo fijó la Resolución 2625 (XXV) de la AG, de 1970.

⁶⁵ Exposiciones escritas de Chipre (párrs. 91-122), Rumanía (párrs. 99-108) y Rusia (párrs. 89-104); Exposición oral de Rusia (Gevorgian), CR 2009/30, párrs. 13-18.

pueblo, no pasa de ser una simple teoría sin apoyo en la práctica internacional. Dicha teoría no era, en particular, de aplicación a Kosovo, porque ya se había superado la situación de graves violaciones de los derechos humanos padecida sobre todo entre 1996 y 1999, y en la fecha crítica de 2008, año de la declaración de independencia, Kosovo gozaba ya de una amplia autonomía o autogobierno⁶⁶.

En todo caso y en último lugar, el principio de autodeterminación de los pueblos (como autodeterminación externa por la que se acceda a la independencia) se aplica y circunscribe esencialmente a las situaciones de dominación colonial y ocupación extranjera, que quedaban fuera del campo de visión en este asunto. En ese contexto, el derecho de autodeterminación no se otorga indiscriminadamente a cualquier grupo humano; cualquier grupo humano no puede ser titular del derecho de autodeterminación, sino sólo los pueblos reconocidos para ejercerlo conforme al DI, lo que plantea un problema evidente en el caso de Kosovo porque nunca se ha considerado a los albanos-kosovares que habitan en ese territorio como un pueblo, sino como una minoría nacional. Para terminar, el DI vigente no reconoce un derecho unilateral de secesión (por tanto, no consensuado) de partes de un Estado; en cuanto a las minorías, los pueblos indígenas y otros grupos de población, el DI sólo les otorga el derecho de autodeterminación interna y no externa, que salvaguarda el principio de integridad territorial en razonable equilibrio con el principio de autodeterminación⁶⁷.

4. RECAPITULACIÓN: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA EL AVANCE DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

La posición de la mayoría de la Corte merece la crítica a que podamos someter su reformulación de la pregunta de la AG, que fue un trámite necesario para su posterior y peculiar calificación de la declaración de independencia de Kosovo. Sin el arreglo previo de la pregunta no podía activarse el mecanismo, es decir, fundamentarse la argumentación de la autoría de la declaración por un grupo de particulares conduciéndose al margen de la legalidad

⁶⁶ Exposiciones escritas de Argentina (párrs. 83-86), Chipre (párrs. 140-148), Irán (párrs. 4.1-4.2) y Rumanía (párrs. 132-159); Observaciones escritas de España, párr. 8, y Exposiciones orales de China (Xue), CR 2009/29, párrs. 24-26, España (Escobar Hernández), CR 2009/30, párrs. 40-44, y Rusia (Gevorgian), CR 2009/30, párrs. 19-22 y 55-59.

⁶⁷ Exposiciones escritas de Argentina (párrs. 87-100), Azerbaiyán (párrs. 24-27), China (pp. 3-5), Chipre (párrs. 133-139), Egipto (párrs. 61-67), Eslovaquia (párrs. 6-17), Irán (párrs. 3.1-3.6 y 5.1-5.4) y Rumanía (párrs. 110-131 y 141-142), y Exposiciones orales de Bielorrusia (Gritsenko), CR 2009/27, pp. 28-30, y Vietnam (Nguyen Anh), CR 2009/33, párrs. 13-16. El grupo de Estados partidarios de la independencia de Kosovo evitó entrar en el debate conceptual pueblo-minoría, que sigue hoy abierto; véase a título ejemplar las Observaciones escritas de Estados Unidos, pp. 15-17, escuetas y huidizas; de Países Bajos, párrs. 3.1-3.6, más atrevidas porque califican a la población kosovar como pueblo, y de Noruega, párr. 8. Por si sirviera para situar mejor ese debate en Europa, se recomienda la lectura de la excelente monografía de ARP, B., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Madrid, 2008, caps. II, pp. 59 y ss., y III, pp. 123 y ss.

establecida pero no en su contra. Esta construcción inutilizaba jurídicamente el dictamen solicitado por la AG, en especial por lo que se refiere al papel y a la relación entre los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en el asunto de Kosovo. Basta repasar el procedimiento escrito y oral para tomar conciencia de hasta qué punto la Corte fue insensible a los argumentos del grupo de Estados contrario a la independencia de Kosovo (y también de algunos Estados del grupo partidario de la independencia), que pedían a la Corte pronunciarse sobre las relaciones entre esos dos principios estructurales.

La mayoría de la Corte, inclinada a favor de las tesis de los Estados partidarios de la independencia, subraya implícitamente la importancia que todavía posee en el ordenamiento internacional la estructura normativa relacional y, en esta materia, el principio de efectividad. Ello representa seguir dejando un amplio margen a la discreción gubernamental y la puerta abierta al conflicto en un asunto tan sensible como la secesión y su reconocimiento por parte de terceros. La consigna implícita de la Corte en este caso, muy idónea para los Estados que reconocieron la independencia de Kosovo, parece ser ¡o la estructura institucional y el CdS o la estructura relacional y el principio de efectividad! En términos más sencillos, o multilateralismo o unilateralismo. Ya que el CdS no pudo acordar el estatuto final de Kosovo a causa de sus divisiones internas, la Corte se echa en brazos del inveterado principio de efectividad, en cuya virtud los Estados actúan con bastante libertad frente a una declaración de independencia (salvo que vaya en contra del *ius cogens* o de una resolución vinculante del CdS), y todo depende de qué lado se incline la balanza, si a favor o en contra de la misma⁶⁸. En este asunto, parece que a favor de aquellos que reconocieron la independencia de Kosovo⁶⁹.

Pero conviene advertir que la aplicación del principio de efectividad al caso de Kosovo está muy condicionada por la intervención y la presencia internacional en ese territorio antes, durante y después de dicha declaración de independencia. Hay indicios suficientes de que esa declaración violentó tanto la Resolución 1244 como el régimen de administración internacional establecido a partir de ella, que dejaba a salvo (aunque suspendida) la soberanía serbia sobre Kosovo, porque el administrador internacional no puede nunca disponer por principio, ni dejar que lo hagan terceros, del territorio sometido a su autoridad⁷⁰. Va en contra del sentido común jurídico que un proceso de una década, desarrollado en el seno de las Naciones Unidas y bajo la autoridad del CdS, es decir, en el plano de la sociedad internacional organi-

⁶⁸ Véase la Exposición oral del Reino Unido (Crawford), CR 2009/32, párrs. 7 y 27-28. Sin olvidar que el reconocimiento de Estados y la admisión de miembros en las organizaciones internacionales están sometidos a ciertas reglas en el DI vigente, si bien bajo la apreciación que de cada situación lleve a cabo un tercero.

⁶⁹ Vista la posición general sostenida por los Estados que participaron en el procedimiento; cfr. a título ejemplar las Exposiciones escritas de Alemania (pp. 18-21), Estados Unidos (pp. 46-49 y 56), Francia (pp. 35-39) y Reino Unido (párrs. 5.12-5.17 y 5.51-5.54); y las Observaciones escritas de Francia, párrs. 10-23.

⁷⁰ Cfr. AZNAR GÓMEZ, M., *op. cit.*, nota 29, pp. 283-284 y 338-342.

zada, quede de pronto en manos de un puñado de particulares, sólo porque el CdS no pueda cerrarlo a causa del desacuerdo de sus miembros permanentes sobre cómo hacerlo. Es un borrón y cuenta nueva sin sentido. De ahí que la disyuntiva entre CdS o efectividad no sea convincente sino engañosa. No parezca el resultado de una argumentación bien fundada, sino el producto de una transacción que se pretende conciliadora entre las prescripciones del DI y las realidades políticas. En palabras del juez Tomka, con las que cierra su explicación de voto en contra⁷¹:

«The Court, as the principal judicial organ of the United Nations (Article 92 of the Charter), is supposed to uphold the respect for the rules and mechanisms set in the Charter and the decisions adopted thereunder. The legal regime governing the international territorial administration of Kosovo by the United Nations remained, on 17 February 2008, unchanged. What certainly evolved were the political situation and realities. The majority deemed preferable to take into account these political developments and realities, rather than the strict requirement of respect for such rules, thus trespassing the limits of judicial restraint».

Este juicio eminentemente jurídico, que compartimos, no nos impide reconocer desde una óptica eminentemente política que, a los ojos de la mayoría de la Corte, su dictamen resuelve más mal que bien el dilema intrincado que le planteó la AG, logrando una adaptación relativamente razonable del derecho en vigor al asunto en cuestión, mediatizado por la realidad de más de sesenta reconocimientos de la independencia de Kosovo y por las divergencias sustanciales mantenidas por los Estados participantes en el procedimiento sobre el derecho en vigor aplicable al caso. La mayoría de la Corte ha intentado conseguir ese objetivo pacificador sin violentar el ordenamiento internacional, conduciéndose más como un amigable componedor que como un tribunal de justicia. Ello nos remite a la naturaleza política profunda del DI, que ya evocábamos en la Introducción, reforzada tras este dictamen.

Tras todo lo expuesto, cobran ahora mucho sentido los cinco votos contrarios a que la Corte respondiera a la Opinión consultiva solicitada por la AG⁷². En principio es cómodo pensar, a la vista de los jueces que defendieron que la Corte no se pronunciara, que se trataba de una sencilla argucia procesal que buscaba evitar un dictamen sobre el fondo que consideraban ya perdido⁷³. Pero al analizar el dictamen de la Corte, se explica que hubiera sido más coherente jurídicamente no responder a la pregunta. En efecto, la solicitud de consulta de la AG llevaba a la Corte a invadir el terreno de un

⁷¹ Declaración del vicepresidente Tomka, párr. 35.

⁷² Se trata de los jueces Tomka, Koroma, Keith, Bennouna y Skotnikov, que suman algo más de un tercio de la Corte ante la ausencia del juez Shi, que dimitió el 28 de mayo y no votó la Opinión consultiva. Se manifestaron también a favor de que la Corte declinara dar su opinión algunos de los Estados que reconocieron la independencia de Kosovo: véanse las Exposiciones escritas de Alemania (pp. 3-4), Francia (pp. 15-33), Irlanda (párrs. 8-12) y República Checa (p. 4); así como las Observaciones escritas (párrs. 4-9) y la Exposición oral de Francia (Belliard), CR 2009/31, párrs. 6-10, que se mostró muy beligerante para que la Corte declinara responder a la consulta.

⁷³ Advértase que cuatro de esos cinco jueces se quedaron en minoría al votar sobre el fondo, ya que el juez Keith votó con la mayoría.

órgano político como el CdS; tanto los protagonistas del asunto de Kosovo como algunos de los Estados participantes en el procedimiento habían manifestado ante la propia Corte que su dictamen no tendría ningún impacto sobre la marcha de los acontecimientos; y la creación de Kosovo como una entidad independiente parecía haber sido aceptada de hecho por las Naciones Unidas⁷⁴. Merece la pena citar en el mismo sentido al juez Bennouna⁷⁵:

«Si la Cour ne peut se substituer au Conseil de sécurité, dans l'exercice de ses responsabilités, elle ne peut non plus servir de caution légale à une politique de fait accompli fondée sur le simple rapport de forces. Elle se doit de préserver son rôle qui est de dire le droit avec clarté et en toute indépendance. Et c'est là où se trouve la garantie de sa crédibilité, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, au service de la communauté internationale».

Por último, el desenlace del asunto de Kosovo supone un mal precedente para el futuro del sistema de administración internacional, aspecto que no parece haber valorado la mayoría de la Corte. El régimen de la administración internacional de territorios ha quedado jurídicamente a la intemperie y políticamente como un juguete roto; a pesar de la potencialidad que encierra para hacer frente a situaciones de crisis o conflicto como el de Kosovo, propiciando de paso el desarrollo de la sociedad internacional organizada, es decir, de la estructura normativa institucional del ordenamiento internacional, de la que tan necesitado está nuestro planeta. Para ello convenía, entre otros deberes, despejar la incógnita de la relación en esas situaciones entre los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos. Quizás la AG no debió poner en semejante apuro a la Corte con tan dichosa pregunta, pero ésta debió evitar el desplante de una faena de aliño, si se nos permite el símil taurino; es decir, debió resolver la incógnita.

Es cierto que las posiciones antagónicas de los Estados que habían participado en el procedimiento no facilitaban aparentemente el trabajo de la Corte. No obstante, si dejamos a un lado los argumentos irreconciliables expuestos por uno y otro grupo para defender su posición concreta sobre la independencia de Kosovo, que giraron principalmente en torno a la interpretación de la Resolución 1244 y de toda la práctica *onusiana* sobre el asunto, la impresión que se obtiene al revisar el conjunto de las posiciones de ambos grupos (partidarios y opuestos a la independencia de Kosovo) es bien distinta. En efecto, podemos afirmar que se observa otro panorama: hay una similitud sustancial en cómo perciben ambos grupos el DI general vigente en la materia; el común denominador sería, en síntesis, la inexistencia como regla en el DI contemporáneo de un derecho unilateral a la secesión e independencia de partes de un Estado, aunque dejando abierta la posibilidad de una secesión sobrevenida en circunstancias muy excepcionales, a establecer caso por

⁷⁴ Véase por todas la Exposición escrita de Francia, pp. 15-33. Cfr. también las Exposiciones escritas de Estados Unidos (p. 72) y Reino Unido (párrs. 0.14-0.16).

⁷⁵ Opinión disidente del juez Bennouna, párrs. 13-26, cita en párr. 25.

caso⁷⁶, porque se falte gravemente contra la autodeterminación interna y los derechos humanos de la población y no exista otro recurso mejor a mano para resolver el conflicto provocado por esa conducta del Estado.

Además, la pregunta de la AG no obligaba a la Corte a entrar en el debate sobre si existe o no una regla de DI general que permita el derecho de autodeterminación externa no sólo en caso de dominación colonial, ocupación extranjera o por acuerdo o consenso interno; tampoco invitaba a la Corte a pronunciarse *urbi et orbe* sobre la relación entre los principios estructurales de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos. Es mejor dejar esas tareas a la suerte de la evolución de la práctica internacional en la materia. Pero sí le permitía pronunciarse, incluso tal y como la Corte reformuló la pregunta, sobre los términos y límites básicos de una buena administración internacional de territorios desde la óptica de la relación entre ambos principios. El dictamen es, desde esa óptica, inservible⁷⁷ y una rémora para el avance de la organización internacional.

Nada hubiera impedido a la Corte una aproximación constructiva a ese respecto, con el fin de robustecer el papel del CdS e insuflar seguridad jurídica al desarrollo futuro del régimen de la administración internacional de territorios; una preocupación nada baladí a la vista de la nómina de Estados débiles y fracasados y de situaciones de grave crisis que hoy saturan el sistema internacional, así como de la política sensata de la ONU a favor de lo que se ha dado en llamar reconstrucción posconflicto. Ahora bien, ¿le era posible a la Corte elaborar ese discurso mientras sostenía *in casu* la conformidad de la declaración de independencia de Kosovo con la Resolución 1244?

Llegados a este punto, viene a cuento recordar la reacción rusa frente a la independencia de Kosovo, apoyada por los Estados occidentales. Se ha concretado, como se sabe, en el reconocimiento como Estados de las hasta ahora regiones georgianas de Abjasia y Osetia del Sur, otra mala noticia tanto para la ordenación de las relaciones entre los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación como para la institución del reconocimiento de Estados. Dicho reconocimiento ha sido condenado categóricamente por los Estados occidentales, a los que Rusia ha dispensado en el Cáucaso el jarabe de su propia medicina. Así se desenvuelve la práctica en la estructura relacional del ordenamiento internacional. Habrá que esperar mejor ocasión para avanzar en la organización de la sociedad internacional contemporánea.

⁷⁶ Véanse en este sentido, por citar la posición de los Estados favorables a la independencia de Kosovo, las Observaciones escritas de Noruega (párr. 5) y Reino Unido (párrs. 42-45), y las Exposiciones orales de Estados Unidos (Koh), CR 2009/30, párrs. 18-20, y Francia (Belliard), CR 2009/31, párr. 20.

⁷⁷ La Corte, en suma, no ha sido fiel a su propia doctrina; en la Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975 sobre el *Sahara Occidental* estableció que su función «*est de donner un avis fondé en droit, dès lors qu'elle a abouti à la conclusion que les questions qui lui sont posées sont pertinentes, qu'elles ont un effet pratique à l'heure actuelle et que par conséquent elles ne sont pas dépourvues d'objet ou de but*» (CIJ, Rec. 1975, párr. 73).

RESUMEN

La Corte Internacional de Justicia evitó tratar, en su Opinión consultiva sobre Kosovo, del papel y de la relación en este asunto entre los principios básicos de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos. Para ello, procedió a reformular la pregunta de la AG mediante una interpretación muy formalista y restrictiva de la misma, vaciándola de contenido y convirtiendo por tanto su respuesta a la consulta de la AG en un dictamen totalmente inocuo. La Corte se limita a afirmar que la declaración unilateral de independencia formulada, a su parecer, por un centenar de particulares albanos-kosovares, no era contraria al DI general ni a la Resolución 1244 del CdS. La Corte advierte, además, que dicha declaración no constituye necesariamente el ejercicio de un derecho conferido por el ordenamiento internacional y tampoco entra a considerar las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de dicha declaración. La Corte, en definitiva, sitúa el asunto de Kosovo en la órbita del caso único o *sui generis*. A la vista de esta respuesta, quizás habría sido más coherente jurídicamente no atender la consulta planteada por la AG, como propusieron cinco de los catorce jueces que participaron en la deliberación. En todo caso, la mayoría de la Corte se inclina expresamente en su dictamen a favor de las tesis de los Estados partidarios de la independencia de Kosovo, e implícitamente resalta la importancia del principio de efectividad y de la discreción gubernamental en materia de reconocimiento de Estados, en tanto que institución instalada en la estructura relacional del DI.

En nuestra opinión, es jurídicamente muy discutible la deferencia con que la Corte ha tratado la declaración unilateral de independencia de Kosovo, porque existen indicios suficientes de que tal declaración violentó tanto la Resolución 1244 como el régimen de administración internacional basado en ella. No obstante, desde una perspectiva eminentemente política, es evidente que la mayoría de la Corte ha pretendido adaptar el DI en vigor al asunto en cuestión con un objetivo pacificador, conduciéndose más como un conciliador amigable que como un tribunal de justicia. Esta conclusión remite a la naturaleza política profunda del DI, sin duda reforzada tras este dictamen. El desenlace del asunto de Kosovo y, en particular, el dictamen de la Corte son un mal precedente para el futuro del sistema de administración internacional de territorios, que ha quedado jurídica y políticamente dañado. Será difícil predicar las bondades de la administración internacional ante Estados débiles o fracasados, porque la Corte no ha despejado la incógnita de la relación problemática en esas situaciones entre los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos. Para terminar, si dejamos a un lado la divergencia radical mantenida en torno a Kosovo entre los Estados partidarios y contrarios a su independencia, la posición del conjunto de los Estados que participaron en el procedimiento nos lleva a afirmar que se aprecia cierto consenso sobre la inexistencia como regla en el ordenamiento internacional contemporáneo de un derecho unilateral a la secesión e independencia de partes de un Estado; aunque se deja abierta la posibilidad excepcional de una secesión, a establecer caso por caso, porque se violen gravemente los derechos humanos de una parte de la población, incluido su derecho de autodeterminación interna, y no exista otro recurso mejor para resolver el conflicto provocado por esa conducta del Estado.

Palabras clave: Kosovo, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, práctica internacional, DI general y particular, principios básicos del DI, soberanía e integridad territorial del Estado, libre determinación de los pueblos, declaraciones de independencia, secesión, administración internacional de territorios.

ABSTRACT**THE PRINCIPLES OF SOVEREIGNTY AND TERRITORIAL INTEGRITY AND SELF-DETERMINATION OF PEOPLES IN THE ADVISORY OPINION CONCERNING KOSOVO: A MISSED OPPORTUNITY**

In its Advisory Opinion concerning Kosovo, the International Court of Justice avoided addressing the role and relationship of the basic principles of sovereignty and territorial integrity and self-determination of peoples. The Court reformulated the question put by the General Assembly with a very formalist and restrictive interpretation, which converted the response into an innocuous opinion. The Court simply states that the unilateral declaration of independence made by a hundred Kosovan Albanians individuals, in its view, was neither contrary to Public International Law nor to Security Council Resolution 1244. Moreover, the Court notes that the said declaration does not necessarily constitute the exercise of a right conferred by the international legal order; nor does it consider the legal consequences arising from this statement. To sum up, the Court considers the issue of Kosovo as a *sui generis* case. In view of this response, perhaps it might have been more consistent, from a legal perspective, not to answer the question raised by the General Assembly, as in fact five out of fourteen Judges participating in the deliberations suggested. In any case, the majority of the Court decided in favour of the arguments presented by the States supporting the independence of Kosovo, and implicitly highlights the importance of the principle of effectiveness and government discretion concerning the recognition of States, as an institution established in the relational structure of International Law.

In our opinion, the deference with which the Court has treated the declaration of independence of Kosovo is legally very questionable, since there is evidence that it breached both Resolution 1244 and the international administration regime that is its basis. However, from a political perspective, it is clear that the majority of the Court has sought to adapt International Law in force to the issue with a pacifying purpose, behaving more like a *friendly conciliator* than as a court of justice. This conclusion refers to the deeply political nature of International Law, which is undoubtedly reinforced by this Advisory Opinion. The outcome of the Kosovo case and, in particular, the Advisory Opinion of the Court, constitutes a negative precedent for the future of the system of international administration of territories, which has been legally and politically damaged. Since the Court did not resolve the uncertainties concerning the problematic relationship in these situations between the principles of sovereignty and territorial integrity and self-determination, it will be difficult to preach the virtues of the international administration of territories to weak or failed States. Finally, leaving aside the radical divergences maintained over the independence of Kosovo between supporting and opponent States, the position of all States participating in the proceedings leads us to the conclusion that there is a certain consensus regarding the inexistence of a right to unilateral secession and independence from parts of a State as a rule of contemporary International Law, even though secession might be admitted under exceptional circumstances, which need to be determined on a case-by-case basis: for instance, when the human rights of any sector of a population are seriously violated, including the right to internal self-determination, and when no other means to solve the controversy created by the conduct of that State exists.

Keywords: Kosovo, International Court of Justice, Advisory Opinion, international practice, general and particular International Law, basic principles of International Law, sovereignty and territorial integrity, self-determination of peoples, declarations of independence, secession, international administration of territories.

RÉSUMÉ

LES PRINCIPES DE SOUVERAINETÉ ET D'INTEGRITÉ TERRITORIALE DE L'ÉTAT ET DE LIBRE DETERMINATION DES PEUPLES DANS L'AVIS CONSULTATIF SUR LE KOSOVO: UNE OCCASION PERDUE

La Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur le Kosovo, a contourné ou évité de traiter le rôle et la relation de cette affaire avec les principes essentiels de souveraineté, d'intégrité territoriale et de libre détermination des peuples. Pour cela, elle a reformulé la question de l'AG par le biais d'une interprétation formaliste et restrictive de celle-ci, la vidant de son contenu de telle sorte que la réponse de la Cour résulte inoffensive. La Cour se limite à affirmer que la déclaration unilatérale d'indépendance formulée par une centaine de particuliers albano-kosovars n'est pas contraire, à son avis, au droit international général ni à la résolution 1244 du Conseil de Sécurité. La Cour a averti, en outre, que ladite déclaration ne constitue pas nécessairement l'exercice d'un droit émanant de l'ordre international, sans entrer à évaluer les conséquences juridiques que l'on pourrait tirer de celle-ci. La Cour, en somme, situe l'affaire du Kosovo dans la catégorie du cas unique ou *sui generis*. Au vu de cette réponse, il se peut que le choix le plus judicieux eut été de ne pas accepter initialement la question formulée par l'AG, suivant l'opinion de cinq des quatorze juges qui participèrent à la délibération. En tout cas, la majorité de la Cour s'incline vers les thèses des États appuyant l'indépendance du Kosovo. Cela revient à souligner l'importance du principe d'effectivité et la discrétion gouvernementale en matière de reconnaissance d'États, institution installée au cœur même de la structure relationnelle du droit international.

À notre avis, la déférence de la Cour envers la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo est juridiquement questionnable puisqu'il existe des indices suffisants pour considérer la violation tantôt de la résolution 1244 tantôt du régime d'administration internationale surgi sous celle-ci. Pourtant, d'un point de vue principalement politique, il est évident que la perspective de la majorité de la Cour était d'adapter le DI en vigueur à l'affaire en question au service de la pacification. La Cour a agi plus comme un conciliateur amical que comme un tribunal de justice, conclusion qui se réfère au caractère profondément politique du DI, profil sans doute renforcé à la suite de cet avis consultatif. Il convient de rester vigilants face aux douteux bénéfices de cette solution, un mauvais précédent pour l'avenir d'un système d'administration internationale de territoires qui est désormais juridiquement et politiquement plus fragile. Il sera plus difficile de convaincre les États faibles ou en échec au moment de défendre les qualités du système d'administration internationale, étant donné que la Cour n'éclaircit pas le rapport problématique entre ce système et les principes de souveraineté, d'intégrité territoriale et de libre détermination des peuples. En somme, laissant de côté la divergence radicale entre les États soutenant l'indépendance du Kosovo et ceux qui ne la reconnaissent pas, la position de l'ensemble des États ayant participé à la procédure nous permet de conclure qu'il n'y a pas dans l'ordre international contemporain de norme claire délimitant le droit à la sécession ou à l'indépendance au sein d'un État déjà existant. La porte à la sécession est certes ouverte, mais cela dépend également d'une analyse cas par cas, à cause des graves violations des droits de l'homme, incluant le droit à l'autodétermination interne d'une partie de la population, ou moins qu'il y ait une meilleure solution du conflit provoqué par cette conduite de l'État.

Mots clés: Kosovo, Cour internationale de Justice, avis consultatif, pratique internationale, Droit international général et particulier, principes fondamentaux du Droit international, souveraineté et intégrité territoriale de l'État, libre détermination des peuples, déclaration d'indépendance, sécession, administration internationale de territoires.